

20

COLECCIÓN
ESCUELA DIPLOMÁTICA

España y la práctica del Derecho Internacional

LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica
Internacional del MAEC



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES
Y DE COOPERACIÓN

20

COLECCIÓN
ESCUELA DIPLOMÁTICA

España y la práctica del Derecho Internacional

LXXV Aniversario
de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
(DIRECTOR)



MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES
Y DE COOPERACIÓN

© Escuela Diplomática

N.I.P.O. publicación en papel: 501-14-028-4

N.I.P.O. libro electrónico: 501-14-027-9

ISSN: 1576-2432

Depósito Legal: M-21669-2014

Unidad editora: Secretaría General Técnica

DISEÑA E IMPRIME: IMPRENTA DE LA OFICINA DE INFORMACIÓN DIPLOMÁTICA

DISEÑO PORTADA: JAVIER HERNÁNDEZ (www.nolsom.com)

ÍNDICE

	<u>Página</u>
Prólogo, por <i>José Manuel García-Margallo y Marfil</i>	7
La labor de asesoramiento jurídico internacional al Gobierno: el papel de la AJI, por <i>José Martín y Pérez de Nanclares</i>	11
<u>El Derecho de los Tratados</u>	53
La necesidad de una Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, por <i>José Antonio Pastor Ridruejo</i>	55
La formación y aplicación de los Tratados Internacionales en España: algunas cuestiones, por <i>Paz Andrés Sáenz de Santa María</i>	61
España y la práctica del Derecho Internacional: “los acuerdos no normativos”, por <i>Aurelio Pérez Giralda</i>	77
<u>El Derecho del Mar</u>	93
La Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: balance de 15 años de aplicación, por <i>José Antonio de Yturriaga Barberán</i>	95
La delimitación de los espacios marinos en España: a modo de balance, por <i>José Manuel Lacleta Muñoz</i>	115
La delimitación de los espacios marinos en España: perspectivas futuras, por <i>Esperanza Orihuela Calatayud</i>	121
<u>Arreglo Jurisdiccional de Controversias</u>	143
La Corte Internacional de Justicia: su contribución al Derecho Internacional, por <i>Philippe Couvreur</i>	145
La Corte Penal Internacional en la encrucijada, por <i>Juan Antonio Yañez-Bar-nuevo</i>	159

	<u>Página</u>
España y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Especial referencia al caso M/V Louisa, por <i>Concepción Escobar Hernández</i>	179
Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables, por <i>Manuel López Escudero</i>	223
<u>El Derecho Internacional Privado</u>	267
La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Problemas actuales y participación española, por <i>Alegría Borrás</i>	269
Nuevos horizontes de Unidroit, por <i>Nuria Bouzá Vidal</i>	291
Unidroit, la Conferencia de La Haya y el sector financiero, por <i>Francisco J. Garcimartín</i>	313
<u>El Derecho Diplomático y Consular</u>	333
La función diplomática, por <i>Amador Martínez Morcillo</i>	335
La función consular, por <i>Eduardo Vilariño Pintos</i>	355
El Servicio Europeo de Acción Exterior: organización y funcionamiento, por <i>Enrique González Sánchez</i>	361
<u>El Derecho Internacional Humanitario</u>	381
Una misión posible: mejorar el sistema de eficacia del Derecho Internacional Humanitario, por <i>Manuel Pérez González</i>	383
La regulación de la obediencia jerárquica en el sistema penal internacional. De la Carta de Nuremberg al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por <i>José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto</i>	419

PRÓLOGO

El LXXV aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional (AJI) del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC) no ha pasado desapercibido para quienes han tenido el honor de prestar servicios al Estado desde esta institución. Con el propósito de rendir homenaje a la AJI, los días 25 y 26 de noviembre de 2013 la Escuela Diplomática acogió un seminario sobre «España y la práctica del Derecho Internacional» que concitó interesantes reflexiones de quienes han tenido, a lo largo de estos 75 años, alguna vinculación con la AJI o con los retos a los que ésta ha tenido que dar respuesta. Los resultados de dicho Seminario se publican ahora dentro de la Colección Escuela Diplomática.

La publicación que el lector tiene ahora en sus manos resulta atractiva por acoger, en una veintena de estudios, una aproximación jurídica a cuestiones muy diversas del Derecho Internacional desde la perspectiva de la práctica internacional española. Sin embargo, el valor principal de este trabajo colectivo no sólo está en el objeto concreto de cada uno de los estudios. Ni siquiera en el enfoque práctico con el que la reflexión de cada trabajo ha sido abordada. El auténtico valor añadido lo da la mirada que aportan quienes han tenido la responsabilidad de dirigir la AJI o, en su caso, quienes han prestado colaboraciones externas. Efectivamente, los autores de este volumen no sólo disponen de sólidos conocimientos acerca del ordenamiento jurídico internacional, sino que presentan acreditada experiencia en la práctica española sobre la materia. El libro recoge, por tanto, el relato de la posición de España en los principales asuntos jurídicos a los que ha dado lugar la práctica internacional, construido a partir de la mirada de quienes contribuyeron a definirlo durante las últimas décadas.

Durante sus 75 años de existencia, la AJI ha emitido más de 18.000 informes en los que ha tenido oportunidad de tomar posición en temas que afectan a casi todas las ramas del Derecho Internacional, por su naturaleza, en permanente evolución. Así, la problemática internacional española que aborda la AJI se puede analizar a partir del estudio de distintos asuntos que entroncan claramente con el Derecho de los Tratados, el Derecho del Mar, el Arreglo Jurisdiccional

de Controversias, el Derecho Internacional Privado, el Derecho Diplomático y Consular o, incluso, el Derecho Internacional Humanitario. A esta misma sistemática responden las contribuciones que conforman esta magnífica obra que, sin duda, reflejan la posición que ha logrado España en el contexto de la práctica internacional. Como advertirá el lector cuando se adentre en su estudio, el trabajo desarrollado da prueba del buen hacer de la AJI.

Por ello, me complace tener la oportunidad de tomar parte en este homenaje a la AJI prologando un libro cuya lectura nos aproxima al trabajo desarrollado por el órgano asesor de la Administración General del Estado en materia de Derecho Internacional. La AJI hace, sin embargo, mucho más de lo que la normativa en vigor le atribuye como función. Quienes tenemos contacto directo con ella de manera frecuente podemos confirmar que el ámbito material en el que opera hoy una Asesoría Jurídica Internacional supera con creces las fronteras clásicas del *asesoramiento* en Derecho Internacional. Con todo, la AJI se hace imprescindible en el MAEC no sólo por el valor que aporta con su asesoramiento técnico jurídico en respuesta a los posibles problemas jurídicos que una realidad internacional cada vez más global y compleja plantea. La capacidad de influir de la AJI está también en su habilidad para adelantarse a los problemas y, especialmente, en su capacidad para armonizar su condición de «conciencia jurídica» del MAEC, con la de hábil mullidor de la solución que, en el marco de lo admisible jurídicamente, mejor se adecúe a la defensa de los intereses de España. Como bien indica el Profesor Martín y Pérez de Nanclares en la contribución a esta obra colectiva, se trata “de hacer factible lo jurídicamente posible y fijar con claridad los límites de lo jurídicamente inaceptable”. Así, sin más servidumbre que la que le impone el sometimiento al Derecho, la AJI se convierte en una pieza relevante dentro de un complejo engranaje que configura la acción del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

En realidad, la acelerada evolución del Derecho Internacional ha puesto de manifiesto la obsolescencia de algunos elementos de la legislación nacional que contemplaba las relaciones internacionales. Desde este convencimiento, como Ministro he impulsado una labor legislativa intensa que nos permita adecuar nuestro marco normativo a la realidad externa e interna actual. Tal impulso se ha traducido en una Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado. Igualmente, se está tramitando en las Cortes Generales una Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales con la que se intenta, por fin, sustituir el Decreto de 1972 por una ley acorde con las previsiones de nuestra Constitución, así como con la forma de organización territorial del Estado. Y, finalmente, la propia AJI está trabajando desde hace meses en la preparación de un borrador de anteproyecto de ley de inmunidades que, aunque técnicamente muy compleja, resulta también recomendable para dar acogida y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico a la regulación prevista en la Convención de las Naciones Unidas de 2004 sobre las

inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes e introducir seguridad jurídica en un ámbito muy delicado. La AJI ha tenido un papel protagonista en los trabajos de preparación de estas tres leyes, en particular en los dos últimos casos.

Concluyo mi modesto homenaje a la AJI dejando constancia expresa de mi gratitud a ese centenar de diplomáticos y profesores universitarios que han formado parte de la historia que este libro pretende homenajear. El agradecimiento se torna en palabras de auténtico reconocimiento y felicitación para los siete jefes de la AJI que han asumido con honor la responsabilidad de dirigir este importante servicio. Permítanme que estas palabras de agradecimiento adquieran un significado especial en el caso del actual equipo de la Asesoría Jurídica Internacional por el trabajo que, bajo mi mandato como Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, está desarrollando.

José Manuel García-Margallo y Marfil

Madrid, mayo de 2014

LA LABOR DE ASESORAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL AL GOBIERNO: EL PAPEL DE LA AJI¹

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC.
Catedrático de Derecho Internacional Público
de la Universidad de Salamanca.

1. INTRODUCCIÓN: SURGIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL

1.1. El surgimiento de la labor de asesoramiento jurídico internacional a los gobiernos: el nacimiento de la AJI

Desde al menos el siglo XVIII los Estados europeos cuentan con asesoramiento de naturaleza jurídica para dar soporte adecuado a su actividad diplomática². En concreto, probablemente sea en Francia donde por primera vez se creo la figura del jurisconsulto en asuntos extranjeros (1722)³. No obstante, en realidad, es durante el

¹ Este trabajo se inserta dentro de un proyecto universitario de investigación más amplio (DER2012-36703). Las opiniones vertidas lo son a título personal del autor y en modo alguno comprometen a la unidad ni al Ministerio para el que actualmente trabaja.

² Ello, por supuesto, no quiere decir que no existieran antes destacados exponentes del *ius gentium* entre los que no puede dejar de citarse a Francisco de Vitoria como máximo exponente de la fructífera Escuela de Salamanca, cuyos profesores en ocasiones prestaban labor de asesoramiento a la Corona de Castilla. También parece apropiado recordar a quienes combinaban su meritoria labor en este ámbito con la tarea diplomática, siendo Hugo Grocio el más notorio exponente de ello. Tampoco pueden pasarse por alto las contribuciones de autores de finales del siglo XVII y principios del XVIII al *ius naturae et gentium*, como Samuel Pufendorf o Jean Barbeyrac.

³ Una visión histórica muy completa se encuentra en CORBETT, P.E.: *Law in Diplomacy*, Princeton University Press, 1959; GROSS, André: "Origines et traditions de la fonction de jurisconsulte du département des affaires étrangères", en AAVV, *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, LGDJ, París, 1970, pp. 187-195.

siglo XIX cuando, a partir del Congreso de Viena (1814-1815) y la creación de las primeras cátedras universitarias de Derecho Internacional en sentido propio (separado definitivamente del Derecho natural), las asesorías jurídicas comenzaron a conformar sus perfiles propios, especialmente en Francia, donde Louis Renault fue nombrado asesor jurídico del Ministro de Asuntos Exteriores en 1890, y, sobre todo, en el mundo anglosajón⁴. Así, Estados Unidos creó en 1848 la figura del *Claims Clerk* encargada de prestar asesoramiento jurídico al Departamento de Estado⁵ —dando lugar en 1931 al actual *State Department's Office of the Legal Adviser*⁶— y el Reino Unido lo hizo en 1886⁷. Posteriormente, otros Estados europeos fueron creando puestos de asesor jurídico internacional durante la primera mitad del siglo XX, como fue el caso de Canadá (1913), Países Bajos (1919), Suecia (1920) y así sucesivamente⁸.

Sin embargo, es en la segunda mitad del siglo XX cuando, además de la reorganización de asesorías relevantes como la alemana⁹, la labor de asesoramiento jurídico de los gobiernos occidentales en materia de Derecho Internacional pro-

⁴ Este proceso coincidió con la previa aparición en 1869 de la primera revista especializada en Derecho Internacional (*Revue de droit international et de législation*), la creación en 1873 de las primeras asociaciones profesionales de juristas del Derecho Internacional (*Institut de Droit International* y la *Association for the Reform and Codification of International Law*, precursora de la potente *International Law Association* actual) y la celebración de las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907.

⁵ En realidad los tres Secretarios de Estado anteriores (Thomas Jefferson, James Monroe y James Madison) eran expertos juristas, con notables conocimientos de Derecho Internacional en algún caso.

⁶ Para una visión histórica de esta Oficina puede verse SCHARP, Michael P./WILLIAMS, Paul R.: *Shaping Foreign Policy in Times of Crisis: The Role of International Law and the State Department Legal Adviser*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010. Entre las contribuciones clásicas puede verse BILDER, Richard B.: "The Office of the Legal Adviser: The State Department Lawyer and Foreign Affairs", *American Journal of International Law* 1962, vol. 56, pp. 633-684, especialmente pp. 634-636; GROSS, Ernst A.: "Operation of the Legal Adviser's Office", *American Journal of International Law* 1949, vol. 43, p. 122; WOOLSEY, L. H.: "The Legal Adviser of the Department of State", *American Journal of International Law* 1932, vol. 26, p. 124. Entre la literatura más reciente, dedicada a ofrecer una perspectiva actual de esta Oficina, puede verse el trabajo del último *Legal Adviser*; a la sazón profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Yale, KOH, Harold Hongju: "The State Department Legal Adviser's Office: Eight Decades in Peace and War", *The Georgetown Law Journal* 2012, vol. 100, pp. 1746-1781; *ib.*: "The Obama Administration and International Law", *Air Force Magazine* 2010, pp. 1-18, especialmente pp. 2-3 ("The Role of the Legal Adviser") (disponible en www.airforce-magazine.com). E igualmente interesante, aunque algo menos actual, es el trabajo de BILDER, Richard B.: "International Law and United States Policy: Some Reflections on the ASIL/ILA Report on the Role of the Legal Adviser", *Transnational Law and Contemporary Problems* 1991, vol. 1, pp. 201-224.

⁷ Cfr., con carácter general, SINCLAIR, Ian: "The Practice of International Law: the Foreign and Commonwealth Office" en CHENG, Bin (ed.), *International Law Teaching and Practice*, Stevens, Londres, 1982, pp. 123-134.

⁸ Cfr. SACRISTE, Guillaume y VAUCHEZ, Antoine: "Les 'bons offices' du droit international: la constitution d'une autorité non politique dans le concert diplomatique des années 1920", *Critique internationale* 2005, núm. 26, pp. 101-117. Este artículo se construye desde la perspectiva de los principios de unidad de un espacio jurídico internacional heterogéneo y los principios de autoridad específica de Derecho Internacional.

⁹ Sobre los orígenes de la Asesoría Jurídica Internacional del Gobierno alemán puede verse PARTSCH, Karl Josef: "Der Rechtsberater des Auswärtigen Amtes", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht* 1970, vol. 30, pp. 223-237; LOHMANN, Albrecht: *Das Auswärtige Amt*, 2ª ed., ed. Droste, Düsseldorf, 1973 (la primera edición se había hecho siete años antes, *Das Auswärtige Amt (Ämter und Organisationen der Bundesrepublik Deutschland I*, ed. Athenäum, Frankfurt a.M-Bonn, 1966).

tagonizó su impulso definitivo en los términos que hoy conocemos, a la vez que se fueron creando figuras similares en las principales organizaciones internacionales, destacando con brillo propio Naciones Unidas en el plano universal¹⁰ y la Unión Europea en el regional¹¹.

Por otro lado, fuera del marco occidental, el progresivo desplazamiento del centro de gravedad de las relaciones económicas internacionales hacia el Pacífico y la correlativa intensificación de las relaciones con los países asiáticos está teniendo ya consecuencias de cierto calado en la interpretación, aplicación y desarrollo del Derecho Internacional¹² por un conjunto de Estados, que aunque heterogéneos entre sí, están empezando a dejar su impronta propia en la comunidad internacional; y todos ellos prestan cuidada atención a sus asesorías jurídicas¹³.

El caso de España no ha sido ajeno a este proceso. En términos muy similares a los de los Estados de nuestro entorno, la Asesoría Jurídica Internacional (AJI) se creó formalmente en 1938. En concreto, el 16 de febrero de 1938 se aprobó un Decreto, que regulaba la organización administrativa del Ministerio de Asuntos Exteriores, en el que se estableció la creación de una ‘Asesoría Jurídica’ dependiente de la Subsecretaría¹⁴. Este Decreto era, en realidad, desarrollo de la Ley que reguló la nueva organización de la administración central del Estado, dictada un mes antes y con la que habían quedado derogadas todas las disposiciones anteriores referentes a la Asesoría Jurídica¹⁵. En concreto, la Orden del Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exte-

¹⁰ Véase, por ejemplo, UNITED NATIONS: *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law*, Naciones Unidas, Nueva York, 1999.

¹¹ Obviamente, los servicios jurídicos de las instituciones de la Unión revisten una particular relevancia, resultando particularmente valiosos los trabajos sobre la cuestión de quien durante largo tiempo ocupó el puesto de jurisconsulto del Parlamento Europeo; GARZÓN CLARIANA, Gregorio: “The work of the Legal Adviser of international organisations, with special reference to the European Union”, en JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (ed.), *The Legal Practice in International Law and European Community Law*, Brill, 2007, pp. 239-254; ib.: “Los servicios jurídicos de las instituciones y el Estado de Derecho en la Unión Europea”, en AAVV, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional - Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, vol. I, pp. 679-694.

¹² Véase, al respecto, BLACK, Anne y BELL, Gary: *Law and Legal Institutions of Asia: Traditions, Adaptations and Innovations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

¹³ Existe un interesante proyecto de investigación, abanderado por Australia y titulado “International Law in a Rising Asia” en el que participan 21 Estados de la región, que está estudiando las peculiaridades de los servicios jurídicos en materia de Derecho Internacional con los que se han dotado estos Estados. Un primer resultado comparativo de China, Australia, India y Malasia se encuentra ya publicado en McCOSKER, Sarah: “The Intersecting Professions of the International Law Adviser and Diplomat in a Rising Asia”, *European Society of International Law - Amsterdam Research Forum*, Conference Paper 9/2013, pp. 1-31 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=2364040> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2364040>). Sin duda, constituye un valioso instrumento para conocer cómo se organizan las AJIs de estos países y, en algún caso, para calibrar la gran relevancia que se concede a esta cuestión.

¹⁴ Decreto de 16 de febrero de 1938, *BOE*, núm. 485, de 18 de febrero de 1938, p. 5836.

¹⁵ La Ley de 30 de enero de 1938, que establecía la nueva organización de la Administración Central, regulaba en su artículo 5 las previsiones correspondientes al Ministerio de Asuntos Exteriores sin incluir referencia alguna a la Asesoría Jurídica. Se limitaba a incluir como servicios del Ministerio los de Política Exterior, Tratados Internacionales, Relaciones con la Santa Sede y Protocolo. Sí parecía, sin embargo, claro que quedaban derogadas todas las disposiciones anteriores referidas al asesoramiento jurídico del Ministerio (artículo transitorio); *BOE*, núm. 467, de 31 de enero de 1938.

riores, que dictó un año más tarde para concretar el cometido de la AJI, dejó claro que esta unidad del Ministerio “era de nueva creación” y, a mayor abundamiento, precisó que “no tiene relación con el desaparecido organismo de análoga denominación en el Ministerio de Estado”¹⁶. Este organismo de análoga denominación no era otro que la antigua figura del “Asesor en cuestiones jurídicas internacionales” que existía desde 1932 en el llamado Ministerio de Estado de la II República¹⁷ y que posteriormente fue desdoblada en 1935 en un puesto de Asesor Jefe en cuestiones jurídicas internacionales y un Agregado diplomático a la Asesoría de Derecho Internacional¹⁸.

Se trataba, en todo caso, de una Asesoría Jurídica Internacional de configuración, organización y cometido muy semejante a la actual, ya que sus características básicas fueron mantenidas por el Gobierno surgido tras la guerra civil, por lo que *lato sensu* bien podría sostenerse que la AJI habría cumplido en realidad 82 años. En concreto, la Orden de 27 de septiembre de 1939 que regula, por primera vez, la Asesoría Jurídica Internacional mantuvo tanto la composición de la misma, integrada por un Jefe (precisando que ha de ser catedrático de Derecho Internacional) y por un funcionario (procedente de la carrera diplomática), como su cometido (“informar sobre materias de carácter internacional”) y separación de la figura del Abogado del Estado en el departamento (“para informar sobre cuestiones de orden interno y administrativo”) ¹⁹. Y, en realidad, así se va a mantener hasta la actualidad sin apenas cambio alguno, salvo en un ligero incremento de su plantilla inicial (los dos miembros iniciales pasaron a ser cinco en 1957 y son seis en la actualidad) y la lógica adaptación progresiva de su cometido a las importantes transformaciones experimentadas por el Derecho Internacional en este tiempo. Bien es cierto que cada vez son mayores las dificultades administrativas para incorporar en comisión de servicios a profesores universitarios.

1.2. La consolidación de la AJI: adaptación a las exigencias de la actual *vis expansiva* del Derecho Internacional.

En este sentido, la evolución de las asesorías jurídicas de los gobiernos occidentales ha sido en buena medida fiel reflejo de la propia evolución del Derecho Internacional. En primer término, durante los años veinte del siglo pasado la celebración de conferencias internacionales, las necesidades de asesoramiento en el

¹⁶ Orden de 27 de septiembre de 1939, *BOE* de 30.9.1939, p. 5436.

¹⁷ Su concurso fue convocado el 5 de abril de 1932; *Gaceta de Madrid*, núm. 104 de 13 de abril de 1932, p. 325. Esta Asesoría, encargada de las cuestiones de Derecho Internacional, se completó con la existencia de una Asesoría Jurídica dentro del Ministerio de Estado encargada de informar de los asuntos de Derecho interno “a cargo de individuos de la escala activa del Cuerpo de Abogados del Estado”; Decreto de 13 de febrero de 1936, *Gaceta de Madrid*, núm. 49, de 18 de febrero de 1936, p. 1427.

¹⁸ Decreto de 31 de diciembre de 1935, *Gaceta de Madrid* núm. 15, de 15 de enero de 1936, p. 354-355. La exposición de motivos de este Decreto reconocía la necesidad de que “los funcionarios llamados a tan delicado cometido, gracias a la permanencia en el cargo y a su forzosa intervención en cuantos asuntos internacionales ofrezcan materia propia para el desempeño de su función asesora alcancen la especialización y la experiencia indispensables para el acertado desempeño del mismo”.

¹⁹ Orden del Subsecretario de Asuntos Exteriores de 27 de septiembre de 1939, referente a la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores, *BOE* de 30 de septiembre de 1939, p. 5436.

marco de los arbitrajes y la actividad internacional desplegada durante el periodo de entreguerras al amparo de la Liga de Naciones dio un primer impulso inicial a esas asesorías. En realidad, unido al inicio de la actividad formativa de la Academia de Derecho Internacional de La Haya a partir de 1922 y al impulso académico de universidades como Cambridge (Hersch Lauterpacht) o Paris (Georges Schelle), supuso una consolidación del Derecho Internacional mismo²⁰.

No obstante, no puede obviarse que la consolidación definitiva de las asesorías jurídicas internacionales se dio durante la segunda mitad del siglo XX y fue consecuencia directa del notable aumento de la necesidad de asesoramiento jurídico por parte de los gobiernos. Estos cambios fueron muy diversos y, sin duda, el renovado papel de la ONU, el proceso de descolonización y el contexto de guerra fría dieron como consecuencia el surgimiento de una nueva concepción del Derecho Internacional que ha llegado hasta nuestros días. Pero, por lo que aquí más nos interesa, esos cambios pueden sintetizarse en tres fundamentales²¹.

En primer lugar, se dio un intenso proceso de institucionalización de la sociedad internacional y una correlativa proliferación de organizaciones internacionales²². Ello conllevó un surgimiento paralelo de subsistemas que conforman el sistema general de Derecho Internacional²³ que, además de la consecuencia lógica de una fragmentación del ordenamiento iusinternacional²⁴,

²⁰ Cfr. KOSKENNIEMI, Martti: *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

²¹ La cuestión de los retos a los que se enfrenta el Derecho Internacional ante los cambios de la sociedad internacional la hemos tratado en nuestro anterior trabajo “El Derecho Internacional Público ante los interrogantes de una sociedad internacional en cambio permanente: ¿hacia una cierta relativización de su carácter jurídico, internacional y público?”, en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, José (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 29-54. En él se plantean las cuatro dialécticas a las que, en nuestra opinión, está sometido en la actualidad el Derecho Internacional, a saber, las dialécticas globalización frente a internacionalismo, pluralismo frente a unidad, carácter informal de los diversos Gs frente a institucionalización de Naciones Unidas y legitimidad frente a legalidad.

²² Para un acercamiento a cualquier tema relacionado con esta amplia cuestión la obra de referencia sigue siendo DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Las organizaciones internacionales*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2010.

²³ Con una denominación u otra, se trata de lo que el Tribunal Internacional de Justicia denominó en el asunto sobre el personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán (Sentencia de 24 de mayo de 1980, *CIJ Recueil* 1980) “self-contained regimes”; cfr. SIMMA, Bruno: “Self-Contained Regimes”, *Netherlands Yearbook of International Law* 1985, vol. 6, pp. 111-136.

²⁴ La cuestión de la fragmentación del Derecho Internacional se ha convertido en los últimos años en uno de los temas más intensamente debatidos por la doctrina. La propia Comisión de Derecho Internacional ha prestado atención a la cuestión, si bien el informe presentado en 2006 a la Asamblea General a partir del trabajo realizado por el Grupo de Estudio creado en 2002 (Doc A/AC/CN.4/L.702) está muy lejos de haber cerrado la cuestión. En nuestra doctrina el más temprano y clarividente estudio de la cuestión es el que realizó CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol: “Unidad y pluralismo en Derecho Internacional Público”, en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* 1998, pp. 35-268; posteriormente publicado en inglés, *Unity and Pluralism in International Public Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2001. Fuera de nuestro país, de entre la ingente literatura a que está dando lugar esta cuestión puede entresacarse la obra colectiva de BUFFARD, Isabelle, CRAWFORD, James, PELLET, Alain y WITTICH, Stephan (eds.): *International Law Between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Brill, Boston-Leiden, 2009.

revitalizó la siempre controvertida cuestión de la relación entre esos subsistemas jurídicos. A la par se produjo también una aparición de mecanismos de control judicial de la actividad (otrora incontrolable) de los Estados, siendo paradigmas de ello el Tribunal Internacional de Justicia (TIJ), el Tribunal Penal Internacional (TPI) y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) en el plano internacional, todos los cuales son objeto de tratamiento en esta obra²⁵; y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)²⁶ en el pleno regional.

En segundo lugar, se dio igualmente una progresiva presencia del individuo en la escena internacional que, en el marco de la ya citada tendencia a la judicialización de las cuestiones internacionales, ha permitido reconocer en determinados supuestos legitimidad activa a los particulares para demandar a sus Estados ante tribunales internacionales, siendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el ejemplo más sobresaliente de ello²⁷.

En tercer lugar, el fenómeno de la globalización (o mundialización, si se prefiere) e interdependencia ha difuminado el concepto tradicional de soberanía²⁸, ha favorecido una cierta proliferación de instrumentos informales de *gobernanza financiera internacional* con estructuras poco institucionalizadas (ej. G-20, troika, etc.)²⁹, ha hecho emerger una cierta categorización de un Derecho constitucional global³⁰ y ha provocado también una multiplicación exponencial de las relaciones jurídicas transnacionales; esto ha planteado, a su vez, nuevos retos jurídicos en ámbitos tan destacados como los mecanismos de arbitraje previstos

²⁵ A ello se dedica, en concreto, las contribuciones de Philippe Couvreur, Juan Antonio Yáñez-Barnuevo y Concepción Escobar Hernández.

²⁶ Esta problemática resulta tanto más evidente cuando entran en liza subsistemas particularmente evolucionados en su estructura normativa y dotados de órganos jurisdiccionales propios cuya jurisprudencia es susceptible de generar conflictos jurídicos de cierta envergadura. Sin duda alguna, el Derecho de la Unión Europea constituye en estos momentos el ejemplo más evidente y relevante. Esta cuestión la hemos tratado con anterioridad en nuestro trabajo “Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en RODRIGO, Ángel J. y GARCÍA, Caterina (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la comunidad internacional*, Tecnos, 2011, pp. 254-286.

²⁷ Cfr. artículo 34 CEDH.

²⁸ Véase, por todos, PONS RAFOLS, Xavier: “El Derecho Internacional Público ante el ‘trilema’ de la globalización”, en BADÍA MARTÍ, Ana María, PIGRAU I SOLÉ, Antoni y OLESTI RAYO, Andreu (coords.), *Derecho Internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo - Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 233-272; FARAMIÑÁN GISBERT, Juan Manuel: “Luces y sombras de la globalización”, *Boletín del Instituto de Estudios Gienenses* 2009, núm. 199, pp. 269-284.

²⁹ Cfr. LÓPEZ ESCUDERO, Manuel: “Crisis y reforma del Fondo Monetario Internacional”, *Revista Española Derecho Internacional* 2007, pp. 527-562; BOGDANDY, Armin von: “Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law”, *European Journal of International Law* 2004, núm. 15, pp. 885-906.

³⁰ Véase, por ejemplo, las interesantes reflexiones sobre este Derecho constitucional global, construido a partir de unos bienes jurídicos (privados, públicos y penales), realizadas por PETERS, Anne: “Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 2012, núm. 16, pp. 75-90. Entre nosotros, resulta de interés el reciente trabajo de CEBADA ROMERO, Alicia: “El Derecho Internacional global: una retórica útil para una transformación necesaria”, *Revista Española de Derecho Internacional* 2013, vol. 65, pp. 15-42.

en los acuerdos de protección de inversiones para resolver controversias entre empresas y Estados³¹. La conjunción de todos estos nuevos elementos ha traído consigo, por lo que aquí nos interesa, una evidente ampliación material de los contenidos del Derecho Internacional, una intensificación de la práctica forense y, por ende, un reforzamiento evidente de la importante labor asesora en materia de Derecho Internacional para los gobiernos³².

1.3. La relevancia de las colaboraciones externas en las asesorías jurídicas: un complemento imprescindible

Pero, para ser justos con la realidad actual, esta ampliación sustancial de los contenidos del Derecho Internacional y la pareja complejidad creciente de este ordenamiento jurídico ha forzado a buena parte de las AJIs a dotarse de apoyo externo a cargo de destacados especialistas de Derecho Internacional, especialmente procedentes del mundo académico. Así, durante las últimas décadas se ha ido conformando una relevante colectividad profesional de iusinternacionalistas que, combinando frecuentemente la condición de profesor universitario y abogado internacional, van configurando lo que Oscar SCHACHTER en un conocido trabajo publicado en 1977 denominaba ‘*The Invisible College of International Lawyers*’³³. Sin duda, este *college* ha ido creciendo cuantitativamente en los últimos años y también ha perdido en parte su aureola de invisibilidad, pero sigue siendo reducido, bastante cerrado y, lo que en cierta medida constituye la verdadera novedad (al menos para los franceses), se ha concentrado de forma clara en el mundo anglosajón; y acaso pueda constatarse también una progresiva pérdida de protagonismo del perfil académico. Mantienen, empero, su tradicional contacto con las unidades de los gobiernos encargados del asesoramiento jurídico en materia iusinternacional y, desde luego, como tendremos ocasión de expresar a lo largo de estas páginas, la AJI no ha sido una excepción. Antes al contrario, la estrecha colaboración con los profesores más destacados de la Universidad española en materia de Derecho Internacional ha sido una de sus señas de identidad y, al menos en nuestra opinión, sigue siendo uno de sus principales activos.

³¹ Véase dentro de esta misma obra la contribución de Manuel LÓPEZ ESCUDERO. Igualmente, con anterioridad, DIEZ HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier: “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros y la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo* 2010, núm. 33, pp. 5-43.

³² El ya citado Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del Derecho Internacional consideró que “en el último medio siglo, el alcance del derecho internacional ha aumentado de manera espectacular” y especificaba que “ha pasado a ocuparse de la mayoría de las formas de actividad internacional más diversas, desde el comercio hasta la protección del medio ambiente, desde los derechos humanos hasta la cooperación científica y tecnológica”. Esta constatación resulta un elemento esencial que ha sido ampliamente subrayado por los principales estudios de carácter general dedicados al Derecho Internacional; véase, por su particular énfasis, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz: *Sistema de Derecho Internacional Público*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 34-36.

³³ “The Invisible College of International Lawyers”, *Northwestern University Law Review* 1977, vol. 72, pp. 217-226.

No será, empero, tarea de este trabajo adentrarse en la senda de estudiar las peculiaridades de esta colectividad de iusinternacionalistas prácticos, por atractiva que resulte ni tampoco profundizar en la apasionante cuestión de los cambios que está experimentando en la actualidad el Derecho Internacional que corresponde interpretar a las asesorías jurídicas internacionales. Más bien nos limitaremos a aprovechar la conmemoración del septuagésimo quinto aniversario de la AJI para realizar algunas reflexiones a propósito de sus funciones concretas (2) y de su engranaje institucional como unidad encargada del asesoramiento en Derecho Internacional de la Administración General del Estado (3), prestando particular atención a la fructífera simbiosis entre universidad y diplomacia que ha caracterizado siempre su existencia (4). A partir de ahí, estaremos en condición de ofrecer unas pinceladas generales sobre su tarea concreta, tanto para desterrar algunos malentendidos bastante extendidos (5), como para perfilar a grandes rasgos sus principales ámbitos materiales de actuación en el actual contexto de *vis expansiva* del Derecho Internacional (6). Finalmente, se concluirá con unas consideraciones finales en las que, tomándonos alguna licencia metafórica, se tratará de dibujar el papel actual de la AJI (7).

2. LA FUNCIÓN DEL ASESORAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL: PRECAVER, RESPONDER, DEFENDER, REPRESENTAR Y (ACASO) AYUDAR A LEGISLAR

2.1. Las funciones jurídicas clásicas: precaver, responder y defender.

Mucho se ha escrito ya sobre la labor de los *jurisconsultos* de los gobiernos en materia de Derecho Internacional³⁴. No parece, sin embargo, éste el momento de explayarse en disquisiciones teóricas o histórico-doctrinales al respecto. Más bien, merece la pena detenernos en considerar, desde una perspectiva netamente

³⁴ Una obra de referencia en esta materia sigue siendo el libro colectivo surgido de la conferencia de asesores jurídicos que la American Society of International Law organizó en 1963 en la Universidad de Princeton y que ha sido durante décadas referencia doctrinal ineludible en prácticamente todos los estudios sobre estas cuestiones; MERILLAT, H. C. L. (ed.): *Legal Advisers and Foreign Affairs*, Oceana Publications, Nueva York, 1964. Igualmente es referencia doctrinal obligada otro trabajo anterior específicamente referido al Asesor Jurídico del Departamento de Estado norteamericano ya citado, BILDER, Richard B.: *loc. cit.* (“The Office of the Legal Adviser...”). Con todo, probablemente las reflexiones más valiosas y completas sobre esta cuestión sigan siendo las aportadas por el curso que el canadiense R. St. J. MACDONALD dio en la Academia de Derecho Internacional de La Haya; “The Role of the Legal Adviser of Ministries of Foreign Affairs”, *Recueil des Cours* 1977 vol. 156, pp. 381-482. Entre los trabajos más recientes puede destacarse el de BOWHUIS, Stephen: “The Role of an International Legal Adviser to Government”, *International and Comparative Law Quarterly* 2012, vol. 61, pp. 939-960. Entre nosotros, la principal contribución sobre la materia es la de nuestro predecesor en el cargo PÉREZ GIRALDA, Aurelio: “La Asesoría Jurídica Internacional de gobiernos desde la función pública”, en JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho Internacional y Derecho comunitario europeo*, Marcial Pons-Universidad de Alcalá, Madrid, 2003, pp. 507-533; se publicó posteriormente con el título “Prudencia jurídica y poder exterior. La Asesoría Jurídica Internacional” como un capítulo del interesante libro del mismo autor *Prudencia jurídica y poder exterior - Escritos sobre Derecho Internacional y Diplomacia*, MAEC, Madrid, 2010, pp. 129-160. En igual sentido, sigue resultando de interés el previo trabajo de MARTÍNEZ CARO, Santiago: “La función asesora jurídico-diplomática”, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, vol XXI, pp. 499-513.

práctica, las funciones jurídicas del asesoramiento jurídico internacional de los gobiernos. Por ello, quizá, retomando la afirmación de un eminente jurista español con experiencia contrastada en la colaboración externa con la AJI, de las cuatro funciones que desde Cicerón se atribuye al jurisconsulto en la interpretación y aplicación de las leyes, al asesor jurídico de un Ministerio de Asuntos Exteriores (MAE) le correspondería tres de ellas, a saber, *precaver*, *responder* y *defender*, dejando la de *juzgar* al juez internacional que corresponda³⁵.

2.1.1. La labor de precaver: la actuación preventiva por iniciativa propia.

En efecto, la labor de *precaver*, a veces injustamente relegada al tratar esta cuestión, es de gran importancia y en ocasiones condiciona el resultado de las otras dos actividades, que pueden llegar sobre un mismo asunto con posterioridad. Una violación de Derecho Internacional puede producirse obviamente por un inadecuado asesoramiento jurídico. Pero puede ocurrir también por la ausencia de tal asesoramiento. Los problemas jurídicos no llevan etiqueta visible en el quehacer cotidiano de la Administración y, en ocasiones, el funcionario concernido puede no tener conciencia de ello y será su decisión la que ‘involuntariamente’ lleve consigo el germen de una futura dificultad de naturaleza iusinternacional. Para reducir al mínimo esta posibilidad, no está de más que las asesorías jurídicas ejerzan en determinados casos muy concretos y esporádicos una cierta labor preventiva. Para ello, el acceso a los telegramas y una cierta interacción con las direcciones generales concernidas antes de la adopción de decisiones son elementos básicos, pero no lo es menos incentivar de forma concienzuda la formación en Derecho Internacional, especialmente (pero no sólo) en las Escuelas diplomáticas³⁶.

En todo caso, el elemento esencial de la labor previsoría es de carácter temporal y exige que se plantee en el momento adecuado, esto es, antes de que los hechos de la realidad internacional hagan ya innecesaria la labor asesora previsoría. No obstante, implica también una cierta iniciativa propia del asesor cuya correcta articulación dependerá tanto de la personalidad³⁷ y posición del mismo

³⁵ Véase GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.: “Sobre la práctica en Derecho Internacional y Comunitario: los datos de su evolución histórica y las tareas del jurista en la realidad actual”, en JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (ed.), *op. cit. (Iniciación a la práctica en Derecho Internacional...)*, pp. 3-20, en pp. 12-13. Sobre la base de la obra del jurista alemán Johan Gottlieb HEINECIO (1681-1741), el profesor González Campos recordaba las cuatro funciones necesarias para considerarse ante la presencia de un jurisconsulto por diferenciación con el leguleyo (sabe leyes pero no las interpreta correctamente), el jurisperito (sabe e interpreta pero no las aplica) y el rábula (se consagra a la práctica y al foro pero carece de la ciencia y los apoyos de la correcta interpretación).

³⁶ A este respecto, resulta particularmente alentador que en el curso selectivo de los (15) diplomáticos que superaron las pruebas de la oposición de acceso al cuerpo en la última convocatoria se haya incluido una formación en Derecho Internacional a cargo de la propia AJI consistente en quince sesiones de casos prácticos. Ello, lógicamente, presupone también un temario en el programa de la oposición que dé la importancia suficiente al Derecho Internacional.

³⁷ La cuestión de la personalidad del Asesor Jurídico ha sido objeto de atención doctrinal, especialmente en el mundo anglosajón. Como ha afirmado uno de los juristas que mejor ha estudiado la

dentro de la estructura del Ministerio³⁸, como sobre todo de la predisposición del receptor para aceptar opinión informal no solicitada expresamente. Sin embargo, a la larga, si se ejerce con mesura, prudencia y debida reserva puede constituir un elemento decisivo para el propio refuerzo del papel del asesor jurídico dentro de la estructura (decisoria) del ministerio, aparte de que por supuesto puede atajar posibles situaciones incompatibles con el Derecho Internacional. Sin embargo, en la práctica para la mayoría de asesorías no es una labor consolidada y frecuentemente ni siquiera está prevista expresamente en sus respectivas normativas reguladoras. Es, de hecho, el caso en España de la propia AJI.

No obstante, en la práctica, no son infrecuentes los casos en los que de lo escuchado en una reunión —interna del MAEC o de coordinación con otro departamento ministerial—, de la lectura de un telegrama de los que frecuentemente aparece cargada la AJI o de la mera intuición ante algún hecho acaecido en la práctica interna o internacional de la que dan cuenta los propios medios de comunicación se encienda una primera la luz de alarma jurídica. En tales casos, parece razonable esperar que la AJI transmita sus impresiones de manera informal e inmediata a la dirección política concernida. Es más, es una actuación que, al menos por lo que concierne a quien esto escribe, suele ser muy bienvenida por el destinatario de la misma.

figura, “the legal adviser is an employee of his government”, de forma que “his duty is to his government, which engages him, and undertakes to pay him, and is entitled to demand the best service of which he is capable”; y, por supuesto, “if what he is asked to do is distasteful, contrary to his conscience, or professional standards, he can of course terminate the relationship”. Este autor ofrece también una excelente descripción de las exigencias del buen Asesor Jurídico: “He must be competent, conscientious, efficient, and he must keep abreast of new developments. He must be both candid and honest when advising his government. He must give a competent opinion based on sufficient knowledge of the facts, adequate consideration of the applicable law, and his own experience and expertise. The advice must be open and undisguised and must clearly disclose what the adviser honestly thinks as to the merits and probable results. He can never knowingly assist or encourage any dishonesty or illegal conduct or instruct his government how to violate the law and avoid punishment (...). He is in reality the custodian and exponent of international law for the foreign ministry”; MACDONALD, R. St: *loc. cit.* (“The role...”), pp. 385 y 386.

En parecido sentido, en nuestro país, no parece que fuera desencaminado nuestro antecesor en el cargo, Santiago MARTÍNEZ CARO, cuando en 1968 consideraba que las cualidades del asesor jurídico deberían ser la competencia profesional, cierto sentido político y flexibilidad mental y temperamental; y no creemos que en el casi medio siglo transcurrido desde esas afirmaciones hayan cambiado mucho las cosas, aunque, no sin razón, alguien podría pensar que son en realidad cualidades para cualquier profesión. En concreto, Santiago MARTÍNEZ CARO consideraba que las cualidades requeridas para la función asesora-diplomática eran “la competencia profesional, para proporcionar al Estado el mejor servicio posible, en un campo altamente especializado, y el sentido político que le permite entender cabalmente la realidad circundante y las posibilidades nacionales, y apreciar el enlace de los intereses propios con las exigencias del bien común universal. A ellas puede añadirse una tercera, la flexibilidad mental y temperamental, que es virtud muy principal del diplomático y necesaria para el que tiene que saltar, con poco o ningún respiro, de un sector a otro entre los más variados de la vida humana”; “La función asesora jurídico-diplomática”, *Revista Española de Derecho Internacional* 1968, vol XXI, pp. 499-513, en pp. 502 *in fine*-503.

³⁸ Obviamente, al menos como cuestión de principio, no será igual que el Jefe de la AJI ostente la condición de Director General o que sea de rango inferior.

2.1.2. La labor de responder: la emisión de informes.

Por el contrario, no cabe duda que la labor de *responder* entronca en su más genuina esencia con la misión del asesor jurídico y se manifiesta a través de la emisión de informes o, según la cuestión planteada, notas informativas. Esta tarea es, sin duda, la más relevante, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Desde la primera de estas perspectivas, cabe señalar que la AJI hasta el momento de escribir estas reflexiones ha emitido 18.300 informes, cuya numeración sigue siendo correlativa y sus originales se encuentran en el archivo de la propia asesoría. En realidad, su número ha ido aumentando de manera progresiva año tras año. Hasta la década de los setenta del siglo pasado el número de informes por año era de unas pocas decenas y venían a equivaler a una media de tres o cuatro informes por mes³⁹. En la década de los setenta y ochenta la producción de informes se multiplicó por cuatro, alcanzando la cifra de dos o tres centenares por año⁴⁰ y en la recta final del siglo pasado la cifra se fue acercando al medio millar por año⁴¹, habiéndose consolidado ese número hasta nuestros días⁴².

Es obvio que el número no indica mucho en sí mismo y, en realidad, existe una amplia labor de asesoramiento jurídico (informal o discreto) que no llega a plasmarse por escrito. Se da, además, una muy dispar exigencia de tiempo y dedicación según el contenido de que se trate; no merece comparación alguna la emisión de un informe de trámites de un sencillo MOU frente a otro sobre algún complejo acuerdo mixto de la Unión Europea y tampoco tiene mucho que ver un informe de trámites frente a otro de asesoramiento sobre alguna compleja cuestión de Derecho Internacional. Pero, en todo caso, resulta incontestable que el número de informes de la AJI es un primer indicador del notable incremento de trabajo asumido por

³⁹ Salvo en los primeros años de puesta en marcha de la AJI, en los que la cifra de informes rondaba el centenar (104 en 1938, 82 en 1939 y 70 en 1940), lo habitual era emitir unas pocas decenas de informes cada año. El año con menor producción fue 1960 (tan sólo 18 informes), si bien el número pocas veces superaba el medio centenar (74 en 1942, 53 en 1952, 54 en 1953 y 1966, 77 en 1958, 64 en 1959, 79 en 1967, 77 en 1968 y 67 en 1969) y muy raramente bajaba de las tres decenas (25 en 1946, 22 en 1948, 23 en 1954 y 24 en 1956). La cifra era pues bastante estable y la media venía a equivaler a 3 ó 4 informes por mes (50 en 1944, 34 en 1945, 34 en 1947, 41 en 1949, 30 en 1950, 35 en 1951, 35 en 1955, 42 en 1957, 43 en 1961, 41 en 1962, 31 en 1963, 35 en 1964, 47 en 1965, 45 en 1970).

⁴⁰ En efecto, salvo en algún ejercicio muy concreto en el que el número de informes superó escasamente la centena (119 en 1975, 143 en 1976, 118 en 1977 y 145 en 1984), la cifra solía encontrarse ya holgadamente por encima de los 200 (273 en 1972, 257 en 1973, 200 en 1974, 249 en 1978, 272 en 1979, 202 en 1980, 240 en 1982, 221 en 1983, 280 en 1986 y 286 en 1989) y no era raro pasar de los 300 (397 en 1981, 307 en 1987, 331 en 1988).

⁴¹ Hubo, de hecho, años de la década de los noventa del siglo pasado en los que ya se sobrepasó ligeramente el umbral del medio millar de informes (517 en 1992, 565 en 1994, 563 en 1996, 550 en 1997 y 501 en 1998), pero lo normal era situarse en el entorno de los cuatro centenares (418 en 1990, 477 en 1991, 476 en 1993, 476 en 1999, 337 en 2000, 427 en 2001, 358 en 2002, 471 en 2003, 337 en 2004 y 483 en 2005).

⁴² Salvo un único año en el que el número de informes quedó por debajo del medio millar (484 en 2011) la cifra se ha estabilizado ligeramente por encima de ese umbral (601 en 2006, 697 en 2007, 625 en 2008, 647 en 2009, 516 en 2010, 516 en 2012 y 538 en 2013). Durante el primer cuatrimestre de 2014 (hasta el 30 de abril) se habían emitido ya 201 informes.

ella. En este sentido, merece la pena señalar que este incremento notable de trabajo no se ha hecho acompañar de modificación alguna de su plantilla en el último medio siglo. En este sentido, considerando que la plantilla se ha mantenido prácticamente sin variación desde 1957, se ha producido en realidad una multiplicación por diez del volumen de informes asumidos en la actualidad por cada miembro de la AJI.

Por otro lado, desde la complementaria perspectiva cualitativa, la tarea de emisión de informes es también la más representativa de cuantas desarrolla la AJI. Es, sin duda, la que mayor dedicación de tiempo y esfuerzo demanda, a la par que abarca la más variada paleta de temas de Derecho Internacional. De hecho, raro es el recoveco del ordenamiento iusinternacional que no haya merecido la consideración de la AJI durante sus 75 años de existencia. Hay, con todo, algunas materias que invariablemente reclaman atención jurídica casi constante. En este sentido, no descubriremos el Mediterráneo si afirmamos que tales temas se concentran en cuestiones como Gibraltar, los problemas derivados de los Acuerdos de sede, temas diversos de Derecho del Mar, las cuestiones de doble imposición y tráfico aéreo o la cooperación judicial internacional; últimamente exigen también atención ciertos temas nuevos como el mantenimiento de la posición española dentro de la Unión Europea (y otras organizaciones internacionales) en relación con el no reconocimiento de Kosovo e incluso el renacimiento de determinados problemas de delimitación marítima.

2.1.3. La labor de defender: actuación ante tribunales internacionales.

En tercer lugar, la labor de *defender* resulta consustancial a cualquier asesoría jurídica de un MAE⁴³. Pero su extensión varía según los Estados. En algunos, como Francia, incluye la actuación ante el TJUE y el TEDH. En otros, como el Reino Unido, abarca todos los tribunales internacionales, salvo el TJUE. Y en otros, como es el caso español, se limita a los tribunales de más genuino cuño internacional, como son el TIJ y el TIDM. De hecho, en la práctica, hasta el momento han sido cinco las ocasiones en las que España ha intervenido ante el primero y dos ante el segundo.

Por lo que respecta a la intervención ante el TIJ es evidente que se trata de una actividad que por su magnitud y complejidad desborda por completo las posibilidades individuales de cualquier asesoría internacional y reclama la formación de un amplio equipo de agentes, abogados y consejeros que tendrán que dedicar muchos meses (o años) a la preparación de las correspondientes piezas escritas y posteriores intervenciones ante la Corte⁴⁴. Ahora bien, la AJI ha mantenido siempre un papel destacado

43 Cfr. con carácter general MONACO, Riccardo: “Représentation des parties devant les instances internationales”, en AAVV, *Festschrift für R. Bindschedler*, Berna, 1980, pp. 373-384; PELLET, Alain: “Conseil devant la Cour Internationale de Justice: quelques impressions”, en AAVV, *L'évolution du Droit International-Mélanges offerts à H. Thierry*, París, 1998, pp. 345-362.

44 Cfr. REMIRO BROTONS, Antonio: “La Asesoría Jurídica Internacional de Gobiernos desde fuera”, en JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (ed.), *op. cit. (Iniciación a la práctica...)*, pp. 535-579, especialmente pp. 551-577.

en todos los procedimientos en los que España ha comparecido ante el TIJ, ya fuere como parte (en un procedimiento contencioso) o como compareciente (en un procedimiento consultivo). Entre los casos contenciosos, España ha comparecido en dos ocasiones como demandada y en una como demandante. Como demandada lo hizo en el (casi) legendario (y larguísimo) asunto de la *Barcelona Traction* (1970)⁴⁵ y en el (algo) menos conocido de la *legalidad del uso de la fuerza* (1999)⁴⁶, actuando como agentes de España José Manuel Castro Rial y el entonces jefe de la AJI, Aurelio Pérez Giralda, respectivamente. Y, como demandante, España actuó contra Canadá en el malogrado caso relativo a la *Jurisdicción en materia de pesquerías en el Atlántico Occidental* (1998) por la persecución, el abordaje y la confiscación en alta mar del pesquero español Estai⁴⁷, habiendo actuado igualmente como agente quien entonces era Jefe de la AJI (el profesor Pastor Ridruejo).

Por otro lado, por lo que se refiere a la jurisdicción consultiva ante el TIJ, España intervino igualmente en el asunto del *Sahara Occidental* (1975)⁴⁸ y en el

⁴⁵ Sentencia de 5 de febrero de 1970, *CIJ Recueil* 1970, p. 4. De entre la ingente bibliografía a que dio lugar este asunto puede verse el número monográfico que dedicó al tema la *Revista Española de Derecho Internacional* 1970, vol. XXIII, núms. 2-3. La Corte, en lo que en realidad era la segunda fase del caso, rechazó (por 15 votos contra 1) la demanda incoada ocho años antes por Bélgica reclamando una reparación por los perjuicios que habrían sufrido los accionistas de nacionalidad belga como consecuencia de la quiebra de una compañía canadiense (la *Barcelona Traction, Light and Power Company*). El fundamento de la demanda, a juicio de Bélgica, derivaba de la realización de actos contrarios al Derecho Internacional cometidos por determinados órganos del Estado español. El fallo de la Corte se basó en la inexistencia de *ius standi* de Bélgica para ejercitar la protección diplomática de los accionistas de una sociedad canadiense respecto a las medidas adoptadas contra esa sociedad en España.

⁴⁶ Providencia de 2 de junio de 1999, *CIJ Recueil* 1999. La Corte rechazó, por 14 votos contra 2, la solicitud de medidas provisionales presentada por la República Federativa de Yugoslavia contra España por supuesta violación de la obligación de no hacer uso de la fuerza como consecuencia de los bombardeos del territorio yugoslavo junto con otros Estados miembros de la OTAN. En concreto, la Corte consideró que se cumplían las condiciones para la exclusión de su competencia, a la vista de que la Declaración española de reconocimiento de jurisdicción obligatoria recogía una reserva respecto de las controversias en las que la otra parte hubiera aceptado la competencia obligatoria de la Corte antes de que hubiesen transcurrido 12 meses desde la presentación de la demanda por la que se sometía la controversia en cuestión a la Corte. Yugoslavia había depositado la declaración el 26 de abril de 1999 y presentado la demanda contra España el 29 de ese mismo mes de abril.

⁴⁷ Sentencia de 4 de diciembre de 1998, *CIJ Recueil* 1998. También a esta sentencia dedicó cumplida atención la sección de jurisprudencia de la *Revista Española de Derecho Internacional* 1999, vol. LI, pp. 89-161. En este asunto, la Corte declaró, por 12 votos contra 5, que no tenía competencia para pronunciarse sobre la controversia planteada por España.

⁴⁸ Opinión consultiva de 16 de octubre de 1975, *CIJ Recueil* 1975, p. 12. Esta opinión consultiva traía causa de una solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas a propósito de dos cuestiones concretas. La primera se refería a si el Sáhara Occidental en el momento de su colonización por España era un territorio *res nullius*, a la que la Corte por unanimidad respondió en sentido negativo. Y la segunda consistía en dilucidar los vínculos jurídicos concretos que existían entre dicho territorio y el Reino de Marruecos y el complejo mauritano, habiendo respondido la Corte que existían “vínculos jurídicos de subordinación entre el Sultán de Marruecos y ciertas tribus que vivían en el territorio del Sáhara occidental”. No obstante, la Corte sostuvo que “los elementos e informaciones puestos a su disposición no demostraban la existencia de ningún vínculo de soberanía territorial”, por lo que no podía acreditarse que existieran “vínculos jurídicos capaces de modificar la aplicación de la Resolución 1514 (XV) en lo que se refiere a la descolonización del Sáhara Occidental y, en particular, en lo que se refiere a la aplicación del principio de la libre determinación mediante la expresión de libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones del territorio”.

de la *Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo* (2010)⁴⁹, actuando igualmente como agentes de España quienes en los respectivos momentos eran jefes de la AJI, a saber José Manuel La-cleta y Concepción Escobar. Con todo, como ya se ha adelantado desde la misma introducción, es de justicia obligada indicar a renglón seguido que la defensa de la posición de España fue tan sólo posible con el apoyo que la AJI recibió de un nutrido número de prestigiosos juristas externos, buena parte de ellos provenientes de la Universidad⁵⁰.

En otro orden de tribunales internacionales, en relación con el TIDM España ha intervenido en dos ocasiones y en ambas ha correspondido a la AJI la asunción de la defensa jurídica. La primera fue de carácter contencioso y obedeció a la demanda que San Vicente y las Granadinas presentó contra España (asunto *Louisa*)⁵¹ como consecuencia del abordaje, registro y detención en febrero de 2006 del buque Louisa, de pabellón de San Vicente y las Granadinas, sospechoso de realizar actividades criminales contra el patrimonio histórico español y poseer armas de guerra; y correspondió a la jefa de la AJI actuar como agente, contando igualmente con el respaldo de abogados y consejeros externos en su equipo⁵². Y la segunda, de carácter consultivo y pendiente en este momento de señalamiento para la vista oral, ha sido promovida por la Comisión subregional de pesca (caso 21)⁵³. También en este caso ha correspondido a la AJI la presentación del correspondiente escrito de observaciones (como letrado habilitado del Abogado del Estado)⁵⁴.

⁴⁹ Opinión consultiva de 22 de julio de 2010, *CIJ Recueil* 2010, p. 403. A esta opinión consultiva, que no resultó favorable a las tesis sostenidas por España, también le dedicó un número monográfico la *Revista Española de Derecho Internacional* 2011, vol. LXIII. Como es bien sabido, en este asunto la Asamblea General de las Naciones Unidas sometió al TIJ la cuestión de si la declaración unilateral de independencia formulada por las instituciones provisionales de autogobierno de Kosovo se ajustaba al Derecho Internacional. La Corte resolvió, por 10 votos contra 4, que la declaración de independencia de Kosovo no violó el Derecho Internacional (párrafos 78 a 121).

⁵⁰ En el asunto de la *Barcelona Traction* el equipo jurídico fue muy amplio tanto en número como en nacionalidades (había abogados o consejeros de nacionalidad suiza, italiana, francesa, neerlandesa y uruguaya), pudiéndose destacar entre los españoles a Antonio de Luna y a José María Trías de Bes. En el asunto *Competencia en materia de pesquerías en el Atlántico Occidental* participaron dentro del equipo jurídico, entre otros, los profesores Remiro Brotons y Sánchez Rodríguez. Por último, en el asunto sobre la *Conformidad con el Derecho Internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo* la agente española estuvo acompañada en su equipo por los profesores Andrés Sáenz de Santa María, Cardona Llorens, Jiménez Piernas y Mangas Martín.

⁵¹ Sentencia de 28 de mayo de 2013, caso número 18, *M/V Louisa (San Vicente y las Granadinas c. Reino de España)*. El TIDM resolvió, por 19 votos contra 2, que carecía de jurisdicción. Este asunto es objeto de amplio estudio en la contribución de la profesora Escobar en esta misma obra.

⁵² Se trató, en concreto, de los profesores Aznar Gómez, Jiménez Piernas, Ojinaga Ruiz, así como también participó en la fase final quien suscribe este trabajo en su condición de jefe de la AJI nombrado cuando el procedimiento se encontraba ya en su fase final y existía señalamiento para la vista oral.

⁵³ Han sido 21 los Estados parte de la CNUDM que han presentado observaciones escritas; igualmente lo ha hecho la Unión Europea. Dadas las competencias de esta última, las observaciones de los Estados miembros de la Unión se centran en las cuestiones de jurisdicción, mientras que las de la Comisión de la UE lo hacen sobre la cuestión material de fondo.

⁵⁴ También en este caso la AJI contó con el valioso apoyo externo de la profesora Ojinaga Ruiz.

Llegados a este extremo, una vez consideradas las tres funciones principales de cualquier asesoría jurídica, merece la pena llamar la atención a continuación sobre dos tareas añadidas de progresiva relevancia que también corresponden usualmente al asesor jurídico de un MAE, como son la de *representar* y, si se permite la licencia metafórica, también la de *ayudar a legislar*⁵⁵.

2.2. La función diplomática clásica: representar.

La primera de esas labores añadidas consiste en participar en conferencias internacionales o delegaciones para la negociación de acuerdos internacionales y encarna una labor tan apasionante e interesante como compleja en su articulación⁵⁶. Sin duda, la cita anual en Nueva York a finales de cada mes de octubre para participar en la amalgama de eventos y encuentros que configuran la llamada *Legal Week* constituye una de las labores más gratas para el asesor jurídico; más si cabe, en el caso de los asesores procedentes del mundo universitario, ya que los debates de los informes de la Comisión de Derecho Internacional en el marco de la VI Comisión están a medio camino entre la discusión académica de alto nivel y la defensa de los concretos intereses del Estado en la materia de que se trate. Pero es, por encima de todo, una ocasión de oro para mantener en sus márgenes reuniones bilaterales con colegas de Estados u organizaciones internacionales para limar aristas jurídicas de problemas vivos de la más variada índole.

Igualmente, representar al Estado en una negociación internacional encarna una tarea en la que se han de acomodar más que en ninguna otra tarea los argumentos jurídicos a los intereses del Estado. Sin embargo, obviamente no debe desdeñarse la importancia capital de un correcto planteamiento jurídico. Sirvan tres ejemplos concretos de la práctica española reciente para ilustrar este extremo, uno asumiendo el asesor jurídico un papel protagonista y otros dos como discreto acompañamiento. En una controversia sobre delimitación marítima de Zonas Económicas Exclusivas entre dos Estados vecinos, la negociación, al menos en las primeras reuniones, es (casi) exclusivamente jurídica. Consiste en acomodar la posición propia a la jurisprudencia sobre la materia desplegada por el Tribunal Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en su única

⁵⁵ Los autores que en los últimos tiempos se han acercado al estudio de la figura de los asesores jurídicos de los gobiernos en materia de Derecho Internacional detallan con bastante más minuciosidad las concretas funciones que se les atribuyen, si bien grosso modo todas ellas pueden reconducirse a las cinco aquí recogidas con trazos gruesos. Véase, por ejemplo, las doce funciones a las que se refiere por ejemplo Stephen BOUWHUIS en su ya citada contribución "The Role of an International Legal Adviser to Government", *International and Comparative Law Quarterly* 2012, vol. 61, pp. 939-960, especialmente pp. 943-946.

⁵⁶ Cfr., por ejemplo, PUISOCHET, Jean-Pierre: "La fonction juridique au Ministère des Affaires étrangères", *Cahiers de la Fonction Publique et de l'Administration* 1993, núm. 118, pp. 12-13; GUILLAUME, Gilbert: "La direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères: conseil juridique et action diplomatique", en AAVV, *Mélanges de Lacharrière - Guy Ladreit de Lacharrière et la politique extérieure de la France*, Masson, París, 1989, pp. 267-278; ib.; "Droit international et action diplomatique: le cas de la France", *European Journal of International Law* 1991, vol. 2, pp. 136-147.

sentencia sobre la cuestión o los diversos tribunales arbitrales que han conocido de asuntos en la materia⁵⁷. Concretar la *zona pertinente*, acordar las respectivas *costas relevantes* o calibrar las circunstancias a tener en cuenta en los previstos test de equidad y de proporcionalidad que se realicen en la última etapa de las negociaciones es más tarea de asesores jurídicos que de diplomáticos. No es, por ello, de extrañar que suelen ser precisamente los directores de las AJIs concernidas los jefes de las respectivas delegaciones en los primeros tramos de las negociaciones⁵⁸. Por supuesto, una vez acotado el marco de discusión, corresponderá a la dirección política y probablemente a avezados diplomáticos la concreción de las concesiones que se puedan hacer para (intentar) llegar a un acuerdo negociado en los términos del artículo 74 CNUDM. A la postre, acaso siguiendo la máxima de la interesante fábula de Lafontaine ‘*Le chat, la belette et le petit lapin*’, siempre resulta mejor el acuerdo entre las partes que recurrir a la incierta vía de la resolución de la controversia mediante el medio elegido de entre los que brinda el artículo 287 CNUDM (Hamburgo, La Haya o un tribunal arbitral). Con todo, a nadie se le escapa que, por motivos de naturaleza diversa, la negociación actualmente en curso en materia de delimitación marítima no es precisamente sencilla.

No obstante, entrando ya en los otros dos ejemplos anunciados, el papel habitual y normal del asesor jurídico en las negociaciones de tratados internacionales es el de un miembro más dentro de la delegación española de que se trate; y su función será apoyar adecuadamente en los escollos jurídicos que pudieran surgir a lo largo de las mismas. A este respecto, ejemplos no faltan, pudiéndose resaltar dos que en los últimos meses han afectado a Estados Unidos y Rusia⁵⁹. Existe, con todo, otros de carácter permanente como por ejemplo

⁵⁷ Véase, por todos, ROS, Natalie: “El Derecho jurisprudencial de la delimitación marítima”, *Revista Española de Derecho Internacional* 2013, vol. 65, pp. 71-115.

⁵⁸ Para ser justos en la apreciación conviene subrayar que en este tipo de negociaciones poco podrían hacer los juristas si no contaran con el inestimable apoyo de los expertos en cartografía (en el caso español, procedentes del Ministerio de Defensa y más en concreto del Instituto Hidrográfico de la Marina). No en vano, por mucha importancia que se conceda a la negociación eficaz y al buen empleo de argumentos jurídicos, al final la geografía no va a poder ser cambiada. Como el TIJ ha venido afirmando desde el asunto del Mar del Norte, el Derecho no puede remodelar o reformar la geografía (“the consequence would be a judicial refashioning of geography, which neither the law nor practice of maritime delimitation authorizes”); sentencia de 3 de febrero de 2009, caso relativo a *la delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania)*, punto 149; igualmente reiterado en la reciente (y controvertida) sentencia de 19 de noviembre de 2012, caso sobre *el diferendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)*, párrafo 202. Para la preparación de la posición jurídica española en las negociaciones de delimitación marítima en la que en estos momentos se encuentra inmersa la AJI se ha contado con el apoyo externo de la profesora Orihuela, autora de una interesante contribución que aparece en esta misma obra.

⁵⁹ Así, al negociarse con Estados Unidos el II Protocolo de Enmienda del Convenio de Cooperación para la Defensa (BOE núm. 138 de 10 de junio de 2013, p. 43.652) la inclusión en su artículo 3 de la posibilidad de celebrar acuerdos administrativos de desarrollo planteó importantes cuestiones jurídicas durante las negociaciones, hábilmente dirigidas por el embajador Albi, que explican la referencia final a que tengan que ser conformes no sólo con el Convenio, sino también „con las respectivas legislaciones nacionales de la Partes“. En distinto sentido, a la hora de concretar en el marco de negociación con Rusia de las condiciones para la adopción internacional a incluir en el correspondiente tratado en la materia, una vez aprobada en ese

la participación en las reuniones de las Comisiones Internacionales de Límites con Portugal y Francia⁶⁰.

Por último, dentro de este mismo marco funcional, destaca la intensa y valiosa colaboración que se ha entablado entre los asesores jurídicos europeos al amparo de cada vez más frecuentes reuniones de los grupos de trabajo de Derecho Internacional de la Unión Europea (COJUR)⁶¹ o el Consejo de Europa (CAHDI)⁶². Son foros particularmente útiles para el intercambio (formal e informal) de pareceres entre los asesores jurídicos a propósito de problemas concretos a los que en cada momento se enfrentan los Estados, a la vez que se han erigido también en valiosa atalaya para el (siempre complejo) seguimiento de las reservas a los tratados y objeciones a las mismas. El primero se aprovecha, igualmente, para coordinar la posición de los Estados en sus intervenciones en organizaciones internacionales, v. gr. la VI Comisión de Naciones Unidas o la Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional (CPI) —de hecho, existe un subgrupo del COJUR encargados de los temas de la CPI y el Derecho Humanitario (COJUR-CPI)—. Finalmente, merece contar también con referencia expresa la presencia de la AJI en el grupo de la UE encargado de los temas del Derecho del Mar (COMAR) cuya relevancia es capital, dada la existencia de una competencia exclusiva de la UE en materia de conservación de los recursos biológicos marinos (art. 3.1d TFUE). Lo cual, por cierto, es fuente de ciertas tensiones entre la Comisión y el Consejo (y Estados miembros) que tendrá que resolver el Tribunal de Justicia en los próximos meses⁶³.

país restricciones para los matrimonios homosexuales, se plantearon igualmente algunas cuestiones delicadas de claro calado jurídico, que están pendientes de ratificación, una vez realizada la firma en julio de 2014.

⁶⁰ La última de estas reuniones de, por ejemplo, la Comisión Internacional de Límites con Portugal ha tenido lugar los días 19 y 20 de mayo de 2014 con un amplio orden del día en el que destacan con luz propia las recurrentes cuestiones sobre las desembocaduras del Miño y del Guadiana. Resulta, por cierto, llamativo que desde el Acuerdo de 27 de marzo de 1893 y el malogrado Acuerdo de Guarda de 1976, que no logró finalmente entrar en vigor, sigue pendiente la negociación entre los dos Estados de un acuerdo para la delimitación; cfr. LACLETA MUÑOZ, José Manuel: *Las fronteras de España en el mar*; Real Instituto Elcano, DT 34/2004, especialmente pp. 15 y 16; ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza: *España y la delimitación de los espacios marinos*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, especialmente p. 172. Sería, por tanto, muy recomendable reabrir unas negociaciones para actualizar las posibles soluciones del paralelo 41° 51' 57" (Miño) y del meridiano 7° 26' 30" (Guadiana).

⁶¹ El COJUR se reúne, con carácter ordinario, dos veces dentro de cada presidencia semestral rotatoria y con carácter extraordinario cuantas veces resulte necesario para coordinar la posición de los Estados miembros, v.gr. con ocasión de las sesiones de la VI Comisión de Naciones Unidas o de la Asamblea de Estados Parte del Tribunal Penal Internacional. Por otro lado, tiene igualmente institucionalizadas algunas reuniones internacionales, pudiéndose destacar el encuentro informal semestral con el *Legal Adviser* de Estados Unidos para el intercambio de pareceres jurídicos sobre cuestiones como la imposición de sanciones en el marco de la lucha antiterrorista. Y actualmente se está en negociaciones para hacer lo propio con otros Asesores Jurídicos, por ejemplo, con el de la Liga de Estados Árabes, estando prevista la primera reunión para el 2 de junio de 2014 en Bruselas.

⁶² El CAHDI se reúne con carácter ordinario dos veces al año. La página web del CAHDI (<http://www.coe.int>) alberga una útil base de datos dentro de la que se puede consultar la organización de las AJIs de todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

⁶³ Buen ejemplo de esta tensión es la controversia existente actualmente entre el Consejo y la Comisión a propósito del alcance de la competencia externa de la Unión para actuar ante tribunales internacionales, por ejemplo el TIDM. En este sentido, el Consejo ha interpuesto un recurso ante el TJUE

2.3. Una función complementaria de creciente importancia: apoyar en la labor de legislar.

Finalmente, bajo el quizá pretencioso epígrafe de *legislar* se intenta acoger de manera gráfica la labor de prestar el apoyo jurídico necesario en la elaboración de normas jurídicas de carácter general con raíces o repercusiones en el Derecho Internacional. Entre éstas lógicamente destaca, en primer término, la participación activa en la elaboración de anteproyectos de ley en materias ligadas a las competencias del MAEC; ello suponiendo, primero, que el asesor reciba tal encargo y también suponiendo, después, que encaje adecuadamente en el equipo de trabajo que se constituya para llevar adelante el cometido. Tal labor será obviamente de intensidad bien diferente según se trate de una ley de tratados o de inmunidades, en las que parece razonable una activa (incluso protagonista) participación de la AJI, que en una ley de cooperación judicial internacional o una ley de navegación marítima, en las que, a pesar de las evidentes consecuencias de Derecho Internacional, la batuta la llevarán, evidentemente, otros ministerios.

Nos encontramos, de cualquier manera, ante una actividad de la mayor trascendencia donde todo el esfuerzo jurídico resultará escaso. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una ley de tratados. Desde que, una vez aprobada la Constitución de 1978, se llegó a la convicción de que era necesario sustituir el vetusto Decreto preconstitucional de 1972⁶⁴ por una ley adaptada a las nuevas circunstancias (existencia de un Estado de Derecho derivado de la Constitución, pertenencia de España a la UE, sistema territorial descentralizado en el que las CCAA gozan de notables competencias en materia de acción exterior, uso creciente de nuevos instrumentos internacionales diferentes a los tratados, etc.) se elaboraron muy diversos borradores de anteproyectos de ley. Cuatro de ellos alcanzaron un elevado grado de maduración. Uno llegó a superar el trámite de envío al Consejo de Estado para la emisión del correspondiente informe⁶⁵, aunque después nunca volvió al Consejo de Ministros para convertirse en proyecto de ley. Y, finalmente, el actual Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales que se encuentra ahora en trámite parlamentario de Cortes⁶⁶, con una formulación que, aunque su tenor difiera bastante de los borradores anteriores, es obvio que se ha beneficiado de toda la labor preparatoria anterior⁶⁷.

por considerar que la intervención de la Comisión sin contar con un previo mandato del Consejo contraviene el Derecho de la Unión (asunto C-73/14, *Consejo c. Comisión*). Parecida polémica se ha dado con anterioridad en otros casos como consecuencia, por ejemplo, de la intervención de la Comisión ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos en calidad de *amicus curiae* en un delicado asunto sobre aplicación extraterritorial en materia civil que, además, afectaba muy directamente a dos Estados miembros; asunto *Kiobel vs. Royal Dutch Petroleum*, sentencia de 17 de abril de 2013, US Supreme Court 569 (2013).

⁶⁴ Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, *BOE* núm. 85, de 8 de abril de 1972.

⁶⁵ Dictamen núm. 47.392, de 21 de febrero de 1985.

⁶⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 72-1 de 5 de noviembre de 2013, p. 1.

⁶⁷ Cfr. DIEZ HOCHLEITNER, Javier: “Antecedentes y líneas generales de una eventual Ley de tratados”, en AAVV, *La celebración de tratados internacionales por España: Problemas actuales*, Es-

Pero no nos engañemos, la formulación final de esta ley (y de cualquier otra) será fruto de unos difusos *checks and balances* internos y externos en los que la calidad técnico-jurídica de la redacción resultante de la ley (o la formulación óptima desde el estricto punto de vista jurídico) habrá de buscar acomodo con otros elementos extrajurídicos de comprensible presencia en una norma de este tipo. Entre el óptimo jurídico que se plasme en el inicial borrador de anteproyecto de ley que, con el apoyo externo preciso, pueda presentar una asesoría jurídica — suponiendo, lo que para algunos quizá sea mucho suponer, la finura y capacidad jurídica suficiente para hacerlo— y el resultado final del proyecto de ley que, tras decenas de borradores, entre en la Secretaría del Congreso de los Diputados dista un largo recorrido. En ese recorrido, junto a la capacidad jurídica, habrá que mostrar también cierta ‘cintura y flexibilidad’ en beneficio del resultado final, so pena de ser relegado del proceso negociador interno. Por otro lado, tampoco puede ignorarse que el papel que durante todo ese proceso negociador interno ocupe la AJI vendrá condicionado, además de por su propia pericia y utilidad al proceso, por su relación con las dos figuras básicas del ministerio en este tipo de tareas, como son el Subsecretario y la Secretaría General Técnica; amén de, por supuesto, en primer término el impulso y respaldo del propio Ministro. Sería ilusorio, salvo para quien desconozca por completo el funcionamiento interno de la Administración, pensar que todo es cuestión jurídica en una ley, por muy técnica que ésta sea. El *quid*, como casi siempre, será lograr el equilibrio adecuado y, por qué no decirlo, contar con algo de fortuna para que concurren los factores necesarios para sacarla adelante⁶⁸. Esperemos, pues, que esta sí sea la definitiva.

cuela Diplomática, Madrid, 1990, p. 185. En esta publicación, que trae causa de un importante seminario sobre esta cuestión, se incluye el tenor del anteproyecto de ley de 1985.

⁶⁸ Desde la cátedra universitaria o desde la tribuna periodística o incluso desde el despacho de la propia AJI resulta relativamente sencillo opinar sobre la formulación óptima de un concreto precepto de un proyecto de ley, por complicada que ciertamente resulte la materia en cuestión (y, obviamente, el de la Ley de tratados y otros Acuerdos Internacionales lo es). Pero resulta bastante más difícil que la Secretaría General Técnica del MAEC logre convencer a sus colegas de otros Ministerios de la idoneidad técnico-jurídica de ese precepto cuando conlleva, por ejemplo, una cierta pérdida de competencias o una carga importante para el Ministerio concernido y cabría, sin salirse de las exigencias derivadas del Derecho Internacional y del marco constitucional en vigor, una formulación quizá no tan adecuada desde la perspectiva técnico-jurídica, pero igualmente posible y razonable; y en todo caso más satisfactoria para el organismo afectado. E incluso es más difícil aún que, tras una treintena de formulaciones y reformulaciones, la divergencia en cuestión haya de llevarse de nuevo a la reunión de Subsecretarios y Secretarios de Estado para intentar sacar adelante la consideración en cuestión desde un estricto punto de vista de adecuada técnica jurídica. En la redacción de una ley de relevancia clara para el Derecho Internacional —pero con relevancia igualmente clara para otros muy diversos actores con intereses en liza perfectamente legítimos— lo óptimo se convierte en enemigo de lo posible, de manera que la búsqueda de un punto de equilibrio situado dentro de lo razonable puede ser ya un logro notable. En realidad, a nuestro juicio, sin una adecuada compenetración del jefe de la AJI con las personas que ocupen los cargos de Subsecretario y Secretaria General Técnica y sin un generoso compromiso de estos dos últimos —probablemente muy por encima del esperable en circunstancias normales— para respaldar las propuestas que le lleguen de aquél, no es nada improbable que el borrador de anteproyecto de ley, por muy bien elaborado que éste salga de la buhardilla que la AJI ocupa en el Palacio de Santa Cruz, jamás vea impreso el sello de entrada en la ventanilla de las Cortes Generales. Subsecretaría y Secretaría General Técnica son dos piezas claves sin cuyo apoyo y respaldo (e incluso cierta ‘protección’) resulta imposible que el cometido jurídico

3. LA LABOR DE ASESORAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL DEL ESTADO EN ESPAÑA: LA IMPORTANCIA DE LA AJI (Y DEL RESTO DE AGENTES INVOLUCRADOS)

3.1. El asesoramiento jurídico dentro de la administración general del Estado: la Abogacía del Estado y las Asesorías Jurídicas de Exteriores y de Defensa

Los modelos bajo los que se han organizado las asesorías jurídicas en los diferentes Estados han sido ya profusamente tratados con anterioridad por la doctrina y se concretan básicamente en tres posibilidades. Se trata de la consulta externa a profesionales del Derecho, la centralización de toda la labor de asesoría jurídica en un único Ministerio, que suele ser el de Justicia, o la ubicación de una asesoría jurídica en materia de Derecho Internacional dentro de los MAEs, siendo esta última opción la que ha terminado por imponerse de manera generalizada⁶⁹; de hecho, que sepamos, en la actualidad sólo Nigeria y Malasia siguen el modelo de unos servicios jurídicos únicos ubicados en el Ministerio de Justicia. Pero, dentro de la última opción, generalizada en la práctica, caben también modalidades diversas que se pueden reconducir a dos básicas, a saber, la existencia de un cuerpo propio de juristas internacionalistas, como es el caso de Estados Unidos, Reino Unido o Países Bajos, o la más extendida figura del abogado-diplomático (*lawyer-diplomat*) que se da en Canadá, Alemania o Japón. La mayoría de los países de nuestro entorno cuenta, así, con un departamento dentro del MAE encargado de los asuntos jurídicos internacionales que suele tener por regla general el rango de Dirección General. En el caso español, se ha optado por este mismo modelo pero atribuyéndole rango de Subdirección General, dependiendo directamente de la Subsecretaría, y ubicando algunas de las funciones ordinarias de las asesorías jurídicas en la Secretaría General Técnica (unidad de tratados) y otros en la Dirección General de asuntos consulares y españoles en el extranjero (temas consulares), en la Abogacía del Estado ante la UE (Derecho de la UE) o en Subdirección General de Asuntos Jurídicos Comunitarios e Internacionales del Estado (cuestiones del TEDH y otras).

En concreto, la ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas parte en su exposición de motivos de la premisa de que las competencias que se atribuyen al Servicio Jurídico del Estado sobre “asistencia jurídica, del Estado y de los Organismos autónomos” lo son “sin perjuicio de las competencias consultivas que corresponden (...) a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos

de la Asesoría Jurídica pueda prestarse de manera óptima en este cometido. Por otro lado, en este mismo orden de cosas, tampoco puede pasar desapercibido que difícilmente puede encontrarse un proyecto legislativo que proporcione menos réditos políticos a un Ministro que el de una ley de tratados. O existe un convencimiento real de la conveniencia de una ley de esta naturaleza o no será nada difícil que, ante las primeras dificultades, se sienta la tentación de plegar velas.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, PÉREZ GIRALDA, Aurelio: *loc. cit.* (“Prudencia jurídica y poder exterior...”), p. 120. La clasificación está tomada, a su vez, de FITZMAURICE, Gerald: “Legal Advisers and Foreign Affairs”, *American Journal of International Law* 1965, vol. 59, pp. 72-86, en p. 73. *Cfr.* igualmente MCDONALD, R. St. J.: *loc. cit.* (“The Role of the Legal...”), pp. 387-388.

Exteriores en materia de derecho internacional”⁷⁰. En consecuencia, al establecer el régimen de la asistencia jurídica, esta Ley establece que su regulación lo es “sin perjuicio de las competencias atribuidas por la legislación a los Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, así como de las funciones atribuidas por su normativa a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores como órgano asesor en materia de Derecho internacional”⁷¹. E, igualmente, el Decreto que desarrolla esta ley prevé que la AJI “colaborará con esta Subdirección General [de Asistencia Jurídica Comunitaria e Internacional de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado] mediante el asesoramiento en materia de Derecho internacional”⁷². En coherencia con ello, el Decreto que regula actualmente la estructura del MAEC define a la AJI como “el órgano asesor de la Administración General del Estado en materia de Derecho Internacional”⁷³. De modo parecido y en consonancia con lo existente en otros Estados de nuestro entorno, el Ministerio de Defensa dispone también de una asesoría jurídica propia⁷⁴.

Lógicamente, esta previsión presume (y reclama) una adecuada colaboración y coordinación tanto con la Abogacía del Estado del departamento como con la Asesoría de Defensa; y, de hecho, es de agradecer que los responsables de ambos entes estuvieran presentes en las jornadas de las que trae causa esta publicación. Concebir los respectivos ámbitos de actuación como compartimentos estancos susceptibles de celo vigilante por sus concretos responsables resulta tan ridículo como inviable. En el ‘día a día’ se impone, más allá de las (parcas) previsiones normativas, un alto grado de coordinación entre los tres elementos en liza, que en la práctica se ha de traducir en constantes contactos. La interacción entre ordenamientos y la difuminación de los respectivos contornos convierten en vano cualquier intento de delimitación quirúrgica⁷⁵.

⁷⁰ Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, modificada por las Leyes 14/2000, de 29 de diciembre y 62/2003, de 30 de diciembre (*BOE* núm. 285 de 28 de noviembre de 1997, p. 35.089)

⁷¹ *b.*, art.1, apartado primero, párrafo tercero.

⁷² Art. 3.1. d) del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Servicio Jurídico del Estado (*BOE* núm. 188, de 7 de agosto de 2003; corrección de errores en *BOE* núm. 270, de 11 de noviembre de 2003 y modificado por el Real Decreto 1003/2012, de 29 de junio, *BOE* núm. 164, de 10 de julio de 2012), cuya redacción se mantuvo tras la reforma del Reglamento introducida por el Real Decreto 247/2010, de 5 de marzo (*BOE* núm. 57, de 6 de marzo de 2010, p. 22800).

⁷³ Art. 13.3 e) del Real Decreto 1748/2010, de 23 de diciembre, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (*BOE* núm. 12, de 14 de enero de 2011, p. 4652).

⁷⁴ Las funciones de la Asesoría Jurídica General de la Defensa se regulan en el artículo 11 del Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, *BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 2012, p. 18859. Su función primordial es emitir “los informes jurídicos preceptivos, de acuerdo con las disposiciones vigentes, y evacuar[r] aquellos que le sean solicitados por los órganos superiores y directivos del Ministerio”. Al Asesor Jurídico General de la Defensa se le reconocen expresamente potestades para “dictar instrucciones a las asesorías jurídicas de los cuarteles generales de los ejércitos y a cualquiera otra en el ámbito del Departamento”, así como curiosamente se le encargan también “las relaciones del Departamento con (...) la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado”.

⁷⁵ Por sólo poner algún ejemplo ilustrativo, un problema de inadecuada aplicación del régimen de inmunidades del Estado extranjero o de una organización internacional por un juez nacional demandará

3.2. El asesoramiento jurídico dentro de la administración general del Estado en materia de Derecho Internacional: el campo de actuación de la AJI

En todo caso, la labor de asesoramiento de la AJI se refiere al Derecho Internacional⁷⁶. Ello, lógicamente, concierne en primer término al MAEC; y este Ministerio es, sin duda, el ‘cliente’ principal y habitual de la AJI.

Ahora bien, ello no quiere decir que sea el único. En realidad, el ya citado Decreto que regula el papel de la AJI la define como órgano asesor “de la administración general del Estado”; y efectivamente así lo es en la práctica habitual. Desde un punto de vista formal, no son, en absoluto, infrecuentes las peticiones de informes de toda índole que, a través de las respectivas Secretarías Generales Técnicas llegan a la AJI desde otros Ministerios, con el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (MAGRAMA) a la cabeza⁷⁷. Estos no sólo se refieren a acuerdos internacionales en trámite de negociación⁷⁸, sino que afectan a cuestiones de muy variada naturaleza que puede ir desde una cuestión en materia de pesca a dudas sobre la calificación de una concreta contribución a una organización internacional como voluntaria u obligatoria pasando por cuestiones de inmigración o asilo. Por otro lado, desde un punto de vista informal, son aún mucho más frecuentes las consultas telefónicas (de mayor o menor calado jurídico), la participación en reuniones (de alto y no tan alto nivel) o la participación conjunta en reuniones o conferencias internacionales⁷⁹.

desde el primer momento una actuación conjunta de la AJI y con la Abogacía del Estado en el departamento. Las dudas de Derecho que puedan surgir, por ejemplo, a propósito de cualquier tipo de actuación del Comité Permanente Hispano-Norteamericano previsto en el ya mencionado Convenio de Cooperación para la Defensa entre España y Estados Unidos o en relación con las muchas cuestiones que están surgiendo en el ámbito de una adecuada regulación jurídica en el campo de la ciberseguridad parecen recomendar también una actuación coordinada entre la AJI y la Asesoría del Ministerio de Defensa. Por no mencionar el ámbito del Derecho de la UE, sobre el que volveremos más adelante (*vid. infra* V, 3), respecto del que la exigencia de coordinación con la Abogacía del Estado encargada del TJUE es, como mínimo, tan imprescindible como en los dos casos anteriores.

⁷⁶ No es momento de adentrarnos en la delimitación conceptual de lo ha de entenderse por Derecho Internacional. Volveremos sobre ello al tratar la *vis expansiva* del Derecho Internacional y los principales ámbitos materiales de actuación; *vid. infra*, VI.

⁷⁷ En efecto, el MAGRAMA es el principal demandante de informes de la AJI (28 en 2012 y 33 en 2013), seguido muy de cerca por el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes (28 en 2012 y 25 en 2013). También es relevante las solicitudes por parte de los Ministerios de Fomento (11 en 2012 y 13 en 2013), Justicia (2 en 2012 y 10 en 2013) y Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (7 en 2012 y 6 en 2013).

⁷⁸ Obviamente, existe un buen número de acuerdos internacionales no normativos respecto a los que los Ministerios suelen solicitar habitualmente el parecer jurídico de la AJI. Dichas solicitudes se canalizan a través de la Secretaría General Técnica o, en algunos casos, de la AECID. En la práctica, más o menos la mitad de las peticiones que llegan a la AJI de otros ministerios se refiere a acuerdos internacionales no normativos.

⁷⁹ En este capítulo pueden citarse por ejemplo las reuniones entre todos los ministerios concernidos (Justicia, Educación, Cultura y Deportes, Hacienda, Economía, etc.) que desde hace dos años se convocan por la AJI para coordinar los asuntos relacionados con UNIDROIT. La reunión formal tiene lugar la semana anterior a la celebración anual del Comité de Dirección de UNIDROIT (primera semana de mayo) en el que precisamente ocupa un puesto, renovado en diciembre pasado para un nuevo mandato, la profesora Nuria Bouza. En realidad, su presencia en las referidas reuniones les proporciona un

3.3. El asesoramiento jurídico dentro de la administración general del Estado en materia de Derecho Internacional dentro de un Estado autonómico: la necesaria cooperación entre los agentes involucrados

Por último, pese a que el reiteradamente citado Decreto se refiera únicamente a la administración general del Estado, resulta forzoso hacer también sucinta referencia a la creciente labor que la AJI realiza en relación con las Comunidades Autónomas (CCAA). El Estado autonómico diseñado por la Constitución (arts. 2 y 137 a 158 CE) y los Estatutos de Autonomía (especialmente los de segunda generación)⁸⁰ y la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE)⁸¹ ha dejado en manos de las CCAA relevantes competencias en materia de acción exterior. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha aclarado que la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones exteriores no puede servir para “subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de una cierta incidencia exterior, por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución entre el Estado y las Comunidades Autónomas”⁸². No puede obviarse, por ejemplo, que las CCAA disponen de competencias propias en materias como la cooperación transfronteriza, interregional y al desarrollo, oficinas en el exterior, participación en organismos internacionales, etc.⁸³ Pueden, además, celebrar acuerdos internacionales no normativos (los comúnmente conocidos como MOUs) en el ámbito de sus competencias. Mas, dado que el *ius contrahendi* (o *ius ad tractatum*) es competencia exclusiva del Estado, aquéllas no pueden en modo alguno celebrar

valor añadido indudable ya que permite configurar un útil cauce de transmisión informal de información y facilita una temprana coordinación horizontal entre los ministerios concernidos. Se trata, además, de materias que, en contra de lo que podría pensarse, en ocasiones plantean dificultades jurídicas en absoluto secundarias. La adhesión al Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, de 16 de noviembre de 2001 (BOE núm. 238 de 4 de octubre de 2013, p. 81.500) sin ratificar a la vez ninguno de sus Protocolos es buen ejemplo de ello.

⁸⁰ Algunas de las principales competencias de las CCAA con repercusión (directa o indirecta) en el ámbito del Derecho Internacional (derecho de información de los tratados internacionales que afecten a competencias de las CCAA, participación de representantes de las CCAA en las delegaciones nacionales de negociación de tratados internacionales, etc.) las analizamos con cierto detenimiento en nuestro trabajo “El derecho de información de las CCAA en el proceso de celebración de tratados internacionales”, en AJA, Eliseo (dir.), *Informe de las CCAA*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2007, pp. 83-108. Por lo que respecta a la peculiar situación en el marco de la UE, nos remitimos también a nuestro anterior artículo “Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado autonómico sin reforma de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Europeo* 2010, vol. 33, pp. 45-90.

⁸¹ Esta competencia exclusiva del Estado comprende tan sólo lo que podría denominarse el núcleo “duro” de las relaciones internacionales. Y éste se concreta en la representación exterior del Estado (arts. 56.1 y 63 CE), la responsabilidad internacional del Estado, la determinación de la posición española en materia exterior (art. 97 CE), las cuestiones expresadas en otros apartados del artículo 149.1 CE con dimensión exterior propia (nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo; el régimen aduanero y arancelario, así como el comercio exterior; el sistema monetario; la sanidad exterior; el transporte aéreo; el control del espacio aéreo y la matriculación de aeronaves) y, por supuesto, la celebración de tratados internacionales (*ius ad tractatum*); STC 165/1994, de 26 de mayo de 1994, FJ 5; igualmente STC 31/2010, de 28 de junio de 2010.

⁸² STC 165/1994, cit., FJ 5.

⁸³ A título de ejemplo pueden verse los artículos 193 a 200 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

tratados internacionales (reservados a los sujetos de Derecho Internacional, esto es, en este caso el Estado). Precisamente por ello y para que no ocurra que, tras un supuesto MOU, se esconda realmente un tratado internacional⁸⁴, se impone un cierto deber de coordinación jurídica previa entre el Estado y las CCAA; y así lo prevé el Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales⁸⁵. De hecho, en contra de lo que frecuentemente se cree, esa colaboración existe ya en la práctica y no son escasas las peticiones, a través de la Secretaría General Técnica, de informe *ad hoc* de la AJI sobre un proyecto de acuerdo internacional no normativo⁸⁶. Al margen del cauce que finalmente prevea la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales⁸⁷, la cooperación efectiva y leal entre el Estado y las CCAA constituye un *prius* ineludible para el adecuado funcionamiento del Estado autonómico en su dimensión exterior. No es cuestión de control, sino de cooperación. Tampoco es cuestión de imposición de criterios jurídicos, sino de respeto de las respectivas competencias⁸⁸. Al fin y al cabo en eso consiste el imprescindible principio de lealtad federal (*Bundestreue*)⁸⁹.

4. LA AJI COMO UNIDAD ENCARGADA DEL ASESORAMIENTO JURÍDICO EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL: LA FRUCTÍFERA SIMBIOSIS ENTRE UNIVERSIDAD Y DIPLOMACIA

Una de las señas de identidad que, desde su mismo nacimiento en 1938, conserva la AJI es la simbiosis existente entre universitarios y diplomáticos en su composición⁹⁰. Desde el tándem inicial de Trías de Bés (catedrático de Derecho en Barcelona) como Jefe de la AJI y Pedro Cortina (diplomático) hasta

⁸⁴ Véase la STC 198/2013, de 5 diciembre de 2013. Se trata de un conflicto de competencias planteado por el Gobierno de la Nación respecto de un acuerdo suscrito en 2003 por el Consejero de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco y el Ministro de Pesca y de Economía Marítima de Mauritania (se le dio la denominación de *procès verbal*). En ella el Tribunal Constitucional estimó el conflicto y declaró que la competencia controvertida correspondería al Estado, por lo que se había vulnerado el orden de competencias establecido en la Constitución al haberse celebrado un acuerdo “que supuso ejercer el *ius contrahendi*” (FJ 4).

⁸⁵ El Proyecto de Ley dedica un título propio a esta cuestión diferenciando en su régimen entre los acuerdos internacionales administrativos (arts. 51 a 53) y los acuerdos internacionales no normativos (arts. 54 y 55).

⁸⁶ Así, por ejemplo, durante 2013 hubo casi cincuenta peticiones de informes que concernían a las CCAA. De ellos, 12 afectaban a Cataluña, 7 a Galicia, 6 a Valencia, 4 a Navarra, etc.

⁸⁷ De las 164 enmiendas presentados al proyecto de ley en el Congreso de los Diputados, un número nada desdeñable afecta precisamente a esta cuestión, sea en algún caso por considerar excesivo el mecanismo previsto o sea por considerarlo insuficiente; el Informe de la Ponencia se encuentra publicado en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 72-3, de 7 de mayo de 2014.

⁸⁸ No puede obviarse que el efecto que el Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales concede al control jurídico previo que ejerce el MAEC a través de la AJI no tiene en modo alguno carácter vinculante.

⁸⁹ No somos particularmente originales si subrayamos la importancia capital que este principio tienen en ordenamientos federales como el alemán, como tampoco lo seríamos si apuntamos una deficiente aplicación del mismo en nuestro Estado; véase, por todos, la reciente publicación actualizada de AJA, Eliseo: *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza, 14ª ed., Madrid, 2014.

⁹⁰ El artículo 2 del Decreto de 16 de febrero de 1938, por el que se creaba la Asesoría Jurídica Internacional establecía como requisitos para ser su Jefe el ser Doctor en Derecho y un conocimiento completo de la lengua francesa.

hoy se ha mantenido un modelo que se ha revelado como extraordinariamente productivo y, de una forma u otra, es también seguido en países de nuestro entorno cultural (Portugal o Italia), pero también en otros de mayor tradición asesora como el Reino Unido⁹¹ o, sobre todo, Estados Unidos⁹².

En realidad, desde la Resolución de 16 de enero de 1939, en la que se establecía que la AJI se integraría sólo por profesores de Derecho Internacional y funcionarios de la carrera diplomática⁹³ hasta hoy, sólo se ha modificado el elemento cuantitativo. Así, los dos miembros iniciales (1 catedrático y un diplomático)⁹⁴ pasaron a cinco en 1957 (tres catedráticos y dos diplomáticos)⁹⁵ y siguen siendo seis en la actualidad (un catedrático, un profesor titular de universidad y cuatro diplomáticos). Es éste un número respecto del que no es preciso explayarse buscando innecesarias comparaciones con el centenar de consejeros jurídicos de asesorías como la de Estados Unidos o las cuatro o cinco decenas de países como Francia⁹⁶, Alemania⁹⁷ o Reino Unido⁹⁸. No parece descabellado, empero, plantear la aspiración de buscar como referencia un

⁹¹ De un somero repaso que contraste la lista de jefes (y colaboradores) del equivalente de la AJI en el Reino Unido con las cátedras de Derecho Internacional de algunas prestigiosas universidades británicas se constatará la existencia de no pocas coincidencias.

⁹² No parece posible hacer paralelismo alguno entre la AJI y el *State Department's Office of the Legal Adviser* norteamericano ya que ni en su configuración (es una oficina independiente fuera del esquema de la estructura del Departamento de Estado) ni en su composición (la integran alrededor de 100 asesores jurídicos) ni en el proceso de designación de su director (lo hace el Presidente de los Estados Unidos con el consentimiento del Senado) ni en su papel (se encuentra en el centro mismo de la formulación de la política exterior) existe similitud alguna, si bien la incorporación de especialistas provenientes del mundo académico para ocupar la plaza de Jefe de la Oficina sí guarda cierto paralelismo con nuestro país. Existe una cierta pugna velada entre las más prestigiosas Facultades de Derecho por 'colocar' a uno de sus catedráticos de Derecho como *Legal Adviser* del Departamento de Estado. El último de ellos ha sido Harold H. Koh (2009-2013), profesor de la Universidad de Yale; una lista de las 22 personas que han ocupado este puesto se encuentra en KOH, Harold: *loc. cit.* (anexo final).

⁹³ Resolución de 16 de enero de 1939. En esta Resolución se denegaba la petición del Abogado del Estado, D. Francisco Díaz de Arcaya para ocupar un puesto en la AJI por considerar que se trataba de un puesto de nueva planta reservado a profesores de Derecho y diplomáticos de carrera.

⁹⁴ Orden de 27 de septiembre de 1939, *cit.*

⁹⁵ Cfr. MARTÍNEZ CARO: *loc. cit.*

⁹⁶ Conforme a lo regulado en el Decreto nº 98-112, de 10 de diciembre de 1998, sobre organización de la administración central del Ministerio de Asuntos Exteriores (*JO* núm. 289 de 13 de diciembre de 1998, p. 18766) la Asesoría Jurídica Internacional se organiza en forma de Dirección General con cinco subdirecciones encargadas del Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Comercial y de la UE, el Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos, el Derecho Internacional del mar y Derecho de los tratados. Es decir, su cometido es semejante al de la AJI salvo en lo que concierne al Derecho de la UE. Para afrontar estas tareas cuenta en la actualidad con cincuenta asesores jurídicos.

⁹⁷ La Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores alemán la componen cuarenta asesores jurídicos. Para subrayar la similitud de esa Dirección General con la AJI española conviene recordar que la representación de Alemania ante el TJUE y ante el TEDH no es competencia suya, sino en el primer caso del Ministerio de Finanzas y en el segundo del Ministerio de Justicia el segundo. Como en el caso español, tan sólo se encargan de la representación ante el TIJ, el TIDM y el TPI.

⁹⁸ La *Office of the Legal Adviser to the Foreign and Commonwealth Office* (FCO) dispone de 70 asesores de los que 50 son abogados que trabajan en Londres. Tienen, además, 8 asesores jurídicos más destinados en sus Misiones en Nueva York, Ginebra, Bruselas, La Haya y Estrasburgo.

número semejante a los 10 con que cuenta la asesoría de los Países Bajos o los 9 de Portugal. Aun así, se seguiría estando muy lejos de los 30 asesores de un Estado de dimensión semejante a la nuestra, como es Polonia⁹⁹.

En concreto, de los once jefes que ha tenido la AJI en sus 75 años de existencia, cuatro han sido catedráticos de Derecho Internacional (Trías de Bes, Pastor Ridruejo, Escobar Hernández y el actual), seis diplomáticos (Lacleta Muñoz, Yturriaga Barberán, Martínez Morcillo, Arias Salgado, Pérez Giralda y Yáñez-Barnuevo) y uno ostentaba ambas condiciones (Antonio Poch). No obstante, de esos 75 años de vida de la AJI, la jefatura ha estado 48 años cubierta por catedráticos¹⁰⁰, 17 por diplomáticos y cuatro por quien ostentaba ambas condiciones¹⁰¹.

Por otro lado, más allá de los jefes de la Asesoría, han tenido destino en la AJI diez profesores universitarios y alrededor de sesenta diplomáticos, algunos de ellos ocupando en la actualidad puestos de la máxima trascendencia tanto dentro del MAEC como en la universidad española¹⁰².

Finalmente, es ineludible reseñar también el elevado número de profesionales del Derecho Internacional que a lo largo de los últimos años han prestado asistencia externa a la AJI en tareas bien diversas, siendo particularmente relevante esta labor cuando se defiende a España ante tribunales internacionales, de elaborar dictámenes sobre una cuestión de interés o de participar en negociaciones diplomáticas o conferencias internacionales¹⁰³. Es, en el fondo, una labor particularmente útil tanto para la AJI como para los profesores concernidos. Para aquélla porque, evidentemente, logra un valioso apoyo jurídico de profesionales de primer nivel en asuntos particularmente delicados y complejos para los que probablemente no tenga ni los medios ni pueda invertir en ellos el tiempo necesario. Y para éstos porque, como ha escrito quien bien conoce de lo que habla, existe una “atracción fatal, esto es irresistible, del perfil forense internacional para el académico”¹⁰⁴; la práctica del Derecho Internacional para la que puede ser requerido el asesor externo constituye para el académico un atractivo difícilmente disimulable, a la par que, por qué no decirlo, un servicio al Estado en la

⁹⁹ Los datos citados proceden de la información oficial que suministra el ya citado grupo del Consejo de Europea encargado de los temas de Derecho Internacional, *loc. cit.*

¹⁰⁰ Ello lógicamente se debe a que los catedráticos han ocupado el puesto durante periodos temporales notablemente más amplios que los ocupados por los diplomáticos; *vid. anexo.*

¹⁰¹ Durante los seis años que faltarían para alcanzar los 75, la jefatura de la AJI ha estado ocupada por un Jefe en funciones, si bien destacan en esta condición nombres tan relevantes como los de Cortina, Castro-Rial o Martínez Caro.

¹⁰² *Vid. infra*, Anexo a esta contribución.

¹⁰³ Algunos de ellos, en particular quienes han colaborado en la defensa jurídica de la posición española ante el TIJ y el TIDM, ya han sido citados a lo largo de este trabajo (*vid. supra*, II, 1 c). No obstante, sin ánimo exhaustivo y evitando citar a quienes aún prestan esta labor en la actualidad con gran dedicación y entrega, se podría traer a colación los nombres de dos insignes internacionalistas: Manuel Díez de Velasco (1960-1969) y Julio D. González Campos (1965-1976, 1984-1992 y 2003-2007). Conveniría, empero, recordar que la lista está bien nutrida, si bien probablemente menos de lo que debiera.

¹⁰⁴ REMIRO BROTONS, Antonio: *loc. cit.* (“La Asesoría Jurídica Internacional...”), p. 542.

defensa de los intereses nacionales¹⁰⁵. Se logra, de esta forma, una colaboración de rédito sinalagmático particularmente satisfactorio para ambas partes.

En este sentido, al margen de estas colaboraciones puntuales en temas particularmente importantes, cabría quizá plantearse si no sería conveniente dotarse de algún tipo de mecanismo estable de cooperación entre la AJI y un cierto círculo de iusinternacionalistas destacados que colaborasen con aquélla en los temas de más largo recorrido, para los que el quehacer del ‘día a día’ no siempre deja el tiempo necesario de reflexión y dedicación. De hecho, existen Estados como Alemania en los que el Departamento de Asuntos Jurídicos del MAE se ha dotado de un consejo asesor permanente, integrado por seis catedráticos de Derecho Internacional, que se reúne varias veces al año y presta con regularidad asistencia jurídica en cuestiones como las reservas o el quehacer relativo a la actividad de la VI Comisión de Naciones Unidas¹⁰⁶; con un resultado, por cierto, que con frecuencia creciente resulta bien perceptible.

5. LA LABOR COTIDIANA DE LA AJI: LA CONVENIENCIA DE COMBATIR ALGUNOS (FALSOS) MITOS

Ahora bien, para hacerse una idea cabal del cometido y trabajo de la AJI conviene, una vez vista su organización, competencias y funciones, combatir algunos equívocos bastante extendidos. A este respecto, el (entonces) juez británico del Tribunal Internacional de Justicia, en un artículo publicado en el *American Journal of International Law* al hilo de la primera reunión de asesores jurídicos celebrada en Princeton en septiembre de 1963 bajo los auspicios de la *American Society of International Law*¹⁰⁷, intentaba combatir algunos malentendidos a propósito de la

¹⁰⁵ Se trata, en cierto sentido, incluso de un acto de patriotismo, como evidencia el hecho de que los profesores de prestigio no duden en rechazar las ofertas de asesorar a gobiernos extranjeros en materias que afecten a intereses absolutamente estratégicos de su Estado en las que exista una posición antagónica con dicho Estado extranjero.

¹⁰⁶ Probablemente se haya convertido ya en un tópico de toda reunión internacional de asesores jurídicos afirmar que el abrumador (y creciente) quehacer diario no deja tiempo para pensar. Pero lo cierto es que la variedad de temas a tratar cada día, el muy escaso tiempo disponible para dar respuesta a la mayor parte de ellos —algunos de los cuales exigen respuesta inmediata a quien formula la pregunta— y la escasa dotación personal de la AJI impiden con frecuencia excesiva dedicar a cada asunto el tiempo que merecería; y, desde luego, exige olvidarse del método de perfeccionismo académico, que tan útil resulta en tareas ordinarias de la AJI, con el (nada sencillo) seguimiento de las reservas, la preparación de la posición española en la VI Comisión o el apoyo en algunos expedientes de largo recorrido y particular complicación.

Basta una simple división entre los casi 600 informes y alrededor de un centenar añadido de comunicaciones interiores anuales que se realizan en la actualidad y los seis miembros de la plantilla de la AJI para poder percatarse del tiempo disponible para documentarse, estudiar, redactar y, en su caso, discutir internamente cada informe. Amén, por supuesto, de las reuniones de trabajo, las respuestas facilitadas por teléfono o correo electrónico, la asistencia a conferencias internacionales o negociaciones diplomáticas de dispar índole o la realización de otros trabajos internos o externos. No parece, sin embargo, un libro de conmemoración del septuagésimo quinto aniversario de la AJI el foro más adecuado para explayarse en cuestiones de índole tan prosaica.

¹⁰⁷ En relación con esta publicación, siempre citada como obra de referencia en la materia (*vid. supra*, nota 3), quizá convenga recordar que a la reunión de asesores jurídicos internacionales en cuestión tan

función del *Legal Adviser*. Se detenía, así, en combatir creencias como la de considerar que la función del asesor jurídico sea dar opinión imparcial (*imparcial advice*), que esa opinión generalmente afecte a cuestiones de alta política internacional y algunas otras que siguen escuchándose aún hoy en no pocos foros.

Parece obvio que la labor de la AJI, como su propia denominación denota a las claras, es, en primer término, la de *asesoría*, la de consulta, la de dictamen, la de auxiliar al demandante de parecer en la preparación de la decisión en cuestión. Es, en segundo lugar, de naturaleza *jurídica*, esto es, la asesoría se presta conforme a Derecho, no es una asesoría diplomática ni tampoco de oportunidad política. Y es de naturaleza *internacional*, a saber, basada en el Derecho Internacional, incluidos los subsistemas con aspiración de ‘completitud’ que se van configurando al arropo de algunas organizaciones internacionales. Ahora bien, de ello no puede deducirse que el cometido se limite a la labor asesora, ni que no exista una cierta interacción entre Derecho y diplomacia (e incluso poder)¹⁰⁸ ni que en ocasiones la interrelación del ordenamiento jurídico iusinternacional con el Derecho interno resulte inevitable.

Pero no es a esos equívocos a los que nos queremos referir en este momento. Perviven, en realidad, otros falsos mitos más específicamente referidos a la asesoría española a los que merece la pena aludir ahora de forma sucinta. En nuestra opinión, podrían resumirse en tres particularmente asentados y a los que prestaremos atención en las siguientes líneas, a saber, la AJI sólo trata cuestiones de Derecho Internacional Público (5.1), la AJI no entra en cuestiones de Derecho de la Unión Europea (5.2) y la AJI se abstiene de pronunciarse de todo lo que concierne al Derecho interno (5.3). Todas ellas son, en buena parte verdad, pero, como bien se sabe, no hay mayor falsedad que una ‘media-verdad’.

5.1. La AJI sólo trata cuestiones de Derecho Internacional Público: la importancia creciente del Derecho Internacional Privado.

En efecto, una primera creencia extendida es que la tarea de la AJI concierne sólo el ámbito del Derecho Internacional *Público* y no afecta por tanto al área

sólo acudieron los asesores de doce Estados, incluido el anfitrión (Argentina, Canadá, Colombia, Estados Unidos, Filipinas, Japón, Malasia, México, Nigeria, Países Bajos, Reino Unido y República Árabe Unida)

¹⁰⁸ Aunque, por motivos obvios, todo asesor jurídico tiende a soslayar –al menos mientras se encuentre en activo- cualquier comentario a propósito de la relación entre el asesor y el poder, difícilmente puede esconderse la pertinencia de la cuestión; y su (probablemente) imposible solución óptima. No en vano, uno de los cometidos fundamentales del asesor jurídico es el de mantener un cierto equilibrio entre Derecho y Política. Parece claro, y así lo subraya la doctrina más reputada en esta cuestión, que la independencia del Asesor Jurídico es un elemento fundamental e irrenunciable. Ahora bien, ello no significa que no sea igualmente ineludible lograr un cierto equilibrio entre esa independencia a la hora de formar criterio jurídico y la correlativa exigencia de tener a la vez un conocimiento certero de los factores políticos que afectan a la decisión en cuestión, así como mantener también un contacto intenso e informal con la dirección política del Ministerio a la cual se ha de prestar el asesoramiento jurídico. Esta delicada cuestión ha sido uno de los elementos clásicos de atención preferente para quienes han estudiado el papel de las AJIs. Véase, por ejemplo, MCDONALD, R. St. J.: *loc. cit.* (“The role of the Legal Adviser...”), p. 459; MERILLAT, H. C. L.: *op. cit.* (*Legal Advisers...*), p. 1.; PÉREZ GIRALDA, Aurelio: *loc. cit.* (“La Asesoría Jurídica...”).

del Derecho Internacional *Privado*. Ciertamente, no cabe duda de que la afirmación resulta cierta en términos generales por lo que respecta al ámbito nuclear de su quehacer cotidiano. No obstante, una buena parte de la actividad de la AJI se refiere también al Derecho Internacional Privado. Siempre ha sido así y, en realidad, cada vez lo es más¹⁰⁹.

De entrada, en la práctica no siempre resulta fácil diferenciar ambos ámbitos cuando afecta a determinados sectores. Nadie dudará que determinar la forma en la que un Estado acepte la declaración de adhesión de un Estado tercero a la Convención de la Conferencia de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre, de 1980 (pongamos por caso Gabón), es materia de Derecho Internacional Público. Y compete, por tanto, a la AJI el correspondiente informe de trámites en cada nueva adhesión. Ahora bien, si alguien (por ejemplo, la Comisión de la Unión Europea) pone en tela de juicio que dentro de la Unión tal competencia corresponda a los Estados no será fácil argumentar en sentido contrario sin entrar directamente en aspectos materiales de la propia Convención o del Reglamento Bruselas II *bis* (especialmente sus artículos 11 y 62) que obviamente es terreno abonado para los iusprivatistas y de no fácil discernimiento para los iuspublicistas. Por tanto, si el asunto recala en el Tribunal de Justicia de la Unión, el parecer de la AJI para justificar la posición sostenida por ella misma a propósito de la competencia del Estado español difícilmente podrá articularse sin la presencia (o el apoyo) de expertos de Derecho Internacional Privado¹¹⁰.

A partir de ahí se podrían traer a colación los más diversos ejemplos posibles, si bien bastará citar los dos que han sido objeto de tratamiento individualizado en esta obra y que más consolidados están, a saber, la Conferencia de La Haya y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)¹¹¹.

¹⁰⁹ En este sentido, la ya citada Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 27 de septiembre de 1939 referente a la Asesoría Jurídica de este Ministerio hacía referencia expresa en su tercer párrafo a que la “nueva Asesoría tiene como cometido propio informar sobre materias de carácter internacional, en su doble aspecto público y privado”; cursiva añadida por nosotros. Igualmente, durante la II República, entre los cometidos del Asesor en cuestiones jurídicas internacionales del Ministerio de Estado que se preveían en su ya citada normativa se incluía también la competencia „en las cuestiones de Derecho internacional público y privado“.

¹¹⁰ Esta cuestión es objeto actualmente del dictamen del TJUE 1/2013, pendiente de resolución una vez celebrada ya la vista oral. En el fondo, la Comisión ha utilizado la vía procedimental del artículo 218.11 TFUE de forma bastante deferente, ya que no hubiera sido descartable que hubiera optado por el camino contencioso del recurso de incumplimiento contra los Estados concernidos (art. 258 TFUE), entre los que se encuentra España. En general, sobre la cuestión de la creciente presencia del Derecho de la Unión en el ámbito del Derecho Internacional Privado, puede verse, por todos, la reciente contribución de ZANOBETTI, Alexandra: “Quelques réflexions sur les relations de l’Union européenne avec la Conférence de La Haye et Unidroit: ombres ou rayons de soleil?”, en FLAESCH-MOUGUIN, Catherine y SERENA ROSSI, Lucia (dirs.), *La dimension extérieure de l’Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice de l’Union européenne après le Traité de Lisbonne*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 243-300.

¹¹¹ Cosa diferente es que, para ser justos, la excelente contribución y el buen hacer de los profesionales externos a la AJI que colaboran intensamente en esta cuestión hayan permitido a España desarrollar una labor que, de ninguna manera hubiera podido desplegar por sí sola y que ha merecido unánime reconocimiento. Dar nombres concretos es siempre arriesgado y frecuentemente también injusto por las omisiones que conlleva. Con todo, en este momento no puede obviarse la existencia de tres destacados

La primera, desde su primera reunión en 1893 y el impulso institucional que supuso la aprobación de su Estatuto en 1951, ha desplegado una fructífera labor que se ha plasmado en una veintena larga de convenciones, si bien en la actualidad está trabajando, por ejemplo, en la elaboración de un instrumento no obligatorio sobre la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales. Y el segundo, en el marco de su tradicional labor de elaborar reglas uniformes modernas y armonizadas de Derecho privado, está centrando en estos momentos su trabajo en relación con la preparación de tres nuevos Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo (material de equipos mineros, agrícola y de la construcción, producción de energía eólica y sobre buques y material de transporte), los principios sobre los contratos del comercio internacional y se encuentran aún en fase muy embrionaria la preparación de una guía sobre contratos de producción agrícola o unas reglas europeas para el proceso civil internacional. Igualmente, la interesante (y compleja) cuestión de los principios sobre la aplicación de los acuerdos sobre compensación por liquidación (*netting*) están siendo objeto de atención tanto en UNIDROIT como en el seno de la UE como un instrumento necesario para limitar los riesgos en los mercados financieros globalizados.

5.2. La AJI no trata cuestiones de Derecho de la Unión Europea: la inexorable imbricación entre cuestiones iusinternacionales e iuscomunitarias

Otro malentendido muy común es creer que la AJI nada tiene que ver con el, cada vez más presente, Derecho de la Unión Europea. Sin duda, con carácter general, dentro del MAEC corresponde a la Abogacía del Estado ante el TJUE lidiar con estas cuestiones. Existen, no obstante, aspectos del Derecho de la UE que entran de lleno en el ámbito competencial de la AJI. Sin ir más lejos, la peculiar categoría comunitaria de los acuerdos mixtos (celebrados conjuntamente por la Unión y por los Estados miembros con países terceros) son fuente permanente de atención iusinternacionalista y semillero de problemas de muy dispar índole. Igualmente, en este mismo orden de cosas, la celebración cada vez más frecuente de acuerdos internacionales administrativos por autoridades de los Estados con base en normas de Derecho derivado (por ejemplo, Decisiones) plantean con frecuencia creciente en nuestro ordenamiento dificultades notables de calificación para no ser consi-

catedráticos que prestan constantemente apoyo a la AJI en esta materia: Alegría Borrás, Nuria Bouza y Francisco Garcimartín. Formalmente su labor se circunscribe a la representación de España en diferentes organismos internacionales (Conferencia de La Haya, UNIDROIT, grupos de trabajo de la UE, etc.). No obstante, la práctica real es que son fuente de apoyo informal constante (y desinteresado) en cualquiera de los temas que sobre el Derecho Internacional Privado se presentan en la AJI en el 'día a día'. A título de mero botón de muestra pueden citarse los comentarios laudatorios vertidos en el reciente *Liber amicorum* publicado en honor de las citadas colaboradoras de la AJI (desde 1987) por personas tan relevantes como, por ejemplo, el actual Secretario General de la Conferencia de La Haya, Christophe Bernasconi; véase FORNER DEALYGUA, Joaquín; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina; VIÑAS FARRÉ, Ramón (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional del Derecho internacional privado*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 201-212.

derados tratados internacionales. Ello, por supuesto, al margen de la peculiaridad propia que por motivos obvios tuvieron los instrumentos de apoyo financiero que se han ido aprobando al socaire de la grave crisis económica y financiera¹¹² o, por supuesto, el propio Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria celebrado al margen de los tratados constitutivos el 2 de marzo de 2012¹¹³. Igualmente recurrente (y activa) es también la actuación de la AJI en cuestiones de la acción exterior de la Unión que afectan a competencias soberanas del Estado de manera diferente a la de otros Estados miembros, siendo a este respecto el no reconocimiento de Kosovo como Estado paradigma inevitable de estas dificultades jurídicas. Piénsese que, pese a que España (y otros cuatro Estados miembros de la Unión) no reconoce a Kosovo como Estado, la Comisión está negociando en estos momentos un Acuerdo de Estabilización y Asociación entre la UE y Kosovo en el marco del mandato negociador y de las directivas de negociación aprobadas por el Consejo. Ello, lógicamente, obliga a España a hacer verdaderos ‘encajes de bolillos’ para evitar caer en un reconocimiento implícito. Así, por ejemplo, el Acuerdo de Estabilización y Asociación será un acuerdo de asociación que, a diferencia de la práctica habitual en la materia, no tendrá carácter mixto sino que será *EU-only*, regulará sólo cuestiones que, conforme a las previsiones de los tratados constitutivos y de la jurisprudencia del TJUE, tienen la naturaleza de exclusivas de la Unión y contendrá referencias expresas suficientes para salvaguardar la cuestión del estatus de Kosovo.

Pero al margen de estas cuestiones particulares, con frecuencia creciente en asuntos ante el TJUE afloran cuestiones con un evidente contenido de Derecho Internacional que, en nuestra opinión, aconsejan una participación de la AJI a la hora de preparar la posición de España en dichos asuntos¹¹⁴. Basten tres ejemplos significativos de los últimos dos años. El primero, y probablemente más evidente, lo proporciona la saga jurisprudencial del asunto *Kadi*¹¹⁵ a propósito de la posición del TJUE en relación con las garantías mínimas de derechos fundamentales que han de exigirse dentro de la Unión Europea a las medidas antiterroristas adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII de la Carta de las Naciones

¹¹² En la doctrina puede verse, por todos, LÓPEZ ESCUDERO, Manuel: “La Unión Europea ante la crisis económica y financiera”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2011, núm. 39, pp. 353-366. En el ámbito práctico concreto destacan, por su problemática obvia, el Acuerdo Marco de Asistencia Financiera entre la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y España, el FROB y el Banco de España, de 24 de julio de 2012 (*BOE* núm. 296 de 10 de diciembre de 2012); y el Memorandum de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera entre España y la Comisión Europea, de 23 de julio de 2012 (*BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012).

¹¹³ *BOE* núm. 29 de 2 de febrero de 2013, p. 9078. Sus peculiaridades y contenido lo hemos estudiado con anterioridad en nuestro trabajo “El nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria: reflexiones a propósito de una peculiar reforma realizada fuera de los Tratados constitutivos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 2012, núm. 42, pp. 397-431.

¹¹⁴ En honor a la verdad, conviene reconocer que, al menos en lo que afecta a quien suscribe estas líneas, la relación con quien ha sido hasta fecha bien reciente Jefa de la Abogacía del Estado ante el TJUE, Nuria Díaz Abad, no puede calificarse sino como excelente y constructiva.

¹¹⁵ El último pronunciamiento del TJUE en esta saga es la reciente sentencia de 18 de julio de 2013, *Comisión c. Kadi* (C-584/10P, C-593/10P y C-595/10P; no publicada aún en la Recopilación oficial).

Unidas¹¹⁶. Como segundo ejemplo, resulta igualmente relevante el dictamen 2/2013 en el que se dilucida la controvertida cuestión de la adhesión de la UE al CEDH. No por casualidad nos encontramos ante una de las cuestiones actuales del Derecho de las Organizaciones Internacionales que con mayor interés y atención se está siguiendo por la doctrina iusinternacionalista dentro y fuera de la Unión¹¹⁷. En este sentido, asistimos a una suerte de experimento jurídico para el Derecho Internacional en el que concurren muy diversos componentes de carácter internacional y en el que se entrelazan cuestiones de Derecho Internacional con otras de Derecho de la UE y de Derecho interno¹¹⁸. Sería, por tanto, sorprendente que la AJI no se hubiera visto involucrada también en el estudio y seguimiento de la cuestión¹¹⁹. Y, por último, un tercer ejemplo lo conforma el ya citado problema surgido al arropo de la tendencia de la Comisión a actuar ante tribunales internacionales, como el TIDM o tribunales arbitrales, sin contar con la posición del Consejo. Aunque esta controversia se ha planteado básicamente en materia de pesca, puede darse también en otros ámbitos de relevancia exterior, básicamente en el marco de la política comercial común¹²⁰.

5.3. La AJI no entra en cuestiones de Derecho interno: la inevitable interrelación entre el Derecho Internacional y el ordenamiento jurídico interno.

Finalmente, no es necesario recurrir al delicado escenario de una hipotética declaración unilateral de independencia por una parte del territorio del Estado, cuyo estudio y seguimiento en relación con el marco jurídico de Derecho Inter-

¹¹⁶ Esta cuestión ha dado lugar a una inabarcable literatura. Puede reseñarse a título de ejemplo la tesis doctoral de GARRIDO MUÑOZ, Asier: *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: de la técnica jurídica a los valores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

¹¹⁷ En nuestro caso lo hemos tratado con cierto detalle en “The Accession of the European Union to the ECHR: more than just a legal issue”, IDEIR Working Papers on European Law and Regional Integration 2013, núm. 15.

¹¹⁸ No en vano se trata, en primer término, de una (novedosa) adhesión de una organización internacional a un tratado multilateral de protección de derechos humanos concebido inicialmente para que sus Partes fueran (únicamente) Estados, tanto en lo concerniente a su contenido material como sobre todo al mecanismo jurisdiccional internacional creado para realizar el control judicial externo. En segundo término, todos los Estados miembros de esa organización internacional de integración son a la vez Estados Parte del tratado multilateral en cuestión, a la par que en esa organización internacional existen competencias que sólo pueden ser ejercidas por ella —competencias exclusivas (arts. 2.1 y 3.1 TUE) o competencias compartidas ya ejercidas por la Unión conforme al principio de subsidiariedad (arts. 2.2 y 4.2 en conexión con el art. 5.3 TUE)— y otras que son ejercidas por los Estados pero el comportamiento concreto de éstos puede venir exigido por una norma de la Unión que goza de primacía frente a cualquier otra norma interna del Estado. Y, finalmente, pese a tratarse de una organización internacional, se ha dotado de un sistema jurisdiccional propio en el que atribuye a su Tribunal de Justicia la tarea de garantizar “el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados” (art. 19.1 TUE y arts. 251 a 281 TFUE).

¹¹⁹ De hecho, el grupo del Consejo de la UE encargado de los temas de Derecho Internacional (CO-JUR) ha ido llevando un puntual seguimiento de todos los aspectos jurídicos relativos a las negociaciones para alcanzar el proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH, con independencia de que el papel protagonista indiscutible haya correspondido obviamente al grupo sobre derechos humanos (FREMP).

¹²⁰ El caso más sobresaliente es el ya aludido recurso que el 10 de febrero de 2014 interpuso el Consejo de la Unión contra la Comisión en relación a la presentación de observaciones por parte de ésta ante el TIDM (asunto C-73/14, *loc. cit.*).

nacional y Derecho de la UE parece bastante más que lógico¹²¹, para acreditar que la separación entre cuestiones jurídicas de Derecho Internacional y de Derecho interno no resulta en absoluto nítida y, en realidad, con frecuencia se entrelazan. En este sentido, todos aceptaremos que la interpretación de la Constitución, el análisis del contenido de una ley o la valoración de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma son cuestiones claras de Derecho interno ajenas por completo al cometido de la AJI. Pero si el análisis de la ley se hace porque podría entrar en colisión con un tratado internacional válidamente celebrado —y poder ser por ello contrario al artículo 96 CE¹²²— o porque un acto de una Comunidad Autónoma podría contravenir las exigencias derivadas del artículo 149.1.3 CE, parece también lógica la emisión de parecer jurídico por parte de la AJI¹²³. Lo propio ocurriría con una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma que declarase improcedente el despido de un funcionario de la organización internacional en España, respecto al que el Tribunal Administrativo del que dispone la propia organización internacional ya hubiera declarado su procedencia, e incluso ejecute la sentencia sobre una cuenta corriente de la referida organización internacional¹²⁴.

Existen, pues, normas y actos internos de relevancia iusinternacional para cuyo análisis y tratamiento resulta imprescindible manejar, además de lógicamente el Derecho Internacional, las técnicas jurídicas interpretativas del ordenamiento interno.

6. LOS PRINCIPALES ÁMBITOS MATERIALES DE LA AJI: HACIA UNA VIS EXPANSIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

No obstante, es más que obvio que el ámbito material de actuación ordinaria de la AJI es el Derecho Internacional en sentido propio, esto es el “sistema de normas y principios que forman el Ordenamiento jurídico de la Sociedad internacional contemporánea” y que, por tanto, responde a unos elementos claros de sistematicidad, juridicidad e historicidad¹²⁵. Dentro de este cometido general,

¹²¹ Diversos diarios de difusión nacional han ido dando cuenta, con mayor o menor precisión jurídica, de supuestos informes de la AJI a propósito de esta cuestión, no sin cierta polémica posterior; “Un informe de Exteriores advierte de una Cataluña sin ‘ciudadanía europea’”, *ABC* de 18 de enero de 2013; “Cataluña ni en la ONU ni reconocido como Estado”; *El Mundo* de 17 de mayo de 2014.

¹²² Puede verse, por ejemplo, en relación con una Ley Foral de Navarra 10/2013, de 12 de marzo, de modificación de la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de Haciendas Locales de Navarra; STC de 5 de diciembre de 2013.

¹²³ Es el caso, ya visto, de la sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de diciembre de 2013 que consideró que un Acta firmada en 2003 por el Consejero de Pesca del Gobierno Vasco y el Ministro del ramo de Mauritania era contraria al artículo 149.1.3 CE por contener obligaciones jurídicas propias del ius contrahendi.

¹²⁴ Tal ha sido el caso de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en relación con la OIT.

¹²⁵ No es momento de detenerse en disquisiciones teóricas a propósito de la noción más adecuada de Derecho Internacional, que ha sido ampliamente tratada por la doctrina y cuyas formulaciones concretas han oscilado según se ponga el énfasis en el elemento material (contenido) o en el elemento formal (fuen-

parece claro que son tres los ámbitos materiales fundamentales sobre los que se centra la actuación ordinaria de la AJI y que, constituyen el hilo central de esta obra colectiva, a saber, el Derecho de los tratados, el Derecho del mar y el Derecho diplomático y consular. En efecto, en primer lugar, el Derecho de los tratados constituye la verdadera seña de identidad de la AJI. Así, utilizando palabras de la Circular que establece las normas para la tramitación de los tratados internacionales por los órganos del MAEC, “una vez haya sido negociado, adoptado y autenticado el texto del Tratado, y antes de firmar o de obligar internacionalmente al Estado de cualquier otro modo, se solicitará informe de la Asesoría Jurídica Internacional de este Ministerio sobre la tramitación a seguir”¹²⁶. También, en segundo lugar, las cuestiones del Derecho del mar en su más amplio sentido configuran un importante ámbito de actuación natural de la AJI y abarca aspectos de variada naturaleza. Y, en tercer lugar, los temas que podríamos incluir bajo el epígrafe de Derecho diplomático y consular suministran un gran casuismo práctico en el quehacer cotidiano de la AJI. No en vano, el núcleo central de las contribuciones recogidas en esta obra responden a esta consideración¹²⁷.

Ahora bien, como ya se ha indicado al tratar los resultados del grupo de la Comisión de Derecho Internacional sobre fragmentación de este ordenamiento jurídico, una de las características más visibles dentro del Derecho Internacional contemporáneo es su evidente *vis expansiva*, dado que en “el último medio siglo, el alcance del derecho internacional ha aumentado de manera espectacular”. Por ello, de forma paralela a esta ampliación de contenidos, en los últimos tiempos la AJI ha ido viéndose involucrada en temas que eran desconocidos en sus primeros años de rodadura. Entre estos subsistemas especializados del Derecho Internacional han adquirido carta de naturaleza propia el de los derechos humanos o el del Derecho Humanitario, al que se presta atención especial en este obra con dos contribuciones particularmente interesantes¹²⁸, pero también otros mucho más

tes). La definición aquí empleada, sin mayor pretensión, está tomada de DÍEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14.ª ed. Tecnos, Madrid, 2013, p. 75. No obstante, con variaciones menores, es la noción aceptada por la mayor parte de la doctrina internacionalista. Véase, a título de ejemplo, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz: *op. cit. (Sistema de Derecho Internacional...)*, pp. 29-36, quien incide en la importancia de la idea del Derecho Internacional como sistema cuyos principios y normas constituyen “un conjunto coherente de respuestas jurídicas”; REMIRO BROTONS, Antonio: *op. cit. (Derecho Internacional...)*, pp. 37-65, que presta particular atención al elemento de la historicidad de la sociedad internacional y habla de “el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regula las relaciones (derechos y obligaciones) de los miembros de las sociedades internacional a los que se reconoce subjetividad internacional”; PASTOR RIDRUEJO, Antonio: *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, 17.ª ed., Tecnos, Madrid, 2013, pp. 23-64, quien, entre otros aspectos como los intereses, presta atención importante al elemento de la incertidumbre y el relativismo en el plano normativo; GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo y CERVELL HORTAL, María José: *El Derecho Internacional en la encrucijada: curso general de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2008.

¹²⁶ Circular núm. 3173, de la Secretaría General Técnica, de 14 de marzo de 1992, que reproduce la Orden comunicada del Sr. Ministro, de 17 de febrero de 1992, por la que se establecen normas para la tramitación de los tratados internacionales por parte de los órganos de este Departamento.

¹²⁷ Véanse los trabajos de Amador Martínez Morcillo, Eduardo Vilariño y Enrique González Sánchez.

¹²⁸ Se trata de las contribuciones de Pérez González y del General Villasante.

especializados como el del Derecho Internacional de las inversiones, el Derecho Internacional del Medio Ambiente o el Derecho Internacional Penal.

7. CONSIDERACIONES FINALES: LA IMPORTANCIA DE UNA AJI FUNCIONALMENTE OPERATIVA Y JURÍDICAMENTE SOLVENTE

7.1. La importancia de una AJI funcionalmente operativa: ¿una solución a cada problema o un problema a cada solución?

A la vista de todo lo expresado hasta ahora, bien podría concluirse que la AJI está para buscar una solución (jurídica) a cada problema más que un problema a cada solución (jurídica)¹²⁹. La labor de la AJI en su quehacer diario no es proponer en cada caso concreto que se le plantee el ‘ideal jurídico’ al que todo catedrático aspiraría en el atril del aula o en el artículo científico de la revista de prestigio académico. Se trata, en buena medida, de hacer posible en términos jurídicos la actuación de política exterior que el gobierno pretenda realizar. Mejor dicho, hacer factible lo jurídicamente posible y fijar con claridad los límites de lo jurídicamente inaceptable. Se trata, a la postre, de buscar la vía jurídica para materializar las aspiraciones concretas del Gobierno en materia de política exterior. Por supuesto, con una limitación clara. Todo asesoramiento o informe debe fijar con claridad y rotundidad los límites jurídicos infranqueables que establece el Derecho Internacional a la pretendida acción en cuestión; el ‘no’ a tiempo, que a ningún demandante de informe o parecer jurídico le agrada escuchar, es esencia irrenunciable del asesor jurídico que aspire a no perder la profesionalidad requerida y, a la postre, a largo plazo probablemente también el respeto y confianza de quien solicita el informe. No todo puede tener cobertura jurídica. A título de ejemplo, no la tiene, por ejemplo, la legítima defensa preventiva; pero tampoco un acuerdo internacional no normativo que contenga un compromiso presupuestario plurianual o un acuerdo internacional administrativo que no encuentre anclaje posible en un tratado. Ahora bien, fuera de los casos de ‘no’ claro, el papel de la AJI es respaldar jurídicamente la acción del Ministerio en el que se inserta¹³⁰.

¹²⁹ Esta aseveración, que poco tiene de originalidad, fue realizada en 1963 por el entonces asesor jurídico del gobierno neerlandés en la reunión de asesores jurídicos internacionales organizada por la *American Society of International Law* y que tuvo lugar en la Universidad norteamericana de Princeton. En relación con el papel del Legal Adviser se decía que debería estar preparado “to find a solution for every difficulty rather than... a difficulty for every solution”; RIPHAGEN, W. en MERILLAT, H.C.L. (ed.), *Legal Advisers and Foreign Affairs*, Oceana Publications Inc., Dobbs Ferry, New York, 1964, p. 83; igualmente citado (y respaldado) en la interesante recensión que hizo el entonces juez británico y durante ocho años asesor jurídico del Foreign Office británico Gerald FIZMAURICE: “Legal Advisers and Foreign Affairs (Review Article)”, *American Journal of International Law* 1964, vol. pp. 72-86, en p. 73 in fine-74. También Aurelio PÉREZ GIRALDA se hace eco de esta afirmación en su ya citado trabajo sobre la AJI, *loc cit*.

¹³⁰ En verdad, una sensación desagradable es que algunos colegas del Ministerio, no juristas, puedan percibir al asesor jurídico como la persona que dice no. Pero si desafortunada es aquella metáfora aún lo es más la percepción contraria del ‘Yes, Sir’, tampoco ausente en algunos ámbitos, consistente

En el fondo, bien puede establecerse un límite temporal que resulta capital para el enfoque del análisis jurídico que suministra la AJI. Ese límite se concreta en el preciso momento de la toma de decisión. Una vez que el Ministerio adopta una decisión la naturaleza del papel del asesor jurídico cambia por completo. Antes de la adopción corresponde prestar el mejor y más objetivo asesoramiento posible en materia de Derecho Internacional, incluyendo propuestas para lograr el objetivo perseguido de la forma más acorde posible con los postulados del ordenamiento jurídico al que se debe el asesor jurídico. Ahora bien, una vez adoptada la decisión, se deberá prestar el mejor apoyo jurídico para defenderla, al menos mientras la argumentación resulte jurídicamente posible y no entre en colisión con principios irrenunciables de quien presta el asesoramiento, situación ésta que sólo ocurrirá en casos extremos¹³¹. Y este apoyo jurídico puede ser tanto *ad intram* como *ad extram* si el problema recalase, por ejemplo, en un tribunal internacional.

A partir de ahí, la panoplia temática de cuestiones tratadas por la AJI es bien variada. Existen temas constantes y con muy diversas ramificaciones que permanentemente son objeto de pronunciamiento de la AJI, siendo quizá Gibraltar el paradigma de ellos. Hay también ‘temas Guadiana’ con apariciones esporádicas que cuando afloran suelen reclamar también atención intensa (Convenio con Estados Unidos sobre cooperación para la defensa, apresamiento de buques españoles por autoridades de Estados terceros, controversias de delimitación marina, inadecuada aplicación judicial del régimen de privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos o consulares, etc.). Tampoco falta el surgimiento puntual de alguna cuestión que durante un lapso de tiempo más o menos largo obliga a concentrar gran esfuerzo jurídico (y también político) debido a su novedad y peculiaridad, siendo posiblemente en la actualidad la defensa de la posición de España dentro de la UE respecto a Kosovo un claro exponente de ello¹³². Y finalmente están los temas de rutina diaria que van desde los informes de trá-

en ver el cometido del asesor como el encargado de justificar todo aquello que decida quien ostente la dirección política; cfr. HENKIN, L.: “International Law and the Behaviour of Nations”, *Recueil des Cours* 1965, núm. 114, en p. 165.

¹³¹ Véase, por ejemplo, el informe del comité establecido por la *American Society of International Law* y la sección norteamericana de la *International Law Association* sobre el papel de los asesores jurídicos del Departamento de Estado de Estados Unidos; “The Role of the Legal Adviser of the Department of State”, *Transnational Law and Contemporary Problems* 1991, vol. 1, pp. 209-224, en pp. 215-216; Rosalyn HIGGINS consideraba, en relación con el asesor jurídico británico, que “the task of the adviser is to listen to what the government wants to achieve, and then to indicate the legal way of doing it”; *The Administration of UK Foreign Policy Through the United Nations*, Syracuse UP, 1966, p. 15. Igualmente MACDONALD, R. St. J.: *loc. cit.* (“The Role of the Legal Adviser...”), p. 390 in fine. Estas posiciones, típicas del modelo anglosajón, resultan probablemente excesivas si se llevan al extremo y no se fijan límites. Mas, igualmente extremas son las posturas voluntaristas, que atribuyen al asesor jurídico el ideal de no recomendar nada que se escape al ‘ideal jurídico’.

¹³² No parece tarea jurídicamente sencilla mantener en una organización internacional de integración como la Unión Europea una posición minoritaria de no reconocimiento de Kosovo como Estado (junto a Grecia, Rumanía, Chipre y República checa) cuando esa organización internacional, como ya hemos visto, puede celebrar por sí misma un acuerdo con Kosovo (*EU-only*) de asociación y estabilización.

mites de los tratados internacionales a las dudas que pueda plantear alguna de nuestras Misiones diplomáticas sobre algún problema concreto, pasando por las propuestas de contestación a alguna pregunta parlamentaria que afecte al Derecho Internacional. Obviamente, dependiendo del tema y de su enjundia así será la respuesta de la AJI.

7.2. La importancia de una AJI jurídicamente solvente: ¿elemento personal o trabajo en equipo?

Bien mirado, si se nos permite la licencia literaria, en cierto sentido la AJI actúa como una suerte de clínica del MAEC a la que el demandante de parecer jurídico acude de forma semejante a como el paciente se acerca a su médico. Puede hacerlo con carácter preventivo, al estilo de la revisión médica ordinaria de cada año, al solicitar, por ejemplo, el preceptivo informe de trámites de un tratado internacional, al consultar si el borrador de una Nota Verbal es conforme con las obligaciones internacionales asumidas por nuestro Estado o simplemente al pedir parecer sobre si el acto pretendido es compatible con el Derecho Internacional; obviamente, es la situación menos problemática y, ciertamente, también la más frecuente. Puede, sin embargo, que la consulta clínica se haga cuando ya han aparecido los primeros síntomas de la enfermedad, pero se está aún a tiempo de corregir el mal sin consecuencias particularmente graves, por ejemplo, cuando se ha negociado un MOU que en realidad conlleva compromisos financieros plurianuales u obligaciones jurídicas incompatibles con su naturaleza. Bastante peor es la situación cuando la labor se asemeja a la de las urgencias clínicas ya que, por ausencia de la actuación preventiva o la intervención temprana, la “hemorragia” ya no es sencilla de detener, por ejemplo porque se ha firmado un tratado sin autorización del Consejo de Ministros y sin firma *ad referendum* por un Ministro diferente al de Exteriores o la acción realizada por la autoridad de que se trata entraña ya una violación clara de Derecho Internacional. Y, por último, existen casos en los que el tratamiento clínico exige inevitablemente la entrada en el quirófano para una ‘intervención a vida o muerte’ en la que el desenlace ya no sólo depende de la pericia del cirujano, v .gr. cuando un Estado Parte del CNUDM presenta una demanda contra España ante el TIDM por detención, registro y confiscación de un buque sin las garantías exigidas por el Derecho Internacional del Mar; esta situación suele ser infrecuente, pero cuando se da normalmente la AJI precisa de ayuda externa para sacar adelante el proceso. Finalmente, existen casos —esperemos que realmente excepcionales— en los que el único remedio posible es internar al enfermo en la unidad de cuidados paliativos a la espera del fatal desenlace, si bien parece poco prudente dar ejemplos al respecto aunque acaso, con razón o sin ella, el lector pueda tener más de uno en mente.

En este sentido, siguiendo con el símil médico, no cabe duda que la pericia profesional del cirujano responsable de la operación tendrá su incidencia en la labor final. Habrá de contar, por ello, con unas aptitudes personales y profesionales

suficientes para desarrollar su trabajo con la solvencia mínima requerida. Pero probablemente la concreta figura del responsable de la unidad en cada momento tenga bastante menos incidencia de lo que los titulares del puesto de *Legal Adviser* pueden (podemos) tender a creer¹³³.

En verdad, más que el protagonismo del cirujano es la labor del equipo y el adecuado engranaje con el resto de unidades del Ministerio el que garantiza el éxito del resultado. Sin una buena labor de documentación, por quien ha conocido a cinco jefes de la AJI, sin un efectivo apoyo administrativo, por las tres personas que con empeño afrontan esa labor, y sin un equipo competente de asesores, como los cinco con que cuenta en la actualidad la AJI, no se podría desplegar la importante labor que tiene encomendada esta vetusta unidad del MAEC.

Por ello y para concluir estas reflexiones, respecto de la afirmación de Lord McNAIR a propósito de que “it is what the legal adviser believes to be the law that governs the practice of his State, a heavy responsibility as well as a high privilege”¹³⁴, tenemos serias dudas a propósito de la primera parte de la misma, pero ninguna sobre la segunda. Por suerte, en el MAEC —e incluso dentro de la propia AJI— existen suficientes ‘pesos y contrapesos’ como para que lo que el asesor jurídico piense que es el Derecho Internacional pueda encontrar matizaciones y correcciones en casos de error o inadecuada interpretación. Pero, ciertamente, no cabe duda alguna que poder servir al Estado como jefe de la Asesoría Jurídica Internacional constituye una gran responsabilidad y un enorme privilegio.

¹³³ Con frecuencia los asesores jurídicos se ven, con una visión no exenta de cierto aire de auto-complacencia como algo más que un práctico del Derecho en su actividad propiamente jurídica (*lawyer-diplomat*) y también más que un simple diplomático en su quehacer complementario al estrictamente jurídico (*diplomat-lawyer*). Y, si se nos permite la licencia, si el afectado es académico, el riesgo de deformación autocomplaciente de su estima profesional se incrementa notablemente, pudiendo alcanzar límites insospechados cuando además tiene el inglés como lengua materna. Con todo, quizá hablar de ‘cinismo’ resulte algo excesivo; Martti KOSKENNIEMI: “Between Commitment and Cynicism: Outline for a Theory of International Law as Practice”, en AAVV, *Collection of Essays by Legal Advisers of States, Legal Advisers of International Organizations and Practitioners in the Field of International Law*, United Nations, New York, 1999, pp. 495-523.

¹³⁴ *Ib.*, p. 386.

ANEXOS

JEFES DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL

<u>Nombre y Apellidos</u>	<u>Fecha de comienzo de su Jefatura de la AJI</u>	<u>Fecha de finalización</u>	
Trías de Bés y Giró, José María	1938	1965	Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Salamanca y de la de Barcelona
Martínez Caro, Santiago	8 de enero de 1966	9 de junio de 1970	Diplomático. Embajador de España
Poch y Gutiérrez de Caviedes, Antonio	15 de junio de 1970	30 de mayo de 1974	Catedrático de Derecho Diplomático y Consular en la Universidad Complutense de Madrid. Embajador de España.
Lacleta Muñoz, José Manuel	30 de abril de 1975	25 marzo de 1981	Diplomático. Embajador de España.
Yturriaga Barberán, José Antonio	26 de marzo de 1981	30 de enero de 1982	Diplomático. Embajador de España.
Martínez Morcillo, Amador Enrique	4 de febrero de 1982	20 de abril de 1983	Diplomático. Embajador de España.
Arias-Salgado y Montalvo, Fernando	29 de julio de 1983	31 de julio de 1985	Diplomático. Embajador de España.
Pérez Giralda, Aurelio	18 de septiembre de 1985. 1 de julio de 1998	30 de noviembre de 1986. 9 de abril de 2002	Diplomático. Embajador de España.
Pastor Ridruejo, José Antonio	10 de diciembre de 1986	1 de junio de 1998	Catedrático de Derecho Internacional en la Universidad Complutense de Madrid
Yáñez-Barnuevo García, Juan Antonio	24 de julio de 2002	18 de abril de 2004	Diplomático. Embajador de España.
Escobar Hernández, Concepción	14 de junio de 2004	31 de marzo de 2012	Catedrática de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de Educación a Distancia
Martín y Pérez de Nanclares, José	1 de mayo de 2012		Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Salamanca

JEFES ADJUNTOS DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL

<u>Nombre y Apellidos</u>	<u>Fecha de comienzo en la AJI</u>	<u>Fecha de finalización</u>	
Cortina Mauri, Pedro	1943	1953	Diplomático
Valenciano Almoyna, Florencio	1953	1957	Diplomático
Castro-Rial y Canosa, Juan Manuel	1958	1962	Diplomático
Callejo y García-Amado, Eduardo	1964	1965	Diplomático
Martínez Caro, Santiago	1965	1966	Diplomático
De Castro y Bravo, Federico	1967	1970	Catedrático de Derecho Civil
Yuturriaga Barberán, José Antonio	1970	1973	Diplomático
Lacleta Muñoz, José Manuel	1973	1975	Diplomático
Arias-Salgado y Montalvo, Fernando	1975	1977	Diplomático
Yañez-Barnuevo García, Juan Antonio	1977	1979	Diplomático
Martínez Morcillo, Amador	1979	1980	Diplomático
Blanco Gaspar, Vicente	1980	1982	Diplomático
Viñal Casas, Antonio	1983	1985	Diplomático
Díez-Hochleitner Rodríguez, Javier	1989	1990	Profesor de Universidad
Ferré de la Peña, José María	1990	1994	Diplomático
Montesinos Ramos, Julio	1994	1998	Diplomático
González-Bueno Catalán de Ocón, María Victoria	1998	2001	Diplomática
Calvo Merino, Luis	2003	2004	Diplomático
Díaz Bernárdez, Adela	2005	2007	Diplomático
Montesinos Ramos, Julio	2007	2009	Diplomático
Urbiola López de Montenegro, Jorge	2009	2011	Diplomático
Alzina de Aguilar, José Pablo	2011	2013	Diplomático
Cruz-Guzmán Flores, María	2013		Diplomática

**FUNCIONARIOS DIPLOMÁTICOS QUE HAN PRESTADO SERVICIOS
EN LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL**

Nombre y apellidos	Periodos en la AJI
Pedro Cortina Mauri	1943-1951
Juan Manuel Castro-Rial y Canosa	1947, 1958-1961, 1981
Jesús Millaruelo y Clementez	1951
Florencio Valenciano Almoyna	1951-1957
José Manuel Lacleta Muñoz	1958-1961, 1973-1981
Eduardo Callejo y García-Amado	1964
Santiago Martínez Caro	1965-1969
Luis Martínez Agulló y Sanchis	1967-1971
Juan Antonio Yáñez-Barnuevo García	1969, 1975-1977, 2002-2004
Antonio Poch y Gutiérrez de Caviedes	1970-1974
José Antonio Yturriaga Barberán	1970-1974
Francisco de Asís Condomines Pereña	1971-1973
Fernando Arias-Salgado y Montalvo	1974
Antonio Viñal Casas	1976, 1983-1985
Carmelo Matessanz Rojo	1977
Amador Martínez Morcillo	1977-1979, 1982-1983
Eduardo Ibáñez López-Doriga	1977-1979
Agustín Font Blázquez	1979
Vicente Blanco Gaspar	1981
Aurelio Pérez Giralda	1981, 1998-2002
Arturo Avello Díez del Corral	1981
Francisco José Millán Mon	1982-1984
Alfonso María Dastis Quecedo	1983-1985
Félix Laporta Poole	1984-1985
Agustín Gervás Sánchez	1986
Pilar Ruiz Carnicero	1986-1987
Pablo Ruiz-Jarabo Quemada	1987, 1994-1996
Manuel Gómez-Acebo Rodríguez-Spiteri	1989
Pedro Miguel Jiménez Nácher	1989-1990
José M ^a Ferré de la Peña	1990-1993
Camilo Villarino Marzo	1990-1993
Melitón Cardona Torres	1992
Carlos Domínguez Díaz	1993-1995
Julio Montesinos Ramos	1994-1997
Juan José Sanz Aparicio	1995-1998
Rosario Bernal García	1997
Teresa Molina Schmid (Técnico de la Administración Civil del Estado)	1997
Victoria González-Bueno Catalán de Ocón	1998
Guillermo José Anguera Gual	1998
Fernando Curcio Ruigómez	1998
Adela Díaz Bernárdez	1998
Cristina Fraile Jiménez de Muñana	2000-2003
Marta Betanzos Roig	2000-2001

Emilio Pin Godos	2001-2003
Luis Redondo Gómez	2001
Luis Calvo Merino	2003-2004
Cristina Aguilar Jiménez	2004-2005
Sergio Román Carranza Forster	2004-2005
José Pintor Aguilar	2004-2005
José María Davó Cabra	2006-2007
Luis Fonseca Sánchez	2006-2007
Esther Martín Padrón	2007-2011
José Pablo Alzina de Aguilar	2008-2013
Elena Bravo Taberné	2008
Jorge Urbiola López de Montenegro	2009-2011
Juan Antonio Martín Burgos	2011-2012
Alexia Oliva Izquierdo	2011
José Lorenzo Outón	2011-2013
Eduardo Ramón Merino de Mena	2011
María Cruz-Guzmán Flores	2013
María Palacios Palacios	2013

**PROFESORES DE UNIVERSIDAD QUE HAN PRESTADO SERVICIOS
EN LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL**

Nombre y apellidos	Fecha en la AJI
José María Trías de Bés y Giró	1938-1965
Federico de Castro y Bravo	1967-1969
Antonio Poch y Gutiérrez de Caviedes	1970-1974
José Antonio Pastor Ridruejo	1986-1998
Javier Díez-Hochleitner Rodríguez	1989
Carlos Expósito Massicci	2001-2003
Concepción Escobar Hernández	2004-2012
Montserrat Abad Castelos	2005-2008
Pilar Trinidad Núñez	2005-2008
Antonio Pastor Palomar	2009-2014

EL DERECHO DE LOS TRATADOS

LA NECESIDAD DE UNA LEY DE TRATADOS Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES

JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO

Catedrático de Derecho Internacional Público

Universidad Complutense de Madrid

Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional (1986-1998)

Me siento sumamente honrado y muy agradecido por la invitación que me ha hecho la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de participar como orador en el acto de celebración del 75 aniversario de la creación de la Asesoría Jurídica Internacional, institución que tuve el honor de dirigir durante más de 11 años.

1.—La necesidad, largamente sentida en el Ministerio de Asuntos Exteriores, de contar con una ley de tratados y otros acuerdos internacionales, se va a ver prontamente satisfecha. Y es que el pasado 23 de octubre, el Consejo de Ministros aprobó y remitió a las Cortes un proyecto de ley sobre el tema, en cuya preparación ocupó un lugar relevante la Asesoría jurídica internacional del Ministerio. Mi comunicación va a versar justamente sobre ese proyecto.

La finalidad de la futura ley es la de regular en su integridad y de manera detallada los trámites internos de la celebración por España de tratados, cuestión prácticamente huérfana de normativa en la época constitucional, en la que ha habido que recurrir a un muy útil decreto del régimen anterior, el 801/ 1972 de 24 de marzo. Persigue también el proyecto de ley la regulación de los trámites internos de la celebración de otros acuerdos entre Estados, los que no son constitutivo de tratados, como los MOUS (o memorandos de entendimiento) y los denominados acuerdos administrativos. Como no podía ser menos, el proyecto es del todo respetuoso de la Constitución —algunas de cuyas disposiciones se reproducen literalmente— y se ajusta asimismo a las Convenciones de Viena sobre Derecho de tratados: la de 23 de mayo de 1969 sobre tratados entre Estados, y la de 21 de marzo de 1986 sobre tratados entre Estados y organizaciones internacionales entre sí. Ambas convenciones han sido ratificadas por nuestro país.

Y aclaro lo siguiente. Ciñéndose esta intervención al proyecto español de ley de tratados, está claro que no tendré tiempo de ocuparme de todas sus disposiciones. Más que una exposición lineal y superficial del documento, es preferible, a mi juicio, ofrecer un análisis de temas escogidos, análisis que va a versar justamente sobre los artículos que parecen más novedosos o presentan mayor interés, y entre ellos, de manera muy particular los relativos a los llamados acuerdos administrativos y también los referentes a los MOU'S o memorandos de entendimiento. Instrumentos unos y otros que, como se verá, no son constitutivos de tratados.

2.—El título segundo del proyecto lleva por rúbrica “De los tratados internacionales” y en su capítulo II, relativo a la celebración de los tratados, el artículo 15 trata de la figura de la aplicación provisional, aplicación prevista por el artículo 25 de la Convención de Viena de 1969, pero no regulada anteriormente en el Derecho interno español. Debiendo ser autorizada esa aplicación por el Consejo de Ministros, el párrafo 2.º del artículo 15 del proyecto que nos ocupa señala de manera muy pertinente que la mencionada aplicación no podrá autorizarse, como ya había dicho la profesora PAZ ANDRES en un artículo publicado en la REDI en el año 1982, en los tratados a que se refiere el artículo 93 de la Constitución, es decir, los que atribuyan a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. La citada profesora había precisado en el mismo artículo y también de manera muy pertinente, que no cabe establecer la aplicación provisional en otras tres categorías de tratados, a saber: los del artículo 95 porque esos tratados exigen revisión constitucional; los del artículo 94-1-c) porque las consecuencias de la aplicación provisional en el tema de la integridad territorial del Estado serían difíciles de subsanar si las Cortes no autorizan la manifestación de España en obligarse; y los del artículo 94-1-e) toda vez que requieren medidas legislativas para su ejecución. Estos tres supuestos no figuran en el artículo 15 del anteproyecto de ley, e incluirlos o dejar de incluirlos es materia opinable -como se dice en la memoria explicativa del documento- pero parece del todo inverosímil que en ellos llegue a autorizar el Consejo de Ministros la aplicación provisional.

3.—En la línea metodológica anunciada de estudio de temas escogidos, me ocupo ahora de otra disposición del título II del anteproyecto que, a mi juicio, vale la pena resaltar. Es el artículo 32 que proclama la prevalencia de los tratados sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno, salvo las normas de rango constitucional. La novedad y el interés de ese artículo radica en el hecho de que se proclama por primera vez de manera expresa algo que ya resultaba respecto de las leyes de una interpretación del artículo 96.1 de la Constitución y de la jurisprudencia de los tribunales españoles. En efecto, la prevalencia de los tratados sobre las leyes se desprende implícitamente del artículo 96.1. de la Constitución al disponer que las normas de los tratados solo pueden ser derogadas, modificadas o suspendidas en las formas previstas en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. No por tanto, y esto no lo dice la disposición constitucional sino que sería la conclusión implícita,

por una ley interna, conclusión que resulta igualmente de una jurisprudencia constante de las jurisdicciones españolas. Por su parte, la superior jerarquía de la Constitución sobre los tratados ya había sido proclamada por la jurisprudencia constitucional, particularmente por la sentencia de 13 de diciembre de 2004 relativa a la compatibilidad del proyecto de Constitución de la Unión Europea con las disposiciones constitucionales españolas.

Menciono brevemente otras dos disposiciones del proyecto de ley que por novedosas resultan interesantes: la definición por vez primera en Derecho español de las reservas interpretativas; y la distinción entre tratados de enmienda y enmiendas simplificadas, muy frecuentes estas últimas en la práctica y que prevén la manifestación del consentimiento por la vía del silencio o de la no objeción.

4.—Por su novedad y alto interés me ocupo a continuación de los títulos III y IV del proyecto, relativos a dos de las modalidades de acuerdos no constitutivos de tratados, instrumentos nunca regulados hasta la fecha en el Derecho español.

El título III trata, en efecto, de los llamados “acuerdos internacionales administrativos”, definidos en el artículo 2, párrafo b), como acuerdos de carácter internacional no constitutivos de tratado, que se celebran por órganos, organismos, o entes de un sujeto de Derecho internacional que sean competentes por razón de la materia, cuya celebración esté prevista en un tratado que ejecuta o concreta y cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica, cualquiera que sea su denominación”.

De la regulación que propone el proyecto respecto a los acuerdos administrativos en los artículos 40 a 44, destacamos de modo selectivo los siguientes puntos. Obviamente, su tramitación interna no es la propia de los tratados sino que únicamente debe atenerse a los siguientes requisitos: en su texto debe figurar siempre la referencia a España y la mención del órgano, organismo o ente que los celebre; los proyectos deben ser remitidos al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación para dictamen de la Asesoría Jurídica Internacional, que debe expresar su parecer acerca de su naturaleza y adecuación del instrumento al Derecho internacional; en caso de discrepancia entre el órgano proponente y la Asesoría, el Ministerio solicitará opinión al Consejo de Estado y si la discrepancia persiste el Ministerio propondrá su resolución al Consejo de Ministros. En cualquier caso, corresponde a este último órgano tomar conocimiento de la celebración del acuerdo administrativo cuando su importancia o alcance así lo aconseje. Y por supuesto, por razones de seguridad jurídica, el acuerdo administrativo debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado.

5.—Me refiero ahora a la novedad de mayor importancia a mi juicio que contiene el proyecto de ley, la dedicada en el capítulo IV (artículos 45 a 50) a los llamados “acuerdos internacionales no normativos”. Acuerdos que son definidos en el artículo 2, párrafo c) del proyecto de la siguiente manera:

“acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades, de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de Derecho público con competencia para ello, con otros sujetos de de naturaleza equivalente y que contienen declaraciones de intenciones o establecen compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, no comportan derechos u obligaciones de naturaleza jurídica y no se rigen por el Derecho internacional ni por ningún otro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo que se establezca en esta ley”.

De los MOU'S va a tratar monográficamente en este seminario el embajador AURELIO PEREZ GIRALDA quien, siendo jefe de la Asesoría, elaboró un excelente y muy útil informe sobre esta clase de instrumentos. Yo, por mi parte, estimo conveniente hacer algunas consideraciones generales sobre el tema a efectos de la mejor comprensión de la regulación que de esos acuerdos hace el proyecto de ley que comentamos.

Y antes de entrar en el examen de la tramitación interna de este tipo de acuerdos tal como se establece en el proyecto, quiero señalar su contexto, que no es otro que la relevancia creciente de la informalidad o falta de formalismo en la regulación de las relaciones internacionales. Así, de una parte, grupos informales de Estados, como por ejemplo el denominado G-20, acuerdan líneas de comportamiento en materia tan importante en el entorno globalizado de nuestros días como el sistema financiero internacional. Y encontramos de otra parte los acuerdos que nos ocupan, llamados indistintamente MOUS (*Memorandums of Understanding*, o Memorandos de Entendimiento), *Gentlemen's Agreements* o Acuerdos de Caballeros, y también Acuerdos políticos. Acuerdos marcados por la informalidad, como veremos enseguida, y que no solo se concluyen sobre materias menores o de escasa relevancia política. También se celebran en ocasiones sobre temas mayores desde el punto de vista de su interés político, de lo que dan fe los dos supuestos que pongo a continuación. A nivel multilateral se puede hablar en efecto de la CSCE (Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa), de importancia fundamental en la fase final de la guerra fría y que dio lugar a la conclusión de un instrumento tan relevante, el 1 de agosto de 1975, como el "Acta final de Helsinki", instrumento que pese a su carácter de MOU o acuerdo político enunció, entre otras cosas, un decálogo de muy importantes principios de contenido netamente jurídico. Y a nivel bilateral, hay que referirse a algo tan importante en la política exterior de nuestro país, como los sucesivos entendimientos o arreglos celebrados entre España y el Reino Unido sobre la colonia de Gibraltar, que figuran en acuerdos no constitutivos de tratados sino de MOUS. Por ejemplo, y entre muchos otros, los celebrados en Córdoba en 2004 sobre el uso conjunto del aeropuerto y cooperación local e interregional.

Digamos también que los MOUS o acuerdos políticos constituyen un instrumento especialmente adecuado para la proyección internacional de los

entes subestatales, como son en España las comunidades autónomas. Dado que estas últimas entidades no poseen el *ius ad tractaum* y teniendo en cuenta su interés en dinamizar la cooperación con entes similares de otros países, el instrumento a que se recurre es justamente el de los citados MOUS o acuerdos políticos. Puedo citar dos ejemplos al respecto. El acuerdo de 5 de noviembre de 1983 entre las comunidades autónomas españolas lindantes con Francia y las regiones francesas vecinas más el Principado de Andorra, creando la Comunidad de Trabajo de los Pirineos con sede en la localidad aragonesa de Jaca. El otro ejemplo es el de la Comunidad de Trabajo Galicia-Región Norte de Portugal creado con la misma finalidad por acuerdo de 31 de octubre de 1991 revisado el 19 de mayo de 1999. Y una nota interesante del proyecto que comentamos es la regulación de la celebración por las comunidades autónomas y entes locales de los MOUS o acuerdos no normativos.

Pese a la relevancia política que pueden tener muchos MOUS, su celebración escapa de los trámites relativos a la celebración de tratados, como se dice de modo pertinente en el párrafo 1.º del artículo 48 del proyecto de ley. Las formalidades son más sencillas y flexibles, lo que hace de estos acuerdos instrumentos más atractivos para los gobiernos que los tratados, porque además de eludir el control del poder legislativo permiten su inmediata aplicación. Digamos también que estos instrumentos, a diferencia de los tratados, no se introducen en los Derechos internos y que se prestan especialmente para regular cuestiones de pura política exterior que no necesitan esa introducción.

Característica importante de los MOUS es que no son jurídicamente obligatorios, y sobre este punto me permito decir que la disposición del artículo 45 del proyecto es mejorable. Se dice allí que “los acuerdos internacionales no normativos no constituyen fuentes de obligaciones internacionales”. Yo preferiría que se dijese que esos acuerdos no son fuente de obligaciones *jurídicamente* exigibles, porque al amparo del principio cardinal de la buena fe, sí que generan obligaciones en los planos moral y político. Lo que está claro es que el incumplimiento de un MOU no conlleva responsabilidad internacional ni deber de reparación, aunque su no observancia se presta a retorsiones —que no a represalias— y deteriora la credibilidad y la imagen de la institución o del Estado incumplidor. De todos modos, la práctica enseña que lo normal es el acatamiento y cumplimiento de los MOUS.

¿Pueden concertarse MOUS que generen obligaciones en materias contempladas en el párrafo 1.º del artículo 94 de la Constitución y que, de establecerse en tratados, requerirían autorización de las Cortes para manifestar el consentimiento de España en obligarse? Entiendo que tratándose del supuesto del inciso a) —tratados de carácter político— no habría problema tomando en consideración que estamos ante un concepto jurídico indefinido y que la celebración de todo tratado o MOU implica de algún modo ejercicio de soberanía por el Estado y tiene por consiguiente carácter político. Algo parecido acontece con los tratados del inciso b), los de carácter militar, pues

la práctica enseña que si dan nacimiento a obligaciones sobre temas menores —por ejemplo la realización de maniobras conjuntas entre dos ejércitos de distintas banderas— es suficiente la firma de un MOU, no así si se trata del establecimiento de bases militares extranjeras, que exigiría manifiestamente la celebración de un tratado y su aprobación por las Cortes. En cuanto a los otros supuestos indicados en el párrafo 1.º del artículo 94 de la Constitución, parece que no encajan en un MOU.

Interesa señalar en esta línea de consideraciones que el proyecto de ley no afronta de manera sustantiva y directa el problema que nos ocupa. Lo hace de manera indirecta y procesal en su artículo 47, que somete los proyectos de acuerdos políticos o MOUS a varios informes. En primer lugar, al del órgano de asesoramiento jurídico del órgano que los celebre; después al de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, que debe opinar sobre la naturaleza y más adecuada instrumentación del proyecto de acuerdo y de manera muy particular si debe ser formalizado como tratado internacional o acuerdo administrativo; y finalmente a informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para que diga si el proyecto se adecúa al orden constitucional sobre distribución de competencias y a la existencia de la financiación adecuada. En caso de discrepancia entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y el proponente sobre la forma de instrumentalización del acuerdo, se solicitará dictamen al Consejo de Estado, y si la discrepancia subsistiese, el Ministerio propondrá su resolución al Consejo de Ministros

Está claro que estos tres informes sucesivos, particularmente el de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores, más el dictamen del Consejo de Estado, constituyen controles suficientes para constreñir la celebración de MOUS a materias no merecedoras de regulación por tratados internacionales.

En lo que atañe a otros trámites de la celebración de MOUS, digamos que según el artículo 48 del proyecto, el Ministerio de Asuntos Exteriores y el competente por razón de la materia elevarán los acuerdos políticos al Consejo de Ministros para toma de conocimiento cuando la importancia del tema así lo aconseje. Nos referimos también al artículo 49 que obliga a mencionar a España y al otro signatario en los acuerdos que nos ocupan.

6.—Termino así este examen selectivo del meritorio proyecto de ley de tratados y otros acuerdos internacionales. Espero y deseo que el proyecto, ya a disposición de las Cortes Generales como he señalado al principio, de lugar lo antes posible a la promulgación de una ley, muy esperada y necesaria.

LA FORMACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN ESPAÑA: ALGUNAS CUESTIONES

PAZ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA

Catedrática de Derecho internacional público

Universidad de Oviedo

En 1989 tuvo lugar en la Escuela Diplomática un Seminario sobre la celebración de tratados internacionales en España que tuvo como base el Anteproyecto de Ley de ordenación de la actividad del Estado en materia de tratados, de 1985¹. 24 años más tarde, la conmemoración del 75 aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional trae de nuevo a esta Escuela el tema de los tratados en España y existe un Proyecto de Ley de tratados y otros acuerdos internacionales que ha sido enviado por el Gobierno a las Cortes Generales, encontrándose en fase de tramitación parlamentaria en el momento presente². El paralelismo no puede ser más claro pero cabe esperar que termine aquí y que en esta ocasión el Proyecto llegue a buen puerto, dotando a nuestro país de ese texto normativo en materia de tratados internacionales que desde hace tanto tiempo viene siendo reclamado por la doctrina e incluso por el Tribunal Constitucional³.

¹ Las Actas del Seminario están publicadas en *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, Biblioteca Diplomática Española, Madrid, 1990.

² El texto del Proyecto de Ley se encuentra en *BOCG, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 5.11.2013, Núm. 72-1.

³ Recuérdense las alusiones efectuadas en el ATC de 11 de abril de 1991 (Sala 1ª), en el recurso de amparo n.º 2824/90 a “la conveniencia de una Ley que regule la acción exterior del Estado de manera más completa que el Decreto de 1972” (FJ 4). Como es sabido, la feracidad legislativa del actual gobierno nos ha deparado ya la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (*BOE* de 26 de marzo de 2014), que no se ocupa de los tratados internacionales, materia que se ha preferido confiar a la regulación específica contenida en el actual Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (*BOCG, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 5.11.2013, núm. 72-1).

Dada la amplitud del tema de la formación y aplicación de los tratados internacionales, en esta contribución se abordarán tan solo algunos de sus aspectos.

1. La aplicación provisional de los tratados en España

Desde 2011, la Comisión de Derecho Internacional se está ocupando del tema⁴ y tanto en los documentos presentados como en los debates mantenidos hasta ahora, ya ha aflorado la dimensión de derecho interno que entraña este mecanismo regulado en el art. 25 del Convenio de Viena de 1969. En su Primer Informe, el Relator Especial recuerda las posiciones mantenidas por algunos Estados con ocasión de la Conferencia de Viena sobre el derecho de los tratados, y tras señalar las razones y ventajas que proporciona la aplicación provisional, apunta también:

“No obstante, también se han presentado posturas que llaman a la prudencia. Grecia, por ejemplo, señaló que la aplicación provisional de tratados podía llevar a conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno. Las delegaciones de Viet Nam, Venezuela, Suiza, los Estados Unidos y Malasia plantearon observaciones en este mismo sentido. También se ha dicho que la aplicación provisional de un tratado puede también constituir un subterfugio para obviar los requisitos jurídicos internos para su aprobación y posterior ratificación o simplemente para evitar situaciones de política interna que impiden siquiera suponer que se pueda plantear la posibilidad de que el órgano legislativo competente conozca del tratado.”⁵

Lo que dio pie a un debate en el seno de la CDI en el que varios de sus miembros destacaron la importancia de la dimensión de derecho interno⁶ y a la par que se reconocían estos riesgos se señalaban los límites a observar en lo relativo al alcance de los trabajos del órgano codificador. Así, C. Escobar Hernández manifestó:

“L’application provisoire est une institution du droit international qui doit être analysée par la Commission, mais celle-ci devra être prudente quant à la place à réserver au droit interne. En effet, l’application provisoire garde une certaine relation avec les normes internes, notamment celles relatives à la répartition des compétences entre les différents pouvoirs de l’État, et peut dans certains cas se tra-

⁴ En ese año, fue incluido en el programa de trabajo a largo plazo de la CDI y G. Gaja presentó un documento inicial (A/66/10, Anexo C); al año siguiente, durante su 64º período de sesiones, la CDI decidió inscribir el tema en su programa de trabajo y nombrar como Relator Especial a J.M. Gómez Robledo, también solicitó a la Secretaría la elaboración de un memorando (A/CN.4/658) sobre el trabajo previo realizado por la Comisión relativo al tema en el contexto de su labor sobre el derecho de los tratados y sobre los trabajos preparatorios del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados. En el 65º período de sesiones de la CDI, el Relator Especial presentó su Primer Informe sobre la aplicación provisional de los tratados (A/CN.4/664).

⁵ A/CN.4/664, cit., p. 10.

⁶ Véanse las intervenciones de Kittichaisaree (A/CN.4/SR.3185, p. 8), Petric (*ibid.*, p. 9), Forteau (A/CN.4/SR.3186, p. 7-8), Caffisch (*ibid.*, p. 8), Sturma (*ibid.*, p. 9), Huang (*ibid.*, pp. 9-10), Hassouna (*ibid.*, p. 11), Word (*ibid.*, p. 11), Candioti (A/CN.4/SR. 3187, p. 5), Wisnumurti (*ibid.*, pp. 9-10), Saboia (*ibid.*, p. 10), Park (A/CN.4/SR. 3188, p. 4) y Vázquez-Bermúdez (*ibid.*).

duire par le fait que le parlement ne se prononcera pas sur les obligations découlant de certains traités internationaux, même si le système constitutionnel lui réserve le pouvoir de décider en dernier ressort de l'adhésion à un traité. Ces questions font partie de la dynamique interne propre aux relations interinstitutionnelles d'un État et la Commission n'a pas à se prononcer sur une réalité qui prend des formes très diverses. Cela ne veut pas dire que le droit interne peut être laissé de côté, ni que la Commission encourage les États à adopter une conduite qui ne soit pas conforme au droit. Au contraire, elle doit tenir compte du fait que l'application provisoire des traités est autorisée et régie par le droit international, que les ordres juridiques internes la régissent souvent, et, enfin, que s'il y a conflit entre les normes de droit interne et les normes de droit international, ce conflit doit être réglé conformément aux critères énoncés dans la Convention de Vienne. Cela étant, la Commission n'a pas à indiquer ce qui serait le meilleur ou le moins bon système pour garantir que l'expression de la volonté d'un État de s'engager par voie conventionnelle par l'intermédiaire de l'application provisoire d'un traité soit la plus adaptée compte tenu du système de répartition des pouvoirs propre à cet État.”⁷

Desde la óptica española, se trata de un tema que ha recibido cierta atención por parte de la doctrina⁸ y que fue tratado en aquel Seminario de 1989⁹. El recurso a esta figura en los tratados celebrados por España sigue siendo frecuente y configura una práctica muy nutrida, como ocurre en la mayoría de los países¹⁰. Si se toman como referencia los tratados publicados en el *BOE* entre 2003-2013, se puede señalar un total de 187, de ellos 17 multilaterales¹¹ y 170 bilaterales, destacando entre estos últimos 28 acuerdos relativos a la celebración en España de reuniones internacionales.

Sin embargo, esta constancia gubernamental en el recurso a la fórmula de la aplicación provisional no va acompañada por el interés de las Cortes por aquellos casos en los que se les somete para su autorización un tratado aplicado pro-

⁷ A/CN.4/SR.3187, pp. 5-6.

⁸ Por consejo del profesor J.D. González Campos, tuve ocasión de ocuparme del tema en mi trabajo “La aplicación provisional de los tratados internacionales en el Derecho español”, *REDI*, vol. XXXIV, 1982, pp. 31-78.

⁹ J. García Fernández, “La aplicación provisional de los Tratados”, *La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, *cit.*, pp. 95-101. Sobre el tema, puede verse también F.J. Donaire Villa, “Gobierno, Parlamento y Tratados Internacionales: El marco constitucional de la aplicación provisional”, *Gobierno y Constitución: Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, (P. Lucas Murillo de la Cueva coord.), 2005, pp. 445-466.

¹⁰ Entre las obras que analizan la práctica internacional en la materia destacan P. Picone, *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Jovene, Nápoles, 1973; M.A. Rogoff, B.E. Gauditz, “The Provisional Application of International Agreements”, *Maine Law Review*, vol. 39, 1987, pp. 29-81; A. Geslin, *La mise en application provisoire des traités*, Pedone, París, 2005; A. Quast Mertsch, *Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature*, Brill, Nijhoff, 2012.

¹¹ Cabe destacar por su significado que España se ha acogido a la posibilidad brindada por el art. 23 del Tratado sobre el comercio de armas para aplicar provisionalmente los arts. 6 y 7 de dicho Tratado, relativos a prohibiciones y control de las exportaciones (*BOE* de 9 de julio de 2013, corrección de errores *BOE* de 20 de noviembre de 2013).

visionalmente cuyo objeto se ha agotado antes de que las Cámaras hayan podido tomarlo en consideración. El toque de atención que dio en 1981 el entonces Senador Fernando Morán en el Pleno del Senado en la I Legislatura con ocasión de la tramitación del Canje de Notas entre España y el Consejo de Europa relativo a privilegios e inmunidades aplicables a los participantes en la IV Conferencia de Ministros Europeos responsables de Corporaciones Locales, proponiendo la no ratificación por razones —dijo— pedagógicas o didácticas y como “llamada de atención”¹² sólo fue seguido de cuatro quejas de menor intensidad en ocasiones posteriores, planteadas en el Congreso salvo en un caso que se planteó en ambas Cámaras¹³ y siempre con relación a acuerdos sobre reuniones internacionales a celebrar en España que llegaron a fines de autorización cuando éstas ya habían tenido lugar. Pero a partir de la VI Legislatura, no parece que haya habido más casos de protestas¹⁴. Tiene cierto interés el dato de que en uno de aquellos supuestos, en la IV Legislatura, se dio lectura en el seno de la Comisión de Asuntos Exteriores, a un escrito de la Presidencia del Congreso en el que se reconocía que:

¹² *Diario de Sesiones del Senado*, sesión plenaria, núm. 196, de 17 de marzo de 1981.

¹³ Las quejas se plantearon en relación con los siguientes tratados: Canje de Cartas entre España y Naciones Unidas, de 17 y 25 de abril de 1991, para la celebración en Madrid del sexto seminario regional europeo sobre la cuestión palestina (*DSCD, Comisiones, IV Legislatura*, AAEE, 2.10.1991, núm. 312); Acuerdo internacional que celebran el Instituto Interamericano de cooperación para la agricultura y el Reino de España, para la realización de la sexta reunión ordinaria de la Junta Interamericana de Agricultura y la X Conferencia Interamericana de Ministros de Agricultura y Anexos (*DSCD, Comisiones, IV Legislatura*, AAEE, 2.10.1991, núm. 312); Canje de Cartas, de 15 y 27 de mayo de 1991, constitutivo de acuerdo entre el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Reino de España, relativo al tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo Especial de expertos jurídicos y técnicos sobre la diversidad biológica, que habría de celebrarse en Madrid, del 24 de junio al 3 de julio de 1991 (*DSCD, Comisiones, IV Legislatura*, AAEE, 15.11.1994, núm. 351); Canje de Cartas, de 10 de octubre de 1994, entre España y el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, acerca de la reunión de expertos sobre el Protocolo relativo a los Fondos marinos, la Conferencia de plenipotenciarios sobre el Protocolo relativo a los Fondos marinos y la reunión de la Comisión de expertos sobre la revisión del Convenio de Barcelona sobre y sus Protocolos conexos, sobre el que se formularon quejas por el retraso en la remisión a las Cortes tanto en la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso (*DSCD, Comisiones, V Legislatura*, AAEE, 22.2.1995, núm. 426) como en el Pleno (*DSCD, Pleno, V Legislatura*, 9.3.1995, núm. 131) y en la Comisión de Asuntos Exteriores del Senado (*DSS, Comisiones, V Legislatura*, AAEE, 23.3.1995, núm. 185).

¹⁴ Según C. Izquierdo Sans, desde la V Legislatura “no se observa en las Cortes reacción alguna en ningún caso ante la aplicación provisional de un tratado internacional, ni siquiera en los supuestos de Convenios ex post facto” (“Intervención parlamentaria en la celebración de tratados internacionales en España”, *REEI*, n.º 4, 2002, p. 21). Sin embargo, la celebración de conferencias sigue siendo problemática, véanse como ejemplos *BOCG, Congreso, VII Legislatura, Serie C*, 27.9.2001, núm. 142-1; *BOCG, Congreso, VII Legislatura, Serie C*, 27.5.2005, núm. 94-1; *BOCG, Congreso, VIII Legislatura, Serie C*, 29-9-2006, núm. 200-1; *BOCG, Congreso, VIII Legislatura, Serie C*, 29.9.2006, núm. 201-1; *BOCG, Congreso, VIII Legislatura, Serie C*, 29.9.2006, núm. 202-1; *BOCG, Congreso, VIII Legislatura, Serie C*, 29.9.2006, núm. 203-1; *BOCG, Congreso, VIII Legislatura, Serie C*, 9.2.2007, n.º 221-1; *BOCG, Congreso, IX Legislatura, Serie C*, 22.7.2008, núm. 28-1; *BOCG, Congreso, IX Legislatura, Serie C*, 9.7.2008, núm. 21-1; *BOCG, Congreso, IX Legislatura, Serie C*, 15.9.2008, núm. 41-1; *BOCG, Congreso, IX Legislatura, Serie C*, 26.9.2008, núm. 50-1; *BOCG, Congreso, IX Legislatura, Serie C*, 20.11.2009, núm. 167-1; *BOCG, Congreso, IX Legislatura, Serie C*, 27.11.2009, núm. 172-1; *BOCG, Congreso, IX Legislatura, Serie C*, 28.1.2011, núm. 297-1.

“la realidad puede conducir... a situaciones no satisfactorias en las que la Cámara se vea obligada a pronunciarse acerca de la concesión o no de la autorización en relación con convenios que ya han surtido todos sus efectos y sin que, en consecuencia, sean claras en modo alguno las consecuencias jurídicas que se derivarían de una hipotética denegación de aquella. Quizá la futura ley de tratados o la posible reforma del Reglamento de la Cámara constituyan el marco idóneo para dar una solución satisfactoria a situaciones como la acaecida.”¹⁵

Buscando esas soluciones satisfactorias, la doctrina ha venido haciendo propuestas de limitación del recurso a la aplicación provisional con el fin de salvaguardar las competencias atribuidas por la Constitución a las Cortes, unas quizá más estrictas¹⁶ —en el sentido de rechazar la aplicación provisional para los tratados de los arts. 93, 95 y 94.1 apartados c), d) y e)— y otras menos¹⁷, aunque al final en todas ellas hay coincidencia en el objetivo de evitar situaciones irreversibles¹⁸.

Pasando al plano normativo, el Anteproyecto de 1985 admitía la aplicación provisional “en caso de extraordinaria y urgente necesidad... siempre que no afecte a materias enunciadas en los arts. 86.1 o 93 de la Constitución ni se deriven de tal aplicación situaciones prácticamente irreversibles”, exigiendo la remisión inmediata al Congreso, con indicación precisa de esta circunstancia¹⁹.

¹⁵ DSCD, Comisiones, IV Legislatura, AAEE, 15.11.1991, núm. 351, p. 10393.

¹⁶ Como la defendida en mi trabajo sobre “La aplicación provisional de los tratados internacionales en el Derecho español”, *cit.*, pp. 42-43 y 77.

¹⁷ J. García Fernández tomó como referencia el borrador de Ley de Tratados de 1985, en el que se ponían dos limitaciones: “las materias contenidas en el artículo 86.1 de la Constitución, es decir, la legislación de urgencia, y por otro lado, las materias del artículo 93, es decir, las referidas a la Ley Orgánica”, entendiéndose que “entre estos dos polos, se puede discutir bastante” (“La aplicación provisional de los Tratados”, *cit.*, p. 97); este autor admitió también la restricción proveniente del citado borrador relativa a que no se provocaran situaciones irreversibles (*ibid.*, p. 99) y planteó como garantías la obligación de remisión inmediata a las Cortes y el deber de publicación en el BOE “en un plazo que podemos dejar en dos, tres meses, pero no más” (*ibid.*, p. 100).

¹⁸ Cabe destacar las detalladas propuestas de política legislativa ofrecidas por A. Remiro Brotons y otros en su obra *Derecho Internacional. Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 274. Por su parte, C. Izquierdo pone el énfasis en el establecimiento de una garantía temporal, que “se concretaría en disponer un plazo máximo de tiempo en la duración de la aplicación provisional de un tratado, de manera que se fuerce al Gobierno y a las Cortes a llevar el trámite parlamentario de la forma más breve posible” (*op. cit.*, p. 21), si bien también se inclina por el establecimiento de límites materiales (*ibid.*, p. 22). Al hilo de la actual consideración de la aplicación provisional por la CDI, en los debates de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su 67º período de sesiones, algunas delegaciones se refirieron a los límites desde la perspectiva del derecho interno, apuntando que “si la aplicación de un tratado exigía la modificación de la legislación de un Estado negociador o la aprobación de nueva legislación nacional, sería imposible que ese Estado aplicara provisionalmente el tratado, al menos hasta que la ley pertinente hubiera sido modificada o aprobada. Lo mismo ocurriría si la financiación prevista por el tratado requiriera aprobación parlamentaria” (A/CN.4/657, p. 12).

¹⁹ Véase el art. 13 del Anteproyecto de Ley de ordenación de la actividad del Estado en materia de tratados, de 15 de abril de 1985 (*La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales*, *cit.*, pp. 356-357).

Por lo que se refiere al Proyecto de 2013, partiendo de que —como ya dice la Ley del Gobierno²⁰— la autorización de la aplicación provisional es competencia del Consejo de Ministros²¹, el art. 15.2 y 4 dispone como límites materiales que la aplicación provisional no podrá autorizarse respecto de tratados del art. 93 CE y también que la aplicación provisional de los tratados internacionales que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública y el desembolso de fondos se autorizará a iniciativa motivada del departamento competente, siempre que exista crédito adecuado y suficiente en los Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo con el calendario de pagos previsto, previo informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y a propuesta del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Además, se requiere la comunicación del acuerdo de autorización a las Cortes Generales²² y la inmediata publicación en el *BOE*²³.

Al respecto, tiene interés apuntar que el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley²⁴ no contiene ninguna observación sobre la regulación de esta figura, pese a que en los últimos años, en algunos dictámenes de calificación de tratados relativos a celebración de reuniones internacionales en España, incluye un párrafo-tipo en el que advierte:

“Ante el hecho frecuente —y concurrente en este caso— de que la Reunión a la que el Acuerdo da cobertura se haya celebrado con anterioridad a su conclusión, hay que indicar que, no obstante la aplicación provisional durante los días de la Reunión, procede culminar la tramitación del Acuerdo con arreglo a lo previsto por la Constitución puesto que los efectos derivados de ella pueden no estar completamente agotados tras su celebración o requerir la cobertura formal del tratado.”²⁵

Con todo, parece claro que el Proyecto es menos limitativo que las propuestas doctrinales en el plano sustantivo, cuida los aspectos formales y no acoge ningún límite temporal para el mantenimiento de la aplicación provisional. En definitiva, asegura flexibilidad al Gobierno en el ejercicio de sus potestades.

En este sentido, algunas de las enmiendas presentadas por los Grupos políticos al Proyecto de Ley versan precisamente sobre la regulación establecida para la aplicación provisional. Así, en la enmienda a la totalidad de devolución presentada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, dicha regulación se esgrime como un motivo de inconstitucionalidad, de la manera siguiente:

²⁰ Art. 5.1 d) de la Ley 50/97.

²¹ De forma más imprecisa, el art. 6.1 de la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado dispone que “El Gobierno... autoriza la... aplicación provisional de los tratados internacionales”.

²² Art. 15.1.

²³ Art. 24.2.

²⁴ 808/2013, de 3 octubre 2013.

²⁵ Así sucede en los siguientes dictámenes: 5/2008, de 31 enero 2008, 586/2010, de 20 mayo 2010, 1837/2011, de 15 diciembre 2012 y 808/2012, de 13 septiembre 2012.

“Especialmente grave es la presencia en el texto de disposiciones manifiestamente inconstitucionales como las relativas a la aplicación provisional de los tratados (art. 15.3) donde se da por sentado la admisibilidad de esta práctica respecto de la totalidad de los contemplados en el artículo 94.1 de nuestra Constitución; bien al contrario su aplicación resulta absolutamente inviable respecto de los relativos a los derechos y libertades contemplados en el título I, respecto de los que afecten a la integridad territorial del Estado, respecto de los que supongan modificación o derogación de una Ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.”²⁶

También, una enmienda al articulado de este mismo Grupo político propone modificar la redacción del art. 15.2 del Proyecto, que quedaría redactado como sigue:

“2. La aplicación provisional no podrá autorizarse respecto de los tratados internacionales a que se refiere el artículo 93 de la Constitución española ni en relación con los contemplados en los apartados c) y e) del artículo 94.1.”²⁷

La justificación ofrecida es que:

“En consonancia con las limitaciones derivadas de una interpretación sistemática de la Constitución, se incluye un inciso relativo a la prohibición de aplicación provisional de los tratados que afecten a los derechos fundamentales o incidan en ámbitos reservados a la Ley, contemplados en los apartados c) y e) del artículo 94.1. Asimismo, en razón de su naturaleza se excluye la aplicación provisional de los tratados que afecten a la integridad territorial del Estado también referidos en el apartado c) del artículo 94.1.”²⁸

Por su parte, el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia también ha presentado una enmienda al articulado respecto al art. 15.2, con el mismo objetivo de excluir de la aplicación provisional los tratados del art. 93 y del art. 94 c) y e) de la Constitución²⁹, con la siguiente justificación:

“Puede considerarse de difícil encaje en el sistema de garantías democráticas que establece nuestra Carta Magna, que materias sobre las que la Constitución española preceptúa su regulación mediante reserva de ley, puedan ser objeto sin embargo de regulación convencional y por tanto desplegar efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico español con rango suprallegal, por la vía de la aplicación provisional de los tratados, sin haberse llevado a cabo la preceptiva previa autorización parlamentaria de las Cortes Españolas. Es por ello que conviene que

²⁶ Enmienda Núm. 2, *BOGC, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 17.2.2014, núm. 72.2 (disponible en <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-10-A-72-2.CODI.%29#>, p. 4, consultada el 31 de marzo de 2014). Las enmiendas a la totalidad presentadas a este Proyecto de Ley han sido rechazadas en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados núm. 156 celebrada el 12 de diciembre de 2013 (*DSC Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura*, núm. 165).

²⁷ Enmienda Núm. 23, *BOGC, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 17.2.2014, núm. 72.2, loc. cit., p. 13.

²⁸ *Ibid.*, p. 14.

²⁹ Enmienda Núm. 62 (*Ibid.*, p. 31).

tanto con relación al supuesto previsto en el artículo 93, como con relación a los supuestos contemplados en el artículo 94.1 c) y e) se prohíba la aplicación provisional de tratados internacionales sobre estas materias, sin la previa autorización de las Cortes Generales.”³⁰

A su vez, una enmienda al articulado del Grupo Socialista persigue añadir en el art. 15.1 la precisión de que “La aplicación provisional se acordará por un plazo determinado, que no podrá exceder de seis meses”³¹; la razón invocada es la de “evitar la posibilidad de acordar la aplicación provisional de un tratado por tiempo indeterminado”³². Otra enmienda del mismo Grupo propondrá citar el art. 94.1 c) y d) entre los tratados respecto de los que no puede autorizarse la aplicación provisional, además del art. 93 de la Constitución³³, justificándolo en que:

“Deben excluirse de la posibilidad de aplicación provisional aquellos convenios que versan sobre materias que afectan a los derechos y libertades fundamentales establecidos en el Título I, así como a la integridad territorial de España, o que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.”³⁴

En su intervención en el debate de totalidad sobre el Proyecto de Ley, el Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación manifestó en relación con la aplicación provisional:

“La inconstitucionalidad del régimen de aplicación provisional del artículo 15.3 es la siguiente de las razones en las que se fundamenta esta enmienda a la totalidad. Tampoco puedo coincidir con esa apreciación. La ley codifica la práctica existente, que no limita materialmente el ámbito de la aplicación provisional, y además restringe la aplicación provisional de los tratados del artículo 93 de la Constitución que requieren ley orgánica, como son los del derecho originario y de la Unión Europea.”³⁵

Antes de abandonar el análisis del panorama de la aplicación provisional en España, hay que añadir la perspectiva que ofrecen los acuerdos mixtos celebrados por la Unión Europea y sus Estados miembros con terceros países, pues suelen incluir cláusula de este tipo³⁶. Esta circunstancia introduce una vertiente par-

³⁰ *Ibid.*

³¹ Enmienda Núm. 115, *BOGC, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 17.2.2014, núm. 72.2, loc. cit., p. 56.

³² *Ibid.*

³³ Enmienda Núm. 116, *BOGC, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 17.2.2014, núm. 72.2, loc. cit., p. 56.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Sesión Plenaria núm. 156, 12.12.2013 (*DSC Pleno y Diputación Permanente, X Legislatura*, núm. 165, p. 9).

³⁶ El análisis del Inventario de cláusulas de entrada en vigor contenidas en tratados, proporcionado por la Oficina de Tratados del SEAE (<http://ec.europa.eu/world/agreements/viewCollection.do?fileID=67070>, consultada el 31 de marzo de 2014) arroja un total de más de 60 acuerdos mixtos

ticular dado que el Estado ve reducida su capacidad individual de decisión sobre la aplicación provisional e incluso las normas internas se pueden ver afectadas. Así, en España, esas aplicaciones provisionales no se someten a la autorización del Consejo de Ministros, si bien los acuerdos mixtos que se encuentran en esa situación se publican en el *BOE*.

En algunos casos, la cláusula relativa a la aplicación provisional del acuerdo mixto contiene previsiones de salvaguarda del derecho estatal en la materia, con fórmulas tales como que “a la espera de su entrada en vigor... las Partes acuerdan aplicar provisionalmente el presente Acuerdo, en la medida en que lo permita la legislación nacional aplicable”³⁷, que el acuerdo “se aplicará de forma provisional, con arreglo a la legislación nacional de las Partes Contratantes”³⁸ o que la aplicación provisional comenzará una vez que “las Partes se hayan notificado haber concluido los procedimientos necesarios a este efecto”³⁹.

objeto de aplicación provisional. En general, en la práctica convencional de la UE es frecuente el recurso a la aplicación provisional. Conforme al art. 218.5 TFUE, corresponde al Consejo adoptar, a propuesta del negociador, una decisión por la que se autorice la aplicación provisional. Sobre el tema, véase G. Garzón Clariana, “L’application provisoire des accords internationaux de la Communauté », *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe/ 30 ans d’études juridiques européennes au Collège d’Europe. Liber Professorum 1973-74 – 2003-04*, (P. Demaret, I. Govaere, D. Hanf eds.), College of Europe Studies/Cahiers du Collège d’Europe No. 2, Bruselas, 2005, pp. 479-492 (2ª ed., 2007, pp. 485-499) ; E. Baroncini, « L’Unione Europea e la procedura di conclusione degli accordi internazionali dopo il Trattato di Lisbona, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, 2011, pp. 21-25; L. Bartels, “Withdrawing Provisional Application of Treaties : Has the EU Made a Mistake ? », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, pp. 112-118.

³⁷ Es el caso del Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea y sus Estados miembros, de 16 y 21 de junio de 2011 (art. 5, *DOUE* L283, de 29.10.2011), el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, firmado el 25 y 30 de abril de 2007 (art. 9.1, *DOUE* L 223, de 25.8.2010) o del Acuerdo subsidiario entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, Islandia, por otra, y el Reino de Noruega, por otra, sobre la aplicación del Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América, por una parte, la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, Islandia, por otra, y el Reino de Noruega, por otra, hecho los días 16 y 21 de junio de 2011 (art. 8, *DOUE* L 283, de 29.10.2011).

³⁸ Acuerdo Euromediterráneo de aviación entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno del Estado de Israel, por otra, hecho el 10 de junio de 2013 (art. 30.1, *DOUE* L 208, de 2.8.2013).

³⁹ Así se estipula en el Acuerdo de cooperación sobre un sistema de navegación por satélite entre la UE y sus Estados miembros y el Reino de Noruega, hecho el 17 de julio de 2009 (art. 12.4, *DOUE* L 283, de 29.10.2010), en el Acuerdo Marco entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, hecho el 10 de mayo de 2010 (art.49.2, *DOUE* L 20, de 23.1.2013); el Acuerdo Euromediterráneo de Aviación entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino Hachemí de Jordania, por otra, hecho el 15 de diciembre de 2010 (art. 29.2, *DOUE* L 334, de 6.12.2012), el Acuerdo de libre comercio entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, de 6 de octubre de 2010 (art. 15.10.5 a), *DOUE* L 127, de 14.5.2011), el Acuerdo de colaboración y cooperación entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Iraq, por otra parte, hecho el 11 de mayo de 2012 (art. 17.1, *DOUE* L 204, de 31.7.2012); el Acuerdo sobre un espacio aéreo común entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y Georgia, por otra, hecho el 2 de diciembre de 2010 (art. 29.2, *DOUE* L 312, de 22.11.2012), o el Acuerdo Comercial entre la UE y sus Estados miembros por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, hecho el 23 de marzo de 2011 (art. 330.3, *DOUE* L 354, de 21.12.2012).

En el momento presente, está pendiente el recurso de anulación interpuesto por la Comisión contra la Decisión del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 16 de junio de 2011, relativa a la firma y aplicación provisional de la adhesión de Islandia y el Reino de Noruega al Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América, por una parte, y la UE y sus Estados miembros, por otra parte, y a la firma y la aplicación provisional del Acuerdo Subsidiario del mismo⁴⁰. La Comisión alega que la Decisión debería haber sido adoptada únicamente por el Consejo y no también por los Estados miembros. El asunto es muy interesante porque plantea la delimitación de las competencias de la UE y de sus Estados miembros a la hora de decidir la aplicación provisional del acuerdo mixto. Si el acuerdo no es mixto, conforme al art. 218 TFUE está claro que es el Consejo el que adopta la decisión de aplicación provisional pero si es mixto, el recurso de la Comisión ya mencionado pone de relieve que no está claro a quién corresponde la decisión y que la Comisión quiere excluir a los Estados miembros de esa fase del proceso de celebración.

Todo lo anterior demuestra la relevancia de esta manifestación específica de la aplicación provisional, que afecta a nuestro país. Sin embargo, aunque el Proyecto de Ley de Tratados, en su Preámbulo, se refiere dos veces a “la peculiar y compleja categoría de los acuerdos mixtos” luego esta clase de acuerdos no recibe consideración expresa en el articulado, por lo que sólo cabría recurrir a la genérica Disposición adicional segunda, según la cual “Lo dispuesto en la presente ley se entiende sin perjuicio de las peculiaridades que en materia de acuerdos internacionales puedan derivarse para España como consecuencia de la obligación de cumplimiento del Derecho de la Unión Europea”.

2. El desinterés de las Cortes Generales por el control de los tratados internacionales

La aplicación provisional no es el único aspecto respecto al que ha decaído el interés de las Cortes. En el ya varias veces citado Seminario de 1989, A. Remiro destacó el celo de la mesa del Congreso recalificando tratados internacionales contraponiéndolo a la escasa disposición manifestada por la Cámara para controlar realmente los tratados⁴¹. La cuestión fue objeto de un debate sobre la discutible competencia de las Cortes al respecto y sobre posibles vías de solución; debate en el que no faltaron elementos de provocación aportados por el profesor Remiro cuando dijo que el asunto de las recalificaciones parecía “una combinación de nueve partes de empeño profesional de los letrados pertenecientes a distintos cuerpos asesores y una de inercia en

⁴⁰ Asunto C-28/12.

⁴¹ “De los tratados a los acuerdos no normativos”, La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales, *cit.*, pp. 31-32.

los órganos que han de tomar las decisiones”⁴² y que ese desacuerdo institucional no era “sino el inadecuado escaparate de las discrepancias doctrinales de ilustrados funcionarios”⁴³.

Pues bien, a tenor de los datos proporcionados por C. Izquierdo Sans⁴⁴, lo que en las primeras Legislaturas tuvo cierta intensidad (25 tratados recalificados en la II, 36 en la III⁴⁵) fue luego disminuyendo (11 en la IV, 4 en la V), lo que en 2002 le permitía a esta autora señalar la desaparición de esta práctica⁴⁶, situación que se mantiene hasta el momento presente.

Por tanto, ahora ya se puede decir que el desequilibrio entre prurito recalificador y ausencia real de control ha desaparecido pues no se da ni una cosa ni otra. Esto lleva a señalar que en general, quienes vienen estudiando la práctica parlamentaria en relación con los tratados internacionales advierten de que a partir de la VI Legislatura el interés de las Cortes por los tratados internacionales, medido en términos de intervenciones y debates, es muy bajo y más todavía en el Senado que en el Congreso⁴⁷.

En efecto, partiendo de la tramitación de entre unos 250 a 350 tratados por Legislatura, en el Congreso hasta la V se producían en Comisión 2 intervenciones por cada tratado, que en la VI se reducen a una y desaparecen desde la VII, salvo contadas excepciones⁴⁸, mientras que en el Pleno lo habitual es que no haya intervenciones; esta pasividad es la regla general en el Senado, tanto en Comisión⁴⁹ como en Pleno⁵⁰. A su vez, el número de enmiendas a la totalidad que han

⁴² *Ibid.*, p. 32.

⁴³ Intervención en el Coloquio, La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales, *cit.*, p. 119. En ese Coloquio, J. Rubí apuntó en cambio que “no se trata de un debate de unos funcionarios y otros funcionarios, sino de algo que tiene más trascendencia” (*ibid.*, p. 120).

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 26.

⁴⁵ Como ha señalado J. Díez-Hochleitner, la frecuencia con la que se producían recalificaciones condujo al Gobierno “a iniciar una práctica prudente consistente en no proceder a la conclusión definitiva de tratados enviados a las Cortes por la vía del art. 94.2 hasta tanto la Mesa del Congreso no expresara su conformidad con la calificación realizada” (“Artículo 94”, *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, (M.E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer dirs., M. Pérez Manzano, I. Borrajo Iniesta coords.), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 1593).

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 26.

⁴⁷ Los datos que se ofrecen a continuación han sido proporcionados por R. Rodríguez Magdaleno a partir de su obra *La participación de las Cortes Generales en la acción exterior del Estado (1979-2007)*, tesis doctoral (en prensa). La autora desea agradecerle expresamente su colaboración.

⁴⁸ En concreto, por lo que atañe a la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso, tras desaparecer la práctica anterior de intervenciones sistemáticas, en la VII Legislatura se tramitaron 316 tratados y el porcentaje total de intervenciones no superó el 4,14%; en la VIII hubo 314 tratados y se intervino en el 0,6% de los casos; en la IX los tratados fueron 326 y se intervino en el 0,8%.

⁴⁹ En la I Legislatura, tramitándose 211 tratados, no hubo intervenciones; en la II Legislatura se tramitaron 273 tratados, con un 0,5% de intervenciones; en la III hubo 273 tratados, sin intervenciones; en la IV, 322 tratados con un 0,4% de intervenciones; en la V, 227 tratados con 0,6% de intervenciones; en la VI, 363 tratados con el 1,02% de intervenciones; en la VII, 316 tratados con 1,3% de intervenciones; en la VIII, 314 tratados y 0,3% de intervenciones; en la IX, 326 tratados, sin intervenciones.

⁵⁰ En el Pleno del Senado, hasta la VI Legislatura se producía una intervención de un Senador, que exponía el tratado cuando se refería a determinadas materias (medio ambiente, vecindad, Comunidades

llegado a debatirse en el Pleno del Congreso en el conjunto de las Legislaturas es muy bajo⁵¹ y el de propuestas de veto o aplazamiento en el Senado resulta prácticamente inexistente⁵².

Europeas, tratados de carácter militar y sobre derechos humanos). Esta práctica ha decaído y sólo se producen intervenciones esporádicas que no alcanzan el 2% en cada Legislatura.

⁵¹ II Legislatura: Convenio de amistad, defensa y cooperación entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, 2 de julio de 1982, y su Protocolo, de 24 de febrero de 1983 (*BOCG, Congreso, II Legislatura, Serie C*, 20.4.1983, núm. 18-1-1); Convenio entre España y Suecia sobre seguridad social, de 4 de febrero de 1983 (*DSCD, Pleno, II Legislatura*, 13.12.1984, núm. 82); Convenio sobre la futura cooperación multilateral en las pesquerías del Atlántico Noroeste, de 24 de octubre de 1978 (*DSCD, Pleno, II Legislatura*, 21.6.1983, núm. 48); Protocolo de Acuerdo entre España y Argelia para resolver las diferencias sobre el gas entre SONATRACH y ENAGAS, de 13 de febrero de 1985 (*DSCD, Comisiones, II Legislatura, AAEE*, 21.6.1985, núm. 326); III Legislatura: Protocolo de defensa aérea entre España y Francia, de 12 de noviembre de 1985 (*DSCD, Pleno, III Legislatura*, 4.12.1986, núm. 25); Convenio de cooperación para la defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de Norteamérica, de 1 de diciembre de 1988 (2 enmiendas a la totalidad y 17 enmiendas al articulado calificadas por la Presidencia como enmiendas a la totalidad, *BOCG, Congreso, III Legislatura, Serie C*, 10.3.1989, núm. 238-4); IV Legislatura: Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del BENELUX, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, así como Declaraciones anejas (*DSCD, Pleno, IV Legislatura*, 28.11.1991, núm. 151), Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (*DSCD, Pleno, IV Legislatura*, 24.11.1992, núm. 235); Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre el Reino de Marruecos y el Reino de España, de 4 de julio de 1991 (*DSCD, Pleno, IV Legislatura*, 24.9.1992, núm. 213); V Legislatura: Protocolo sobre las consecuencias de la entrada en vigor del Convenio de Dublín sobre ciertas disposiciones de aplicación del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 26 de abril de 1994 (*BOCG, Congreso, V Legislatura, Serie C*, 27.4.1995, núm. 192-1; *DSCD, Pleno, V Legislatura*, 1.6.1995, núm. 151); Protocolo para enmendar el párrafo 2 del artículo X del Convenio Internacional para la Conservación del Atún Atlántico, de 5 de junio de 1992 (*BOCG, Congreso, V Legislatura, Serie C*, 30.7.1993, núm. 8-1); VI Legislatura: Convenio por el que se establece el Estatuto de las Escuelas Europeas y de sus anejos, de 21 de junio de 1994 (*DSCD, Pleno, VI Legislatura*, 12.11.1998, núm. 193); VII Legislatura: Acuerdo entre el Reino de España y la Organización del Tratado del Atlántico Norte, representada por el Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa, relativo a las condiciones especiales aplicables al establecimiento y explotación en territorio español de un cuartel general militar internacional, de 28 de febrero de 2000 (*DSCD, Pleno, VII Legislatura*, 21.9.2000, núm. 26), Protocolo de enmienda al Convenio de cooperación para la defensa entre España y los Estados Unidos de América de 1 de diciembre de 1988, de 10 de abril de 2002, y del intercambio de notas verbales entre ambos países, de la misma fecha, sobre asuntos laborales (*DSCD, Pleno, VII Legislatura*, 26.9.2002, núm. 190); Canje de notas entre el Reino de España y el Estado de Kuwait, constitutivo de Acuerdo sobre el estatuto de las Fuerzas Armadas españolas en Kuwait, de 13 y 14 de abril de 2003 (*BOCG, Congreso, VII Legislatura, Serie C*, 23.9.2003, núm. 305-2); Convenio entre España e Israel para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio, de 30 de noviembre de 1999 (*DSCD, Pleno, VII Legislatura*, 29.6.2000, núm. 20).

⁵² II Legislatura: Protocolo de Acuerdo entre España y Argelia para resolver las diferencias sobre el gas entre SONATRACH y ENAGAS, de 13 de febrero de 1985 (propuesta de veto, *DSS, Pleno, II Legislatura*, 26.6.1985, núm. 129); III Legislatura: Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de Norteamérica sobre cooperación para la defensa, anejos y canjes de notas anejas al mismo, de 1 de diciembre de 1988 (3 propuestas de veto, *DSS, Pleno, III Legislatura*, 26.4.1989, núm. 118); Protocolo de adhesión de España al Tratado de colaboración en materia económica, social y cultural y de legítima defensa colectiva, firmado en Bruselas el 17 de marzo de 1948, enmendado por el Protocolo por el que se modifica y completa el tratado de Bruselas, firmado en París el 23 de octubre de 1954, de 14 de noviembre de 1988 y Canje de Cartas (propuesta de veto, *DSS, Pleno, III Legislatura*, 21.6.1989, núm. 124); VII Legislatura: Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las NN UU sobre el derecho del mar,

Con todo, en la actual X Legislatura, los instrumentos articulados para atajar la crisis económica y financiera en la UE han sacado coyunturalmente a las Cortes de su letargo. Así, en el Congreso, la autorización del Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE), de 2 de febrero de 2012 fue objeto de una enmienda a la totalidad⁵³ y otra al articulado⁵⁴, mientras que en relación con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, de 2 de marzo de 2012, se presentaron dos enmiendas a la totalidad⁵⁵ y dos al articulado⁵⁶; en el Senado, este último tratado dio lugar a dos propuestas de veto⁵⁷.

3. Dos breves apuntes sobre interpretación y aplicación de los tratados

De un lado, cabe señalar que en la práctica, el papel del Consejo de Estado sobre la base del art. 21.3 de su Ley Orgánica, en relación con las dudas y discrepancias que surjan en la interpretación de tratados en los que España sea parte es muy reducido, apenas se le solicitan dictámenes con ese objetivo⁵⁸.

De otro, se puede afirmar que desde hace tiempo la aplicación de los tratados internacionales por parte de nuestros jueces y tribunales es bastante satisfactoria. Esta dimensión fue resaltada por L.I. Sánchez en el Seminario de 1989, señalando entonces algunas deficiencias y la conveniencia de que la Ley de Tratados contemplara algunos extremos, como la prevalencia de las normas convencionales internacionales y las reglas de interpretación de los mismos⁵⁹. Desde entonces

de 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, de 4 de agosto de 1995 (propuesta de aplazamiento, *DSS, Pleno, VII Legislatura*, 19.12.2001, núm. 74); VIII Legislatura: Acuerdo entre España y Marruecos sobre cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, de 6 de marzo de 2007 (propuesta de aplazamiento, *DSS, Comisiones, VIII Legislatura*, 5.11.2007, núm. 527).

⁵³ Presentada por UPyD (*BOCG, Congreso, X Legislatura, Serie C*, núm. 8-2, 10.4.2012, pp. 1-3).

⁵⁴ Presentada por el Grupo Mixto-ERC (*BOCG, Congreso, X Legislatura, Serie C*, núm. 8-2, 10.4.2012, p. 3). Conviene advertir que esta enmienda fue calificada por la Mesa de la Cámara como enmienda a la totalidad, por considerar que intentaba modificar el texto del tratado.

⁵⁵ Por parte del Grupo Mixto-BNG (*BOCG, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 21.6.2012, núm. 10-7, p. 1-3) y del Grupo Mixto-La Izquierda Plural (*BOCG, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 21.6.2012, núm. 10-7, p. 3-5). Este Grupo presentó otra enmienda destinada a suprimir el art. 1 de la Ley de autorización, lo que equivalía a dejarla sin contenido (*BOCG, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 21.6.2012, núm. 10-7, p. 5).

⁵⁶ El Grupo Socialista presentó dos, una de adición de una disposición adicional única, para incluir una serie de medidas que el gobierno tendría que tener en cuenta para negociar y otra de adición de un párrafo a la exposición de motivos (*BOCG, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 21.6.2012, núm. 10-7, pp. 5-6).

⁵⁷ Presentadas por IU y Entesa Pel Progrés de Catalunya (*DSS, Pleno, X Legislatura*, 18.7.2012, núm. 27).

⁵⁸ Cabe citar como excepción que confirma la regla el Dictamen 701/2002, de 16 mayo 2002, respondiendo a la consulta planteada por la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales relativa a si la Agencia Europea del Espacio está exenta del impuesto sobre construcciones e instalaciones de obras. En su respuesta, el Consejo de Estado recurre a las reglas de interpretación del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados.

⁵⁹ Véase “Problemas básicos de la práctica española en materia de celebración de tratados: propuestas legislativas”, La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales, *cit.*, pp. 92-94.

ces, la práctica judicial ha progresado mucho, guiada en algunos extremos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Las Crónicas de Jurisprudencia que se publican en las revistas españolas especializadas (*REDI* y *REEI*) lo ponen de relieve. No por casualidad, el Preámbulo del Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales reconoce que “a propósito de la aplicación, los jueces ordinarios también han desempeñado un papel de primer orden”.

Esta referencia permite revitalizar una pregunta que se hizo entonces L.I. Sánchez Rodríguez: “Esta ley ¿a quién va dirigida?”⁶⁰, precisando a continuación que si pretendía regular el plano de la aplicación judicial de los tratados, habría que abordar algunas cuestiones con el fin de ayudar a la tarea judicial. Así las cosas, la consagración de la prevalencia de los tratados en el art. 32 del Proyecto de Ley, merece valoración positiva. En cambio, resulta inquietante que en relación con las reglas de interpretación el art. 37 no cite expresamente los arts. 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, habida cuenta además de la vieja tendencia de jueces y tribunales —afortunadamente bastante superada— de acudir exclusivamente a los criterios de interpretación del Código Civil. La condición de derecho interno español del citado Convenio aconseja e incluso exige su mención. En este sentido, resulta chocante que tan importante texto convencional en materia de derecho de los tratados sea el único excluido del tenor literal de ese art. 37 del Proyecto, que por lo demás se preocupa por remitir a “los criterios establecidos por las normas generales de Derecho Internacional y los contenidos en el propio tratado”, así como a toda norma pertinente de la Organización en cuyo ámbito se haya adoptado⁶¹.

Seguramente por haber advertido esta deficiencia, una enmienda al articulado presentada por el Grupo Parlamentario Popular propone sustituir el tenor del art. 37.1 por otro que diga:

“1. Las disposiciones de los tratados internacionales se interpretarán de acuerdo con los criterios establecidos por las normas generales de derecho internacional, en particular las de los artículos 31 a 33 de las Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados, así como los criterios contenidos en el propio tratado.”⁶²

Justificada como “mejora técnica”⁶³, la aceptación de esta enmienda subsanaría la ausencia, al tiempo que supondría una nueva contribución a la consideración como consuetudinarias de las reglas consagradas en esos artículos del Convenio de Viena, en línea con lo afirmado por diversos tribunales internacionales e internos.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 92. La duda no se plantea con el Decreto 801/1972 hasta ahora vigente, cuyo título explica que se refiere a la “ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados”.

⁶¹ Apartados 1 y 2 del art. 37 del Proyecto de Ley.

⁶² Enmienda Núm. 83, *BOGC, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 17.2.2014, núm. 72.2, *loc. cit.*, p. 41.

⁶³ *Ibid.*

Por otra parte, sin entrar en la contradicción que supone el hecho de que el art. 1 del Proyecto de Ley señale como objeto del mismo “regular la *celebración* por España de los tratados internacionales...”⁶⁴ mientras que su Capítulo IV se dedica a la “*aplicación e interpretación* de los tratados internacionales”⁶⁵ —contradicción que una enmienda al articulado presentada por el Grupo Popular intenta corregir, añadiendo en el art. 1 “y aplicación”⁶⁶— parece claro que los jueces acudirán a este artículo 37 como punto de referencia natural en materia de reglas de interpretación de los tratados internacionales, por lo que su perfeccionamiento técnico resulta particularmente aconsejable.

4. Para terminar: celebrando un aniversario y abriendo una nueva etapa

El objeto de las Jornadas en las que se ha presentado esta contribución es el de conmemorar el 75 aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC. Es de justicia dejar constancia de la profesionalidad de este órgano, caracterizado por su labor discreta y rigurosa. Hay que destacar también que su composición y modo de actuar revela un interés por mantener siempre una conexión con la Universidad, ofreciendo así a los profesores de Derecho internacional la oportunidad de aproximarnos a la práctica, abrir nuestros horizontes y colaborar en la defensa de los intereses del Estado. En una de sus intervenciones en el Seminario de 1989 al que me he referido al comienzo, J.D. González Campos subrayó con razón la importancia de potenciar este ente “si España quiere tener un peso en la Comunidad internacional”⁶⁷.

La perspectiva de contar pronto con una Ley de tratados y otros acuerdos internacionales, aparte de permitir alcanzar por fin ese objeto de deseo tantas veces aplazado, supone abrir una nueva etapa en el derecho y la práctica españolas en la materia. En el futuro habrá ocasión de valorar el resultado del esfuerzo normativo; ahora lo que corresponde es esperar que el legislador sea capaz de dotar a nuestro país de un texto de la calidad que debe caracterizar a un Estado moderno y democrático.

⁶⁴ Cursiva añadida.

⁶⁵ Cursiva añadida.

⁶⁶ Enmienda Núm. 77, *BOGC, Congreso, X Legislatura, Serie A*, 17.2.2014, núm. 72.2, *loc. cit.*, p. 39. La justificación también es la “mejora técnica” (*ibid.*).

⁶⁷ La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales, *cit.*, p. 209. En un sentido similar se expresó J. Díez-Hochleitner, *ibid.*, p. 200.

ESPAÑA Y LA PRÁCTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL: “LOS ACUERDOS NO NORMATIVOS”

AURELIO PÉREZ GIRALDA

Embajador de España

Doctor en Derecho

Jefe de la AJI (1985-1986 y 1998-2002)

Quiero empezar expresando mi agradecimiento al Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional (en adelante, la AJI) por su invitación para participar en estas jornadas conmemorativas de nuestro 75 aniversario en compañía de quienes la hemos dirigido en los últimos años y de tan ilustres especialistas en Derecho Internacional. El tema de los acuerdos no normativos es uno de los más concretos entre los que van a ser tratados en las diferentes mesas hoy y mañana. Podríamos decir que es más un “problema” que un tema. Así lo prueba el hecho de que hoy, casi treinta años después de haberlo abordado por primera vez en la AJI, y tras la presentación por el Gobierno del tan esperado Proyecto de Ley de Tratados, sigamos dándole vueltas.

1. Complejidad e importancia del tema

No es de extrañar: es un problema complejo y, según creo, de cierta gravedad.

Es complejo en varios sentidos. Abarca, en primer lugar dos tipos de acuerdo en cierto modo diferentes, los acuerdos de las comunidades autónomas y los acuerdos de órganos de la Administración. Implica a la vez en su calificación al Derecho interno y al internacional. Resulta tener, en fin, una naturaleza jurídica ambigua, en caso de que realmente tenga una naturaleza jurídica. En efecto, los acuerdos que originalmente llamamos “no normativos” son aquellos que negativamente se definen por no ser tratados internacionales. A la vista de su texto se

hace una calificación en relación con la definición del tratado del art. 2.1.b) de la Convención de Viena, en especial en relación con el extremo de que esté “regido por el Derecho internacional”. Si se concluye que no lo está, es decir, que no existe por parte del Estado voluntad de que lo esté, se intenta que ello quede claramente de manifiesto en el texto para evitar equívocos sobre su obligatoriedad en la relación con la otra parte contratante. Al final, cuando todo queda aclarado, resulta que el acuerdo en cuestión no produce, aparentemente, efectos jurídicos y entonces tendemos a considerar que no tiene naturaleza jurídica: que es “extra-jurídico”, como a veces tenemos la tentación de denominarlo.

El problema es además grave, en mi opinión, tanto política como jurídicamente. La proliferación de este tipo de acuerdos en los últimos tiempos puede ser inevitable a la vista de la creciente sectorialización de la administración y la multiplicidad de sus actuaciones exteriores. Pero es que, además, el asunto se ha complicado en España desde 1978 con la aprobación de los Estatutos de Autonomía y la atribución a las CCAA de competencias exclusivas por la Constitución, que en ocasiones ejercen en el exterior. Las tensiones entre poderes funcionales y territoriales que pueden aflorar con los acuerdos no normativos pueden revelarse claramente perjudiciales para el prestigio y la credibilidad del Estado en sus relaciones internacionales. El principio de unidad de acción exterior, proclamado por el gobierno en el R.D. 632/87, de 8 de mayo, puede parecer obvio o de sentido común, pero no es tan pacíficamente aceptado como sería deseable. Dos ejemplos me vienen a la memoria de mis ya lejanos años en la AJI. El primero, el de una comunidad autónoma que había concertado un acuerdo con un cierto Estado...antes de que España lo hubiera reconocido diplomáticamente. Y el segundo, el de otra comunidad autónoma que pretendía concertar con un gobierno estatal extranjero un acuerdo de comercio e industria...después de que estas competencias habían sido transferidas por España a las instituciones europeas.

La gravedad jurídica del asunto proviene de lo siguiente: si la voluntad de sustraer el acuerdo no normativo al ámbito del Derecho internacional no queda clara en su texto, sus disposiciones pueden acarrear la responsabilidad del Estado frente a la otra parte, ya que “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que esa violación sea manifiesta...”(art. 46.1 de la CV sobre Derecho de Tratados). Por si fuera poco, recordemos que “se considera hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central o a una división territorial del Estado” (Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado, Resolución de la A.G. 56/83, de 12.12.2001).

2. El tribunal Constitucional y la actividad exterior de las CCAA

A nadie puede extrañar que en los primeros años de vigencia de la Constitución de 1978 se produjera una inusitada actividad autonómica fuera de nuestras fronteras, con abundante firma de acuerdos escritos. No menos puede extrañar que el Gobierno, como responsable de las relaciones exteriores del Estado, intentara controlar tan novedosas iniciativas, en evitación del desprestigio político causado por una cierta sensación de “orden disperso”, y más aún de las posibles consecuencias jurídico-internacionales de este fenómeno, nuevo por entonces en nuestra práctica administrativa. Ya desde 1980 el entonces Ministerio de Asuntos Exteriores instruyó repetidamente a las Representaciones diplomáticas para recabar información sobre posible firma de acuerdos que no hubieran sido sometidos a consulta con los órganos centrales de la Administración central. Cuando era consultada, la AJI, en aplicación de las normas internas sobre tratados y ante la ausencia de toda referencia en el R.D. 801/72, de 24 de marzo, o en otras normas vigentes, sobre la posibilidad de acuerdos de ámbito internacional que no fueran los tratados, rechazaba estos extraños acuerdos por considerarlos inválidos, o bien los recalificaba como tratados y prescribía la observancia de los trámites y requisitos correspondientes a éstos.

Por su parte, el Gobierno recurrió en varias ocasiones algunos de los textos concluidos por CCAA con gobiernos extranjeros ante el Tribunal Constitucional por considerarlos contrarios a la atribución de competencias establecida por el texto constitucional: al art. 97, según el cual, “el Gobierno dirige la política interior y exterior...del Estado”; y al art. 149.1.: “El Gobierno tiene competencia exclusiva sobre...3ª Relaciones internacionales”. Gracias a estos recursos dispusimos ya desde 1984 (STC 125/84) de una doctrina que supuso una cierta distensión en comparación con la rigidez inicial del Gobierno, incluida la AJI, su órgano asesor, en cuanto al entendimiento de su competencia exclusiva. La STC 165/1994, de 26 de mayo, perfiló decisivamente esta doctrina y ésta se ha mantenido hasta la actualidad. El alto tribunal empieza por reiterar la necesidad de no realizar una interpretación “expansiva” del art 149.1.3ª, al decir que “...no cabe excluir que las comunidades autónomas puedan llevar a cabo actividades que supongan una conexión o relación con entidades públicas exteriores al Estado, en cuanto tales conexiones o relaciones no incidan en la reserva estatal prevista en el art. 149.1.3 de la CE, o perturben el ejercicio de las actividades que la integran”. Si el Estado tiene exclusividad para las relaciones exteriores, es necesario definir éstas, viene a decir el TC, pues no toda acción exterior entra dentro del concepto de relaciones exteriores. Así lo prueba el hecho de que la Constitución “ha considerado necesario reservar específicamente al Estado áreas de actuación externas que se consideran distintas de las “relaciones internacionales”: así, “comercio exterior” (art. 149.1.10) o “sanidad exterior” (art. 149.1.16)...

¿Cuáles son, entonces las actividades que quedan fuera del concepto de “relaciones exteriores y por lo tanto no están vedadas a las CCAA? Según el TC son “...aquellas que, siendo necesarias o al menos convenientes para el ejercicio de un “ius contrahendi”, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales”.

Finalmente, y de importancia en cuanto a la actual tramitación de la Ley de Tratados, el Tribunal incluye dentro de la competencia exclusiva del art.149.1.3ª “...la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección externa de las comunidades autónomas, para evitar o mediar sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que , en exclusiva, corresponde a las autoridades estatales”.

3. La AJI y los acuerdos no normativos de los Órganos de la Administración

Con ser los acuerdos no-normativos de las CCAA el tema más conocido y más relevante políticamente, lo cierto es que el tratamiento del problema por la AJI surgió a causa de la actividad exterior de órganos, ministerios u organismos de rango inferior al del Gobierno. Como he dicho, el Ministerio de Asuntos Exteriores venía negando validez a todo acuerdo que no fuera tramitado como gubernamental y sometido a los trámites previstos para los tratados por el Decreto 801/72; alternativamente, los admitía y consideraba que debían adaptarse a tales requisitos. En ese sentido, resultaba especialmente llamativo el caso de acuerdos claramente calificables como “gentlemen’s agreements”. Tal había sido el caso de la Declaración de Bruselas sobre Gibraltar, de 27 de noviembre de 1984, sobre el que se discutió si requería autorización de las Cortes según el art. 94.1 de la Constitución, a pesar de que ni siquiera había sido firmada por los ministros español y británico, Morán y Howe.

En estas circunstancias, el Ministerio de Defensa se dirigió al de Exteriores en 1986 haciendo un planteamiento general sobre el tema de los acuerdos en materia de cooperación de Defensa, que se consideraban distintos de los que llamaba “acuerdos internacionales”. Tales acuerdos, los primeros, no obligan, según opinaba el Ministerio consultante, al Estado como sujeto del Derecho internacional y pueden ser realizados por el Ministro de Defensa “en ejercicio de las competencias que le otorga el art. 10 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio...con el previo conocimiento del Ministerio de Asuntos exteriores y la autorización del Gobierno”.

Solicitado el parecer de la AJI sobre esta cuestión, un informe de finales de aquél año de 1986 abordó los dos aspectos planteados por Defensa: la posibilidad

de concluir válidamente tales acuerdos no normativos y la competencia y procedimiento a seguir para su conclusión. Sobre la primera cuestión, la AJI hubo de argumentar extensamente, ya que se trataba de revisar una doctrina constante que, sin embargo, había sido contradicha por la práctica. En efecto, España había concluido compromisos internacionales que no habían sido formalizados como Tratados, algunos de ellos, incluso, de la importancia política del Acta final de la Conferencia de Helsinki sobre Seguridad y Cooperación en Europa, cuyo texto excluía expresamente su carácter jurídicamente vinculante. El informe analizaba la práctica española incluyendo, junto a aquellos “gentlemen’s agreements”, los acuerdos de desarrollo de un Tratado en la categoría de los no-normativos. Tras analizar el poco Derecho comparado y la escasa doctrina existente, concluía concordando con el Ministerio de Defensa en la posibilidad de que existan, más allá de los Tratados, “otros instrumentos, entre los que se encuentran los acuerdos no regidos por el Derecho internacional, ya sea entre Gobiernos, ya sea entre órganos o entidades de nivel inferior al gubernamental”. Al mismo tiempo, la AJI analizaba la definición de la Convención de Viena, incorporada al Derecho español por el Decreto 801/72, e insistía en la importancia del elemento de la voluntad, es decir, en la necesidad de que en un acuerdo no normativo quedara patente que no es la intención de las partes obligarse según el Derecho internacional. Y este extremo debería quedar claro ya sea, idealmente, a través de una mención expresa en el texto del acuerdo, ya a través de elementos indicativos en el lenguaje y la terminología utilizados, siempre con el fin de evitar interpretaciones erróneas por la otra parte.

En cuanto a la competencia y al régimen jurídico de estos acuerdos, la AJI disentía de la idea del Ministerio de Defensa según la cual su titular era competente para concluirlos en el ámbito exterior en base a las disposiciones de su Ley Orgánica reguladora: según la AJI, la competencia para calificar si un texto incide o no en la política exterior reside en el MAE: en efecto, “en la medida en que toda relación, del nivel que sea, con Estados extranjeros ha de reconducirse a la política exterior, tanto los Tratados internacionales como los acuerdos no sometidos al Derecho internacional son competencia, de acuerdo con el art. 97 de la Constitución, del Gobierno y, bajo las directrices de éste, del Ministerio de Asuntos Exteriores. Los demás departamentos pueden promover dichos acuerdos en el contexto de su competencia y concertarlos y ejecutarlos por autorización del Gobierno mediante el correspondiente acuerdo del Consejo de Ministros”.

4. La contribución del Prof. Remiro Brotóns

No estoy revelando ningún secreto. La existencia de este Informe, con mención del Ministerio que había hecho la consulta, fue sacada a la luz por el Profesor Antonio Remiro, con ocasión de un Seminario sobre “La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales” celebrado en esta misma

Escuela Diplomática del 13 al 16 de noviembre de 1989. En una brillante exposición, que abrió el seminario, Remiro pasaba revista a las diferentes modalidades de compromisos internacionales, empezando por los tratados, su calificación y publicidad, los tratados-marco y los acuerdos administrativos y los contratos de Derecho administrativo, para acabar con una amplia exposición del tema de los acuerdos no normativos. Ante ellos, como escribiría Remiro más tarde, “tal vez los juristas se sientan desamparados como los dos mil indios que se perdieron solos en el Valle de la Muerte, pero los gobernantes y altos funcionarios parecen arrobados”.

Acerca de la posibilidad de la conclusión de acuerdos no normativos, Remiro se manifestaba conforme con las conclusiones de la AJI en 1986. Consideraba que la postura restrictiva adoptada hasta entonces por el MAE había permitido “moverse a sus anchas a toda clase de Departamentos ministeriales y Gobiernos autonómicos, sin prestar la debida atención a los intereses generales del Estado”. Para Remiro, “los acuerdos administrativos son una opción del Gobierno en su acción exterior” basada en el art 97 de la Constitución, que ha sido ampliamente utilizada en la práctica. Por su naturaleza política, están sometidos a control político a través de los medios parlamentarios que ofrece el art. 62.2 de la norma fundamental, es decir, preguntas e interpelaciones, pero no al control jurídico previsto en el Título III para los tratados. Al contrario de éstos, que no pueden ser secretos, los acuerdos no normativos sí pueden serlo, “a condición de no calificarlos como tratados”.

En su exposición, el ilustre profesor y amigo iba incluso más allá de lo dicho por la AJI. En primer lugar porque al dar una versión de las conclusiones del informe de 1986, incluye algo que la AJI no había dicho expresamente, no, sin duda, porque no estuviera de acuerdo, sino por razones obvias de prudencia, dadas las circunstancias. Me refiero a la siguiente frase, que no pertenecía al informe: “Corresponde en todo caso al Ministerio de Asuntos Exteriores apreciar la oportunidad de concluir un acuerdo no normativo, pues toda relación con Estados o autoridades extranjeras afecta a la política exterior, sea cual sea el sector en que se produce”.

En dos aspectos más amplió la exposición de Remiro Brotóns lo dicho por la AJI en su informe. En primer lugar, al tratar el procedimiento de los acuerdos administrativos, entraba con detalle en el tema de su identificación. Es decir, de los medios para calificar como tal un acuerdo cuando su texto no establece expresamente el carácter no vinculante jurídicamente de los compromisos en él adquiridos. Aquí ofrecía un completo repertorio de directrices, un “decálogo” sobre las deseables características del lenguaje y de posibles índices complementarios, a valorar conjuntamente. Por mencionar sólo algunas: empezando por la denominación, aconsejaba que no fuera la tradicional (tratado, convención, convenio); además, recomendaba utilizar “adjetivaciones y adverbiaciones de baja intensidad”,

referirse como partes no al Estado sino al órgano que asume los compromisos, reducir las formalidades del texto, incluida la numeración de las disposiciones, evitar cláusulas finales similares a las de los tratados, descartar la posibilidad de reservas, evitar seguir los trámites parlamentarios del Título III CE y la inscripción en el Registro de Tratados y Acuerdos internacionales de la Secretaría de las NNUU.

Más interesante aún si cabe que este repertorio, que se consagró desde entonces en la práctica calificadora de la AJI como de uso común, fue la revelación que hizo Remiro de otro informe en el que, como complemento del tantas veces citado de 1986, la AJI intentaba por primera vez definir los “límites materiales” de los acuerdos no normativos: éstos no podrían incidir en “materias que responden a los apartados c), d) y e) del art 94.1 de la Constitución”. Este criterio, que Remiro consideraba “plausible”, le merecía una cierta reserva: según él, “lo inconstitucional sin autorización de Cortes no sería la asunción por el Gobierno o por uno de sus miembros de un compromiso que por definición no es exigible internacionalmente sino la pretensión de ejecutarlo”. El Gobierno, por tanto, podría adquirir tales compromisos, con tal de recurrir a “particulares iniciativas legislativas y previsiones presupuestarias o demandas de suplementos de créditos o de créditos extraordinarios” para hacerlos posibles.

El intento de la AJI de delimitar de alguna forma la materia de los acuerdos no normativos era sin duda útil, teniendo en cuenta el desorden que se había ido generando. No me cabe duda de que, en su momento, podía parecer además el único utilizable. Sin embargo, no tengo tan claro que recurrir a los apartados del art. 94.1. fuera el instrumento técnico adecuado. Porque, en realidad, ni las CCAA ni, por supuesto, los órganos del Estado de nivel inferior al gubernamental poseen competencia para actuar en cualquiera de los campos acotados por el art. 94.1., y ya hemos visto que el Tribunal Constitucional consideraba, respecto de las primeras, que el requisito mínimo para actuar en el ámbito internacional era hacerlo en materias en las que la Constitución les atribuyera “competencia exclusiva”.

5. Los informes de la AJI sobre la actividad de las CCAA

Como digo, el “decálogo” del profesor Remiro fue aplicado durante años por los miembros de la AJI a todo texto, autonómico o gubernamental, que les fuera sometido. Su número, como es bien sabido, fue con el tiempo en aumento exponencial, y, desde luego, no todos aquellos sobre los que correspondía dictaminar fueron sometidos a consulta. Este aumento estaba en proporción con la medida en que se desarrollaba el Estado autonómico y las funciones sectoriales del Estado, su creciente participación en organismos inter y supranacionales, por no mencionar la ampliación del ámbito económico y geográfico de sus relaciones. En estas circunstancias, nuestro tema resurge en diciembre de 2006, veinte años después del famoso informe, en una inusual publicación del Ministerio de Asun-

tos Exteriores en la que se transcribían los informes de la AJI “a los memorandos de entendimiento de las Comunidades Autónomas con instituciones extranjeras” emitidos entre los años 2002 y 2006”. Eran un total de 54 dictámenes referidos a una gran variedad de materias, con un prólogo del entonces Subsecretario de Asuntos Exteriores y acompañados, a modo de epílogo, de unas “consideraciones prácticas a la luz del Derecho de Tratados”, firmadas por la Profesora Concepción Escobar, por entonces Jefa de la AJI. Su objeto era “resumir las observaciones que se han venido formulando en el proceso de calificación y que puedan ser útiles como guía práctica para los interesados”.

Este excelente trabajo reitera, por lo general, la “doctrina” formulada por el Informe de 1986 y añade los consejos prácticos que había formulado Antonio Remiro. El objeto de la calificación, según Escobar, es múltiple: determinar si un instrumento constituye o no tratado internacional y es compatible con el Derecho de tratados de España; “evitar confusiones o interpretaciones” incorrectas que podrían implicar responsabilidad del Estado por compromisos contraídos por las CCAA; y orientar a estas últimas en la redacción de los instrumentos “conforme a una técnica negativa”, para señalarles qué extremos del documento debían ser reformulados para evitar consecuencias incompatibles con el Derecho internacional y el interno. Por lo demás, no había grandes cambios, porque la problemática no había cambiado. Veinte años, según el conocido tango, “no es nada” y la AJI no podía menos que ser reiterativa al calificar los textos de las CCAA (los de otros Ministerios no eran objeto de esta publicación). No obstante, se observaba una cierta evolución de la “doctrina” en tres aspectos que quiero destacar.

En primer lugar, la AJI adoptaba una terminología nueva, llamando a los acuerdos no normativos Memorando de Entendimiento, según la terminología anglosajona: los llamados popularmente MOUs, en abreviatura de la correspondiente denominación inglesa “Memorandum of Understanding”. Pero es que, además, la AJI desaconsejaba el empleo de cualesquiera otros términos, incluyendo, de manera algo extrema, el de “acuerdo”, que se utiliza, sin embargo, a lo largo del documento al hablar de “acuerdos no normativos”.

La segunda observación se refiere a la limitación material de estos ahora llamados MOUs. La nueva postura de la AJI pasaba a no considerar admisible la adopción de aquellos que incidieran en las “materias contempladas en los art. 93 y 94. 1 de la Constitución”. Recordemos que anteriormente no se había mencionado el art. 93 y, por su parte, quedaban en el aire los apartados a) y b) del art. 94.1, lo cual resultaba difícil de entender, pues podía interpretarse “a contrario” que se admitía la posibilidad de concluir acuerdos no normativos sobre materias de carácter político (94.1.a) o de carácter militar (94.1.b). Desde este punto de vista del ámbito material, la ampliación de lo excluido me parece correcta. Sigue siendo algo oscura, sin embargo, la naturaleza de esta limitación, que se refiere a las materias y no a la intensidad de la fuerza vinculante del instrumento. Los

MOUs, se dice, no pueden referirse “a cuestiones propias de esta categoría normativa (los tratados)”. Pero el art. 93 y el párrafo 1 del 94 de la Constitución no agotan la materia propia de los tratados, pues queda fuera de ellos la mirada de convenios que por su contenido no requieren autorización previa de las Cortes y se tramitan según el párrafo 2 del art. 94, que exige meramente información a aquellas a posteriori.

Por último, en relación con el lenguaje a utilizar en los acuerdos, el epílogo de la profesora Escobar incluye una importante novedad, según la cual conviene que se deje “constancia de la integración de la Comunidad Autónoma en el Estado... mediante la mención de España a continuación de la denominación oficial de la Comunidad Autónoma firmante”. Es ésta, sin duda una mención útil a efectos de evitar confusiones a la otra parte contratante. Me pregunto, sin embargo, si no podría ser peor en este caso el remedio que la enfermedad. Ya que si lo que se trata es de evitar cualquier responsabilidad del Estado por la conducta de la CA, la mención de España podría suscitar en la otra parte la impresión de que está obteniendo compromisos contraídos por el firmante autonómico en nombre o representación del Estado español.

6. La Orden Circular del MAEC de 13 de julio de 2010

La doctrina de la AJI sobre la práctica de los acuerdos no normativos, tal como se había ido configurando a lo largo de los años, se convirtió en norma por primera vez en una Orden Circular del MAEC, la nº 2/2010 de 19 de julio, que llevaba un largo título: “Normas para la tramitación de los Acuerdos No Normativos por parte de los órganos de este Departamento, así como en lo relativo al seguimiento y colaboración con otras Administraciones Públicas en esta materia”. Volvió el Ministerio a la denominación tradicional de los acuerdos no normativos, si bien, contradiciendo el tenor del título de la Orden, su norma III, relativa al contenido y redacción, desaconseja de nuevo llamar “acuerdo” a estos acuerdos. Por lo demás, se mencionan expresamente los tradicionales límites: el material, referido una vez más a la integridad de los arts. 93 y 94.1 de la Constitución, y el terminológico, tanto en relación con la denominación como respecto a la redacción de los textos.

En esta O.C. se observan algunas novedades significativas, que resumiré al máximo para no extenderme excesivamente. La orden, firmada por la entonces Subsecretaria del Departamento, va dirigida, como no podía ser menos, a los órganos del mismo, con objeto de indicarles la tramitación a seguir en cuanto a los acuerdos no normativos. Sin embargo, tanto el preámbulo como la norma I, relativa a los “órganos competentes del departamento”, aprovechaban la ocasión para recordar a quien corresponda que según el art. 1 del R.D. 1124/2008, que desarrollaba la estructura básica del MAEC, éste es competente para “coordinar a los órganos de la Administración General del Estado que, en el ámbito de sus

competencias, realicen actuaciones en esta materia (internacional)...; y el seguimiento y colaboración con otras Administraciones Públicas en lo que se refiera a su proyección o actividad exteriores”. Un doble llamamiento, pues, al principio de unidad de acción en el exterior, que no deja de ser algo sorprendente en una norma dirigida a los órganos internos del Ministerio.

En segundo lugar, la O.C. designaba como órgano competente del MAEC en materia de acuerdos no normativos a “la Secretaría General Técnica, bajo la inmediata dependencia de la Subsecretaría”. Sin embargo, la AJI había de intervenir en todo caso con su habitual informe a petición de la Dirección General competente por razón de la materia del instrumento, remitiendo copia de aquel también a la SGT. Paralelamente, “cuando un Acuerdo No Normativo haga referencia a cuestiones relacionadas con el derecho interno español y, en especial, a las competencias de las Comunidades Autónomas, podrá solicitarse igualmente que la Abogacía del Estado emita su parecer sobre dichos extremos”.

Más novedoso aún: al establecer pautas para la redacción de los acuerdos no normativos, y tras reiterar los consejos habituales para que quede clara la distinción entre éstos y los que constituyen un tratado internacional, la O.C. añadía que “se puede introducir un párrafo final en el que explícitamente se manifieste que el instrumento en cuestión no produce efectos jurídicos vinculantes en el plano del derecho internacional”. Es comprensible que en una norma de ámbito puramente ministerial, aunque con cierta pretensión de proyectarse, como he indicado, fuera del Departamento, no se haya podido ir más lejos que insinuar la mera “posibilidad” de introducir tan útil precisión. Creo, sin embargo, que ésta habría proporcionado la clarificación suficiente para resolver, de una vez por todas, cualquier problema de ambigüedad y confusión competencial. Podría haberse aludido al menos a su “conveniencia”, dando un paso más allá en esta dirección. Ello, además, no hubiera sido ninguna novedad extraordinaria y se ha dado más de una vez en la práctica, como habíamos señalado respecto del Acta de Helsinki y no sería difícil detectar en otros instrumentos internacionales.

En fin, la O.C. de 2010 es muy clarificadora en otros aspectos novedosos pero menos conflictivos relacionados con el procedimiento. Así, cuando en su norma V prevé que la Dirección competente, atendiendo a la relevancia política del acuerdo, pueda, una vez firmado aquél, proponer que sea elevado al Consejo de Ministros “para su toma de conocimiento”. Así también cuando la norma VI encomienda a la SGT del Departamento proceder al “registro en la aplicación informática “Memoranda” (decididamente, la denominación anglosajona se resiste a desaparecer del todo) de todos los Acuerdos No Normativos”, así como a la custodia de sus textos originales y la certificación de éstos.

7. El Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales

Y con ello llegamos a la situación actual. El 5 de noviembre pasado el Boletín Oficial de las Cortes Generales publicó el Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales que le había remitido el Gobierno, cumpliendo así una vieja aspiración, la de superar el Decreto 801/72 de 24 de marzo, obviamente obsoleto por su inadecuación a la Constitución de 1978. Los intentos datan de muchos años atrás, como ha recordado el Consejo de Estado en su dictamen de 3 de octubre de 2013: ya en 1983 había dictaminado el Consejo que no procedía sustituir el Decreto 801/72 por otro Decreto, siendo precisa una norma con rango de ley, y lo mismo opinó dos años más tarde ante un anteproyecto de ley de ordenación de la actividad de la Administración General del Estado en materia de Tratados internacionales que le sometió el Gobierno. Ninguno de aquellos intentos prosperó. Por razones de carácter técnico o de oportunidad política, anteriores equipos directivos del Ministerio prefirieron esperar el momento propicio que nunca llegaba. Puede que hubiera también un cierto temor a abrir la caja de Pandora, sometiendo a discusión y escrutinio dentro de la Administración una norma que afectaba de manera directa la relación entre órganos constitucionales y los equilibrios internos del propio Gobierno. Esos obstáculos parecen haber sido superados y pronto, sin duda, tendremos la tan esperada Ley.

Para empezar, no cabe duda de que éste es el rango jurídico adecuado para esta materia, como había señalado el Consejo de Estado, teniendo en cuenta que se ha decidido ampliar el ámbito de la regulación que cubría el Decreto 801/72 a otros acuerdos internacionales distintos de los tratados, y especialmente a los concluidos por las CCAA. No obstante, sobre el proyecto que tenemos ahora delante a nuestra disposición es pronto para opinar, a pocas semanas de su presentación por el Gobierno y del inicio del trámite parlamentario. No sabemos qué enmiendas se presentarán ni, por tanto, el texto legal que podrá salir de la discusión, de modo que parece prudente limitarnos a algunas consideraciones en base a la comparación del proyecto con sus antecedentes inmediatos, en especial la Orden Circular 2/2010 que antes he resumido y con la “tradición” de Exteriores en el largo camino del tratamiento del tema.

Tres asuntos y un interrogante me parecen dignos de mención. En primer lugar, el proyecto resuelve decisiva y acertadamente la distinción de concepto y régimen jurídico entre los acuerdos administrativos y los acuerdos no normativos. Este asunto no estaba aclarado ni en la OC de 2010, que no lo trataba, ni en el informe de la AJI de 1986, que amalgamaba ambas categorías en la de acuerdos no normativos. Una primera puntualización apareció ya en la elaboración del profesor Remiro en 1989, en la que proponía reservar la expresión de “acuerdos administrativos” para aquellos casos en que las partes en un tratado marco decidieran que su desarrollo se efectuara a través de un tratado (“tratados bajo la cobertura de otro tratado”). Resulta interesante contrastar este análisis

con la definición de acuerdo administrativo en el art. 2 (definiciones) apartado b) del proyecto. Aquí se establece claramente que el acuerdo administrativo no es constitutivo de tratado pero se rige por el Derecho internacional y deriva su carácter obligatorio de otro tratado que “ejecuta o concreta”. Cual sea su naturaleza jurídica no queda suficientemente claro, y persiste una cierta contradicción al estar estos acuerdos sometidos al Derecho internacional, no siendo sin embargo una de sus típicas fuentes de obligaciones. Lo que sin duda queda claro, y de eso se trataba, es que su régimen y tramitación no es la de los tratados: así lo dispone expresamente el art. 42.1 del proyecto y con ello se ahorran todas las formalidades tan temidas por unos y otros.

Me ha llamado la atención también que el proyecto prescinda de los criterios que hasta ahora se habían utilizado para diferenciar los acuerdos no normativos de los tratados, a fin de evitar posibles confusiones con instrumentos productores de obligaciones jurídicamente exigibles. El art. 45 se limita a manifestar que “Los acuerdos internacionales no normativos no constituyen fuente de obligaciones internacionales” y a ésta afirmación la califica dicho artículo de “naturaleza” de los acuerdos no normativos. Pero no nos engañemos: esta declaración, que persigue sin duda tener efectividad a nivel interno, no es oponible a terceros: éstos pueden haber creído de buena fe que la parte española tenía intención (la sempiterna voluntad) de obligarse jurídicamente, con lo que la cuestión de si el acuerdo es o no fuente de obligaciones jurídicas queda sin resolver y podría crear una controversia entre las dos partes, que sólo sería posible solventar por los medios que ofrece el derecho internacional. Quizá se pueda aún aprovechar la ocasión para instar a los firmantes de este tipo de acuerdo a dejar claro en su texto el carácter no obligatorio de sus compromisos. Ya sé que una mención de este género es rehuida por los firmantes a fin de no restar una aparente solemnidad a sus acuerdos, pero el riesgo en que incurre el Estado de hacerse responsable internacionalmente es demasiado alto para no proponer al menos una precaución terminológica clarificadora.

El art. 46 del proyecto contiene una novedad importante: al definir la competencia, especifica que los posibles firmantes de acuerdos no normativos podrán concluirlos con “órganos, organismos, entes, Administraciones y personificaciones de naturaleza equivalente”. Esta precisión me parece útil y es bienvenida. Precisamente, al releer la Orden Circular 2/2010 me había llamado la atención una ausencia significativa, a saber, la necesidad de establecer un límite claro y evidente en la conclusión de acuerdos no normativos en la exigencia de equivalencia subjetiva, o, quizá mejor expresado, la imposibilidad de concluir acuerdos válidos por parte de una administración con sujetos de mayor rango: concretamente, de las CCAA con gobiernos estatales extranjeros. Esta es, curiosamente, una objeción que siempre hemos hecho en la AJI y que sin embargo, si no me equivoco, no ha venido mencionándose expresamente en la “doctrina” desde los

informes de la AJI a la mencionada O.C., incluidas las aportaciones doctrinales de Remiro y Escobar. No obstante, es posible verla ejemplificada en alguno de los Informes recogidos en la antes citada publicación hecha por el MAEC en 2006. Ocurre así en los informes al “Protocolo Marco de actuación entre el Gobierno de Andorra y la Administración de la Generalitat de Cataluña” y al “Memorando de Entendimiento sobre cooperación acuícola entre la Comunidad Autónoma de Galicia y la República Argentina”. Ambos fueron firmados en 2006 y en ambos se refirió la AJI a la “asimetría de los sujetos”, aunque sólo pudo hacerlo a posteriori, cuando ya no había remedio.

Por último, y como interrogante, mencionaré un punto que no resulta claro en el proyecto, en relación con la tramitación de los acuerdos administrativos y no normativos. Debo reconocer que para opinar sobre este asunto con certeza habría sido necesario conocer cuál fue el proyecto original presentado a discusión dentro de la Administración, a fin de poder compararlo con el resultado final reflejado en el proyecto presentado por el Gobierno a las Cortes Generales. Dado que éste no ha sido mi caso, no tengo más remedio que pronunciarme por indicios. El que me ha llamado la atención ha sido algo que se lee en la página 30 del dictamen del Consejo de Estado 808/2013, de 3 de octubre. Se hace en él referencia a un procedimiento por el cual se encomienda al Consejo de Ministros resolver la posible disconformidad del órgano administrativo o administración territorial responsable del acuerdo administrativo o no normativo con el dictamen del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación sobre su naturaleza. Tal procedimiento no aparece en el proyecto presentado a las Cortes, debió caer en el que hay que suponer complicado “iter” del anteproyecto antes de llegar a la mesa del Consejo de Ministros. La explicación debe hallarse en la diferencia de regímenes que el proyecto prevé para los acuerdos administrativos y los no normativos según sean firmados por las CCAA o los órganos de la Administración. Los arts. 41.1 (acuerdos administrativos de las Administraciones públicas), 54.3 (acuerdos administrativos de las CCAA) y 55.3 (acuerdos no normativos de las CCAA) exigen el informe preceptivo de la AJI “acerca de su naturaleza, procedimiento y más adecuada instrumentación según el Derecho Internacional”. Tal exigencia no aparece, en cambio en el art. 47, relativo a los acuerdos no normativos distintos de los de las CCAA, que encomienda el preceptivo informe sobre dichos extremos al Servicio Jurídico de los órganos u organismos públicos que los celebren. ¿Se trata de una inadvertencia? ¿Estamos en cambio ante una modificación deliberada del R.D. 342/2012 de 10 de febrero, de estructura orgánica del MAEC, que en su artículo 12. 3. e) define a la Asesoría Jurídica Internacional como el “órgano asesor de la Administración del Estado en materia de Derecho internacional”? Dejo sin más enunciada la pregunta.

Muchas gracias por su amable atención.

Madrid, 25 de noviembre de 2013

BIBLIOGRAFÍA

Antonio REMIRO BROTONS, “De los Tratados a los Acuerdos No Normativos”, en “La celebración de tratados internacionales por España: problemas actuales”. Biblioteca Diplomática Española, Madrid 1990.- Id., “Derecho Internacional”, Madrid 2010.

Concepción ESCOBAR, “Los memorandos de entendimiento: consideraciones prácticas a la luz del derecho de tratados”, en “Informes del MAEC a los memorandos de entendimiento de las comunidades autónomas con instituciones extranjeras”, MAEC, Madrid 2006.

Aurelio PEREZ GIRALDA, “La sectorialización del Derecho Internacional y de la Diplomacia”, en “Prudencia jurídica y poder exterior”, Biblioteca Diplomática Española, Madrid 2010.

Ernesto HEREDERO DEL CAMPO, “La acción exterior de las comunidades autónomas y la necesidad de una ley del servicio exterior que garantice el principio de unidad de acción”, en “Nuevos ámbitos en la diplomacia y en la acción exterior”, Cuadernos de la Escuela Diplomática, Madrid 2011.

EL DERECHO DEL MAR

LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR: BALANCE DE 15 AÑOS DE APLICACION

JOSÉ ANTONIO DE YTURRIAGA BARBERÁN

Embajador de España.

Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional (1981-1982)

1. INTRODUCCIÓN

De la siguiente manera describía la situación marítima de España en 1974: España es un país “abocado al mar”, por lo que tiene un gran interés por todo lo que con él se relaciona. Es una península con un extenso litoral y costas que bordean un mar abierto —el Océano Atlántico— y un mar semicerrado —el Mediterráneo—. Tiene islas, dos archipiélagos y estrechos como el de Gibraltar, que es una de las más importantes vías de navegación internacional. Ocupa el décimo tercer lugar en el tonelaje mundial de buques —el undécimo en petroleros— y el tercero en construcción naval, y figura entre los veinte primeros países en el comercio marítimo. Se encuentra entre las cinco primeras potencias en pesca y es el segundo en maricultura. 200.000 españoles trabajan en el mar, especialmente como pescadores. Se encuentra en la encrucijada de tres de las más importantes rutas marítimas: la de Finisterre —por la que discurre el tráfico entre Europa, África y Sudamérica—, la de Canarias —que acoge el tráfico entre América del Sur y Europa y África del Norte—, y la del estrecho de Gibraltar —de especial importancia para el tráfico de petroleros que proceden del Oriente Medio—. Por esta circunstancia, ha sido calificada como “país especialmente expuesto a los riesgos de la contaminación marina”, lo que constituye un gran problema a causa del interés de España por la pesca, la maricultura, y —sobre todo— el turismo, al ser uno de los países turísticos más importantes del mundo¹.

¹ Intervención ante la XV sesión del Comité Consultivo Jurídico Afroasiático. Tokio, 11 de Enero de 1974. En YTURRIAGA, J.A. de.-“La actual revisión del Derecho del Mar: una perspectiva española. Textos y Documentos”. Madrid, 1975. Volumen II(2), p.380.

Aunque algunos datos hayan cambiado en los últimos años, la importancia del medio marino sigue siendo la misma para nuestro país, pero no siempre prestó el Gobierno español la importancia debida a esta realidad. Así, cuando en 1968 la ONU creó una Comisión sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional, España no figuró entre los 42 Estados que componían el grupo. En 1970, la Asamblea General decidió convocar en 1973 la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, a cuyos efectos encomendó a la Comisión —cuya composición se aumentó a 86 miembros, momento en el que se incorporó España— la preparación de una amplia lista de temas y cuestiones relacionados con el Derecho del Mar, así como proyectos de artículos sobre los mismos².

El Ministro de Asuntos Exteriores, Gregorio López Bravo, encargó a la Asesoría Jurídica Internacional la preparación de la Conferencia, a instancias de su Jefe de Gabinete y antiguo Jefe de la AJI, Santiago Martínez Caro. Hubo que partir casi de cero y lo primero que se hizo fue proceder a la adhesión inmediata a los cuatro Convenios de Ginebra de 1958 sobre Derecho del Mar, para suplir en la medida de lo posible las numerosas carencias de la legislación española en la materia. Siendo un organismo consultivo, la Asesoría —dirigida en esos momentos por Antonio Poch— carecía de la estructura operativa necesaria para realizar la labor y contó a estos efectos con la colaboración de la Dirección de Cooperación Marítima, a cuyo frente estaba Rafael Pastor. Se creó una comisión preparatoria formada por diplomáticos, profesores universitarios, militares, marinos, oceanógrafos y expertos en pesca, seguridad marítima e industria, de la que fui designado secretario. Mención especial merece la contribución del profesor Julio González Campos, que fue el gran inspirador de la estrategia de la comisión y de la delegación española en la Conferencia. El enfoque multidisciplinar adoptado nos permitió tener una visión de conjunto e integral de la posición de España y concertar los intereses de los distintos sectores interesados, en unas ocasiones enfrentados y en otras no suficientemente armonizados. Este grupo se institucionalizó más tarde con la constitución de la Comisión Interministerial de Política Marítima Internacional, una de cuyas subcomisiones se encargaba de la preparación de las instrucciones para la Conferencia y del seguimiento de la misma. En el núcleo duro de la delegación nos integramos tres futuros jefes de la AJI —José Manuel Lacleta, José Antonio Pastor y yo mismo— y, en algunas de las sesiones de la Conferencia, participaron otros como Fernando Arias-Salgado o Juan Antonio Yáñez-Barruevo.

Con la complicidad de Martínez Caro, la delegación gozó, por una vez, del pleno respaldo político de la Superioridad. La posición básica de España fue enunciada por el propio López Bravo ante la Asamblea General en 1971. Afirmó que, a lo largo de la historia, el régimen jurídico del mar había buscado el equi-

² Resolución 2750C (XXV), de 17 de diciembre de 1970. En YTURRIAGA.-Op.cit. en la nota 1, p.315.

librio entre los intereses económicos de los Estados en el uso y aprovechamiento del mar y los políticos de seguridad. La libertad de los mares seguía siendo necesidad esencial, pero se habían hecho urgentes y apremiantes las necesidades derivadas del desarrollo económico y social de los pueblos. En el ámbito económico se requería dar una respuesta satisfactoria a tres necesidades fundamentales: la exploración y explotación exclusiva de los recursos de la plataforma continental —con el establecimiento de un límite amplio y uniforme de la misma—, el disfrute de los Estados ribereños de derechos preferentes en la conservación y aprovechamiento de los recursos de la pesca en una zona del mar adyacente a sus costas suficientemente amplia, y una respuesta imaginativa a los problemas de la “Zona Internacional de los Fondos Marinos”, calificada como “patrimonio común de la humanidad”. Asimismo se deberían adoptar normas jurídicas y procedimientos técnicos para la prevención y eliminación de la contaminación en todos los espacios marítimos. Los Estados tenían, por otra parte, un derecho inalienable a la seguridad. El régimen jurídico del mar territorial estaba construido sobre la noción clave del “paso inocente”, que configuraba un justo equilibrio entre las necesidades generales de la navegación internacional y las facultades que dimanaban de la soberanía de los Estados sobre este espacio marítimo. No podía considerarse admisible que, por exigencias estratégicas claramente condescendidas de unas pocas potencias, se pretendiera imponer a los Estados ribereños ciertas pretendidas libertades de navegación y sobrevuelo por los estrechos que forman parte del mar territorial de uno o varios Estados³.

La delegación española siguió con coherencia y entusiasmo las pautas marcadas y tuvo una actuación destacada durante la Conferencia y su fase preparatoria. Pese a su debilidad política, consiguió formar alianzas coyunturales en materias como estrechos, delimitación, archipiélagos oceánicos o Estados en situación geográfica desventajosa. Se integró en el Grupo de Estados Costeros, creó y alentó el grupo de Estados ribereños de estrechos, y presidió —a través de Lacleta— el grupo de Estados partidarios de la equidistancia en materia de delimitación. Fue asimismo coordinador de los países hispano-parlantes en el Comité de Redacción. Pese a su relativa soledad política y escasa capacidad de acción diplomática, España consiguió incluir en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) una fórmula neutral para la delimitación de espacios marítimos frente a las presiones de los Estados “equitativos”, suavizar el régimen de paso en tránsito por los estrechos, consagrar el interés de los Estados de pesca habitual y debilitar los derechos pesqueros de los Estados en situación geográfica desventajosa desarrollados en la pesca en la ZEE...

A pesar de las mejoras conseguidas, España se abstuvo en la votación final sobre la CNUDM, especialmente por la regulación del tema de los estrechos.

³ Intervención de Gregorio López Bravo, de 1 de octubre de 1971. En YTURRIAGA.-Op.cit. en la nota 1, pp.374-375.

No firmó la Convención hasta el último momento, el 4 de Diciembre de 1984, y la ratificó después de 13 años, el 15 de Enero de 1997. Tanto en el momento de la firma como en el de la ratificación, el Gobierno español presentó una serie de declaraciones intepretativas: una de carácter general sobre Gibraltar –similar a la incluida tras la adhesión a los Convenios de Ginebra de 1958– y otras ocho sobre estrechos, pesca o contaminación marina.

Ya antes de concluir las labores de la Conferencia, el Gobierno español había adoptado la Ley 10/1977 por la que establecía un mar territorial de 12 millas, la Ley 15/1978 por la que establecía una Zona Económica de 200 millas en el Océano Atlántico, y el Real Decreto 799/1981 sobre realización de actividades de investigación científica en zonas bajo jurisdicción española. Tras la ratificación de la CNUDM, el Gobierno se desinteresó del tema y no adoptó las medidas necesarias para adaptar la legislación nacional a la Convención. Adoptó normas de escasa calidad jurídica, como la Ley 27/1997 sobre Puertos del Estado y la Marina Mercante —que reguló de forma insuficiente las aguas interiores, la zona contigua, la navegación o la contaminación marina— o el Real Decreto 1315/1997, que estableció una Zona de Protección Pesquera en el Mediterráneo. Su falta de interés se puso de manifiesto con el hecho de que todos los temas marítimos son llevados por un Servicio de Cooperación Marítima, dependiente de la Subdirección General de Relaciones Económicas Multilaterales y Cooperación Terrestre, Marítima y Aérea, en el que no figura ningún diplomático. En 2001 se creó el puesto de Embajador en Misión Especial para el Derecho del Mar, para el que fui designado, pero año y medio más tarde tiré la toalla al carecer de los mínimos medios materiales y humanos requeridos, y al percibir la falta de interés de la Superioridad por el tema. Poco después de mi marcha el puesto fue suprimido. Últimamente, el Gobierno ha adoptado el Real Decreto 236/2013 por el que se establece una ZEE en la mayor parte del Mediterráneo, y un anteproyecto de Ley de Navegación Marítima, que —en un “*totum revolutum*”— aborda de forma poco sistemática y con escaso rigor jurídico todos los problemas de Derecho del Mar y de Derecho Marítimo.

2. MAR TERRITORIAL

2.1. Anchura y delimitación

La Ley de 1997 sobre Mar Territorial trató de forma adecuada este problema.

Estableció una anchura de 12 millas, contadas a partir de “la línea de bajamar escorada y, en su caso, por las líneas de base recta que sean establecidas por el Gobierno”⁴. En sendos Decretos dictados en 1976 y 1977, el Gobierno estableció líneas de base rectas en varias partes de la península y en sus dos archipiélagos⁵.

La Ley 10/1070 sigue la pauta de la CNUDM al prever que, “salvo acuerdo en

⁴ Artículos 2 y 3 de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre Mar Territorial. BOE de 8 de enero de 1977

⁵ Decreto 627/1976, de 5 de marzo, sobre trazado de líneas de base rectas, modificado por el Decreto 2510/1977, de 5 de agosto. BOE de 30 de marzo de 1976 y de 7 de septiembre de 1977.

contrario, el mar territorial no se extenderá, en relación con los países vecinos y con aquéllos cuyas costas se encuentren frente a frente a las españolas, más allá de una línea media determinada de forma tal que todos sus puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base”⁶. En 1974, España firmó un Convenio de delimitación con Francia en el Golfo de Vizcaya, que corrige en algunos puntos la línea de equidistancia⁷. No se llegó a un acuerdo similar en el Mediterráneo, por la pretensión francesa de corregir de forma excesiva la línea de equidistancia. Con Portugal firmó en 1978 un Convenio de delimitación del mar territorial en las fronteras de Galicia y Andalucía⁸. Aunque el Convenio no ha sido aún ratificado, los dos Estados decidieron respetar la delimitación establecida.

Aunque no exista un Convenio entre España y Marruecos, la delimitación en el Estrecho de Gibraltar ha quedado fijada mediante la línea de equidistancia, de acuerdo con lo establecido en las respectivas leyes nacionales⁹. Subsisten, sin embargo, serios problemas en las delimitaciones con Marruecos en Ceuta, Melilla, las Islas Chafarinas, y los Peñones de Vélez de la Gomera y de Alhucemas, porque el Gobierno marroquí estableció en 1975 líneas de base rectas que enclavaban territorios españoles dentro de las supuestas aguas interiores de Marruecos. Tampoco existe acuerdo de delimitación con Gran Bretaña en Gibraltar, al no reconocer el Gobierno español el derecho del Peñón a generar mar territorial.

2.2. Navegación

La navegación en el mar territorial se rige por la Orden de 1985 sobre escala de buques de guerra extranjeros en puertos españoles. Se establece el régimen de paso inocente, “conforme a las normas consuetudinarias del Derecho Internacional”, tanto de buques mercantes como de guerra, que no necesitan de autorización. Los submarinos deberán navegar en superficie, y a los buques de guerra se les veda la realización de actividades ajenas al paso. También se prohíbe a los buques oceanográficos llevar a cabo actividades de investigación mientras estén en tránsito¹⁰.

⁶ Artículo 4 de la Ley 10/1977. Doc.cit en la nota 4.

⁷ Artículo 2-1 del Convenio entre España y Francia sobre delimitación del mar territorial y de la zona contigua en el Golfo de Vizcaya. París, 29 de enero de 1974. En YTURRIAGA.-Op.cit. en la nota 1. Vol.II(1), p.250

⁸ Artículos 2 y 3 del Convenio Hispano-Portugués sobre delimitación del mar territorial y la zona contigua. Guarda, 12 de Febrero de 1976. Boletín Oficial de las Cortes de 15 de junio de 1976.

⁹ Artículo 4 de la Ley 10/1977, de 4 de enero de 1977, sobre Mar Territorial -doc.cit. en la nota 4- y artículo 2 del Dahir 1-73-211, de 21 de julio de 1975, por el que se fija el límite exterior de las aguas territoriales y de la zona exclusiva de pesca. “UN Legislative Series: National Legislation and Treaties Related to the Law of the Sea”. Nueva York, 1976, p.29.

¹⁰ Párrafos 1 y 11 de la Orden 25/1985 sobre “Normas para las escalas de buques de guerra extranjeros en puertos o fondeaderos españoles y su paso por el mar territorial español en tiempo de paz”, de 23 de abril de 1985. BOE de 14 de Mayo de 1985.

La desafortunada Ley de Puertos de 1992 permite a las autoridades marítimas españolas restringir la navegación por el mar territorial de determinados buques “civiles” (**sic**), para impedir que realicen actividades ilícitas o tráficos prohibidos. Asimismo —y a efectos de salvaguardar la seguridad de la navegación y prevenir la contaminación del medio marino—, podrán “visitar, inspeccionar, condicionar el fondeo, apresar, iniciar procedimientos judiciales y, en general, adoptar las medidas que se estimen necesarias respecto de los buques que vulneren o puedan vulnerar dichos **bienes jurídicos**”¹¹.

Pero uno de los mayores incumplimientos de la normativa de la CNUDM en la materia figura en la Ley de 1964 sobre Energía Nuclear, que “considera como excepción al derecho de **tránsito** inocente el paso por aguas jurisdiccionales de los buques nucleares”. La Ley impone de forma indirecta el requisito de previa autorización al establecer que las autoridades marítimas “podrán realizar inspecciones de los buques nucleares dentro de las aguas territoriales y verificar sus condiciones de seguridad y funcionamiento **antes de que los mismos sean autorizados** a entrar en puerto o **a transitar por dichas aguas**”¹².

El Gobierno ha aprobado recientemente un anteproyecto de Ley de Navegación Marítima, que se encuentra en las Cortes y que deja bastante que desear. Parte del principio de libertad de navegación en los diversos espacios marítimos y regula de forma insuficiente el régimen de paso inocente por el mar territorial. Así, no considera inocente el paso de los buques averiados o que amenacen causar daños, permite restringir el paso para conservar la biodiversidad o proteger el patrimonio cultural subacuático, y suspender el paso para la defensa de los “intereses generales” del Estado o para proteger el medio ambiente o la seguridad de la navegación. Respecto a los buques nucleares, se remite a la Ley reguladora de la energía nuclear, que —como acabo de manifestar— está en contradicción con las normas de la CNUDM¹³.

3. ESTRECHOS UTILIZADOS PARA LA NAVEGACIÓN INTERNACIONAL

La normativa española no contiene disposición alguna relativa al paso por los estrechos utilizados para la navegación internacional. Al firmar y ratificar la CNUDM, el Gobierno español hizo una serie de declaraciones interpretativas voluntaristas sobre el régimen de paso en tránsito, como que la calificación “normalmente” incluida en el artículo 39 relativo al sobrevuelo significa “salvo fuerza mayor o dificultad grave”, o que el artículo 42 no impide al Estado ribereño

¹¹ Artículos 111 y 112 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. BOE de 25 de noviembre de 1992.

¹² Artículos 70 y 74 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, reguladora de la energía nuclear. En YTURRIAGA.-Op.cit. en la nota 7, p.67

¹³ Artículos 19, 39, 20, 42 y 13 del Anteproyecto de Navegación Marítima de 2013.

dictar “leyes y reglamentos para dar efecto a reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas”¹⁴. España no ha dictado ninguna norma para regular en su legislación el régimen de paso en tránsito por los estrechos utilizados para la navegación, que se incumple en la Ley de Navegación Aérea de 1960, la Ley de Energía Nuclear de 1964, la Ley de Puertos de 1992 o la Orden de 1985 sobre paso de buques por el mar territorial. El Anteproyecto de Ley de Navegación Marítima ha tratado de resolver el problema, pero no lo ha conseguido. Hace una referencia explícita a la CNUDM en relación con la navegación marítima por el Estrecho de Gibraltar, pero no menciona la navegación aérea. Asimismo silencia el régimen aplicable a otros estrechos, como el Freu de Menorca.

El régimen de navegación y sobrevuelo por los estrechos utilizados para la navegación internacional fue uno de los temas estrella de la Conferencia de la ONU sobre el Derecho del Mar por razones políticas y militares. Los cambios estratégicos producidos en los años posteriores en la disuasión nuclear desde buques y aeronaves, así como el fin de la guerra fría, han hecho que el tema perdiera actualidad y pasara a un segundo plano. En lo referente a España, su ingreso en la OTAN y correspondiente cobertura nuclear por Estados Unidos y la Alianza suavizó su inquietud por el liberal régimen de paso en tránsito por el Estrecho de Gibraltar impuesto por la CNUDM.

4. ZONA CONTIGUA

España disponía desde 1968 de una zona contigua de 6 millas¹⁵. Al ampliarse en 1977 la extensión del mar territorial a 12 millas, aquélla quedó subsumida en éste. En 1992 se restableció el *statu quo ante*, pues —aprovechando que “el Pisuerga pasa por Valladolid”— la Ley de Puertos del Estado de 1992, estableció de pasada las zonas y tipos de navegación e incluyó entre ellas la zona contigua, que se extiende desde el límite exterior del mar territorial has 24 millas náuticas. En una disposición adicional, la Ley establece que el Gobierno podrá adoptar medidas de fiscalización necesarias para prevenir “las infracciones de las leyes y reglamentos aduaneros, **de contrabando (sic)**, fiscales, de inmigración o sanitarios”, y sancionar dichas infracciones¹⁶.

España firmó sendos Convenios de delimitación de su zona contigua con Francia en el Cantábrico en 1974 y con Portugal en 1976 en sus fronteras marítimas peninsulares¹⁷. La delimitación en ellos establecida ha quedado superada, al extender los tres países hasta 12 millas sus respectivos mares territoriales.

¹⁴ Declaraciones n.º 2 y 3 realizadas por el Gobierno español el 4 de diciembre de 1984. En FERNÁNDEZ TOMÁS, A.-“Derecho Internacional Público: Casos y Materiales”. Valencia 1991, p.427.

¹⁵ Real Decreto 3821/1968, de 26 de diciembre, por el que se modifica el artículo 33 de las Ordenanzas de Aduanas. En YTURRIAGA.-Op.cit. en la nota 7, p. 167.

¹⁶ Artículo 7-1 y disposición adicional segunda de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Doc.cit. en la nota 11.

¹⁷ Convenios cit. en las notas 7 y 8.

5. ISLAS Y ARCHIPIÉLAGOS

5.1. Islas

España siempre ha defendido la tesis de la igualdad de derechos a espacios marítimos de las islas con respecto a las masas continentales, conforme a lo mantenido en la CNUDM. Esta cuestión no es baladí y el Gobierno español ha tenido que reiterar esta tesis ante algunos de sus vecinos, pues —en las negociaciones de delimitación de la plataforma continental con Francia en el Mediterráneo—, ésta llegó a afirmar que las Islas Baleares eran una “circunstancia perturbadora” y que la delimitación debería realizarse entre las costas de España, Francia, Italia y Argelia. Marruecos, por su parte, ha negado que las Islas Canarias tengan los mismos derechos a espacios marítimos que el litoral marroquí.

La única excepción prevista por la CNUDM es la de las rocas que no sean aptas para mantener habitación humana o carezcan de vida económica propia, que sólo tendrán derecho a mar territorial¹⁸. España se ha enfrentado con este problema en sus negociaciones con Portugal en 1976 para delimitar la ZEE entre las Islas Canarias y Madeira, debido a la presencia entre ellas del Peñón de las Salvajes, que entra dentro de la categoría de rocas. La delegación portuguesa pretendía fijar la línea de equidistancia entre las Canarias y el islote de las Salvajes, mientras que la española tan sólo le reconocía derecho a mar territorial y —a lo sumo— un breve espacio adicional de zona contigua, que permitiera enlazar el límite exterior de dicho mar territorial con la línea de equidistancia entre los dos archipiélagos. Esta discrepancia impidió que se llegara a un acuerdo de delimitación¹⁹.

Además de varias islas cercanas a su litoral continental, España cuenta con en el Mediterráneo con la Isla de Alborán, las Islas Chafarinas y los Peñones de Vélez de la Gomera y Alhucemas, que plantean problemas para la delimitación de espacios marítimos con Marruecos. No ha adoptado disposiciones específicas en materia de islas. Los Decretos de 1976 y 1977 sobre líneas de base rectas, prevén el trazado de éstas “entre puntos apropiados de la costa”, sea continental o insular. Así se han establecido líneas de este tipo a partir de puntos situados en islas e islotes, tanto en el archipiélago balear —entre Mallorca y Cabrera y entre Ibiza y Formentera—, como en el canario —en Lanzarote, Alegranza, Graciosa, Montaña Clara y Lobos—²⁰.

5.2. Archipiélagos

Pese a la batalla dada por las delegaciones de España, Dinamarca, Ecuador, India o Noruega en la Conferencia de las Naciones Unidas, la CNUDM sólo regula los Estados archipelágicos y no contiene disposición alguna sobre los

¹⁸ Artículo 121-3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Montego-Bay, 10 de Diciembre de 1982. BOE de 14 de febrero de 1997.

¹⁹ YTURRIAGA, J.A. de.-“Ámbitos de soberanía en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: una perspectiva española”. Madrid, 1993, p.387.

²⁰ Decretos cit. en la nota 5.

archipiélagos que forman parte integrante de un Estado. España cuenta con dos archipiélagos de este tipo: el balear y el canario.

Aunque el Gobierno español no había previsto adoptar una disposición sobre este tema, durante el debate en las Cortes del proyecto de Ley sobre Zona Económica, se aprobaron sendas enmiendas que se incorporaron al texto final de la ley. De conformidad con ellas, en el caso de los archipiélagos, el límite exterior de la ZEE “se medirá a partir de las líneas de base rectas que unan los puntos extremos de de las islas e islotes que respectivamente los componen, de manera que el perímetro resultante siga la configuración de general de cada archipiélago” y, para la delimitación de la ZEE, “se calculará la línea media o equidistante a partir del perímetro archipelágico”²¹. El Gobierno español no ha dictado ninguna disposición para desarrollar esta norma, y las únicas líneas de base trazadas en los archipiélagos, lo han sido de conformidad con los Decretos de 1976 y 1977. Dichas líneas no cierran la totalidad del perímetro archipelágico y tan sólo enlazan algunas de sus islas e islotes.

Las “morcillas” incluidas en la Ley sobre la ZEE no están en conformidad con la CNUDM, pero tampoco son incompatibles con la misma, ya que no prejuzgan el estatuto de las aguas archipelágicas de Canarias o Baleares, ni el régimen de navegación por las mismas. Cabría extender analógicamente a los archipiélagos de los Estados, algunas de las disposiciones de la Convención —especialmente las relativas al cierre de todo o parte del perímetro archipelágico con líneas de base rectas— por un prurito de lógica jurídica. España dejó escapar la oportunidad de hacer una declaración interpretativa a este respecto cuando firmó o ratificó la CNUDM, quizás para evitar que se produjeran objeciones específicas, por lo que la interpretación de la cuestión queda abierta.

6. ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA

6.1. Establecimiento y anchura

Aún sin terminar las labores de la Conferencia de la ONU sobre el Derecho del Mar y siguiendo el ejemplo de los países de su entorno, España estableció en 1978 una Ley sobre ZEE de hasta 200 millas en las costas del Océano Atlántico y el Mar Cantábrico, si bien incluyó una disposición que autorizaba al Gobierno a “acordar su extensión a otras costas españolas”²². España fue la última de las potencias pesqueras en hacerlo, no tanto porque saliera especialmente favorecida por ello, sino porque —al establecer ZEE los Estados en cuyas aguas solían faenar los pesqueros españoles— tales caladeros se le venían cerrando, mientras que los nacionales de estos países podían continuar pescando más allá de las 12 millas del mar territorial español.

²¹ Artículos 1-1 y 2-2 de la Ley 15/1978, de 20 de febrero, sobre Zona Económica. BOE de 23 de febrero de 1978.

²² Artículo 1-1 y disposición final primera de la Ley 15/1978 sobre Zona Económica. Doc.cit. en la nota 21.

En 1997, el Gobierno decidió establecer, de forma un tanto chapucera, una “Zona de Protección Pesquera en el Mar Mediterráneo”, delimitada por una línea imaginaria que, partiendo de Punta Negra-Cabo de Gata, “se dirige en dirección 181° hasta el punto I:35° 54’ 5” —norte/L:2° 12’ — oeste, distante 49 millas náuticas del referido punto de partida, continuando al este hacia la línea equidistante con los países ribereños, trazada de conformidad con el Derecho Internacional, hasta la frontera marítima con Francia”. El Decreto reconocía a España en esa zona “derechos soberanos a efectos de de la conservación de los recursos marinos vivos, así como para la gestión y control de la actividad pesquera”²³, pero no a efectos de la explotación de tales recursos. Las coordenadas establecidas tuvieron que ser parcialmente corregidas tres años más tarde, al percibirse el error cometido de iniciar la medición de la anchura de la zona a partir de las líneas de base del litoral, en vez de a partir del límite exterior del mar territorial²⁴. En cualquier caso, esta disposición deja un vacío normativo en la parte occidental del Mediterráneo situada entre España y Marruecos.

En 2013, el Gobierno recurrió a la disposición final primera de la Ley de 1978 sobre Zona Económica para establecer una ZEE en el Mediterráneo noroccidental, que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta un punto de coordenadas I:35° 57,46’-N/L:2° 5,31’-W, situado en derrota 173° de Cabo Gata y distante 46 millas del mismo, “continuando hacia el este mediante la línea equidistante con los países ribereños, trazada de conformidad con el Derecho Internacional, hasta la frontera marítima con Francia”²⁵. El Decreto mantiene las carencias del que estableció la zona de protección pesquera en el Mediterráneo, al dejar, sin motivos suficientes que lo justifiquen, un vacío jurídico o “agujero negro” normativo en el área situada entre España y Marruecos comprendida entre el límite oriental de la ZEE en el Atlántico y el límite occidental de la ZEE en el Mediterráneo.

6.2. Delimitación

Según la Ley sobre la Zona Económica de 1978, salvo lo que se disponga en tratados internacionales con los Estados cuyas costas se encuentran en frente de las españolas o sean adyacentes a ellas, el límite exterior de la zona económica será la línea media o equidistante.

²³ Artículos 1 y 2 del Real Decreto 1315/1997, de 1 de agosto, por el que se establece una zona de protección pesquera en el mar Mediterráneo. BOE de 26 de agosto de 1997.

²⁴ Artículo 1 del Real Decreto 431/2000, de 31 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 1315/1997, de 1 de agosto, por el que se establece una zona de protección pesquera en el Mediterráneo BOE de 1 de abril, de 2000.

²⁵ Artículo 1 del Real Decreto 236/2013, de 5 de abril, por el que se establece la Zona Económica Exclusiva de España en el Mediterráneo noroccidental. BOE de 17 de abril de 2013.

España no ha delimitado su ZEE con ninguno de sus vecinos, pese a las negociaciones con Francia y Portugal, que no produjeron fruto. Con Portugal había llegado a un acuerdo de delimitación de la plataforma continental en la península, que se frustró por las discrepancias en la delimitación entre Canarias y Madeira a causa del islote de las Salvajes. No obstante, los dos países acordaron aplicar en la delimitación de la zona en la península el criterio de equidistancia establecido en sus respectivas leyes nacionales. La delimitación con Francia en el Golfo de Vizcaya tampoco prosperó porque el Gobierno francés pretendía establecer la misma línea fijada en el Convenio de 1974 sobre delimitación de la plataforma continental, pese a que en el mismo se establecía que ninguna de sus disposiciones afectaría al régimen de las aguas suprayacentes²⁶.

Con Marruecos, las diferencias para la delimitación entre su litoral y las Islas Canarias son asimismo considerables por las mismas razones existentes con Francia, agravadas por la pretensión marroquí —contraria a lo establecido en la CNUDM— de que las islas no tienen los mismos derechos a espacios marítimos que las masas continentales. En el Mediterráneo no se plantea la delimitación, porque el Gobierno español ha excluido absurdamente de la ZEE mediterránea el área comprendida entre España y Marruecos.

6.3. Recursos naturales

En la ZEE, el Estado español goza de derechos soberanos a los efectos de la exploración y explotación de los recursos naturales del lecho y del subsuelo marino, y de las aguas suprayacentes. A él corresponde el derecho exclusivo sobre los recursos naturales, la competencia de reglamentar la conservación, exploración y explotación de tales recursos —“para lo que se cuidará la preservación del medio marino”—, la jurisdicción exclusiva para hacer cumplir las disposiciones pertinentes por él dictadas y cualesquiera otras competencias que el Gobierno estableciere de conformidad con el Derecho Internacional. Teniendo en cuenta su calidad de Estado de pesca distante y su deseo de preservar sus derechos pesqueros en aguas de terceros países, la Ley establece que el ejercicio de la pesca en la zona queda reservado a los españoles y —previo acuerdo con los Gobiernos respectivos— “a los nacionales de aquellos países cuyos buques de pesca la hayan ejercido de manera habitual”. Asimismo prevé la posibilidad de participación de otros pesqueros cuando así se establezca en tratados internacionales en los que España sea parte²⁷.

Al firmar y ratificar la CNUDM, el Gobierno español hizo una voluntarista declaración interpretativa sobre los artículos 69 y 70 de la Convención, en el sentido de que “el acceso a la pesca en las zonas económicas de terceros Estados

²⁶ Artículo 6 del Convenio entre el Gobierno del Estado Español y el Gobierno de la República Francesa sobre delimitación de las plataformas continentales entre los dos Estados en el Golfo de Vizcaya/Golfo de Gascuña. París, 29 de Enero de 1974. En YTURRIAGA.-Op.cit. en la nota 7, p.255.

²⁷ Artículos 1 y 3 de la Ley 15/1978 sobre Zona Económica. Doc. cit. en la nota 21.

por las flotas de los Estados desarrollados sin litoral o en situación geográfica desventajosa está condicionado a que los Estados ribereños en cuestión hayan facilitado previamente el acceso a los nacionales de otros Estados que hubieren venido pescando habitualmente en la zona económica de que se trate”²⁸.

6.4. Navegación

La Ley 15/1978 establece el régimen de libertad de navegación y sobrevuelo por la ZEE, si bien prevé que los pesqueros extranjeros deberán cumplir las disposiciones españolas destinadas a impedir que se dediquen a la pesca en dicha zona, “incluidas las relativas al armaje de los aparejos de pesca”²⁹. La Ley de Puertos de 1992 reconoce al Ministerio de Obras Públicas y Transportes competencias relativas a la navegación en relación con “los buques **civiles** españoles y con los extranjeros, cuando se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción”, de acuerdo con el Derecho Internacional³⁰.

6.5. Preservación el medio marino

En materia de lucha contra la contaminación marina, la Ley sobre Zona Económica es sumamente parca, pues sólo hace una referencia genérica en relación con los recursos naturales a que “se cuidará la preservación del medio marino”. No obstante, la mención al ejercicio de cualesquiera otras competencias “de conformidad con el Derecho Internacional”, deja abierto el camino al Gobierno para que pueda adoptar normas al respecto. La Ley de Puertos de 1992 regula de forma poco satisfactoria la preservación del medio marino en la ZEE, y establece que los “vertidos contaminantes” procedentes de buques o medios flotantes en las aguas no portuarias en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción se regularán por “las normas específicas aplicables” —como la Orden de 1976 sobre prevención de la contaminación marina por vertidos, que establece la competencia de las autoridades españolas sobre los buques españoles, dondequiera que se encuentren, y sobre los extranjeros en cualquier zona sometida a la jurisdicción española³¹— y por “los convenios suscritos por España”. A efectos de preservar la contaminación del medio marino, la ley prevé que las autoridades competentes podrán, en las aguas sobre las que España ejerza jurisdicción, “visitar, inspeccionar, condicionar el fondeo, apresar, iniciar procedimientos judiciales y, en general, adoptar las medidas que se estimen necesarias respecto de los buques que vulneren o puedan vulnerar dichos **bienes jurídicos**”³².

²⁸ Declaración n.º 5 del Gobierno español, de 4 de diciembre de 1984. Op.cit en la nota 14, p.427

²⁹ Artículo 5-2 de la Ley 15/1978. Doc.cit. en la nota 21.

³⁰ Artículo 86-1 de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Doc. cit, en la nota 11.

³¹ Orden sobre la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves, de 26 de mayo de 1976. BOE de 4 de junio de 1976.

³² Artículos 80-2 y 112 de la Ley 27/1972 sobre Puertos de Estado y de la Marina Mercante. Doc. cit en la nota 11.

El MOPT había dictado una Orden sobre fondeo de petroleros —unos días después del accidente del buque cisterna “Haven” cerca de las costas italianas—, por la que se requería la autorización de la Dirección General de la Marina Mercante para que los petroleros puedan fondear “en aguas jurisdiccionales o en la ZEE española”, para lo que se exigía una serie de requisitos de difícil cumplimiento. Los buques que no cumplan estos requisitos, no podrán realizar el fondeo y deberán “partir de inmediato hacia alta mar, sin perjuicio de las sanciones que pudieran incurrir de acuerdo con la legislación vigente”³³. Esta disposición incumple las normas de la CNUDM y debería ser derogada.

6.6. Investigación científica marina

La Ley sobre Zona Económica no contiene disposición alguna en materia de investigación científica marina, si bien deja abierta la posibilidad del Gobierno de dictar las normas que estime pertinentes al respecto, al reconocerle “cualesquiera otras competencias” de conformidad con el Derecho Internacional. La cuestión está satisfactoriamente regulada por un Decreto de 1981, que afirma categóricamente que las actividades de investigación científica que pretendan realizar los Estados extranjeros en la ZEE española requerirán la autorización de las autoridades nacionales competentes. Enumera los datos que deberán figurar en los programas de investigación que se presenten, establece los procedimientos para la concesión del correspondiente permiso —incluido un sistema de “consentimiento tácito”—, y fija las condiciones para la suspensión o cese de las actividades investigadoras³⁴.

7. PLATAFORMA CONTINENTAL

7.1. Anchura

En su Ley 15/1978, España estableció una ZEE de hasta 200 millas, en la que el Estado español “tiene derechos soberanos a los efectos de la exploración y la explotación de los recursos naturales del lecho y del subsuelo marinos”³⁵. En consecuencia, los fondos marinos de la ZEE coincidían con la plataforma continental, cuyo límite máximo era de 200 millas.

El Gobierno español, sin embargo, se ha dado cuenta de que de que su plataforma geológica se prolonga más allá de este límite en el noroeste de la península y en las Islas Canarias, por lo que ha decidido acogerse a la extensión de la plataforma continental hasta 350 millas, de conformidad con el artículo 76 de la

³³ Orden de 17 de abril de 1991, por la que se regula el fondeo de buques-tanque en aguas jurisdiccionales o en la zona económica exclusiva española. BOE de 23 de abril de 1991.

³⁴ Artículos 1, 4, 6, 7, 10 y 12 del Real Decreto 799/1989, de 27 de febrero, sobre normas aplicables a la realización de actividades de investigación científica marina en zonas sometidas a la jurisdicción española. BOE de 8 de mayo de 1981.

³⁵ Artículo 1-1 de la Ley 15/1978 sobre Zona Económica. Doc. cit. en la nota 21.

CNUDM. Así, en 2006 presentó ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental de la ONU una propuesta inicial de extensión del límite exterior de la plataforma en el Mar Céltico y el Golfo de Vizcaya, junto con Francia, Gran Bretaña e Irlanda. La propuesta parcial ha sido admitida a trámite por la Comisión y está siendo objeto de estudio. En 2009 presentó sendas propuestas de ampliación de la plataforma en Galicia y en Canarias en solitario, si bien en concordancia y coordinación con el Gobierno portugués.

7.2. Delimitación

De conformidad con la Ley de Zona Económica de 1978, “salvo lo que se disponga en tratados internacionales con los Estados cuyas costas se encuentren en frente de las españolas o sean adyacentes a ellas, el límite exterior de la zona económica —y, por ende, de la plataforma continental— será la línea media o equidistante”³⁶. España ha concluido tratados de delimitación con Francia en el Mar Cantábrico y con Italia en el Mar Mediterráneo, firmados ambos en 1974.

Para la delimitación del Cantábrico se cerró el Golfo de Vizcaya con una línea imaginaria entre Cabo Ortegal y la Punta de Raz, y el espacio resultante se dividió en dos sectores: en el primero, a partir del límite exterior del mar territorial, se estableció la línea divisoria conforme al criterio de la equidistancia; en el segundo, se corrigió dicho criterio para tener en cuenta las “circunstancias especiales” de la concavidad de la costa francesa y la mayor extensión del litoral francés. Como consecuencia, se repartió este sector en proporción a la longitud de los litorales de los dos países, lo que produjo un ligero abatimiento de la línea divisoria hacia el sur. El Convenio de 1974 contenía una disposición original e innovadora en relación con una elevación —el domo de Gascuña— que existía en medio del Golfo, en torno al cual se estableció una zona común de exploración y eventual explotación por parte de los dos países³⁷.

A continuación se celebraron negociaciones para la delimitación de las respectivas plataformas continentales en el Mediterráneo, que resultaron fallidas ante las exorbitantes pretensiones de la delegación francesa. Primero, pretendió que la delimitación se efectuara entre los litorales de España, Francia, Italia y Argelia, alegando que la presencia de las Islas Baleares era una “circunstancia perturbadora”. Luego, propuso el trazado de unas líneas imaginarias totalmente arbitrarias para cerrar el espacio a delimitar y fijó una línea intermedia de conformidad con unos supuestos e injustificados “principios equitativos”³⁸. La necesidad de establecer una delimitación de las plataformas continentales o de

³⁶ Artículo 2-1 de la Ley 15/1978 sobre Zona Económica. Doc.cit. en la nota 21.

³⁷ Artículos 1 a 3 del Convenio Hispano-Francés de 1974. Doc.cit. en la nota 27, pp.252-253.

³⁸ YTURRIAGA, J.A. de.-“Ámbitos de jurisdicción en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar: una perspectiva española”. Madrid, 1996, p.297.

los fondos marinos de la ZEE se ha visto potenciada por el establecimiento de este tipo de zona en el Mediterráneo por Francia en 2012 y por España en 2013.

El reverso de la moneda fueron las negociaciones realizadas ese mismo año con Italia, que llevaron a la firma de un Convenio de delimitación entre las Baleares y Cerdeña, basada en el criterio de la equidistancia pura y dura, y sin más concesiones que interrumpir el trazado de la línea divisoria a unas pocas millas del punto triple de equidistancia entre España, Italia y Francia en el norte, y entre España, Italia y Argelia en el sur³⁹.

España y Portugal firmaron un Convenio de delimitación de las plataformas continentales entre los dos Estados en la península, que preveía sendas líneas divisorias que seguían respectivamente la prolongación del paralelo 41° 51' 57" en la desembocadura del río Miño, y la del meridiano 7° 23' 48" en la desembocadura del río Guadiana⁴⁰. Las negociaciones para la delimitación de las plataformas continentales entre Madeira y Canarias fracasaron, sin embargo, por culpa del islote "sin habitación humana ni vida económica propia" de las Salvajes, situado entre los dos archipiélagos⁴¹. Por ello, Portugal se negó a ratificar el Convenio de Guarda, si bien, los dos Gobiernos acordaron respetar la delimitación en él establecida.

Con Marruecos tampoco se ha logrado un acuerdo para la delimitación entre Canarias y el litoral atlántico marroquí, en gran medida debido a la pretensión de su Gobierno de que las islas no pueden tener los mismos derechos a espacios marítimos que las masas continentales. España tuvo que protestar en 1976 por la concesión de unos permisos de investigación concedidos por Marruecos más allá de la línea media, y rechazó la posibilidad de que la jurisdicción sobre los fondos marinos en la zona pudiera extenderse más allá de la línea de equidistancia entre las respectivas costas⁴².

8. ALTA MAR

La Conferencia sobre el Derecho del Mar no aceptó las propuestas de varios Estados de plataforma amplia —liderados por Argentina y Canadá—, tendentes a reconocer al Estado ribereño un "interés especial" en la reglamentación y explotación en alta mar de las especies altamente migratorias y transzonales. En relación con las primeras, la CNUDM tan sólo prevé que los Estados ribereños y los demás Estados cuyos nacionales las pesquen **cooperarán** con miras a asegurar la conser-

³⁹ Artículos 1 y 5 del Convenio entre España e Italia sobre delimitación de la plataforma continental entre los dos Estados. Madrid, 19 de febrero de 1974. En YTURRIAGA.-Op.cit. en la nota 7, p.261.

⁴⁰ Artículos 1 a 3 del Convenio Hispano-Portugués sobre delimitación de la plataforma continental. Guarda, 12 de febrero de 1976. Doc. cit, en la nota 8.

⁴¹ Ver YTURRIAGA.-Op.cit.en la nota 39, pp. 159.

⁴² Nota Verbal del Ministerio de Asuntos Exteriores a la Embajada de Marruecos en España, de 22 de septiembre de 1975. En YTURRIAGA.-Op.cit. en la nota 39, p.298.

vación y promover la utilización óptima de tales recursos en toda la región, tanto dentro como fuera de la ZEE. En relación con las segundas, la Convención establece que, cuando tanto en la ZEE como en un área más allá de ésta y adyacente a ella se encuentren las mismas poblaciones de especies asociadas, el Estado ribereño y los Estados que pesquen tales poblaciones **procurarán** acordar las medidas necesarias para la conservación de esas poblaciones en el área adyacente⁴³.

8.1. Acuerdo de 1995 sobre poblaciones transzonales y altamente migratorias

Pese a este fiasco, estos países no cesaron en su empeño, volvieron a plantear la cuestión en otros foros y consiguieron en 1995 la firma de un Acuerdo relativo a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios, en el que consiguieron plasmar algunos de sus objetivos. El Acuerdo tiene por objeto asegurar la conservación a largo plazo y el uso sostenible de estas poblaciones mediante la aplicación efectiva de la CNUDM, y los Estados Parte se comprometen a cooperar a estos efectos tanto dentro como fuera de las zonas que se encuentran bajo su jurisdicción, directamente o a través de las organizaciones y arreglos regionales o subregionales de ordenación pesquera. Podrán éstos adoptar y aplicar las medidas de conservación y ordenación pertinentes, establecer la máxima captura permisible y los niveles de esfuerzo pesquero, acordar los derechos de participación, y realizar una labor de seguimiento, control, vigilancia y ejecución. Únicamente los Estados que sean miembros de la organización o participen en el arreglo correspondiente, o se comprometan a aplicar las medidas que una u otro adopten, tendrán acceso en alta mar a los recursos pesqueros a los que sean aplicables tales medidas⁴⁴.

El Acuerdo contiene disposiciones que desarrollan la CNUDM, otras que —pese a no estar previstas en la Convención— no la contradicen, y otras que son incompatibles con ella. Entre éstas cabe mencionar la extensión del Acuerdo —al imponer su aplicación a los Estados que no sean partes en el mismo—, la aplicación de medidas de ejecución en alta mar contra buques por parte de Estados distintos al de su pabellón, y la legitimación del uso de la fuerza por parte del Estado inspector, cuando y en la medida en que fuere necesario para garantizar la seguridad de los inspectores o cuando se les obstaculice el cumplimiento de sus funciones⁴⁵. Estos artículos no sólo contradicen la CNUDM, sino

⁴³ Artículos 64-1 y 63-2 de la CNUDM. Doc.cit. en la nota 18.

⁴⁴ Artículos 2, 7-1, 8-1, 10 y 8-4 del Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios". Nueva York, 4 de diciembre de 1995. En YTURRIAGA.-Op.cit. en la nota 39, pp.927-938.

⁴⁵ Artículos 17-2, 18, 21-8 y 22-1 del Acuerdo de Nueva York de 1995. Op.cit. en la nota 45, pp.942-945 y 950-953.

también el propio Acuerdo, que establece que ninguna de sus disposiciones se entenderá en perjuicio de los derechos y la jurisdicción de los Estados con arreglo a la Convención⁴⁶.

Pese a sus deficiencias, tanto España como la CE optaron por ser partes en el Acuerdo. España lo firmó en 1996 y la CE decidió en 1997 incorporarse a él haciendo, junto con los Estados miembros, siete declaraciones interpretativas. Se acordó que los Estados y la Comunidad presentarían al mismo tiempo sus respectivos instrumentos de ratificación y aceptación, así como las correspondientes declaraciones. Durante el trámite parlamentario, el Gobierno español —a petición del Ministerio de Agricultura y Pesca— pidió a las Cortes que autorizaran la ratificación del Acuerdo junto con seis declaraciones —similares, aunque no plenamente coincidentes con las acordadas en el seno de la CE— y otras dos más de cosecha propia. Ante esta discrepancia, hubo que hacer una chapuza en el Parlamento a través de una enmienda que permitió recuperar el texto de las declaraciones comunitarias, pero manteniendo las suplementarias “*made in Spain*”. En 2001, España propuso en el Grupo sobre Derecho del Mar de la CE que ésta y los demás Estados miembros incluyeran en sus declaraciones las dos por ella añadidas, pero hubo un rechazo generalizado y Gran Bretaña y el propio Consejo se opusieron al “*Plan B*” español de que España hiciera las citadas declaraciones en solitario. Tras intensos debates —en los que España alegó que, si no se aceptaba su propuesta alternativa, tendría que reiniciar todo el proceso legislativo para la ratificación del Acuerdo, debido al mandato recibido de las Cortes—, se llegó al compromiso de que todos los Estados miembros presentarían las siete declaraciones consensuadas, y España las dos adicionales a título particular. En consecuencia, el 9 de diciembre de 2003, la CE y sus Estados miembros se incorporaron al Acuerdo en los términos acordados⁴⁷.

8.2. Sentencia del TIJ de 1998 en la controversia entre España y Canadá

La delicada cuestión de las competencias de los Estados en alta mar más allá de sus ZEE fue planteada por España ante el Tribunal Internacional de Justicia en 1997, a raíz del asalto, detención y retención por Canadá del pesquero español “*Estai*”, mientras se encontraba faenando en alta mar. En su sentencia de 4 de diciembre de 1998, el TIJ se “quitó el mochuelo de encima” y se declaró incompetente para pronunciarse sobre el fondo de la demanda, al aceptar la reserva canadiense de exceptuar de la competencia obligatoria del Tribunal las controversias derivadas de las medidas de conservación y administración adop-

⁴⁶ YTURRIAGA, J.A. de.-“Acuerdo de 1995 sobre conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y altamente migratorios”. Anuario Argentino de Derecho Internacional vol. VII, 9996-1997, p.60.

⁴⁷ YTURRIAGA, J.A. de.-“The European Community and Some Problems of the Law of the Sea Concerning Fisheries”. *Mélanges de droit de la mer offerts à Daniel Vignes*. Bruselas, 2009, pp.292-296.

tadas por Canadá con respecto a los buques que pescaran en la zona sujeta a la reglamentación de la Organización de las Pesquerías del Atlántico Noroccidental o vinculadas con esas medidas, así como la aplicación de las mismas. El TIJ dejó pasar, de forma poco responsable, una excelente ocasión de sentar doctrina en un tema tan controvertido. Es difícil de comprender el rechazo del Tribunal a ejercer su jurisdicción⁴⁸.

8.3. Conflicto entre Chile y la UE sobre la pesca del pez espada en el Pacífico Sur

Otra ocasión al respecto ha dejado pasar el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en relación con la pesca del pez espada en el Pacífico Sur, aunque en este caso fuera debido a la retirada de la demanda. En 1999, el Gobierno de Chile dictó un decreto que preveía la aplicación en alta mar de las medidas de conservación del pez espada establecidas en su ZEE y prohibía el uso de puertos chilenos para el desembarco y re-exportación de las piezas capturadas más allá de dicha zona, cuando los pesqueros no cumplieran tales medidas. Esta disposición iba especialmente dirigida contra los palangreros españoles que faenaban en áreas de alta mar cercanas a la ZEE chilena. La Asociación Nacional de Armadores de Buques Palangreros denunció la situación ante la UE y la Comisión —tras apreciar que la prohibición de desembarco de capturas en los puertos chilenos violaba las disposiciones del GATT y de la Organización Mundial de Comercio— presentó en el 2000 una denuncia contra Chile ante el Panel de Arreglo de Controversias de la OMC. Chile contraatacó presentando ante el TIDM una demanda contra la UE por violación de las disposiciones de la CNUDM. Chile y la Unión iniciaron negociaciones y llegaron en 2008 a un Entendimiento relativo a la conservación del pez espada y al acceso a determinados puertos de los buques comunitarios que capturaran esta especie de peces de conformidad con los criterios establecidos en el acuerdo. Las partes decidieron solicitar al TIDM que sobreseyera el asunto e informar a la OMC que no restableciera el procedimiento de solución de controversias por violación de las normas del GATT. A finales de 2009, el Gobierno chileno autorizó a los pesqueros comunitarios a descargar el pez espada capturado en alta mar en los puertos de Antofagasta, Arica y Punta Arenas⁴⁹.

Habría sido sumamente conveniente que el TIDM se hubiera pronunciado sobre las pretensiones del Estado ribereño de ejercer su jurisdicción más allá de su ZEE y sobre la legalidad de sus medidas unilaterales de regulación, conservación y explotación de los recursos vivos del alta mar, sin negociar con

⁴⁸ YTURRIAGA, J.A. de.-“The ICJ’s Judgment on the Fisheries Jurisdiction Case”. Libro Homenaje al Juez Shigeru Oda. La Haya, 2001, p.334.

⁴⁹ YTURRIAGA, J.A. de.-“Divergencias entre España y Chile en cuestiones marítimas”. Libro Homenaje al Profesor Hugo Llanos”. Santiago, 2013, pp.976-980.

otros Estados interesados o al margen de las decisiones de las organizaciones regionales y subregionales de pesca. Ha sido otra importante oportunidad perdida. Entre tanto, España —dotada de una importante flota de altura— sigue teniendo problemas para que sus pesqueros puedan faenar en las áreas supuestamente libres de la alta mar.

LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS MARINOS EN ESPAÑA: A MODO DE BALANCE

JOSÉ MANUEL LACLETA MUÑOZ

Embajador de España

Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional (1975-1981)

Para mí ha sido una gran satisfacción participar en los actos conmemorativos del 75 aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional, por la que siento un gran afecto. De mis treinta y cinco años de carrera, dieciocho los pasé en Madrid y de ellos catorce en la Asesoría Jurídica Internacional, en la que estuve destinado dos veces. Por ello, para mí el Ministerio es la Asesoría, que es una gran parte de mi vida profesional. También me satisface que el ciclo de conferencias tenga lugar en la Escuela Diplomática, de la que tengo un magnífico recuerdo ya que mi promoción fue la que inauguró esta sede en el año 1954 y en ella he sido también profesor, no en el tema del mar, sino en Derecho Diplomático varios años, he seguido participando en cursos de maestría durante mucho tiempo y ya jubilado tuve en ella mi despacho como Presidente del CEDE durante varios años.

Pero dejemos los recuerdos y los afectos y vayamos al tema de esta charla, que es el de la delimitación de los espacios marinos españoles a modo de balance. Un balance que es muy satisfactorio si pensamos en el primer espacio marino español, el más próximo a la costa, las aguas interiores cuya delimitación fue hecha en los años 1976 y 1977 trazando líneas de base recta que cubren casi todas las costas españolas rodeando casi toda la península y los archipiélagos balear y canario. Son líneas conformes a Derecho Internacional porque nunca se separan de la dirección general de la costa ni se alejan excesivamente de ella,

pero no se limitan a profundas aberturas y escotaduras sino que se trazan entre todos los puntos salientes de la costa. Nunca han sido protestadas y las debemos considerar conformes al Derecho Internacional. Aquí el balance es positivo: el trabajo está terminado.

Vayamos a los otros espacios marinos españoles en los que el balance no es tan satisfactorio: mar territorial, plataforma continental y zona económica exclusiva. Los problemas de esta delimitación son más complicados y sobre todo han cambiado a partir de los años setenta cuando se iniciaron las negociaciones que iban a dar nacimiento a la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Hasta entonces los espacios marinos se limitaban al mar territorial de tres millas, en general, de seis en España, y a la plataforma continental hasta los 200 metros de profundidad. Esto ha dado lugar a unas zonas de extensión reducida y curiosamente durante los primeros años que estuve en la Asesoría Jurídica (1956 a 1962) no pasó por ella ningún tema de delimitación marítima.

En cambio en mi largo periodo de Asesoría entre 1973 y 1981 fueron muy numerosos los asuntos de delimitación marítima que se plantearon. Ello es debido a que al surgir la nueva noción de zona económica exclusiva hasta 200 millas desde la costa y plataforma continental de la misma anchura el problema no era, como antes por razones de seguridad, de distancia hasta la costa sino de extensión y utilización de recursos naturales en unas superficies muchísimo más amplias, lo que hacía mucho más difícil y compleja la delimitación.

Veamos qué necesidades de delimitación surgen en la costa española y para ello contemplaremos el mapa y nos moveremos siguiendo la dirección contraria a las manijas del reloj: empecemos por el Golfo de Vizcaya y el Mar Cantábrico. Son necesarias delimitaciones de mar territorial en la frontera con Francia, de zona económica exclusiva en el Cantábrico y de plataforma continental más allá de las 200 millas al noroeste de Galicia. Bajemos hacia el sur: es necesaria delimitación de mar territorial y de zona económica exclusiva en la desembocadura del Miño y en el Golfo de Cádiz.

Tenemos ya siete delimitaciones necesarias. Continuemos hacia el sur. Allí es necesario delimitar zona económica exclusiva entre el archipiélago de Madeira y Canarias. Y ahora volvamos hacia del norte, donde es necesario delimitar entre las Islas Canarias y Marruecos con la dificultad de la costa africana del antiguo Sahara Occidental. Así llegaremos de nuevo al Golfo de Cádiz donde será necesario delimitar zona económica exclusiva respecto de Marruecos y enfoquemos el Estrecho de Gibraltar, donde es necesaria una delimitación de mar territorial entre España y Marruecos. Estamos ya en unas once negociaciones necesarias. Si nos adentramos en el Mediterráneo será necesario delimitar plataforma continental con Marruecos frente a su zona económica exclusiva, teniendo en cuenta el problema de la Isla de Alborán y siguiendo hacia el este habrá que delimitar con Argelia la zona económica exclusiva española. En el espacio que hemos con-

siderado y mirando a la costa africana habrá que delimitar también los espacios marinos de Ceuta, los peñones de Vélez de la Gomera y Alhucemas, Melilla y las Islas Chafarinas. A continuación vendría la delimitación de zona económica exclusiva española con Argelia girando hacia el norte con Italia entre Menorca y Cerdeña y por último con Francia mar territorial y zona económica hasta el Golfo de León.

En total son unas veinte negociaciones de delimitación y como se nos pide el balance tendremos que decir que sólo están hechas, como mucho, cuatro de ellas.

En efecto, en el Cantábrico se delimitó el mar territorial en 1879 en un tratado con Francia que establecía el régimen jurídico de la Bahía de Higer y trazaba el límite del mar territorial, entonces de seis millas, en el meridiano que pasaba por la mitad de una línea recta trazada en la desembocadura de la Bahía de Higer, entre el Cabo de Higer y Pointe du Tombeau. Esta frontera fue continuada en 1974 hasta las doce millas de mar territorial francés mediante una línea equidistante que consideramos sigue en vigor hoy en día. La delimitación en el Golfo de Vizcaya se hizo aplicable a la plataforma continental en 1974. El criterio adoptado parece deducirse de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto del Mar del Norte y no ha sido modificado, por lo que podemos considerar que se aplica a la zona económica exclusiva.

Más allá de la línea recta que cierra el Golfo de Vizcaya entre el cabo Ortega y la Pointe du Raz existe plataforma continental también más allá de las 200 millas. Es una negociación que está en marcha desde hace años en la que participan España, Francia, Inglaterra e Irlanda y es de esperar que termine pronto en un acuerdo.

En las fronteras marítimas con Portugal está en vigor en la desembocadura del Miño la línea trazada por un tratado de comercio y navegación de 1893 y que es el paralelo que pasa por el centro de la desembocadura del río.

En el sur la situación es distinta: en virtud del mismo tratado de 1893 se adoptó una nota verbal que establecía la frontera del mar territorial en el meridiano que pasaba por el centro de la desembocadura del Guadiana; esta decisión fue renovada en un canje de notas que caducó en 1913 pero un nuevo acuerdo de la Comisión de Límites de 1969 adoptó de nuevo ese mismo meridiano; el problema está en que ese meridiano hoy en día no pasa por el centro de la desembocadura sino por tierra portuguesa, por tanto no podemos entender que esté en vigor.

En relación con esa misma zona, los acuerdo de Guarda, adoptados en 1976 y que parece invocaban el mismo meridiano no han entrado en vigor. Para ratificarlos Portugal pedía que se delimitase también la zona económica exclusiva entre Canarias y Madeira. Esa negociación en la que yo tuve la honra de ser Jefe de Delegación se hizo en 1979 y no tuvo éxito por la insistencia de Portugal

en que se reconociese zona económica exclusiva o plataforma continental a los pequeños islotes de las Islas Salvajes, cuando ya se sabía que en la futura Convención los islotes deshabitados o sin vida económica propia no generarían ni plataforma continental ni zona económica exclusiva. Los acuerdos de Guarda no fueron ratificados. Por lo demás hoy en día esa delimitación debería referirse no a la plataforma continental en el caso de la costa peninsular sino a la zona económica exclusiva establecida por Portugal y España en 1978.

Volviendo hacia el norte desde Canarias se plantea la necesidad de delimitar respecto de la costa africana, negociación que se intentó en los años 2002 a 2004 pero todavía no se ha llegado a ningún acuerdo, un acuerdo que evidentemente ha de establecerse entre el Gobierno de Madrid y el Gobierno de Marruecos. Es una cuestión de la competencia del Gobierno de la Nación y son consideraciones diversas las que han de ser tenidas en cuenta y por supuesto sería deseable que en el momento de la negociación algún representante de la Comunidad Canaria forme parte de la delegación negociadora pero sin olvidar que según la Constitución española los recursos de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva son bienes de dominio público estatal (art. 132.2).

Esta delimitación se refiere a zona económica exclusiva y también debería continuarse en el norte hasta un punto triple entre España, Marruecos y Portugal. Allí hay ciertas concesiones petroleras hechas en Larache y Tánger pero no hay acuerdo de delimitación. Lo mismo ocurre en el Estrecho de Gibraltar, donde sería necesaria una delimitación de mar territorial. Y tampoco hay acuerdo en lo que se refiere al Mediterráneo, a pesar de que también se han otorgado algunas licencias de investigación petrolera, tanto por Marruecos como por España y Argelia.

Por cierto, que en el Mediterráneo desde fechas recientes existe una zona económica exclusiva española cuyos límites unilateralmente fijados por España casi coinciden con los de la zona de protección pesquera establecida en 1997. Pero no hay un acuerdo de delimitación como no lo hay tampoco para los casos de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, los peñones y las Chafarinas, donde todo está por hacer.

Probablemente para esos casos fuera precedente interesante el de la delimitación acordada por Francia y Mónaco para el espacio marino del Principado de Mónaco puesto que a mi juicio es necesario que esos enclaves españoles tengan su propio mar territorial para garantizar la libertad de navegación y sobrevuelo.

Tampoco hay acuerdo con Argelia aunque no debería ser difícil llegar a una delimitación de la zona económica española respecto de la zona de pesca argelina.

Y llegamos a algo positivo: con Italia existe un acuerdo de delimitación de plataforma continental hecho en 1974 que a nuestro juicio sería indudablemente aplicable en el caso de que Italia estableciera también zona económica exclusiva.

Más al norte se está negociando entre España y Francia la delimitación del mar territorial y de la zona económica exclusiva desde el Golfo de León hasta un punto triple con Italia. Esta cuestión fue objeto de negociaciones durante el año 1974, negociaciones que tampoco tuvieron éxito debido a la insistencia francesa en conseguir como frontera marítima la bisectriz de un ángulo formado por unas hipotéticas fachadas marítimas, pero que dejaba prácticamente reducidos a insignificantes los espacios marinos españoles y especialmente de las Islas Baleares.

Si se hace el recuento veremos que solamente hay cuatro acuerdos de delimitación que se puedan considerar vigentes en los espacios marinos españoles: queda mucho trabajo por hacer y no nos queda sino desear suerte a la Asesoría Jurídica Internacional, que indudablemente desempeña un papel importante en el esfuerzo para reducir el balance de aproximadamente veinte a cuatro en lo que respecta a la delimitación de los espacios marinos españoles.

LA DELIMITACIÓN DE LOS ESPACIOS MARINOS EN ESPAÑA: PERSPECTIVAS FUTURAS

ESPERANZA ORIHUELA CALATAYUD
Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Murcia

1. INTRODUCCIÓN

En el mar, donde los espacios sometidos a la soberanía o la jurisdicción de los ribereños y los derechos ejercitables por esos Estados son variados y cohabitan con los comunitarios, el término delimitación presenta un carácter polisémico ya que puede utilizarse para hablar del trazado de los *límites* —interior y exterior— correspondientes a cada uno de esos espacios o de *fronteras* —entre Estados o entre espacios sometidos a la soberanía y jurisdicción del Estado y espacios íntegramente internacionales—¹.

En esta ocasión me voy a referir a la delimitación en su acepción más común que es la relacionada con el trazado de fronteras entre Estados² que separen el

¹ Estas tres operaciones, diferentes en su objeto e, incluso, en la forma de materializarse, se complementan y superponen en el diseño del reparto de los océanos, pues el trazado de las fronteras marinas requiere el del límite interior desde el que operar la divisoria y el límite exterior unilateralmente fijado por un Estado puede operar como divisoria de ser aceptado por los interesados. En la práctica internacional es posible comprobar cómo los Estados, a la hora de dotarse de un nuevo espacio cuya extensión no puede efectuarse hasta los límites permitidos por el DI, suelen limitar su alcance hasta un punto en el que unilateralmente consideran que debe situarse la frontera. Dicha proclamación (frontera de facto o frontera provisional), aunque inoponible al vecino, como advirtiera la CIJ (cf. s. dictada en el as. de la delimitación de la frontera marítima en la zona del Golfo del Maine (Recueil, 1984, p. 292, párr. 87), opera como una propuesta de acuerdo que de ser aceptada por el interesado operará la futura divisoria entre ellos y a la vez como límite que separa su espacio marino con uno internacional en tanto el vecino no proceda a la ocupación del mismo campo.

² Aunque la utilización del término frontera puede resultar objetada cuando se trata de separar espacios en los que los ribereños no ostentan soberanía sino que simplemente disfrutan de ciertas com-

ámbito espacial en el que cada uno ejercerá sus competencias o derechos y en un supuesto concreto —España— aunque, como se podrá comprobar, esas otras cuestiones a las que cabe hacer referencia al amparo de la voz delimitación van a estar también presentes en este trabajo.

Se trata de una cuestión a la que la Asesoría Jurídica Internacional (AJI) del hoy denominado Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación ha tenido que dedicar tiempo y recursos y que tendrá que seguir en su agenda pues la mayor parte de las fronteras marinas españolas están pendientes de ser trazadas. No es, por tanto, de extrañar que las cuestiones relacionadas con la delimitación ocupen un lugar destacado en la celebración del septuagésimo quinto aniversario de la creación de la AJI y en el apartado de este libro dedicado al análisis de cuestiones relacionadas con el Derecho del Mar.

El objetivo central de este trabajo consiste en analizar la delimitación de espacios marinos en España con perspectiva de futuro y, por tanto, en apuntar cuáles son los cambios que la práctica estatal ha incorporado a la posición española y a la mantenida por sus vecinos respecto de los espacios marinos sometidos a la soberanía o jurisdicción española en los últimos años, y en verificar su repercusión en la delimitación. Lamentablemente, los cambios que en materia de delimitación de los espacios marinos españoles se han producido no nos han deleitado con el trazado de divisorias o el establecimiento de otro tipo de solución práctica, sino que la evolución sigue una tendencia al alza tanto respecto de los casos en los que resulta necesario el trazado de fronteras marinas como de la conflictividad o dificultad de su solución. En la actualidad, nuevos espacios o ampliación de competencias y cambio de denominación de los existentes; reivindicaciones de plataforma continental residual, y nuevas líneas de base representan, en mi opinión, los motivos que justifican y dan sentido a estas perspectivas de futuro.

Ahora bien, cualquier proyección hacia el futuro en materia de delimitación de los espacios marinos españoles exige conocer el escenario geográfico y jurídico en el que nos movemos. El primero, por naturaleza, esencialmente inmutable; el segundo cambiante como consecuencia de la práctica estatal, lo que nos obligará a aclarar el conjunto de espacios marinos reivindicados por España y los Estados con los que tenemos costas adyacentes o situadas frente a frente y que nos plantean problemas de delimitación.

petencias tasadas (en este sentido se manifiesta Caffish, L., op. cit supra, p. 36 nota 3, y en su trabajo que con el mismo título publicó la RGDIP, 1080-1, p. 69, nota 2), no creo que exista especial inconveniente en su uso sobre la base de que, como puso de relieve la CIJ en el as. relativo a la Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine (Canadá c. Estados Unidos), en el caso de la delimitación de espacios marinos no se trata de establecer una frontera entre dos soberanías, sino de delimitar, entre las diferentes formas de jurisdicción parcial, esto es, de los derechos soberanos que el Derecho Internacional, tanto consuetudinario como convencional, reconoce al Estado, cf. Recueil CIJ, 1984, p. 265, pár.19.

2. EL ESCENARIO DE LA DELIMITACIÓN

Para España la delimitación de espacios marinos resulta imprescindible por su condición de ribereño continental y se presenta especialmente compleja dadas las características y ubicación de nuestro territorio. España es un Estado —mixto continental, insular y archipelágico— cuyo territorio continental es discontinuo, parte en Europa y parte en África y cuyo territorio insular y archipelágico limita las posibilidades de expansión de otros Estados sobre el mar. Además nuestras costas dibujan, en parte, el litoral de un mar semicerrado y de su salida natural al Océano Atlántico.

Esta situación determina que nuestro país siempre haya tenido que afrontar el trazado de fronteras marítimas con cinco Estados³, tres europeos —Francia, Portugal e Italia— y dos africanos —Marruecos y Argelia—, en más de una docena de áreas diferentes —con Francia en el Cantábrico (Golfo de Vizcaya), Océano Atlántico y en el Mediterráneo (Golfo de León); con Portugal en la desembocadura del Miño, del Guadiana y en el Océano Atlántico tanto respecto de las costas continentales como de las insulares; con Italia en el Mediterráneo; con Marruecos en el Océano Atlántico, a la salida del Estrecho de Gibraltar, en el estrecho y en el Mar de Alborán, y con Argelia en el Mediterráneo—, y en la mayoría de ellas la delimitación afecta a varios espacios marinos.

Las reivindicaciones de estos seis Estados respecto del establecimiento de espacios marinos y el reconocimiento de derechos ejercitables en ellos son muy similares. Todos son parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR)⁴ y se han dotado de los mismos espacios marinos aunque en algunos casos con dimensiones diferentes o con competencias limitadas.

Nuestro país cuenta con todos los espacios marinos en los que el Derecho del Mar ha venido a materializar y estructurar los derechos ejercitables por los ribereños. Así pues, goza de un mar territorial (MT) de 12 millas⁵ trazado desde las líneas de base⁶, de una zona contigua (ZC) adyacente al mar territorial y que

³ Aunque como consecuencia de la reivindicación colectiva de plataforma continental residual, a la que haremos referencia más adelante, a esta lista de cinco se suman Irlanda y el Reino Unido pero no porque con ellos se solapan los espacios en los que ejercer nuestros derechos sino por la peculiaridad del supuesto. La situación en que se encuentra el Sahara y la posición oficial española respecto de Gibraltar impiden que la lista se vea ampliada.

⁴ El primero en manifestar el consentimiento a la Convención fue Italia que depositó su instrumento de ratificación el 13 de enero de 1995. En 1996 fueron Francia y Argelia los que el 11 de abril y el 11 de junio respectivamente accedieron a la condición de contratantes. 1997 fue el año de España y Portugal que ratificaron la CONVEMAR el 15 de enero y el 3 de noviembre. Sin duda el más reticente en aceptar el texto que resultó de la Tercera Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar fue Marruecos cuya ratificación tuvo que esperar hasta el 31 de mayo de 2007.

⁵ Cf. artículos primero y tercero de la Ley 10/77, de 4 de enero, sobre mar territorial (BOE de 8 de enero de 1977).

⁶ Líneas de base que vendrán representadas por la línea de bajamar salvo en aquellas zonas en las que se hayan trazado líneas de base recta. Estas líneas fueron fijadas mediante el decreto 2510/77, de 5 de agosto, sobre el trazado de líneas de base recta... (BOE de 30 de septiembre de 1977).

se extiende hasta las veinticuatro millas⁷, de una Zona Económica Exclusiva (ZEE)⁸ que comenzó limitada al Mar Cantábrico y al Océano Atlántico⁹ pero que actualmente ha extendido en la mayor parte del Mar Mediterráneo¹⁰ y de una Plataforma Continental (PC) en las dimensiones establecidas por el Derecho del Mar¹¹, lo que como apuntaremos más adelante le ha llevado a reivindicar una plataforma continental residual (PCR) en el Océano Atlántico.

Idéntica es la situación que han dibujado Francia y Portugal que cuentan también con un MT de doce millas de anchura¹², una ZC adyacente a éste que se prolonga hasta las veinticuatro millas¹³ una ZEE que se extiende hasta las doscientas millas desde las líneas de base¹⁴ y una PC acorde con los límites previstos por la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar¹⁵, lo que ha propiciado reivindicaciones de PCR en el Océano Atlántico.

⁷ Nuestro país extendió su jurisdicción a efectos fiscales hasta las doce millas mediante el Decreto 3281/68, de 26 de diciembre (BOE de 20 de enero de 1969). Tras la extensión del mar territorial hasta las doce millas, nuestro país careció de zona contigua hasta que en 1992 la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante volviera a establecerla (art. 7).

⁸ Cf. Ley 15/78, de 20 de febrero, sobre zona económica (BOE de 23 de febrero de 1978) (art. primero).

⁹ Cf. disposición final primera de la citada Ley.

¹⁰ En el Mediterráneo nuestro país estableció en 1997 una zona de protección pesquera mediante Real Decreto 1315/1997, de 1 de agosto, por el que se establece una zona de protección pesquera en el Mediterráneo (BOE de 26 de agosto de 1997), modificado por el Real Decreto 431/2000, de 31 de marzo (BOE de de abril de 2000). Dicha zona venía a constituir una ZEE limitada desde el punto de vista material. Recientemente nuestro país se ha dotado de una ZEE mediante Real Decreto 236/2013, de 5 de abril, por el que se establece la Zona Económica Exclusiva de España en el Mediterráneo noroccidental (BOE de 17 de abril de 2013).

¹¹ El establecimiento de la ZEE lleva consigo la proclamación de los derechos del Estado español sobre el suelo y subsuelo. Dicha proclamación resulta innecesaria si tenemos en cuenta que los derechos del Estado sobre su PC son independientes de su ocupación real o ficticia así como de toda declaración expresa (art. 77.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) (BOE de 14 de febrero de 1997).

¹² Francia se dotó de un mar territorial con las dimensiones apuntadas mediante la Loi 71-1060 du 24 décembre 1971 (JO de 31 de diciembre de 1971) y Portugal hizo lo propio mediante la Lei n.º 33/77, de 28 de maio de 1977 que puede consultarse, al igual que la anterior, en la Base de Datos sobre legislación nacional contenida en la página de las Naciones Unidas relacionada con Asuntos Oceánicos y Derecho del Mar (<http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/PRT.htm>).

¹³ Al igual que en el caso de España, Francia no se han dotado de este espacio marino mediante una disposición legal autónoma y específica. La zona contigua francesa está regulada en una disposición del Código de Aduanas (art. 44), en una ley de 31 de diciembre de 1987 de enmienda del Código Penal, y en la Ley n.º 89-874, de 1 de diciembre de 1989. Respecto de Portugal hay que tener en cuenta lo establecido en su Decreto 67-A/97, de 14 de octubre de 1997 por el que hace ciertas declaraciones respecto de la CONVEMAR

¹⁴ Portugal estableció una ZEE en todas sus costas mediante la Lei n.º 33/77, de 28 de maio de 1977 cit. supra nota 12. En el caso de Francia esta ZEE estuvo en principio limitada a las costas del Mar Cantábrico y del Océano Atlántico (Loi n.º 76-655 du 16 juillet de 1976, JO du 18 juillet 1976, modificada parcialmente por la Loi 86-826, du 11 juillet 1986 y Loi 2003-346, du 15 avril 2003), pero en 2004 decidió, mediante Décret n.º 2004-33, du 8 janvier 2004, establecer una zona de protección ecológica en el Mediterráneo y en 2012 ampliarla a ZEE. En este sentido cf. infra lo apuntado en párrafo 3.b.

¹⁵ Tanto Francia como Portugal han previsto en sus disposiciones relacionadas con la ZEE que sus derechos soberanos se extienden sobre los recursos naturales del lecho y subsuelo marino hasta las 200 millas.

El caso italiano, aunque parecido al de los anteriores, presenta sus peculiaridades, ya que Italia se ha dotado de un MT de doce millas¹⁶ y de una PC conforme con los límites fijados por la CONVEMAR, pero no ha efectuado ninguna reivindicación de ZC y, por lo que respecta al establecimiento de ZEE, se ha limitado a hacer uso de la posibilidad prevista en una ley de 2006¹⁷ y en 2011 se ha dotado de una zona de protección ecológica¹⁸.

Centrándonos ahora en nuestros vecinos del continente africano, cabe destacar que tanto Marruecos como Argelia han establecido un MT de doce millas¹⁹, una ZC adyacente al mar territorial²⁰, y gozan de una PC ajustada a los límites previstos en la CONVEMAR. Por lo que respecta a la ZEE, Marruecos fue el primero de nuestros vecinos que hizo su reivindicación de ZEE hasta las doscientas millas²¹. Argelia, siguiendo la política de contención que hasta hace unas décadas practicaban la gran mayoría de ribereños del Mediterráneo, se dotó en 1994 de una zona exclusiva de pesca (ZEP)²² cuya anchura oscila desde las treinta y dos²³ y las cincuenta y dos millas²⁴.

Como ya se ha advertido, esta expansión mar adentro provoca la existencia de zonas en las que los espacios sobre los que España puede ejercer sus derechos se superponen con aquellos en los que alguno de sus vecinos puede también ejercer los suyos, lo que provoca, si se quiere diferenciar el área sometida a la soberanía o jurisdicción de cada uno de ellos, la necesidad de la delimitación.

La mayoría de los supuestos en los que nuestro país se ve obligado a establecer una frontera marina están aún pendientes de solución²⁵ y, aunque se hayan

¹⁶ Así se desprende de lo establecido en el art. 2 párrafo segundo del Codice di navigazione di 30 marzo di 1942, modificado por la Legge n.º 359, di 14 ferragosto di 1974 (GU di 21 ferragosto di 1974).

¹⁷ Legge n.º 61 dell'8 febbraio 2006 que autoriza al establecimiento, mediante Decreto del Presidente de la República, de una zona de protección ecológica en el Mediterráneo adyacente al mar territorial.

¹⁸ Decreto del Presidente della Repubblica, 27 ottobre 2011, n.º 209, Regolamento recante istituzione di Zone di protezione ecologica del Mediterraneo nord-occidentale, del Mar Ligure e del Mar Tirreno (GU del 17-12-2011).

¹⁹ Marruecos mediante Dahir portant Loi n.º 1-73-211 du Moharrem 1393, correspondiente al 2 de marzo de 1973 y Argelia mediante Décret n.º 63-403 du 12 octobre 1963.

²⁰ Marruecos mediante Dahir portant la Loi du 8 avril de 1981 por el que se establece la ZEE. La reivindicación argelina se ha hecho esperar y fué en el año 2004 cuando este Estado decidió dotarse de este espacio marino mediante el Presidential Decree No. 04-344 of 23 Ramadan 1425 (6 November 2004) Establishing a Zone Contiguous to the Territorial Sea. Cf. la información suministrada en la base de datos de las Naciones Unidas relacionada con Asuntos Oceánicos y Derecho del Mar, <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/DZA.htm>.

²¹ Dahir n.º 1-81-179, de 8 de abril de 1981.

²² Décret Legislatif n1 94-13 del 17 Dhou El Hidja 1414, que corresponde al 28 de mayo de 1994 que puede consultarse en la base de datos disponible en la sección de Asuntos Oceánicos y Derecho del Mar de Naciones Unidas, www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONSTREATIES/DZA.htm.

²³ En la zona situada entre la frontera marítima occidental y Ras Tenés.

²⁴ Entre Ras Tenés y la frontera marítima oriental.

²⁵ La situación en la que se encuentra la delimitación de los espacios marinos españoles no ha variado desde 1974. Las fronteras trazadas por acuerdo con nuestros vecinos se limitan a las fijadas con Francia respecto de las aguas interiores en la desembocadura del Bidasoa y la bahía de Higer, que data de 1879, el mar territorial y la plataforma continental en el Mar Cantábrico cuyas fronteras quedaron

producido intentos por conseguir avances, la definición completa de los límites de las áreas marinas sobre las que España ejerce su soberanía o jurisdicción no parece próxima y, además, se percibe compleja pues a los usuales problemas técnicos derivados de la presencia de ciertas circunstancias geográficas (concavidad de costas o presencia de islas)²⁶ se unen otras de carácter político²⁷ y, por si ello no fuera ya bastante, existen zonas en las que aparecen los trifinios o puntos múltiples de delimitación²⁸ que exigen la necesaria convergencia y compatibilidad de las fronteras que se establezcan bilateralmente o implican la necesidad de una negociación a tres o más bandas²⁹.

establecidas en los acuerdos de 29 de enero de 1974 (BOE de 4 y 9 de julio de 1975 respectivamente), y a las establecidas con Italia respecto de la PC entre Baleares y Cerdeña (acuerdo de 14 de febrero de 1974, BOE de 5 de diciembre de 1978) y con Portugal respecto de la desembocadura del río Miño efectuada en el Tratado sobre Comercio y Navegación suscrito el 27 de marzo de 1893. Sobre estos acuerdos y en general sobre la delimitación de los espacios marinos españoles cf. E. Orihuela Calatayud, España y la delimitación de sus espacios marinos, Murcia, 1989 y GUTIÉRREZ DEL CASTILLO, V., España y sus fronteras en el mar. Estudio de la delimitación de sus espacios marinos, Dykinson y Universidad de Córdoba, Madrid, 2004.

²⁶ Divergencias que están conectadas con la valoración de determinadas circunstancias geográficas, como la concavidad de la costa o la presencia de islas. La concurrencia de cualquiera de estas circunstancias suele hacer complejo el trazado de la frontera, pero no porque no existan mecanismos que faciliten su valoración y la obtención de una solución objetivamente equitativa para las partes, sino porque generalmente provocan posiciones de difícil conciliación a primera vista. Su acumulación en una misma zona, como ocurre entre España y Francia en el Golfo de León, puede convertir el trazado de fronteras en una misión casi imposible.

²⁷ En este caso derivadas de las reivindicaciones de soberanía que Marruecos mantiene sobre determinados territorios españoles situados en el norte del continente africano o en la proximidad de la costa marroquí.

²⁸ Estos puntos han sido triples hasta que la reivindicación de PCR frente a las costas del Océano Atlántico ha provocado la aparición de un supuesto cuya solución requiere el consenso de cuatro Estados (Irlanda, Reino Unido, Francia y España). Los demás, todos triples son los que afectan en el Mediterráneo a España, Francia e Italia; España, Italia, Argelia; España, Argelia, Marruecos; y en el Atlántico a los que se producen por la concurrencia de las fronteras entre España, Marruecos, Portugal. Sobre los trifinios cf. L. Pérez-Prat Durbán, La frontera triangular, Madrid, 1999.

²⁹ Como la que hizo posible la conclusión del Acuerdo, de 16 de enero de 2001, entre Finlandia, Estonia y Suecia sobre el punto limítrofe marítimo común en el Mar Báltico. Cf. Los océanos y el Derecho del Mar. Informe del Secretario General de Naciones Unidas (A/58/65), p. 14. La CIJ ha analizado las posibles consecuencias y efectos de la presencia de terceros Estados en la zona y de las fronteras ya trazadas o por venir, dejando claro que los acuerdos concluidos con terceros son res inter alios acta respecto de cualquiera de los Estados implicados en la delimitación que no sea parte en los mismos (cf. as. Diferencia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), s. de 19 de noviembre de 2012, párrs. 162-163; as. Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe (Nicaragua c. Honduras), s. de 8 de octubre de 2007, párr. 225, 312 y 318; as. Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente), s. de 10 de octubre de 2002, párrs. 238, 245 y 307; as. Plataforma continental (Jamahiriya Árabe Libia/Malta), s. de 3 de junio de 1985, párrs. 21-23, y as. Plataforma continental (Túnez/Jamahiriya Árabe Libia), s. de 24 de febrero de 1982, párr. 130. Posición también mantenida por el tribunal arbitral encargado de resolver el as. Barbados y la República de Trinidad y Tobago, en su laudo de 11 de abril de 2006, párrs. 345-349, y ha advertido que el trazado de la frontera no puede llegar a ubicarse allí donde los intereses de un tercero puedan verse afectados. En este sentido cf. as. Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania), s. de 3 de febrero de 2009, párr. 209 y as. Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente), s. de 10 de octubre de 2002, párr. 292. Por lo que respecta a los acuerdos concluidos

En esta ocasión, mi intención se centra en identificar algunas de las novedades que respecto de la delimitación de los espacios marinos españoles se han producido y determinar sus consecuencias de cara al futuro. Para ello me centraré en los cambios que en este escenario de reivindicación de espacios marinos, anchura y mensuración, se han producido en este siglo XXI.

El análisis que me propongo efectuar va a estar estructurado en torno a tres ejes: en primer lugar, voy a referirme a la cuestión relacionada con el establecimiento de nuevos espacios marinos o con la ampliación de competencias y cambio de denominación de espacios marinos ya existentes, lo que va a guiar nuestra atención hacia el Mediterráneo. En segundo lugar, abordaré la cuestión relacionada con el establecimiento de límites de la PC más allá de las 200 millas, lo que hará que desviemos la mirada hacia el Océano Atlántico, y en tercer y último lugar me referiré a las líneas de cierre del perímetro del archipiélago canario operada por la Ley de aguas Canarias y su posible repercusión en la delimitación de espacios marinos entre Canarias y Marruecos.

3. NUEVOS ESPACIOS, COMPETENCIAS Y DENOMINACIONES.

3.1. Los nuevos espacios

La principal novedad en este punto viene de la mano del establecimiento de zonas económicas exclusivas, limitadas o no, en el Mediterráneo.

Hasta la década de los noventa del pasado siglo, los ribereños del Mediterráneo implicados en la delimitación de los espacios marinos españoles, con la única excepción de Marruecos³⁰, dieron muestras de contención a la hora de hacer efectivo su derecho a gozar de una ZEE potencialmente extensible hasta las doscientas millas frente a sus costas. Pero esta moderación comienza a resquebrajarse en la década de los noventa del pasado siglo cuando Argelia y España se dotaron de una ZEP y una zona de protección pesquera (ZPP) respectivamente³¹ y desaparece prácticamente en los años transcurridos de este siglo XXI.

En los primeros años del nuevo siglo fue Francia la que, en 2004, estableció una zona de protección ecológica (ZPE) en el Mediterráneo, reivindicación que, previo aviso³², ha sido seguida por Italia que, el 27 de octubre de 2011, estableció mediante el Decreto del Presidente de la República n.º 209 una ZPE en el Mediterráneo, cuyo límite exterior, a la espera de la conclusión de los acuerdos de delimitación con Francia y España se extiende hasta la línea formada por la

³⁰ Cf. Dahir n.º 1-81-179 cit. supra nota 21, por el que el Estado alauita estableció una ZEE hasta las doscientas millas a lo largo de su costa.

³¹ En este sentido cf. respecto de España lo recogido supra nota 10 y respecto de Argelia en las notas 22-24.

³² Mediante la Legge n.º 61, cit. supra nota 17, el Estado italiano hizo pública su intención de proceder al establecimiento de una zona de protección ecológica, adyacente a su mar territorial y que se extendería hasta la frontera fijada con sus vecinos y, mientras ésta se establezca, hasta la línea media (art. 1.3).

unión de los puntos definidos en el Decreto mediante coordenadas geográficas. El trazado de este límite exterior llama la atención porque no ha utilizado los puntos establecidos en el Acuerdo hispano-italiano de delimitación de la plataforma continental de 14 de febrero de 1974. Pese a ello, el resultado es bastante similar al establecido en ese acuerdo y al que resulta del Decreto por el que España estableció su zona de protección pesquera en 1997.

Con independencia de que los límites fijados por ambos Estados a sus espacios marinos resulten aparentemente conciliables, la referencia que esta norma contiene a la conclusión de acuerdos de delimitación con Francia y España plantea la duda sobre la aparición de un nuevo problema de delimitación entre Italia y España. Incógnita que ya se había planteado tras el establecimiento de la ZPE francesa cuyas dimensiones provocaban la aparición de una zona gris en la que se solapaba la zona gala con la ZPP española.

¿Implica el establecimiento de *zonas económicas exclusivas limitadas* y funcionalmente diferenciadas, cuyas dimensiones provoquen una yuxtaposición de espacios, la aparición de un problema de delimitación? Como ya afirmé en una ocasión, la delimitación de los espacios marinos resulta imprescindible cuando los derechos de los ribereños se solapan, convergen y entran en colisión; esto es, cuando su ejercicio simultáneo resulta imposible³³. Hasta hace poco esa situación acompañaba siempre a la yuxtaposición de espacios marinos, sin embargo, en la actualidad y como consecuencia del establecimiento de zonas económicas exclusivas limitadas, existe la posibilidad de que aparezca una yuxtaposición de espacios sin colisión de competencias³⁴ y, por tanto, de que surjan supuestos en los que la superposición espacial no haga imprescindible el trazado de una frontera.

El establecimiento por parte de España de una ZEE en el Mediterráneo, de la que hablaremos inmediatamente, no ha cambiado la situación respecto de

³³ A diferencia de lo que ocurre en el trazado de las fronteras terrestres cuya finalidad radica en determinar cuál es el título válido y fijar, en consecuencia, la divisoria, en la delimitación de espacios marinos nos encontramos ante una zona en la que todos ostentan un título legítimo para ejercer sus competencias y existe, por tanto, una colisión o yuxtaposición de derechos y poderes. La finalidad de la delimitación de espacios marinos consiste en dividir el área en la que se superponen las reivindicaciones de dos o más Estados que poseen un título legítimo fijando o determinando el espacio sometido a la soberanía o jurisdicción de cada uno de ellos y en el que ejercerán los derechos que entran en colisión. La delimitación de los espacios marinos presenta, por ello, un carácter constitutivo. En este sentido cf. Mi trabajo, "La delimitación de los espacios marinos españoles" en SOBRINO HEREDIA, J.M. (Coord.), *Mares y Océanos en un mundo en cambio: Tendencias jurídicas, actores y factores*, XXI Jornadas de la AEPDIRI, A Coruña, 22-24 de septiembre de 2005, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 43-69, en particular p. 55.

³⁴ De ahí que la delimitación de espacios marinos en sentido estricto puede ser definida como la operación consistente en el trazado de una (o varias) línea(s) que separe(n) los espacios marinos pertenecientes a dos o más Estados cuando existe una yuxtaposición de la jurisdicción que éstos ejercen sobre el mar. En este sentido cf. ORIHUELA CALATAYUD, E., *España y la delimitación op. cit. supra* nota 25, p. 44. La conexión entre delimitación, espacios y poderes ya fue puesta de relieve por la CIJ en su sentencia dictada en el asunto de la plataforma continental del Mar Egeo, Recueil CIJ, 1978, pp. 35-36, párrafo 85.

Italia, ya que los límites fijados por España parecen respetar los límites de la ZPE italiana y sitúan el límite exterior de la ZEE en unos puntos que dibujan la divisoria trazada en 1974 para la plataforma continental. De no ser así, surgiría un nuevo supuesto de delimitación que afrontar. De cara al futuro no parece que los cambios experimentados por el ordenamiento italiano y español en relación con el establecimiento de espacios marinos vayan a plantear grandes debates sobre delimitación ni hagan necesario el establecimiento de una divisoria. Cosa distinta es que ambos Estados, en aras de imprimir certidumbre a sus respectivos espacios, deseen concluir un acuerdo de delimitación que no se percibe complicado dada la proximidad de sus puntos de vista y la equidad que para ambas partes representa la línea media o de equidistancia. Ahora bien, no debe perderse de vista que determinados elementos —líneas de base desde las que trazar la divisoria y longitud de las costas implicadas en el trazado de la frontera— podrían concitarse y dificultar el acuerdo. La frontera trazada en la década de los setenta dibuja una línea media desde la línea de bajamar y en su trazado no se tuvo en cuenta la diferencia de longitud de las costas algo que en la actualidad ha cobrado importancia como consecuencia del juego que le ha dado la jurisprudencia internacional³⁵.

1.2. La ampliación de competencias y el cambio de denominación respecto de espacios marinos existentes

En relación con la ampliación de competencias y cambio de denominación que ha comportado la creación por Francia, en octubre de 2012³⁶, y por España, en abril de 2013³⁷, de sendas zonas económicas exclusivas, es necesario destacar que este cambio sí implica la aparición de un nuevo supuesto en el que resulta necesaria la delimitación ya que los límites establecidos por cada uno de los Estados, como ocurriera con anterioridad respecto de la ZPE francesa y la ZPP española, provocan la aparición de una zona de en-

³⁵ A la hora de valorar la equidad del resultado obtenido con el trazado de la frontera, los tribunales internacionales hacen uso del test de la proporcionalidad utilizando como factor a tener en cuenta la longitud de las costas de cada una de las partes y las zonas que les corresponden según la delimitación efectuada. Por lo que respecta a la CIJ, cf. as. Diferencia territorial y marítima (Nicaragua C. Colombia), s. de 19 de noviembre de 2012, párrs. 239-247; as. Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania), s. de 3 de febrero de 2009, párrs. 210 a 216; as. Plataforma Continental (Libia/Malta), s. de 3 de junio de 1985, párr 75; as. Plataforma continental (Túnez/Libia), s. de 24 de febrero de 1982, párr. 103 y 131. Plataforma continental del Mar del Norte (RFA/Dinamarca; RFA/Países Bajos), ss. de 20 de febrero de 1969, párr. 98. En idéntico sentido cf. la sentencia del TIDM, Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, s. de 14 de marzo de 2012, párrs. 292 y 297. En relación con los laudos arbitrales, cf. Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française, párr. 101). y Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau, párrs. 94-95.

³⁶ Décret n.º 2012-1148 du 12 octobre 2012 portant création d'une zone économique exclusive au large des côtes du territoire de la République en Méditerranée (JORF 14 octobre 2012).

³⁷ Real Decreto 236/2013, de 5 de abril, por el que se establece la Zona Económica Exclusiva de España en el Mediterráneo noroccidental (BOE 17 abril 2013).

cabalgamiento en la que convergen los derechos de cada Estado en su ZEE y, con ello, la necesidad de trazar la divisoria de las respectivas ZEE. Nuevo supuesto que viene a unirse a los ya existentes —delimitación del MT y de la PC— y que hacen del Golfo de León una zona de encabalgamientos múltiples y soluciones complicadas por la falta de acuerdo entre los implicados en el trazado de las fronteras.

¿Cómo proceder a la delimitación de estos espacios marinos entre España y Francia? Para responder a esta cuestión y teniendo en cuenta que ambos Estados son partes en la Convención de Jamaica de 1982, es necesario acudir a lo establecido en las disposiciones de la CONVEMAR que regulan la delimitación de espacios marinos entre estados adyacentes o situados frente a frente, esto es al artículo 15 por lo que respecta al mar territorial y a los artículos 74 y 83 relacionados con la zona económica exclusiva y la plataforma continental respectivamente, y a las previsiones efectuadas por sus respectivos ordenamientos internos en el caso de que en ellos se haya previsto esta contingencia.

Mientras que la regulación prevista para la delimitación de la ZEE y la PC resulta idéntica y nos advierte de la necesidad de un acuerdo en el que se establezca una solución equitativa³⁸, la regulación establecida respecto del trazado de fronteras en mares territoriales es diferente y prevé que, salvo acuerdo en contrario, ninguno de los Estados tendrá derecho a extender su mar territorial más allá de una línea media cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mida la anchura del mar territorial, y advierte de la inaplicabilidad de esta solución cuando, por la existencia de derechos históricos o por otras circunstancias especiales, sea necesario delimitar el mar territorial de ambos Estados de otra forma.

Pese a esta diferencia³⁹, el contenido es idéntico ya que la combinación de equidistancia y derechos históricos o circunstancias especiales que la hagan impracticable, aboca a la necesidad de conseguir un resultado equitativo. Además, los principios que rigen la delimitación de estos espacios —acuerdo y resultado equitativo— coinciden con lo establecido por el Derecho Internacional general⁴⁰ pues, como ha puesto de relieve la CIJ en reiteradas ocasiones, la *opinio iuris* en materia de delimitación consiste en el establecimiento de la frontera por acuerdo entre los Estados interesados y que éste se realice según

³⁸ Los artículos 74 y 83 de la CONVEMAR prevén que la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente se efectuará por acuerdo entre ellos sobre la base del derecho internacional, a que se hace referencia en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, a fin de llegar a una solución equitativa.

³⁹ Acuerdo/equidistancia/circunstancias especiales o acuerdo sobre la base del DI con resultado equitativo.

⁴⁰ En este sentido cf. CIJ, as. Diferencia territorial y marítima (Nicaragua c. Colombia), s. de 19 de noviembre de 2012, párr. 139.

principios equitativos⁴¹ que, como concretara en decisiones posteriores, deben conducir a un resultado equitativo⁴².

Teniendo en cuenta, por tanto, lo establecido por el Derecho Internacional, general y convencional, la delimitación debe efectuarse mediante acuerdo de las partes. Las negociaciones entre las partes resultan trascendentales para su consecución. Ahora bien, en relación con la delimitación entre España y Francia en el Mediterráneo, las negociaciones no son fáciles y por ello es necesario tener en cuenta que éstas, además de un mecanismo para resolver la delimitación, pueden, cuando las mismas no son fructíferas, definir la controversia y las posiciones de las partes y, por ello, tener incidencia en un posible arreglo judicial o arbitral.

Por lo que respecta al Derecho interno de las partes implicadas, es necesario tener en cuenta que tanto España como Francia han previsto en su legislación interna que en los supuestos en los que sea necesaria la delimitación del mar territorial, este espacio marino, salvo pacto en contrario, no se extenderá más allá

⁴¹ En este sentido, la CIJ en el as. Plataforma continental del Mar del Norte (RFA/Dinamarca; RFA/Países Bajos), ss. de 20 de febrero de 1969, afirmó que:

“ It emerges from the history of the development of the legal regime of the continental shelf, which has been reviewed earlier, that the essential reason why the equidistance method is not to be regarded as a rule of law is that, if it were to be compulsorily applied in all situations, this would not be consonant with certain basic legal notions which, as has been observed in paragraphs 48 and 55, have from the beginning reflected the *opinio juris* in the matter of delimitation; those principles being that delimitation must be the object of agreement between the States concerned, and that such agreement must be arrived at in accordance with equitable principles. On a foundation of very general precepts of justice and good faith, actual rules of law are here involved which govern the delimitation of adjacent continental shelves -that is to say, rules binding upon States for all delimitations;-in short, it is not a question of applying equity simply as a matter of abstract justice, but of applying a rule of law which itself requires the application of equitable principles, in accordance with the ideas which have always underlain the development of the legal regime of the continental shelf in this field, namely:

(a) the parties are under an obligation to enter into negotiations with a view to arriving at an agreement, and not merely to go through a formal process of negotiation as a sort of prior condition for the automatic application of a certain method of delimitation in the absence of agreement; they are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification of it;

(b) the parties are under an obligation to act in such a way that, in the particular case, and taking all the circumstances into account, equitable principles are applied,-for this purpose the equidistance method can be used, but other methods exist and may be employed, alone or in combination, according to the areas involved;

(c) for the reasons given in paragraphs 43 and 44, the continental shelf of any State must be the natural prolongation of its land territory and must not encroach upon what is the natural prolongation of the territory of another State”.

⁴² En este sentido cf. as. Plataforma continental (Túnez/Jamahiriyá Árabe Libia), s. de 24 de febrero de 1982, párr. 70; as. Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine (Canadá/EE.UU.), s. de 12 de octubre de 1984, párr. 90; as. Plataforma continental (Jamahiriyá Árabe Libia/Malta), s. de 3 de junio de 1985, párrs. 28-29 y 45; Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein), s. de 16 de marzo de 2001, párrs. 174-176 y 231. En idéntico sentido se pronuncian los tribunales arbitrales cf. as. Delimitación de la plataforma continental entre la República Francesa y el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, laudo de 30 de junio de 1977, párr. 75, y en as. Delimitación de la frontera marítima Guinea y Guinea Bissau, laudo de 14 de febrero de 1985, párrafo 88.

de una línea media o de equidistancia⁴³, lo que implica, dada la inexistencia de un acuerdo entre las partes en el que se fije una frontera distinta, que ésta debe ser considerada como la línea divisoria de los mares territoriales hispano-franceses. Ahora bien, esta conclusión no impide tener en cuenta que la posición mantenida por Francia a la hora de establecer su ZPE y más recientemente su ZEE permite albergar dudas sobre la aceptación por Francia de esta divisoria, pues no en vano el trazado de su ZEE, como lo hiciera el de su ZPE, comienza en un punto situado en el paralelo en el que se ubica el punto en el que la frontera terrestre alcanza el mar y a una distancia de la costa igual a la anchura del mar territorial francés⁴⁴.

Las disposiciones mediante las que estos Estados han establecido sus zonas económicas exclusivas en el Mediterráneo nororiental, sabedoras de la situación de encabalgamiento de espacios que provocan⁴⁵, han previsto que los límites establecidos podrán ser modificados en función de los acuerdos de delimitación que puedan concluir de conformidad con lo establecido en el art. 74 de la CONVEMAR; una llamada a la negociación que nos va a permitir hacer algunas consideraciones sobre el alcance de la delimitación, la forma de proceder a la misma y las dificultades con las que se van a encontrar los negociadores.

A la hora de abordar la delimitación de la zona económica exclusiva y, por tanto, de deslindar el área en la que cada Estado ejercerá, junto a otros, su derecho de explotación de los recursos naturales, es necesario tener en cuenta que los recursos naturales del suelo y subsuelo marino adyacente al mar territorial y hasta las 200 millas se adscriben no sólo a la ZEE (art. 56.1 a CONVEMAR) sino también a la PC (art. 77 CONVEMAR) y que ambos espacios comparten la misma anchura en el Mar Mediterráneo, cabría preguntarse, en primer lugar, si sería suficiente, a efectos de explotación de los recursos existente en esa zona, con el trazado de la divisoria de las respectivas ZEE o si resultaría además útil o, incluso, necesario proceder también a la delimitación de la PC y, en segundo lugar, si la frontera de estos espacios debe coincidir.

La respuesta a la primera de estas cuestiones está íntimamente relacionada con el ejercicio de los derechos soberanos de exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales existentes en la zona que la CONVEMAR reconoce a los Estados en ambos espacios marinos. Mientras el artículo 56.1 reconoce al ribereño derechos soberanos a los fines de exploración,

⁴³ En este sentido cf. art. 2 de la Ley francesa y art. 4 de la Ley 10/77, de 4 de enero, sobre mar territorial (BOE 8 enero 1977).

⁴⁴ Cf. art. 1 del Décret n.º 2012-1148 du 12 octobre 2012 portant la création d'une zone économique exclusive au large des côtes du territoire de la République en Méditerranée.

⁴⁵ Esta es una de las razones que justificó que el 22 de octubre de 2012 nuestro país formulara su propuesta mediante una Nota Verbal en la que se advierte que los límites fijados por Francia para su ZEE son claramente exorbitantes y se manifiesta el rechazo así como la sorpresa por la creación de este espacio. El texto de esta nota puede consultarse en la Base de Datos sobre Asuntos Oceánicos y D. del Mar de NU, http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/DEPOSIT/communicationsredeposit/mzn94_2013_esp.pdf.

explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y del subsuelo del mar..., su párrafo 3 advierte que el ejercicio de los derechos enunciados con respecto al lecho del mar y su subsuelo se ejercerán de conformidad con la parte VI que regula la PC, y el art. 77.4, que regula los derechos del Estado ribereño sobre la plataforma continental, especifica que los recursos naturales relacionados con la PC son los recursos minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y el subsuelo, así como los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias, es decir, aquellos que en el periodo de explotación estén inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo o sólo pueden moverse en constante contacto físico con el lecho o el subsuelo. De la lectura conjunta de estas disposiciones cabe deducir que la certidumbre y seguridad que requiere la exploración, explotación, conservación y administración de los recursos naturales existentes en la zona sólo podrá conseguirse si se procede a la delimitación de ambos espacios marinos.

En relación con la segunda de las cuestiones planteadas, es necesario tener en cuenta que los cambios operados en el concepto y anchura de la PC por el Derecho del Mar y el reconocimiento a todos los ribereños del derecho a establecer una plataforma hasta las 200 millas con independencia de que esa zona de lecho y subsuelo sea, geográfica y geológicamente hablando, prolongación natural de su territorio, comporta que en áreas geográficas en las que los derechos de los ribereños no pueden extenderse más allá de las 200 millas ambos espacios resulten coincidentes, pero ello no debe interpretarse como una actuación impuesta por el Derecho Internacional, pues tal y como ha puesto de relieve la CIJ, la línea única no es algo que se derive del derecho convencional multilateral sino de la práctica estatal y que se explica por el deseo de las partes de establecer una frontera única que separe zonas marítimas sometidas a su jurisdicción⁴⁶. De hecho la CIJ cuando ha trazado una línea única para separar ZEE y PC siempre lo ha hecho porque las partes se lo han solicitado⁴⁷. Con sus afirmaciones la Corte ha puesto de relieve el carácter voluntario que tiene esa forma de proceder y su inconsistencia a la hora de pretender deducir de la misma una *opinio iuris* que provocara el nacimiento de una norma general que imponga la línea única como

⁴⁶ Cf. as. Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein), s. de 16 de marzo de 2001, párr. 173.

⁴⁷ Lo que ocurrió en los asuntos de Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine (Canadá/EE.UU.); Delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen (Dinamarca c. Noruega); Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein); Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente); Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (Nicaragua c. Honduras), y en el as. Planteado ante el Tribunal Internacional de Derecho del mar relativo a la controversia sobre la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh and Myanmar en la Bahía de Bengala (Bangladesh/Myanmar). Posición también mantenida por el tribunal arbitral encargado de solucionar el as. Barbados y la República de Trinidad y Tobago, en su laudo de 11 de abril de 2006, párr. 234.

única posibilidad de actuación en el trazado de la delimitación de ZEE y PC⁴⁸. Además, la CIJ también ha destacado la necesidad de que allí dónde los espacios marinos y la jurisdicción del Estado resultan coincidentes el trazado de la frontera única debe efectuarse mediante la aplicación de criterios que no favorezcan a uno en detrimento del otro y que resulten igualmente adecuados para establecer la división de cada uno de ellos⁴⁹. Si ello no es posible lo más adecuado, por equitativo, es que las fronteras sean diferentes. Así lo han entendido algunos Estados que en los acuerdos de delimitación de la ZEE y la PC con sus vecinos han establecido fronteras diferentes para cada uno de los espacios o han incorporado alguna peculiaridad en el trazado de la frontera única que evidencia la singularidad de alguno de los espacios delimitados. Así, por ejemplo, Australia y Papua Nueva Guinea en el acuerdo, de 18 de diciembre de 1978, relativo al trazado de la frontera en el Estrecho de Torres han marcado divisorias diferentes para el suelo y subsuelo y para las aguas suprayacentes⁵⁰ y el acuerdo, de 22 de octubre de 1981, suscrito entre Islandia y Noruega en el sector de Jan Mayen sobre delimitación de la plataforma continental, acepta aplicar a este espacio la frontera trazada para la ZEE en el acuerdo de 28 de mayo de 1980 pero establece una zona, delimitada por coordenadas, en las que existirá un régimen especial de explotación de recursos⁵¹.

Por último, las negociaciones tendentes al establecimiento de una frontera consensuada no se presentan fáciles ya que las posiciones de partida que mantienen España y Francia sobre la forma de proceder y la equidad del resultado resultan irreconciliables. Mientras nuestro país se muestra partidario de la utilización de la equidistancia, Francia ha manifestado su oposición a la utilización de este sistema de delimitación, incluso como punto de partida, y alega la existencia de

⁴⁸ Como puso de relieve el juez GROSS, A., en su opinión disidente a la sentencia dictada por la CIJ el 12 de octubre de 1984 en el as. Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine (Canadá/EE.UU.), CIJ, Reports (1984), p. 365 "(T)here is nothing on delimitation of continental shelf or fishery boundaries in conventional law, in customary law, or more particularly in the Convention of 1982, which gives any indication of any obligation to proceed by means of a single line".

⁴⁹ En este sentido se manifestó la CIJ en el as. Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo del Maine (Canadá/EE.UU.), s. de 12 de octubre de 1984 (fondo), CIJ, Reports (1984), párr. 194 en el que la Corte afirmó: "In reality, a delimitation by a single line, such as that which has to be carried out in the present case, i.e., a delimitation which has to apply at one and the same time to the continental shelf and to the superjacent water column can only be carried out by the application of a criterion, or combination of criteria, which does not give preferential treatment to one of these two objects to the detriment of the other, and at the same time is such as to be equally suitable to the division of either of them. In that regard, moreover, it can be foreseen that with the gradual adoption by the majority of maritime States of an exclusive economic zone and, consequently, an increasingly general demand for single delimitation, so as to avoid as far as possible the disadvantages inherent in a plurality of separate delimitations, preference will henceforth inevitably be given to criteria that, because of their more neutral character, are best suited for use in a multi-purpose delimitation".

⁵⁰ Cf. art. 4.1 y 2 del acuerdo que puede consultarse en NORDQUIST, M., LAY, H. y SIMMONDS, K.R., *New Directions on the Law of the Sea*, vol VIII, pp. 215-282 y en la Base de Datos de legislación estatal contenida en la página web *Oceans and Law of the Sea*, United Nations.

⁵¹ Acuerdos que pueden consultarse en la Base de datos de la página de NU anteriormente citada.

circunstancias a tener en cuenta —concavidad de la costa y presencia de islas— que obligan a dibujar una frontera distinta.

4. LA PROLONGACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS

Fijándonos en la práctica estatal relacionada con la explotación del lecho y subsuelo adyacente al mar territorial, cabe destacar que algunos ribereños del Océano Atlántico han hecho uso de lo previsto en la CONVEMAR con la finalidad de fijar los límites de sus PC más allá de las doscientas millas.

El 19 de mayo de 2006, Francia, Irlanda, Reino Unido y España presentaron a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, de conformidad con el párrafo 8 del art. 76 de la CONVEMAR⁵², información sobre los límites de la PC compartida por los cuatro ribereños y que se extiende más allá de las 200 millas marinas a partir de las líneas de base desde las que se miden sus respectivos mares territoriales correspondiente a la zona del Mar Celta y el Golfo de Vizcaya⁵³. La Comisión de Límites aprobó, el 24 de marzo de 2009, sus recomendaciones y ahora resulta necesario que esos cuatro Estados lleguen a un acuerdo sobre la delimitación de sus respectivas plataformas más allá de las 200 millas.

Portugal también ha actuado al amparo de lo establecido en el párrafo 8 del art. 76 de la CONVEMAR y el 11 de mayo de 2009 presentó a la Comisión de Límites información sobre los límites de su PC más allá de las 200 millas en tres zonas: oriental (territorio continental y archipiélago de Madeira), occidental (Azores) y el banco de Galicia que aún está pendiente de las recomendaciones de la Comisión⁵⁴. Dicha práctica ha concitado la atención de nuestro país que, a través de su Misión Permanente ante las Naciones Unidas, ha hecho observaciones a la misma bien para advertir de su negativa a que las recomendaciones de la Comisión puedan afectar a la delimitación de la plataforma continental entre España y Portugal o a la extensión y delimitación de la plataforma continental de Canarias, o bien para reiterar nuestra posición sobre las islas Salvajes y nuestra negativa a que las mismas generen espacios más allá del mar territorial⁵⁵.

⁵² Respecto de aquellos ribereños a los que la geografía les haya dotado de una plataforma continental cuya extensión supere las doscientas millas, el art. 76.8 de la CONVEMAR prevé que “(e)l Estado ribereño presentará información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las doscientas millas marinas, contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, establecida de conformidad con el anexo II sobre la base de una representación geográfica equitativa. La Comisión hará recomendaciones a los Estados ribereños sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de los límites exteriores de su plataforma continental. Los límites de la plataforma que determine un Estado ribereño tomando como base tales recomendaciones serán definitivos y obligatorios”.

⁵³ La solicitud puede consultarse en la base de datos de Naciones Unidas sobre Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar, http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_frgbires.htm.

⁵⁴ http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_prt_44_2009.htm.

⁵⁵ Las tres notas, fechadas el 28 de mayo de 2009, 10 de junio de 2009 y el 5 de julio de 2013, pueden consultarse en http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_prt_44_2009.htm.

España, ahora de manera aislada, presentó el 11 de mayo de 2009 una información sobre los límites de su plataforma continental residual en la zona de Galicia y, además, una información preliminar, y por tanto pendiente de ser completada para que sea considerada definitiva, respecto del límite exterior de la PC al Oeste de las Canarias⁵⁶. La extensión de la PC en el área de Canarias presenta dos zonas de solapamiento con potenciales extensiones de las PC más allá de las 200 millas de terceros Estados, en concreto, al norte con Portugal y al sur con la eventual ampliación de la PC dibujada frente al territorio del Sahara.

La consecuencia de todas estas nuevas reivindicaciones relacionadas con la plataforma continental situada más allá de las doscientas millas es evidente pues se ha producido un aumento de los supuestos en los que se hace necesaria el trazado de una frontera marina o una ampliación de las dimensiones de las zonas a delimitar. Ahora, tendremos que delimitar la PCR en el área reivindicada por Irlanda, Reino Unido, Francia y España (FISU) y, además, habrá que conectar el trazado de esta frontera con la establecida en el acuerdo hispano-francés de 1974, lo que lógicamente atraerá la cuestión relacionada con la delimitación de la zona económica exclusiva hispano francesa en el Cantábrico en la que nuestro país se opone a la utilización de la frontera trazada respecto de la plataforma continental en 1974.

Tendremos que delimitar también la PCR con Portugal en la zona de Galicia. La información remitida por nuestro país identifica un Área de Interés Común en la que se produce un encabalgamiento de los espacios marinos pertenecientes a ambos Estados y que provoca la necesidad de delimitar esta zona en el futuro tal y como han advertido estos Estados en las informaciones remitidas a la Comisión Internacional de Límites. En el Atlántico, a la ya difícil delimitación de la ZEE y la PC entre Canarias y Madeira como consecuencia de la posición portuguesa sobre las islas Salvajes, se añade ahora la necesidad de delimitar la PCR entre Canarias y Madeira al oeste de estos archipiélagos.

Además, el establecimiento por parte de España de la PCR al oeste de las Canarias provocará la aparición de un problema de delimitación entre ésta y la PCR potencial del Sahara.

La delimitación de la PCR allí donde sea necesario constituye una de las novedades que adquirirá relevancia en el futuro y sobre la que aún no se ha pronunciado la CIJ. Sí lo ha hecho el TIDM en la única sentencia que ha dictado en materia de delimitación de espacios marinos⁵⁷, pero su decisión no resulta especialmente relevante en este punto. Esta falta de pronunciamientos no impide afirmar que la delimitación de este espacio marino habrá de efectuarse de la mis-

⁵⁶ Información disponible en la base de datos de las Naciones Unidas sobre Asuntos Oceánicos y Derecho del Mar http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_esp_47_2009.htm.

⁵⁷ La primera sentencia del TIDM relacionada con la delimitación de espacios marinos se dictó el 14 de marzo de 2012 en el asunto de la Diferencia relativa a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en el Golfo de Bengala (Bangladesh/c. Myanmar).

ma forma que la de los demás, por acuerdo entre los interesados sobre la base del DI a fin de llegar a una solución equitativa, lo que exige la adecuada valoración y ponderación de las circunstancias pertinentes.

En relación con tales circunstancias, cabría preguntarse si en la delimitación de la PCR recobrarán el valor que tuvieron antes los factores geológicos y geomorfológicos habida cuenta de su relevancia en el establecimiento de los límites de la misma.

5. NUEVAS LÍNEAS DE BASE Y SU REPERCUSIÓN EN LA DELIMITACIÓN DE ESPACIOS MARINOS

Desde que en 1978 la Ley 15/78, de 20 de febrero, de zona económica previera que “(e)n el caso de los archipiélagos el límite exterior de la zona económica se medirá a partir de las líneas de base rectas que unan los puntos extremos de las islas e islotes que respectivamente los componen, de manera que el perímetro resultante siga la configuración general de cada archipiélago”⁵⁸ y hasta diciembre de 2010, España nunca había dado el paso de trazar estas líneas en el archipiélago canario para medir a partir de ellas su ZEE.

La reiterada y tenaz aspiración de los políticos canarios dio lugar a la aprobación de la Ley 44/2010, de 30 de diciembre, de aguas canarias⁵⁹ en vigor desde finales de marzo de 2011⁶⁰. La entrada en vigor de esta ley puede suponer un cambio en el escenario relacionado con la delimitación de la ZEE y la PC entre Canarias y Marruecos si nuestro país pretendiera que el trazado de la frontera se hiciera desde las líneas que dibujan el perímetro del archipiélago. Aunque su repercusión en el trazado de la línea de equidistancia no es muy acusado, el trazado de la línea media tomando como referencia las líneas de cierre del perímetro archipelágico sitúa la línea media, en algunos puntos, más cerca de la costa marroquí de lo que la ubicaría su dibujo desde las líneas de base existentes con anterioridad. Un cambio que posiblemente añada una nueva dificultad a las ya existentes y que han hecho imposible, por el momento, la consecución de un acuerdo con Marruecos.

El resto de factores que dificultan la obtención de un acuerdo están relacionados con la posición marroquí respecto de la delimitación en esta zona y, en particular, con las circunstancias que el Estado alauita considera relevantes en el trazado de esta frontera y que en su opinión justifican un rechazo a la frontera trazada siguiendo una línea media o de equidistancia⁶¹. Las razones que Marruecos ha esgrimido siempre para justificar una modificación de esta línea, como ya

⁵⁸ Art. 1.1 de la citada Ley (BOE de 23 de febrero de 1978).

⁵⁹ BOE de 31 de diciembre de 2010. Sobre esta nueva regulación cf. mi trabajo “La delimitación de los espacios marinos en los archipiélagos de Estado. Reflexiones a la luz de la Ley 44/2010, de 30 de diciembre de aguas canarias”, REEI, vol 21, 2011, disponible en www.reei.org.

⁶⁰ Cf. Disposición final segunda.

⁶¹ Sobre el rechazo a la línea media por parte de Marruecos cf. LALHOU, A., *Le Maroc et le droit des pêches maritimes*, LGDJ, París, 1983, pp. 310-311.

advertí en otra ocasión⁶² carecen de fundamento o lo han perdido como consecuencia de la modificación experimentada por el Derecho del Mar en relación con la configuración de los espacios marinos. Las circunstancias que Marruecos considera relevantes en esta ocasión están relacionadas con la concavidad de la costa marroquí, los espacios marinos atribuibles a las islas, la existencia de derechos de pesca y la dependencia de la población de la zona de la explotación de los recursos vivos y las dimensiones de la plataforma continental geográfica o natural.

Según la práctica y la jurisprudencia internacional, la *concauidad de la costa marroquí* entre el Cabo Ohir y el Cabo Jubi, percibida por Marruecos como una circunstancia que justifica una matización de la línea media, no resulta relevante en la delimitación entre Estados situados frente a frente⁶³. Según la CIJ, la concavidad de la costa es una circunstancia que de ser apreciada en relación con costas adyacentes pero no respecto de costas situadas frente a frente, ya que en este supuesto la consideración de la concavidad de la costa y su corrección en el trazado de la línea media tendría por efecto algo —rehacer o modificar la geografía— que, según la Corte, debe evitarse con la delimitación⁶⁴.

La pretensión de *reducir los espacios marinos de las Canarias* como consecuencia de la lejanía respecto del Estado al que pertenecen y la aplicación a este caso de una solución similar a la establecida por el Tribunal arbitral encargado de la delimitación de la plataforma continental franco británica, sugeridas por la doctrina marroquí⁶⁵, resulta absolutamente desmedida⁶⁶ sobre todo si tenemos en cuenta que no se trata de islas interiores a efectos de delimitación sino que son ellas mismas y su proyección sobre el mar las que provocan la yuxtaposición de espacios que hace necesario el trazado de la frontera.

La *existencia de derechos de pesca o la dependencia de las poblaciones de estos Estados de la explotación de los recursos pesqueros*⁶⁷ presenta un carácter recíproco y además la jurisprudencia internacional ha minimizado, casi negado, su relevancia⁶⁸.

⁶² Cf. E. Orihuela Calatayud, España y la delimitación de sus espacios marinos, Murcia, 1989, pp. 220-225.

⁶³ CIJ.

⁶⁴ Cf. as. Plataforma Continental del Mar del Norte, párr. 91.

⁶⁵ En este sentido cf. ABDALLAH, M., *Les nouvelles règles du Droit International de la mer et leur application au Maroc*, LGDJ, París, 1981, pp. 34-36.

⁶⁶ Sobre la improcedencia de la postura mantenida por algún sector doctrinal marroquí, cf. BAEZA BETANCORT, F., *Las Islas Canarias ante el nuevo Derecho Internacional del Mar*, Las Palmas, 1987, pp. 109-114.

⁶⁷ Consideradas como circunstancias relevantes por la doctrina marroquí. Cf., por ejemplo, M. Abdallah, *Les nouvelles règles du Droit International de la mer et leur application au Maroc*, París, 1981, p. 49 y A. Lahlou, *Le maroc et le droit de pêches maritimes*, París, 1983, p. 41.

⁶⁸ La jurisprudencia internacional se ha mostrado siempre muy reticente a aceptar la relevancia de este tipo de factor a menos que se demuestre que resulta vital para las poblaciones afectadas por el trazado de la frontera. En este sentido y respecto de la CIJ cf. s. de 24 de febrero de 1982, *as. de la Plataforma*

Y, por último, el deseo marroquí de desplazar la línea media en beneficio suyo como consecuencia de la *extensión de su plataforma continental geográfica* carece hoy día de fundamento dados los cambios operados en la configuración jurídica de este espacio marino⁶⁹.

6. CONCLUSIÓN

Hace ya unos años puse de manifiesto que, desde que la delimitación de espacios marinos perdiera el carácter residual que en otras épocas presentara⁷⁰, el trazado de fronteras marinas entre Estados adyacentes o enfrentados se había erigido en cuestión de actualidad caracterizada por su extensión, complejidad, conflictividad y por operar como un factor que plaga de incertidumbre mares y océanos. Esta afirmación sigue respondiendo a la situación actual en la que se encuentra la delimitación de espacios marinos entre Estados adyacentes u opuestos y, en particular la situación española.

La *extensión* es tributaria de la aparición de nuevos problemas de delimitación como consecuencia del establecimiento de nuevos espacios, la ampliación de competencias en los mismos y de la ampliación de los límites de los ya existentes, como ocurre respecto de la plataforma continental más allá de las doscientas millas.

La *complejidad* es consecuencia de los trifinios o puntos múltiples de conexión de las fronteras que provocan la necesidad de una concurrencia de voluntades a tres o cuatro bandas y que complican el trazado definitivo de las divisorias.

continental (Túnez/c. Libia), párr. 107; s. de 12 octubre 1984, as. *Delimitación de la frontera marítima en la zona del Golfo del Maine*, párr. 230-241; s. de 14 de junio de 1993, as. *Delimitación marítima en la región situada entre Groenlandia y Jan Mayen*, párrs. 79-80 y 82-86; s. de 16 de marzo de 2001, as. *Delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrain*, párr. 236; s. de 10 de octubre de 2002, as. *Frontera territorial y marítima entre Camerún y Nigeria*, párr. 304, y s. de 3 de febrero de 2009, as. *Delimitación marítima en el Mar Negro (Rumania c. Ucrania)*, párrs. 197-198. Por lo que respecta a decisiones arbitrales, cf, los laudos dictados en los asuntos relacionados con la delimitación marítima entre *Guinea-Guinea Bissau*, decisión de 14 de febrero de 1985, párrs. 121-125; *Eritrea-Yemen*, decisión de 3 de octubre de 1996, párrafos 49-74 y 87-112; *Barbados y Trinidad y Tobago*, decisión de 11 de abril de 2006, párr. 269, y *Guyana-Surinam*, decisión de 17 de septiembre de 2007, párrs. 380-390.

⁶⁹ Así lo ha puesto de manifiesto la propia CIJ, cf. Recueil 1982, pp. 46-49, párrafos 44 y 48 y Recueil 1984, pp. 273-275, párrafos 45-50. Recueil 1985, pp. 33-34, párrafo 34.

⁷⁰ A diferencia de lo que ha ocurrido con las fronteras terrestres, la delimitación de los espacios marinos constituía hasta bien entrado el siglo XX algo marginal y centrado exclusivamente en el trazado de fronteras del mar territorial o de las aguas interiores. La propia práctica española así lo evidencia, pues con anterioridad a esa fecha los acuerdos de delimitación suscritos con alguno de nuestros vecinos se reducían al concluido con Francia, el 30 de marzo de 1879, sobre pesca en el Bidasoa y en la Bahía de Higer y al suscrito con Portugal, el 27 de marzo de 1893, por el que se estableció la frontera que separa las aguas jurisdiccionales en la desembocadura del Río Miño. Como advierte S.M. Rhee, hasta el siglo XIX no parecía necesaria la delimitación ya que el régimen de los espacios marinos no estaba totalmente establecido. Los escasos acuerdos de delimitación suscritos hasta ese momento se referían a zonas de mar muy próximas a la costa, como es el caso del acuerdo de delimitación suscrito entre Noruega y Suecia en relación con las aguas de la Bahía Christiana (cf. "Sea boundary delimitation between states before World War II", AJIL, 1982-3, pp. 555-588, en p. 558).

Por su parte, la *conflictividad*, siempre presente y derivada de múltiples factores, se acentúa porque la delimitación de espacios marinos implica, generalmente, una amputación de las pretensiones de los Estados respecto de la extensión de los espacios marinos sometidos a su soberanía o jurisdicción y hace que estas situaciones, en las que resulta imprescindible el trazado de una frontera, resulten propicias para la aparición de intereses contradictorios y posturas difícilmente conciliables.

Aunque como afirmara el SGNU en su Informe de 2011 sobre *Los Océanos y el Mar. Informe del Secretario General*⁷¹, “la existencia de límites marítimos claramente trazados permite determinar las zonas en que los Estados ribereños pueden explotar los recursos marítimos vivos y no vivos” y que “los límites son fundamentales para la protección del medio marino y el aprovechamiento sostenible de los recursos marinos...”, también es cierto que la delimitación no es la única alternativa para disfrutar y ejercer de manera eficaz los poderes conferidos por el Derecho del Mar a los ribereños. La cooperación entre vecinos, a la que invita en ocasiones la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, y la puesta en marcha de proyectos conjuntos y coordinados de actuación tendentes al ejercicio de las competencias sobre el mar, pueden constituir una alternativa eficaz mientras las negociaciones sobre delimitación no fructifiquen. Siempre será mejor una buena cooperación que un mal acuerdo.

RESUMEN

El análisis con perspectiva de futuro de las cuestiones relacionadas con la delimitación de espacios marinos implica hacer referencia a las últimas novedades con repercusiones en la delimitación que la práctica estatal, tanto española como de los Estados vecinos, nos ha brindado. Aparición de nuevos espacios, ampliación de las competencias y cambio de denominación de los ya existentes, reivindicaciones de plataforma continental más allá de las 200 millas, mensuración de dichos espacios desde nuevas líneas de base y su repercusión en la delimitación constituyen el objeto de atención de este trabajo. España ve cómo los supuestos en los que se hace imprescindible el trazado de una frontera marina aumentan, los tradicionales siguen sin solución y las dificultades para su encuentro no disminuyen. Un escenario en el que nuestro país debe ser consciente de que la delimitación no es la única alternativa para el disfrute y ejercicio de los derechos conferidos a los ribereños por el Derecho del Mar.

Palabras clave: delimitación de espacios marinos, equidistancia y equidad, ZPE, ZPP, ZEE, PCR, líneas de base archipelágicas, archipiélago de Estado.

⁷¹ Doc. A/66/70/Add.1, p. 72.

ABSTRACT

A prospective analyse of issues related to the delimitation of maritime areas involves reference to the latest developments of state practice, with regard to both Spanish and neighbouring states, and the implications about the respective delimitation. The emergence of new spaces, the enlargement of powers, changes in terms of denominations, the claims of the continental shelf beyond 200 nautical miles, the measure of maritime spaces from new baselines and their impact on the delimitation are therefore the subject of this paper. Spain pictures a situation in which drawing a marine border increase is essential, along with its traditional, and unsolved problems and the difficulties preventing an agreement and not diminishing. In this situation, our country should be aware that the definition is not the only alternative for the usufruct and the rightful exercise of rights conferred to the coastal states with grounds on the Law of the Sea.

Keywords: Maritime spaces delimitation, Equidistance, Equity, Ecological Protection Zone, Fisheries Protection Zone, Exclusive Economic Zone, Continental Shelf beyond 200 nautical miles, archipelagic baselines, archipelago of State.

RÉSUMÉ

L'analyse prospective des questions relatives à la délimitation des espaces maritimes implique qu'il y a besoin de faire référence aux derniers développements que la pratique des États, de l'Espagne et aussi celle des états voisins, avec leur implications pour la délimitation, nous a donné. L'émergence de nouveaux espaces, l'extension des pouvoirs et le changement des noms existants, ainsi que l'affirmation de l'extension du plateau continental au delà de 200 miles maritimes, l'utilisation de nouvelles lignes de base et leur impact sur la délimitation, seront-ils les sujets d'attention de cet article-ci. Espagne voit que les problèmes de délimitation se sont développés, tandis que les hypothèses traditionnelles restent et les difficultés ne diminuent pas. Un scénario dans lequel notre pays doit être conscient que la délimitation n'est pas la seule alternative pour la jouissance et l'exercice des droits conférés aux États côtiers par le Droit de la Mer.

Mots clés : Délimitation des espaces maritimes, équidistance, équité, Zone de Protection Écologique, Zone de Protection de la pêche, Zone Économique Exclusive, Plateau Contiental au-delà des 200 miles, lignes de base archipélagiques, archipel d'État

**ARREGLO JURISDICCIONAL
DE CONTROVERSIAS**

LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA: SU CONTRIBUCIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL

PHILIPPE COUVREUR

*Secretario de la Corte Internacional de Justicia
Miembro correspondiente
de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*

Excelencias,

Señoras y señores,

Antes de comenzar esta presentación, deseo expresarles la gran alegría que siento al estar hoy aquí, en Madrid, con ustedes, con ocasión del septuagésimo quinto aniversario de la *Asesoría Jurídica Internacional de España*. Agradezco sinceramente a los organizadores de este acto, y especialmente al Prof. Martín y Pérez de Nanclares, su amable invitación y su calurosa acogida.

Con ocasión del aniversario que hoy nos reúne, he sido invitado a comentar la obra llevada a cabo por el Tribunal Internacional de Justicia, y lo haré comenzando por dibujar un breve balance histórico de la actividad judicial del Tribunal. A continuación recordaré, de forma necesariamente resumida, algunos de los rasgos más destacados de la contribución del Tribunal al esclarecimiento y desarrollo del derecho internacional.

Como es bien sabido, el Tribunal Internacional de Justicia fue creado en 1945, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto adjunto a la misma, para constituir el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas. Sin embargo, no creo sorprender a nadie si digo que es posible

remontarse a 1920, la verdadera fecha de nacimiento del Tribunal de La Haya, cuando el principio de la creación de un Tribunal Permanente de Justicia Internacional fue inscrito en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones; este Tribunal estaba llamado a resolver “toda divergencia de carácter internacional que le fuese sometida por las Partes” y a emitir – según los deseos del Presidente Wilson - “dictámenes sobre toda divergencia o cuestión que le fuese sometida” por el Consejo o por la Asamblea de la Sociedad.

Además de ser el antecesor del Tribunal actual, el Tribunal Permanente fue un pionero en todos los sentidos. Fue un eslabón esencial en la consolidación progresiva del arreglo judicial. La creación del Tribunal Permanente de Justicia Internacional dio cuerpo a la esperanza —hasta entonces frustrada o fracasada— de establecer un nuevo modo de arreglo jurisdiccional de controversias entre Estados, constituido sobre una base permanente, y abierto, en principio, a todos los Estados.

Con el establecimiento del Tribunal Permanente se encontró una solución al problema de la composición del Tribunal y el modo de elección de sus miembros, cuestiones éstas con las que se habían tropezado anteriormente otros proyectos de establecimiento de una jurisdicción internacional permanente, especialmente el Tribunal Arbitral de 1907. Como resultado de numerosos debates en el seno del Comité de Juristas encargado de elaborar el Estatuto del futuro Tribunal Permanente, se decidió confiar la elección de los jueces a la Asamblea y al Consejo de la Sociedad de Naciones, a partir de una lista de personas presentadas por los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje. El compromiso al que finalmente se llegó permitía tanto satisfacer el principio de igualdad de los Estados representados en la Asamblea, como disipar el temor de las grandes potencias a tener que someterse a las decisiones de un Tribunal cuya composición podría no tener en cuenta la preponderancia de sus intereses y responsabilidades tal y como reflejaba el Consejo. El papel atribuido a los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje es un resto de la propuesta del Barón Descamps, que se inclinaba por confiarles la elección de los jueces; el Sr. de Lapradelle se había opuesto a esta propuesta ya que consideraba que era imposible ignorar los nuevos órganos constituidos por el Pacto. El modo de elección debía también garantizar tanto la independencia y la superior cualificación individual de los jueces como la universalidad del Tribunal; según el Estatuto, las personas llamadas a formar parte del mismo debían asegurar “la representación de las grandes formas de civilización y los principales sistemas jurídicos del mundo” (artículo 9 del Estatuto). La primera condición fue añadida por el Comité de Juristas; la segunda se tomó de las Convenciones de La Haya para el arreglo pacífico de conflictos internacionales de 1899 y 1907. Tal y como subrayó el Comité de Juristas “solamente bajo estas condiciones podrá el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, bajo los auspicios de la Sociedad Universal de las Naciones,

ser un verdadero Tribunal del Mundo”. Estas soluciones presentadas en 1920 respondieron de forma global a las expectativas, y prueba de ello es que se mantuvieron sin cambios en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de 1945 (aunque sí se elevó el número de jueces titulares de 11 a 15 en 1931, medida que fue confirmada formalmente en el Estatuto revisado de 1936).

Lo mismo ocurrió con la cuestión de la jurisdicción obligatoria del Tribunal. Sabemos que el Consejo y la Asamblea de la Sociedad de Naciones no adoptaron la propuesta que hubiera permitido a un Estado que fuera parte del Estatuto del Tribunal Permanente iniciar unilateralmente un procedimiento ante este último sin que hubiera otra convención con el otro Estado parte que rigiera el diferendo que los enfrentaba. Sin embargo, el Estatuto del Tribunal Permanente permitió abrir el acceso al mismo del mayor número posible de Estados, ofreciendo la ya conocida facultad de conferirles una competencia obligatoria, por medio de declaraciones generales, respecto a todas o a ciertas categorías de diferendos de orden jurídico, de acuerdo con el artículo 36, párrafo 2, del Estatuto; esta disposición fue sustancialmente recogida en 1945. Por otro lado, los autores del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional se aseguraron de que se pudiera presentar ante el mismo cualquier asunto que las partes desearan someterle, particularmente en base a cláusulas de competencia contenidas en los tratados de paz que remitían la solución de diferendos sobre unas u otras cuestiones a la competencia obligatoria del Tribunal.

Finalmente, conviene recordar que el Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional consolidó las diferentes fuentes del derecho internacional que después aplicaría este Tribunal. La lista de estas fuentes, sin modificación alguna, figura en el famoso artículo 38 del Estatuto del Tribunal actual. La creación del Tribunal Permanente de Justicia Internacional supuso, en este sentido, establecer la existencia —aparte de las convenciones y de la costumbre internacional— de los principios generales del derecho. El reconocimiento de esta fuente del derecho debía paliar el riesgo que corría la jurisdicción permanente de encontrarse en una situación en la que no podría arreglar ciertos litigios, en caso de tener que limitarse a aplicar de forma estricta las fuentes del derecho internacional admitidas hasta entonces (convenciones y costumbre). El Comité de Juristas encargado de la elaboración del Estatuto del Tribunal precisó que tanto el recurso de equidad como los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” eran fuente verdadera de derecho positivo. Durante los debates en el seno de este Comité, quedó claro que el juez podría aplicar tales principios sin por ello incurrir en la creación legislativa. El reconocimiento de los principios generales del derecho completaba de esta manera la lista de medios a disposición de los jueces para llevar a cabo su misión. El artículo 35 del anteproyecto del Comité de Juristas proponía sin embargo el establecimiento de una jerarquización de las fuentes del derecho internacional, relegando a un tercer lugar los principios generales del derecho. El

Tribunal debía, según el Comité, intentar resolver las controversias sometidas a su jurisdicción aplicando en primer lugar las convenciones internacionales, después la costumbre internacional, y en el caso hipotético de no poder resolver la controversia con estos medios, se aplicarían los principios generales del derecho. La obligación que tenía el Tribunal de proceder de acuerdo con este orden sucesivo fue suprimida por la subcomisión de la Tercera Comisión de la Asamblea. Además, aunque el recurso de equidad no había sido previsto por el Comité de Juristas, la subcomisión —al término de un breve debate— decidió añadir al artículo 38 del proyecto de Estatuto relativo a las fuentes del derecho que el Tribunal podía aplicar, el párrafo siguiente: “La presente disposición no menoscaba la facultad que tiene el Tribunal, si las Partes están de acuerdo, de decidir *ex aequo et bono*”. El objeto de este añadido era, según la subcomisión, dar a la disposición un carácter más flexible. Esta disposición, que pasó como tal al Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, fue retomada en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

El Tribunal Permanente, cuyo Estatuto entró en vigor el 1º de septiembre de 1921, después de haber sido ratificado por una mayoría de Estados Miembros de la Sociedad de Naciones, funcionó efectivamente durante dieciocho años, desde su entrada en funciones en 1922 hasta 1940, antes de ser formalmente disuelto en 1946. La experiencia acumulada de esta manera en un corto lapso de tiempo fue cimentadora, a pesar del contexto político, que era cada vez más delicado.

De manera particular, el primer Tribunal de La Haya y sus miembros sentaron las bases de un verdadero procedimiento judicial internacional que se alimentó tanto de la práctica del arbitraje internacional como de los principios generales que se desprenden de los sistemas jurídicos de derecho interno. Tanto los trabajos de preparación del primer Reglamento del Tribunal en 1922 como los de las sucesivas revisiones, siguen siendo hoy una referencia ineludible a la hora de interpretar y de aplicar los textos que actualmente están en vigor. Más aún, la práctica procesal seguida por el Tribunal Permanente en determinadas materias podría hoy en día sorprender por su modernidad. Aprovechando unas disposiciones poco detalladas en el Reglamento en lo que se refiere al desarrollo del proceso consultivo, el Tribunal Permanente hizo especial prueba de flexibilidad y de apertura permitiendo a entidades no estatales participar en un procedimiento abierto ante el mismo. Tal fue el caso de varias asociaciones, federaciones y sindicatos de carácter internacional, aunque no gubernamental, que fueron autorizados a presentar alegatos escritos y a ser escuchados durante las audiencias públicas en cuestiones relativas a la Organización Internacional del Trabajo o a convenciones adoptadas en su seno¹.

¹ Designación del delegado obrero en la Conferencia Internacional del Trabajo, serie B n.º 1, dictamen del 31 de julio de 1922; Organización Internacional del Trabajo y métodos de la producción agrícola, serie B n.º 2, dictamen del 12 de agosto de 1922; Organización Internacional del Trabajo y trabajo personal del patrono, serie B n.º 13, dictamen del 23 de julio de 1926; Interpretación del Convenio de 1919 relativo al trabajo nocturno femenino, serie A/B n.º 50, dictamen del 15 de noviembre de 1932.

Por otro lado, no hace falta que les recuerde la importante contribución del Tribunal Permanente al fondo mismo del derecho internacional, que ha esclarecido con sus decisiones algunos de los principios generales del derecho internacional; un ejemplo ilustrativo de ello es que la jurisprudencia del Tribunal Permanente (en materia de derecho de los tratados o en materia de la responsabilidad de los Estados) sigue siendo utilizada frecuentemente por el Tribunal actual. La preparación del terreno por parte del Tribunal Permanente respondió indudablemente a la esperanza que había sido puesta en la institución de una jurisdicción permanente de competencia general y proyección universal, mejor equipada que los anteriores tribunales arbitrales para asegurar la construcción de una jurisprudencia coherente y así colmar las aspiraciones de los Estados a una mayor previsibilidad y seguridad jurídica.

Es justo destacar, aunque a veces se olvida, que el Tribunal Permanente fue una pieza de engranaje particularmente útil y eficaz en el primer ensayo de organización política universal que fue la constitución de la Sociedad de Naciones. Se presentaron ante el Tribunal veintinueve procedimientos entre Estados y se emitieron veintisiete dictámenes. De este modo, durante el periodo de actividad del Tribunal (1922-1940), se pronunciaron de media 3 o 4 fallos o dictámenes anuales. El Tribunal Internacional de Justicia actual ha alcanzado esta cantidad sólo en fechas recientes (desde mediados de los años 2000). También en este sentido, los procedimientos ante el Tribunal Permanente fueron conocidos por su gran celeridad, aunque el Tribunal no se reunía de forma permanente y, por supuesto no existían las facilidades de comunicación ni los medios tecnológicos de hoy en día. La duración media de un procedimiento sobre el fondo, desde su incoación hasta el pronunciamiento de la decisión final, se situaba entre los doce y los dieciocho meses. Los plazos de la fase escrita eran especialmente breves, con una media de un mes y medio para la presentación de cada pieza procesal por las Partes, sin que se perjudicara la calidad de las exposiciones. Del mismo modo, la fase oral se desarrollaba también en plazos breves, generalmente sólo algunas semanas después del cierre de la fase escrita. Los consejeros y abogados exponían sus alegatos sin ayuda de textos y el tiempo de preparación de las réplicas era extremadamente breve.

Más allá de un balance contable más o menos estricto, el Tribunal Permanente participó de manera eficaz en el arreglo de situaciones y controversias derivadas de la Primera Guerra Mundial. En base a los tratados de paz de 1919, que ligaron el mantenimiento de la paz al arreglo judicial de las controversias, se presentaron ante el Tribunal Permanente numerosas cuestiones derivadas de las transferencias territoriales ejecutadas por estos tratados. Esta importante tarea representó casi la mitad de los asuntos contenciosos llevados ante el Tribunal, es decir 14 asuntos sobre un total de 29, y más de la mitad de los dictámenes, o sea 19 sobre un total de 27. Un número de decisiones del Tribunal Permanente

versó sobre algunas consecuencias concretas del arreglo de paz de 1919/1920, que afectaron, por ejemplo, a los bienes de particulares o a los derechos de las minorías nacionales. En este contexto, se debe subrayar igualmente el frecuente recurso a la función consultiva del Tribunal Permanente por parte del Consejo de la Sociedad de Naciones. Era práctica común que éste, por propia iniciativa o a petición de los Estados interesados, presentara ante el Tribunal peticiones de dictámenes que le ayudaran a solucionar cuestiones o diferendos jurídicos a los que debía dar respuesta. El Consejo imponía entonces frecuentemente, por la vía política, la solución que proponía el dictamen. El contraste con la práctica del Consejo de Seguridad es llamativo, pues éste ha solicitado un dictamen del Tribunal Internacional de Justicia solamente en una ocasión.

Prueba de la confianza que en aquella época inspiraba el Tribunal Permanente a los Estados, así como del entusiasmo por el arreglo judicial de controversias en sus diferentes formas, es el número de Estados que suscribieron la declaración de aceptación de la competencia obligatoria, que alcanzó un récord a mediados de los años 30 (cuarenta y dos Estados de los cincuenta y cinco Estados miembros de la Sociedad de Naciones o firmantes del Protocolo que estableció el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, o sea, más de un 70%, estaban ligados por una cláusula facultativa con fecha de 15 de junio de 1935; hoy en día, solamente un 35% de los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas (70 de 193) ha realizado tal declaración). En esa misma época se concluyeron cientos de tratados que contenían cláusulas compromisorias que preveían la jurisdicción del Tribunal.

Naturalmente, la crisis de los años 30, el hundimiento de la Sociedad de Naciones y el cataclismo mundial que vino a continuación hicieron sonreír sarcásticamente a los escépticos que veían la institucionalización de la justicia internacional como un simple sueño utópico, incapaz de solucionar las graves crisis internacionales. Sin embargo, el Tribunal Permanente era prueba de la utilidad del arreglo judicial, junto a otros métodos arbitrales o diplomáticos, para solucionar litigios internacionales. Es más: ni siquiera en los primeros proyectos de construcción de una nueva organización internacional surgidos al final de la Segunda Guerra Mundial, se puso en duda la idea de re-establecer una jurisdicción internacional permanente, ni bajo una nueva modalidad ni bajo la misma.

A pesar de la ruptura histórica y jurídica que representó la creación de la Organización de las Naciones Unidas como sustituta de la difunta Sociedad de Naciones, el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia fue establecido en base al de su predecesor (artículo 92 de la Carta), asegurando una continuidad entre los dos tribunales, tal y como lo atestiguan —por ejemplo— los artículos 36, párrafo 5, y 37 del nuevo Estatuto. La página que se pasó en 1945 tanto en la evolución de las relaciones internacionales como en la organización del mantenimiento de la paz y la seguridad, situó al Tribunal cara a un mundo profundamen-

te transformado y ante nuevas realidades institucionales. Así, con la entrada en funciones del nuevo Tribunal en 1946, comienza un nuevo capítulo en la historia del Tribunal de La Haya.

Desde 1946 el Tribunal Internacional de Justicia ha pronunciado 114 fallos y ha emitido veintisiete dictámenes. El Tribunal ha sabido adaptarse a la gran evolución en las relaciones internacionales. Su composición se ha diversificado de manera que le permite reflejar mejor el aumento masivo del número de Estados de la comunidad internacional. En el momento de su creación, el Tribunal estaba al servicio de cincuenta y un Estados. En estos momentos es el Tribunal de ciento noventa y tres justiciables. Las cuestiones presentadas ante el Tribunal se han salido rápidamente del marco europeo en el que estaba principalmente confinado el TPJI. El examen de la función del Tribunal revela la verdadera universalidad del uso de sus servicios para el arreglo de controversias internacionales. Cerca de 90 Estados de todas las regiones del globo han sido parte de asuntos presentados ante el Tribunal. El Tribunal ha tratado asuntos que afectaban a Estados de una misma región (más de una treintena de europeos, cerca de veinte africanos y una decena de asiáticos) y diferendos de carácter mixto o “intercontinental” (unos 40).

No me es posible reconstituir aquí toda la historia de la actividad judicial que el Tribunal Internacional de Justicia ha llevado a cabo durante casi setenta años. No es una historia lineal y, además, la naturaleza tanto de las cuestiones que le han sido sometidas como de la sociedad internacional, ha evolucionado con el paso del tiempo. Con ocasión del aniversario que celebramos hoy, me contentaré con presentar un balance —necesariamente resumido y ciertamente incompleto— del papel que ha tenido el Tribunal Internacional de Justicia en el cumplimiento de sus funciones judiciales al servicio de los objetivos y principios de las Naciones Unidas.

1. EL TIJ Y LOS OBJETIVOS DE LAS NACIONES UNIDAS: EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ Y LA SEGURIDAD INTERNACIONAL Y EL ARREGLO PACÍFICO DE CONTROVERSIAS.

Como órgano principal de las Naciones Unidas, el Tribunal es parte esencial en la realización del primero de los objetivos de la Organización, a saber, el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacional por medio del arreglo pacífico de controversias de carácter internacional (artículo 1, párrafo 1, de la Carta de las Naciones Unidas), conforme a los principios de la justicia y el derecho internacional. En este sentido, la función del Tribunal ha variado a lo largo de su historia, y se podría decir que durante la primera época del nuevo Tribunal, el contexto político de guerra fría y de coexistencia más o menos pacífica es un factor explicativo de la poca recurrencia al arreglo judicial de controversias.

Al principio el Tribunal contribuyó a los objetivos de la Organización fundamentalmente a través del esclarecimiento y el refuerzo del derecho de las Naciones Unidas. En una secuencia única de dictámenes, el Tribunal confirmó que la Organización de las Naciones Unidas poseía personalidad jurídica internacional, podía pedir reparaciones y, para el cumplimiento de su misión, disponía de poderes implícitos (además de los poderes que se le habían sido específicamente conferidos) (*Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*). Así mismo, el Tribunal afirmó que la Asamblea General podía imponer a los Estados miembros el pago de contribuciones por ella establecidas, y que éstos debían pagar sus cuotas (*Ciertos gastos de las Naciones Unidas* (artículo 17, párrafo 2 de la Carta). El Tribunal también reconoció que la Asamblea tenía una función normativa en la formación del derecho internacional (*Sahara occidental*).

Estos dictámenes han contribuido de manera importante al fortalecimiento de la Organización. El Tribunal participaba de este modo en el arreglo pacífico de controversias en calidad de órgano de las Naciones Unidas, ayudando a que los demás órganos pudieran conseguir los objetivos previstos en la Carta de la manera más eficiente posible. El Tribunal no ha abandonado este tipo de actividad, como lo demuestran los procedimientos consultivos de los últimos años relativos, por ejemplo, a la *Licitud del empleo o de la amenaza de las armas nucleares*, o a las *Consecuencias de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*. Los órganos de las Naciones Unidas han expresado a menudo el interés de recurrir más frecuentemente a la función consultiva, pero éste no ha tenido el eco deseado. Y ello es especialmente cierto en lo que se refiere al Consejo de Seguridad que, como ya he recordado, ha solicitado al Tribunal un sólo dictamen, y ya hace de ello más de cuarenta años (*Consecuencias jurídicas para los Estados relativas a la continua presencia de Sudafrica en Namibia a pesar de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*). El contraste con la práctica del Consejo de la Sociedad de Naciones es cuando menos significativo, aunque en parte sea también comprensible.

Como ya he dicho, en lo relativo a la competencia contenciosa, durante años las grandes crisis internacionales que planteaban problemas de seguridad inmediatos escaparon al examen del Tribunal a causa de la falta de voluntad política de los Estados de plantear ante el Tribunal los aspectos jurídicos de estos problemas. El principio de consensualismo, por muy legítimo que sea en una sociedad internacional que se mantiene poco integrada, ciertamente limita la contribución del Tribunal al arreglo pacífico de controversias. En cualquier caso, en los asuntos en que se recurrió al Tribunal, éste cumplió su función plenamente.

Hasta los años 70, los fallos del Tribunal trataban fundamentalmente de cuestiones de delimitación territorial y protección diplomática. En este sentido, la contribución del Tribunal a la consecución de los objetivos de las Naciones Unidas fue de naturaleza más bien preventiva. Efectivamente, salta a la vista que las cuestiones territoriales o de tratamiento de personas y bienes están en el origen de numerosos conflictos. Los fallos del Tribunal que zanjaron estas cuestiones

fueron ejecutados por las partes sin mayores dificultades. Los diferendos en cuestión quedaban definitivamente arreglados y las partes satisfechas. La contribución del Tribunal a la prevención de conflictos, aunque no espectacular, sí fue igual de eficiente que la contribución a la solución de este tipo de controversias o —de manera más general— al desarrollo del derecho internacional. Volveré sobre este punto un poco más tarde.

Llegando los años 80 se produjo un cambio importante. El Tribunal comenzó a tratar controversias que llevaban asociadas amenazas más inmediatas para la paz y la seguridad internacional. Los asuntos del *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (1979-1980), de las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (1984-1986) y el asunto del *Diferendo fronterizo* que siguió a la “guerra de Navidad” entre Burkina Faso y Mali, dieron ocasión al Tribunal de ejercer sus funciones judiciales en situaciones de crisis internacional aguda. El Tribunal afirmó que el recurso paralelo a un modo de arreglo político no era obstáculo para el cumplimiento de sus funciones. El Tribunal esclareció así la relación entre los diferentes modos de arreglo pacífico de controversias, poniendo de relieve su carácter complementario. Además, subrayó que, en el campo del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, el artículo 24 de la Carta confería al Consejo una responsabilidad principal, pero no exclusiva. De este modo, el Tribunal declaró que “[a]unque el artículo 12 de la Carta prohíbe expresamente a la Asamblea General hacer recomendación alguna con respecto a una controversia o situación sobre la cual el Consejo de Seguridad esté desempeñando sus funciones, ni la Carta ni el Estatuto restringen de manera similar el ejercicio de las funciones del Tribunal”².

Además, el Tribunal ha indicado medidas cautelares de gran alcance, incluyendo las de carácter militar, como las del asunto del *Diferendo fronterizo (Burkina Faso/Mali)*.

² Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos de América c. Irán), fallo, C.I.J. Compendio 1980, p. 22, par. 40. Ver también *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua* (Nicaragua c. Estados Unidos de América), competencia y admisibilidad, fallo, C.I.J. Compendio 1984, p. 433-434, par. 93 y p. 434-435, par. 95 «[e]n efecto el artículo 12 determina claramente las funciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad precisando que, mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna la Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad, pero ninguna disposición parecida figura en la Carta en lo que se refiere al Consejo de Seguridad o al Tribunal».

El artículo 12 se lee como sigue:

«1. Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.

2. El Secretario General, con el consentimiento del Consejo de Seguridad, informará a la Asamblea General, en cada periodo de sesiones, sobre todo asunto relativo al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que estuviere tratando el Consejo de Seguridad, e informará asimismo a la Asamblea General, o a los Miembros de las Naciones Unidas si la Asamblea no estuviere reunida, tan pronto como el Consejo de Seguridad cese de tratar dichos asuntos.»

Después de 1986 esta tendencia se confirma. El Tribunal ha tratado asuntos relativos a ciertos conflictos que se encuentran entre los más graves del último decenio, ya sea la crisis de los grandes lagos en África, o las guerras en la ex Yugoslavia. En los asuntos relativos a *Ciertas actividades armadas en el territorio del Congo* y a la *Aplicación de la convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, el Tribunal no sólo intervino de manera urgente para hacer oír la voz del derecho incluso mientras se cometían atrocidades sobre el terreno, sino también al término de estos conflictos, ejerciendo su oficio con el establecimiento de la responsabilidad de los Estados afectados y abriendo la puerta a la restauración de relaciones de amistad.

Además, ante el Tribunal se han presentado numerosas controversias que, aunque no trataran directa o formalmente con el uso de la fuerza, eran susceptibles de engendrar situaciones bélicas, o se habían materializado en un contexto armado, como han sido los casos recientes en el Cáucaso (*Aplicación de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Rusia)*) y en Asia (a causa de las tensiones creadas entre Camboya y Tailandia en 2011 por la cuestión del *Templo de Preah Vihear*). En el caso de la *Demanda de interpretación del fallo de la Corte de 15 de junio de 1962 en el caso relativo al Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)*, el Tribunal indicó medidas cautelares sin precedente, ordenando la retirada de las fuerzas armadas de ambas Partes de su propio territorio, más allá de una zona provisionalmente desmilitarizada y definida por el Tribunal mismo³.

2. EL TIJ Y LOS PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS: LA CONSOLIDACIÓN Y EL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL A ESCALA INTERNACIONAL

Más allá de la participación directa del Tribunal en la consecución de los objetivos de las Naciones Unidas, y paralelamente a la evolución de las necesidades de la sociedad internacional, la jurisprudencia que éste ha desarrollado durante sus casi setenta años de existencia ha contribuido de manera única al asentamiento y la consolidación del derecho internacional en las relaciones internacionales. Usando una terminología que se ha puesto muy de moda en los últimos años, el Tribunal ha cumplido y continua cumpliendo una función insustituible en la “promoción del Estado de Derecho” en el plano internacional⁴. Me limitaré a evocar brevemente, en esta última parte de mi intervención, los que en

³ Auto del 18 de julio de 2011. Las tensiones que dieron lugar a la indicación de estas medidas ya habían sido presentadas ante el Consejo de Seguridad, que había hecho unas declaraciones a la prensa sobre el tema («sobre la situación en la frontera entre Camboya y Tailandia») en febrero de 2011 (SC/10174).

⁴ Declaración de la Reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el estado de derecho a nivel nacional e internacional, 24 de septiembre 2012, A/RES/67/1.

mi opinión son los tres pilares esenciales del Estado de Derecho a nivel internacional, así como la contribución del Tribunal a cada uno de ellos.

En primer lugar, todas las actividades del Tribunal están orientadas a la promoción del estado de derecho de manera que se asegure el respeto al derecho y a la justicia en la sociedad internacional. En este sentido, las decisiones del Tribunal ofrecen a los Estados y a las organizaciones una referencia en diversas materias que “guíe sus actividades y confiera certeza y legitimidad a sus acciones”⁵. Anteriormente recordé la aportación del Tribunal, por medio de sus dictámenes, a la consolidación de la preeminencia del derecho como instrumento en el eficaz funcionamiento de las organizaciones internacionales y órganos de las Naciones Unidas; tal y como se indica en el primer dictamen emitido por el Tribunal el carácter político de un órgano no lo disculpa de observar el derecho⁶.

En el ejercicio de su competencia contenciosa el Tribunal ha concretado numerosos principios esenciales del derecho internacional tal y como se describen en la Carta de las Naciones Unidas. Pienso por supuesto en el destacado aporte de la jurisprudencia del Tribunal a la prohibición del recurso a la fuerza o la legítima defensa. Cabe recordar que en el primer asunto contencioso presentado ante el Tribunal, el del *Estrecho de Corfú*, éste afirmó que la política de fuerza “que, en el pasado, dio lugar a los más graves abusos... no podrá, independientemente de las deficiencias presentes en la organización internacional, encontrar lugar alguno en el derecho internacional”⁷. En su fallo de 1986 en el asunto relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, el Tribunal tuvo la ocasión de examinar detalladamente las reglas internacionales pertinentes, pudiendo de esta manera confirmar su carácter consuetudinario y concretar las condiciones del recurso a la legítima defensa. El Tribunal confirmó estas reglas diez años más tarde en el marco del dictamen relativo a la *Licitud de la amenaza o del empleo de las armas nucleares*. Tuvo la ocasión de examinar cuestiones relativas a la legítima defensa en el asunto de las *Plataformas petrolíferas*, en el dictamen relativo a las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*, y en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*.

Del mismo modo debemos recordar aquí la jurisprudencia del Tribunal en lo que se refiere a los derechos humanos, cuyo respeto y desarrollo figuran entre los objetivos de las Naciones Unidas (artículos 1, párrafo 3, y 55 de la Carta). Aunque la competencia del Tribunal esté limitada a controversias interestatales o a cuestiones jurídicas relacionadas fundamentalmente con las actividades de las organizaciones internacionales, éste ha podido subrayar en diversas ocasiones

⁵ Cf. la resolución precitada, par. 2.

⁶ Condiciones para la admisión de un Estado como Miembro de las Naciones Unidas (Carta, art. 4), dictamen, C.I.J. Compendio 1948, p. 64.

⁷ Estrecho de Corfú, fallo del 9 de abril de 1949 (fondo), C.I.J. Compendio 1949, p. 35.

la importancia de los derechos fundamentales de la persona humana (*Barcelona traction, Consecuencias jurídicas para los Estados relativas a la continua presencia de Sudáfrica en Namibia, Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado*) así como sancionar claramente su existencia y su alcance en el plano internacional (en lo relativo al carácter imperativo de la prohibición de la tortura, véase *Cuestiones relativas a la obligación de perseguir o de extraditar (Bélgica c. Senegal)*). La contribución del Tribunal a la consecución concreta de la protección de los derechos de los individuos ha quedado claramente plasmada en los asuntos LaGrand y Avena, en los cuales reconoció que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre las relaciones consulares confería derechos a los individuos (sin por ello pronunciarse sobre su naturaleza de “derechos del hombre”) y que el Estado podía hacer valer estos derechos ante el Tribunal paralelamente a la violación de sus propios derechos. El asunto *Ahmadou Sadio Diallo* también permitió medir la extensión del campo de aplicación de la protección diplomática que “aunque originalmente estuviera limitada a presuntas violaciones del estándar mínimo en el tratamiento de los extranjeros, ahora se extiende de manera que incluye especialmente los derechos del hombre garantizados a nivel internacional”⁸.

También sería posible referirse a las decisiones del Tribunal relativas al derecho de la descolonización, al derecho internacional humanitario o incluso al derecho internacional medioambiental. En todas estas ramas del derecho internacional, el Tribunal ha subrayado y sancionado ciertos valores que son fundamentales entre las preocupaciones de la comunidad internacional.

En segundo lugar, la contribución del Tribunal a la promoción del estado de derecho se puede medir según la influencia que su jurisprudencia ha ejercido en el desarrollo del derecho internacional. En el ejercicio de aplicación del derecho internacional, el Tribunal a menudo ha jugado un papel importante en la cristalización de nuevas normas del derecho internacional. La influencia del Tribunal fue puesta de manifiesto claramente en la definición de los principios aplicables en materia de delimitación de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva. El Tribunal jugó así mismo un papel protagonista en el establecimiento y desarrollo de los principios que presiden la responsabilidad internacional de los Estados. En estos dos temas concretamente, los trabajos de codificación se han beneficiado de la jurisprudencia del Tribunal y de las soluciones encontradas para las controversias presentadas ante el mismo. Y, por supuesto, el Tribunal también ha encontrado en las grandes codificaciones establecidas durante el siglo XX algunos de los principios y reglas cuyo valor jurídico consuetudinario ha podido confirmar.

Finalmente, en tercer lugar, más allá del respeto y del desarrollo del derecho internacional, el Tribunal tiene la responsabilidad de velar por la coherencia

⁸ Fallo del 24 de mayo de 2007, C.I.J. Compendio 2007, p. 599, par. 39.

y la unidad del derecho internacional, pues son componentes esenciales en la construcción de una sociedad internacional fundada en el derecho. La singular naturaleza del Tribunal como la más alta jurisdicción mundial y su universalidad, le imponen este deber. El TIJ ha sido desde sus inicios no solamente el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, sino también el “órgano del derecho internacional” (*Estrecho de Corfú*), cuyas decisiones y jurisprudencia conllevan una autoridad y una legitimidad sin par. Tanto los fallos como los dictámenes constituyen un instrumento único a la hora de conocer el derecho, y son una guía para su aplicación. La tarea del Tribunal ha evolucionado desde 1945 debido a la mayor complejidad de la sociedad internacional y a la multiplicación de organizaciones y de instancias dedicadas a la producción y aplicación del derecho. En este sentido, la reciente jurisprudencia del Tribunal es testimonio de la preocupación por tener en cuenta la creación de nuevas jurisdicciones, tanto a escala nacional como internacional, que puedan interpretar y aplicar las reglas que este último deba también tener en cuenta⁹. Sin renunciar nunca a su propio juicio ni a la misión que le ha sido específicamente encomendada, el Tribunal puede así asegurar que el progreso del derecho en la sociedad internacional se realice sin que aumenten la inestabilidad o la inseguridad jurídica: retomando los términos del Tribunal “[r]edunda en la necesaria claridad y la indispensable coherencia del derecho internacional; redunda en la seguridad jurídica, que es un derecho para las personas privadas beneficiarias de los derechos garantizados y para los Estados que deben respetar las obligaciones convencionales”¹⁰.

Excelencias,

Señoras, señores,

El resumido balance que acabo de elaborar anima indudablemente a dibujar algunas de las perspectivas de futuro del Tribunal Internacional de Justicia. Aunque no entraré en detalles, me gustaría hacer dos cortas observaciones a modo de añadido a este balance.

En primer lugar, el ejercicio de las funciones de la jurisdicción internacional permanente reposa siempre en el consentimiento de los Estados, lo cual implica

⁹ Cf. Consecuencias de la construcción de un muro en el Territorio Palestino Ocupado (interpretación del Comité de los Derechos del Hombre en relación a la aplicación del Pacto para el ejercicio por parte de los Estados de su competencia fuera del territorio nacional); Aplicación de la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio (jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en relación a la definición de genocidio, y, en particular la intención específica (*dolus specialis*)); Ahmadou Sadio Diallo (jurisprudencia de la Comisión Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con relación a las condiciones de expulsión de los extranjeros).

¹⁰ Ahmadou Sadio Diallo, fallo del 30 de noviembre de 2010, C.I.J. Compendio 2010, p. 664, par. 66.

el respeto y la ejecución, inmediatas y en su totalidad, de las decisiones del Tribunal en los asuntos que los Estados presentan y de los que son parte. También debemos alegrarnos de que la falta de un mecanismo que garantice la ejecución de las decisiones del Tribunal (con excepción de la intervención del Consejo de Seguridad en virtud del artículo 94, párrafo 2, de la Carta) no haya tenido prácticamente repercusiones en la buena ejecución de las decisiones por parte de los Estados. Creo que debemos subrayar especialmente esta prueba de la eficacia de la jurisdicción internacional y, por lo tanto, de su contribución al respeto efectivo del estado de derecho a nivel internacional.

En segundo lugar, el éxito de una jurisdicción internacional reposa en la confianza que depositan los Estados en la capacidad de ésta para llevar a cabo su misión con celeridad, economía y eficacia. El TIJ ha demostrado también que puede responder a los deseos de los Estados reformando regularmente sus métodos de trabajo y adaptando su funcionamiento a las nuevas realidades para poderse enfrentar a una carga de trabajo y una complejidad que ha ido en aumento con el paso de tiempo.

Esta doble constatación vendría a confirmar, en caso necesario, un balance de salud positivo para una institución judicial que celebrará pronto sus 70 años de existencia.

Les agradezco mucho su atención.

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN LA ENCRUCIJADA

JUAN ANTONIO YÁÑEZ-BARNUEVO

Embajador de España

Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional (2002-2004)

Hay que felicitarse por la celebración en la Escuela Diplomática de las Jornadas conmemorativas del LXXV aniversario del establecimiento en el Ministerio de Asuntos Exteriores (MAE) de la Asesoría Jurídica Internacional (AJI), ocurrido en plena guerra civil, sobre la base de algunos pasos anteriores que se remontan a la Monarquía constitucional y a la II República. El hecho de haber formado parte de la AJI durante tres periodos (como asesor al poco tiempo de ingresar en el Servicio Exterior, más tarde Jefe adjunto y finalmente Jefe) y haber estado estrechamente en contacto con la Asesoría en distintas etapas de mi carrera (casi siempre ligada a la diplomacia multilateral) hace que conozca de cerca y valore en cuánto vale todo lo que la AJI representa como una suerte de “memoria y conciencia” del MAE en muchos y relevantes aspectos de las relaciones internacionales de España.

Esta efemérides nos invita a una visión retrospectiva sobre los indudables progresos que, con altos y bajos, se han registrado en el orden internacional durante esos tres cuartos de siglo. Más en particular, nos proporciona la oportunidad de hacer un balance provisional sobre el primer decenio de actividad efectiva de la Corte Penal Internacional, emanación ella misma de una serie de notables avances de la justicia penal internacional que, arrancando desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se han acelerado tras la superación de la guerra fría entre el Este y el Oeste.

A este respecto, no debe olvidarse que la diplomacia española —incluida la propia AJI— ha tenido un papel nada despreciable en las transformaciones ocurridas en ese campo a lo largo del último cuarto de siglo: una tarea a la que dediqué no pocos desvelos, especialmente entre 1993 y 2004, contando para ello con la inestimable colaboración de un gran equipo de personas competentes y entregadas, procedentes de la Administración, la Justicia y la Universidad españolas. A todos ellos, mi profundo y permanente agradecimiento.

1. DE NUREMBERG A LA HAYA, PASANDO POR NUEVA YORK Y ROMA

Cuando pasamos en revista la evolución del orden internacional en los últimos 75 años, uno de los cambios más llamativos —junto con la Carta de las Naciones Unidas y todo lo que se deriva de ella— es el extraordinario desarrollo de las normas de Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, así como de las instituciones llamadas a supervisar y exigir su cumplimiento efectivo, entre ellas y de modo especialmente relevante la justicia penal internacional. Todo ello forma parte del gran proceso que se ha denominado de humanización del orden internacional.

Ya desde el siglo XIX se habían dado iniciativas aisladas, por parte de algunos juristas o de asociaciones pacifistas, tendentes a la creación de una instancia judicial internacional consagrada a garantizar el respeto de las normas emergentes de Derecho humanitario. Ya en el periodo de la Sociedad de las Naciones se avanzó en el intento, que quedó malogrado, de concluir un acuerdo para establecer un tribunal penal internacional que conociera, inicialmente, de los delitos de terrorismo con implicaciones transfronterizas. Con todo, hubo que esperar a 1945 para que las potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial pusieran en pie sendos tribunales de excepción encargados de juzgar a los responsables de los más graves crímenes contra la paz y la conciencia de la humanidad cometidos con ocasión del conflicto, tanto por la Alemania nazi en Europa (el Tribunal de Nuremberg y sus sucesores) como por el imperialismo japonés en el Extremo Oriente (el Tribunal de Tokio).

Como es sabido, los principios derivados de los instrumentos creadores de esos Tribunales y de la jurisprudencia de ellos emanada fueron endosados solemnemente poco tiempo después por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con lo que se les dio mayor legitimidad y un alcance universal. Sin embargo, durante varias décadas las Naciones Unidas, a pesar de esfuerzos esporádicos, se vieron incapaces de avanzar decisivamente en el proyecto de crear una jurisdicción penal internacional de carácter permanente y ámbito potencialmente mundial. Eso sí, durante esas décadas se registraron importantes progresos en la codificación y el desarrollo de las normas materiales que estaría llamada a

aplicar tal jurisdicción cuando por fin viera la luz: desde la Convención contra el Genocidio (1948) y los Convenios de Ginebra sobre Derecho internacional humanitario (1949), así como sus Protocolos adicionales de 1977, a los Pactos internacionales de derechos humanos (1966) y toda la serie de convenciones de Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos en diversos ámbitos sin olvidar la Declaración sobre la Definición de la Agresión adoptada por consenso por la Asamblea General (1974).

El panorama para la justicia penal internacional cambió de signo a comienzos de la década de los 90 como consecuencia, por un lado, del final de la guerra fría y de la consiguiente mayor cooperación entre las grandes potencias en el seno de las Naciones Unidas y, por otro, de las masivas atrocidades cometidas en distintos conflictos localizados, fundamentalmente los ocurridos en los Balcanes en Europa y en la región de los Grandes Lagos de África. Como reacción ante esos acontecimientos y espoleado por el clamor de la opinión pública, el Consejo de Seguridad decidió en 1993 y 1994, con base en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la creación de sendos Tribunales penales internacionales para conocer directamente de los más graves crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda, respectivamente, incluso con primacía sobre los tribunales nacionales competentes. España, que era en aquellos años miembro no permanente del Consejo de Seguridad, apoyó firmemente ambas decisiones, aportando ideas y sugerencias concretas en un memorándum presentado en 1993 al Secretario General y manifestando públicamente en el Consejo de Seguridad que los Tribunales *ad hoc* solo podían ser soluciones transitorias para atender situaciones que así lo requerían hasta que se creara un tribunal penal internacional de carácter permanente y general. Para concretar su decidido apoyo a la justicia penal internacional, España promulgó sendas leyes de cooperación con cada uno de esos Tribunales.

Resulta por lo menos curioso que ambos Tribunales, producto de crisis específicas a las que había que responder urgentemente, continúen todavía existiendo, veinte años después de su creación, aunque estén ya próximos a completar sus tareas. Aunque esos pasos fueron fundamentales en el desarrollo de la justicia penal internacional, lo cierto es que el Consejo de Seguridad no ha considerado necesario u oportuno seguir esa vía con el establecimiento de nuevos tribunales *ad hoc*, si bien ha favorecido o endosado el surgimiento de distintos tipos de tribunales penales de carácter híbrido o mixto bajo los auspicios de las Naciones Unidas, para atender a situaciones específicas en distintos lugares (Camboya, Sierra Leona, Líbano, etc.). De esta manera se ha ido consolidando el principio de la lucha contra la impunidad mediante la exigencia de responsabilidad penal individual por los más graves crímenes de trascendencia internacional —entendiendo por tales, fundamentalmente, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra—, aunque puedan variar los mecanismos (nacionales, internacionales o mixtos) por los que se lleve a la práctica tal principio.

Antes incluso de la acción decidida por el Consejo de Seguridad, y por instrucción de la Asamblea General, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) reanudó los trabajos interrumpidos décadas atrás, emprendiendo la elaboración de sendos documentos, uno de carácter institucional y procedimental, en forma de proyecto de Estatuto de una jurisdicción penal internacional (1994) y el otro de contenido material, como proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (1996). Dejemos aquí constancia de que España se manifestó formalmente en favor del establecimiento de un tribunal penal internacional dotado de competencia general, en sus observaciones escritas y detalladas presentadas a la CDI en 1995. Ese mismo año, ostentando España la presidencia comunitaria, intervino en la Asamblea General para expresar por vez primera el apoyo colectivo de los países de la Unión Europea a los trabajos encaminados al establecimiento de una jurisdicción penal internacional que fuese independiente, permanente y de competencia general.

El proceso que condujo a la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) fue, por tanto, completamente distinto al de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, puesto que se llevó a cabo por impulso de la Asamblea General, mediante un Comité Preparatorio de composición intergubernamental y carácter plenario, que procedió a refundir los dos documentos elaborados por la CDI y completarlos en una serie de aspectos, fundamentalmente de carácter institucional y jurisdiccional, todo ello contando ya con la experiencia de los primeros trabajos de los Tribunales *ad hoc*. El resultado se vertió en el molde de un proyecto de tratado multilateral, el cual fue sometido a la Conferencia Diplomática celebrada a tal efecto en Roma en el verano de 1998 bajo los auspicios de las Naciones Unidas, que reunió a 160 delegaciones gubernamentales, aparte de numerosos observadores de organismos internacionales y ONGs. Tras una intensa negociación, el Estatuto de Roma fue adoptado por una amplia mayoría de los Estados participantes en la Conferencia, por 120 votos a favor (incluyendo el voto de España), 7 en contra y 21 abstenciones, aunque sin contar con el concurso de algunos importantes países o grupos (entre ellos, señaladamente, Estados Unidos y China, así como la mayor parte de los países árabes e islámicos).

Desde el momento en que se abrió a la firma el 18 de julio de 1998, el Estatuto de Roma ha llegado a ser firmado por 139 Estados, lo que supone una proporción muy alta (casi tres cuartas partes) de la actual comunidad internacional. A pesar de las predicciones pesimistas de algunos agoreros, el Estatuto superó sin demasiadas dificultades el umbral de las sesenta ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, lo que ocurrió el 1 de julio de 2002, apenas cuatro años después de su adopción, lo que supone un plazo comparativamente breve para un instrumento internacional de ese alcance y tales implicaciones. El inesperado éxito de la Conferencia de Roma y del proceso de ratificación

del Estatuto se debió en gran medida a la acción combinada de un grupo de Estados Afines, principal impulsor del objetivo de crear una Corte sólida y creíble, formado por países de diversos continentes y sistemas jurídicos —y contando como núcleo central con la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea—, junto con la Coalición de ONGs en pro de la justicia penal internacional, que desempeñó un activo papel de estímulo y enlace con la opinión pública informada y muchos parlamentos nacionales en diversas partes del mundo. España, que tuvo una parte activa en las posiciones e iniciativas de la U. E. y del grupo de Estados Afines, suscribió el Estatuto el mismo día en que se abrió a la firma, lo ratificó en 2000 (fue el vigésimo segundo Estado en hacerlo) y formó parte del colectivo de Estados partes fundadores de la CPI a la entrada en vigor del Estatuto en 2002.

Mientras se desarrollaba la campaña para la obtención de firmas y ratificaciones, una Comisión Preparatoria, también de composición intergubernamental y bajo los auspicios de las Naciones Unidas, preparó los proyectos de instrumentos previstos en el Estatuto, tanto de carácter material (Elementos de los Crímenes) o procedimental (Reglamento de Procedimiento y Prueba) como institucional (Acuerdo de Privilegios e Inmunidades; Acuerdo de sede con el Estado anfitrión, Países Bajos; Acuerdo de relación con la ONU) o administrativa (reglas financieras y de gestión, etc.). De esa manera, todo estaba listo para el momento en que, al entrar en vigor el Estatuto, se constituyó la Asamblea de Estados Partes, que adoptó formalmente los textos de desarrollo del instrumento fundacional, aprobó los primeros presupuestos de la nueva institución y procedió a elegir a los magistrados y fiscales de la Corte conforme a las previsiones estatutarias, todo ello entre 2002 y 2003.

Nacía así, por vez primera vez en la historia, una instancia judicial internacional, creada mediante un tratado multilateral general concluido bajo los auspicios de las Naciones Unidas, como institución con carácter permanente que goza de plena independencia y está dotada de la competencia necesaria para investigar situaciones y juzgar a individuos por la comisión de los crímenes más graves de trascendencia internacional (para empezar, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los graves crímenes de guerra, y más adelante también el crimen de agresión), ejerciendo una jurisdicción complementaria a la actuación de los sistemas nacionales de justicia penal, cuando éstos no se encuentren en disposición de hacer valer eficazmente su competencia.

Mientras que los anteriores tribunales penales internacionales habían sido establecidos mediante actos imperativos, en el primer caso por una gran alianza vencedora en un conflicto planetario (los Tribunales de Nuremberg y de Tokio) y posteriormente por decisión superior del Consejo de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de salvaguardia de la paz y seguridad internacionales conforme a la Carta de las Naciones Unidas (los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruan-

da), y se trataba de instancias de vida limitada en el tiempo, creadas para juzgar hechos relacionados con conflictos determinados, en este caso la CPI surgía del concurso de voluntades de un gran número de Estados que actuaban en nombre de la comunidad internacional en su conjunto, puesto que la nueva institución estaría vinculada al sistema de las Naciones Unidas y permanecería abierta a la adhesión de otros Estados que aceptasen el Estatuto de Roma, y tendría vocación de permanencia y ámbito potencialmente mundial.

2. APUNTES PARA UN BALANCE PROVISIONAL

A la altura de 2014, han pasado doce años desde la entrada en vigor del Estatuto de Roma (julio de 2002), once años desde la constitución efectiva de la CPI tras la elección de magistrados y fiscales (primavera de 2003) y diez años desde que la Corte comenzara a tener trabajo sustantivo a partir de la primera situación que le fue sometida (la de Uganda, a comienzos de 2004). El lapso de tiempo transcurrido se presta a tratar de hacer un primer balance provisional de la evolución del Estatuto y del funcionamiento efectivo de la CPI, lo que arroja un resultado ambivalente, puesto que en la trayectoria seguida hasta el presente pueden encontrarse tanto muchas luces como también algunas sombras.

2.1. Luces

Lo primero que hay que señalar es que, tras su entrada en vigor, el Estatuto ha continuado recibiendo nuevas ratificaciones y adhesiones, hasta alcanzar la cifra de 122 Estados partes, lo que supone cerca de dos tercios de la actual comunidad internacional. En paralelo, se ha ido diversificando la composición geográfica del conjunto de los Estados partes, puesto que abarca a 34 países de África, 27 de América Latina y el Caribe, 25 de Europa Occidental y Otros Estados, 18 de Europa Oriental y 18 de Asia-Pacífico (que sigue siendo el continente proporcionalmente menos representado). Cabe subrayar que dentro de ese número se incluyen todos los miembros de la Unión Europea, así como países tan significativos en la escena internacional como Japón, República de Corea, Canadá, Australia, Sudáfrica, Nigeria, Brasil, México o Argentina.

Es igualmente alentador el hecho de que, a pesar de ciertos amagos o amenazas, hasta ahora ningún Estado parte haya ejercitado la opción de salirse del sistema de la Corte, denunciando el Estatuto. Por el contrario, se da el caso de Estados no partes en el Estatuto que contribuyen de diversas maneras a la actividad de la CPI, bien sea participando en la Asamblea de Estados Partes como observadores, o bien colaborando con la Corte de forma puntual en asuntos concretos, o incluso llevando formalmente a conocimiento de la Fiscalía situaciones en que puedan haberse cometido crímenes de la competencia de la CPI (como han hecho, en distintos momentos, Costa de Marfil, Palestina o Ucrania).

Dicho de otra manera, el Estatuto y la CPI han dado pasos claros hacia el objetivo de la universalidad, aunque todavía quede mucho para alcanzarlo con plenitud. En la misma línea, las Naciones Unidas han mostrado de forma continuada su respaldo a la CPI en sucesivas resoluciones anuales de la Asamblea General (que en esta materia tradicionalmente son adoptadas por consenso) y que incluso el Consejo de Seguridad ha remitido sendas situaciones (Darfur/Sudan y Libia) para su conocimiento judicial por parte de la Corte. De este modo, la CPI, si bien es una institución creada mediante tratado, desborda ese marco original de la colectividad de los Estados partes para convertirse en una instancia que se encuentra vinculada con el sistema de la ONU y desempeña funciones judiciales en nombre de la entera comunidad internacional.

Por otra parte, la mera existencia del Estatuto de Roma y la entrada en funcionamiento de la CPI han generado una oleada de ajustes legislativos en numerosos Estados partes —e incluso en otros que son simplemente signatarios del Estatuto o que permanecen fuera del sistema de la CPI— a fin de actualizar sus respectivos códigos penales o leyes de jurisdicción o procedimiento en la materia, con el fin de estar en condiciones bien sea de invocar con éxito el principio de complementariedad en el que se basa el Estatuto o bien de cooperar eficazmente con la Corte en los casos en que ésta les requiera para ello. Con arreglo a estudios solventes, se estima que más de la mitad de los Estados partes —especialmente en Europa, pero también en África y las Américas— han actualizado su legislación a fin de adaptar su Derecho interno, en todo o en parte, a lo que establece el Estatuto y que bastantes otros países han emprendido el mismo camino. Por su parte, España aprobó, ya en 2003, en el momento de ponerse en marcha la CPI, la Ley de Cooperación con la Corte (Ley Orgánica 18/2003) y modificó el Código Penal en ese mismo año (mediante la Ley Orgánica 15/2003) para incorporar los delitos de lesa humanidad y varios tipos de crímenes de guerra, así como otros importantes aspectos derivados del Estatuto, como la especial responsabilidad del superior jerárquico y la ampliación del principio de im-prescriptibilidad a todos los crímenes internacionales.

Todo este movimiento, que puede considerarse como el principal efecto concreto del Estatuto en el primer decenio desde su entrada en vigor, tiene especial importancia si se tiene en cuenta que la CPI, incluso a pleno funcionamiento, nunca podrá abarcar todas las situaciones en que se alegue la comisión de graves infracciones del Derecho humanitario, por lo que, en la mayoría de los casos, serán instancias nacionales las que habrán de ocuparse primordialmente de ellos. La CPI es tan consciente de este hecho que ha incorporado, como parte de su estrategia, lo que se conoce como “complementariedad positiva”, es decir la cooperación y la ayuda, impulsada desde los órganos de la Corte —fundamentalmente la Fiscalía y la Secretaría— con el objeto de que los Estados partes estén capacitados y dispuestos para asumir la responsabilidad de llevar adelante esos

asuntos en el ámbito nacional. A término, esta evolución culminaría en un más completo “sistema internacional de justicia penal”, siempre dentro del ámbito de los graves crímenes internacionales, que englobara tanto a la CPI y los tribunales penales ad hoc o mixtos como a las instancias judiciales internas y que estuviera caracterizado por la distribución de tareas y la cooperación en ambos sentidos, más que por las fricciones o los conflictos. Sin embargo, hay que reconocer que aun nos encontramos en los primeros pasos que puedan conducirnos a tal construcción y que ese camino no será siempre fácil ni expedito.

Dentro de este apartado, no conviene olvidar que el proceso tendiente a lograr el mayor número posible de ratificaciones del Estatuto y de leyes nacionales de adaptación hubo de enfrentarse, durante los primeros años de la Administración del Presidente Bush Jr., a una campaña determinada por parte de EE. UU. para evitar la entrada en vigor del Estatuto, hacer descarrilar el proceso, imponer a otros países acuerdos bilaterales de inmunidad y, en general, tratar de sofocar la institución naciente antes de que pudiera desarrollarse y, eventualmente, alcanzar a actuaciones de EE. UU. en distintos lugares del mundo. El primer éxito notable que se apuntaron los defensores de la CPI —la U. E. y todo el grupo de Estados Afines, transformado en grupo de Países Amigos de la Corte, así como la Coalición de ONGs pro-CPI— consistió en rechazar y resistir tenazmente esa agresiva campaña norteamericana, convencer a otros países de seguir adelante pese a las presiones recibidas y, finalmente, persuadir a EE. UU. de que renunciara a su actitud, hasta el punto de que Washington, sobre todo bajo la Administración del Presidente Obama, ha pasado a tener una posición de relación constructiva con la Corte e incluso de cooperación puntual en algunos de sus procedimientos, siempre caso por caso.

Dentro de la evolución de los instrumentos constitutivos, hay que señalar también la celebración, con un relativo éxito, de la Conferencia de revisión, prevista en el Estatuto, que tuvo lugar en Kampala en junio de 2010, con la participación de delegaciones de 115 Estados (incluyendo delegaciones de Estados partes y observadores de Estados no partes en el Estatuto), así como de un elevado número de organismos internacionales y ONGs. Fundamentalmente, la Conferencia adoptó por consenso sendas enmiendas al Estatuto sobre cuestiones dejadas parcialmente abiertas en Roma, a fin de incorporar a la competencia material de la CPI, bajo ciertas condiciones, el crimen de agresión —por vez primera desde los instrumentos que crearon los Tribunales de Nuremberg y de Tokio— y de extender a los conflictos armados sin carácter internacional el crimen de guerra consistente en el empleo de armas prohibidas por el Derecho humanitario. Además, la Conferencia procedió a un examen de conjunto del funcionamiento del sistema establecido por el Estatuto, aprobando declaraciones o resoluciones sobre la complementariedad y la cooperación con la CPI, así como los derechos de las víctimas, aparte de debatir sobre el controvertido tema de la relación entre

la paz y la justicia tras los conflictos, incluyendo el posible recurso a fórmulas complementarias o alternativas de justicia de transición, tales como las comisiones de la verdad y la reconciliación.

Si nos fijamos ahora en el sistema institucional de la CPI, hay que constatar que los órganos e instituciones previstos en el Estatuto están todos ellos establecidos, dotados y en pleno funcionamiento, así como algunos otros que no estaban expresamente previstos: tanto los órganos de la Corte propiamente dicha (Presidencia, Salas judiciales, Fiscalía y Secretaria, junto con la Unidad de Víctimas y Testigos y las oficinas —separadas— de defensa y asesoramiento jurídico para acusados y para víctimas) como la Asamblea de Estados Partes y sus órganos subsidiarios y otros organismos conexos, como el Fondo Fiduciario para la Asistencia a las Víctimas. Además, la CPI ha completado su panoplia de normas de funcionamiento mediante unas Regulaciones más detalladas de la Corte y de la Fiscalía, así como de un Código de Deontología Judicial y de un Código de Conducta Profesional para los Abogados que actúen ante ella.

Cabe subrayar que, de conformidad con lo previsto en el Estatuto y en sus normas de desarrollo, la composición de los órganos de la Corte, que resulta de la elección, por mayoría cualificada, por la Asamblea de Estados Partes, está inspirada por el propósito de asegurar no solo la máxima competencia e integridad de las personas que ocupen los distintos cargos, sino también la representación más amplia posible en su seno tanto de las regiones geográficas y los sistemas jurídicos del mundo como de las especialidades jurídicas (es decir, tanto de expertos del Derecho penal y procesal como del Derecho internacional y de los derechos humanos) e incluso del género (masculino o femenino). Lo cierto es que, en este momento, la Corte cuenta con magistrados y fiscales de todos los continentes y de los diversos sistemas jurídicos, con juristas experimentados en los diversos ámbitos legales que ha de cubrir y, lo que resulta una completa novedad entre los tribunales internacionales, con más mujeres que hombres en su composición. Con todo ello, cabe entender que la Corte alcanza un alto grado de representatividad, lo que debería redundar en favor de su credibilidad y legitimidad, no solo frente a los Estados partes sino ante todo en relación con las sociedades potencialmente afectadas por su administración de justicia.

Se puede decir, por tanto, que la CPI es ya una institución plenamente establecida y en condiciones de ejercer las funciones para las que fue creada. Con un total de alrededor de 800 funcionarios y empleados, provenientes de un centenar de países de todos los continentes, y dotada con un presupuesto anual que supera los 120 millones de euros, la CPI opera tanto desde su sede en La Haya como con una presencia permanente en varios de los países cuyas situaciones son objeto de investigación y mediante numerosas misiones temporales a los demás países concernidos o sus vecinos.

A lo largo de su primer decenio de existencia efectiva y operativa, la CPI ha recibido numerosas denuncias e informes con alegaciones de la comisión de

crímenes de su competencia, que pueden proceder de Estados, ONGs, grupos de víctimas o, excepcionalmente, del propio Consejo de Seguridad. La Fiscalía, tras examinarlas cuidadosamente y en algunos casos abrir averiguaciones preliminares, en su gran mayoría las ha archivado, por considerar que los hechos denunciados no caen dentro de la competencia de la Corte o que resulta más adecuado que sean objeto de investigación y persecución a nivel nacional. En todo caso, la Fiscalía informa periódicamente de la situación en que se encuentran esas averiguaciones preliminares (concretamente, se sabe que continúan bajo examen preliminar las que conciernen a graves hechos ocurridos en Afganistán, Colombia, República de Corea, Georgia, Guinea, Honduras, Iraq, Nigeria y, más recientemente, Ucrania, lo cual muestra que hay expedientes abiertos que se refieren a países de todos los continentes).

Hasta ahora, un total de ocho situaciones han llegado al estadio de encontrarse formalmente sujetas a procedimientos judiciales por parte de la CPI, tras haber sido remitidas por Estados o el Consejo de Seguridad o haber ejercido el Fiscal su iniciativa *proprio motu* con la autorización expresa de una Sala de Cuestiones Preliminares, en virtud de lo dispuesto en el Estatuto. Por orden cronológico del comienzo de las actuaciones por la Corte, esas situaciones se refieren a Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana, Darfur (Sudan), Kenia, Libia, Costa de Marfil y Mali. De ellas, la gran mayoría han sido remitidas a la CPI por los Estados respectivos (Uganda, RDC, RCA, Costa de Marfil y Mali), dos lo fueron por el Consejo de Seguridad (Darfur y Libia) y solo una se debe a la iniciativa del Fiscal (Kenia). Por tanto, cabe argüir que la CPI está, en la práctica, ejerciendo funciones judiciales en el plano internacional que, de otra manera, hubieran requerido la creación de otros tantos tribunales *ad hoc*, mixtos o híbridos.

En el marco de esas ocho situaciones activamente bajo su investigación, la CPI ha iniciado 21 causas, cada una de ellas con una o más personas incurso; de esas causas, 13 se encuentran ante una sala de cuestiones preliminares, 5 ante una sala de enjuiciamiento y 3 ante la Sala de Apelaciones. En total, 35 personas han sido imputadas por la CPI, de las cuales 9 han comparecido voluntariamente, 10 fueron detenidas y entregadas por distintos Estados, otras han fallecido o sus casos fueron sobreseídos y 12 siguen estando reclamadas por la Corte, sin que estén aun a su disposición.

Un dato relevante, que separa a la CPI de anteriores tribunales penales internacionales, consiste en la participación de las víctimas en sus procedimientos, permitida por el Estatuto. Para dar una idea de la logística que ello requiere, baste decir que, desde que comenzó sus actuaciones, la CPI ha recibido unas 13.000 solicitudes de personas que alegan ser víctimas de crímenes bajo la jurisdicción de la Corte, con vistas a su participación en los diversos procedimientos abiertos en su seno; de ellas, más de 5.000 solicitudes han sido aceptadas por las distintas salas competentes de la Corte, con arreglo a las pautas establecidas en

las Reglas de Procedimiento y Prueba, que favorecen la representación conjunta por grandes grupos de víctimas con intereses similares. Por otro lado, cerca de 500 personas (testigos, víctimas y sus familiares) se benefician de medidas de protección debido a los riesgos que corren por su colaboración con la Corte.

En suma, el panorama descrito nos muestra, al cabo de algo más de una década, un Estatuto que ha gozado de una amplia, aunque no plena, aceptación; y una institución, la CPI, en plena actividad para llevar a cabo las tareas que le han sido encomendadas por los Estados partes e incluso por las Naciones Unidas. Estos son los aspectos positivos del balance. Sin embargo, es necesario también examinar otras facetas que introducen motivos de insatisfacción o incluso de preocupación en cuanto a la trayectoria y las perspectivas del Estatuto y la CPI.

2.2. Sombras

En lo que se refiere al grado de aceptación del Estatuto, es bien conocido que hay aun un número elevado de países que no lo han ratificado, incluyendo a países tan relevantes como EE. UU., China, Rusia, India, Pakistán, Indonesia, Irán, Turquía, Israel, Egipto, Arabia Saudí o Cuba. Algunos de esos países mantienen un cierto grado de relación con la CPI, por ejemplo mediante su participación como observadores en la Asamblea de Estados Partes, pero otros guardan sus distancias, permaneciendo enteramente al margen del sistema de la CPI. Para la mayoría de esos Estados, tal actitud se debe a decisiones políticas deliberadas, probablemente inspiradas por una arraigada resistencia a aceptar cualquier tipo de supervisión o control internacional de su comportamiento, agravada en este caso por el temor a verse implicados en procedimientos ante la Corte. Mientras esa desafortunada situación persista, no se podrá hablar con propiedad de una plena universalidad del Estatuto y de la CPI.

Algo que resulta especialmente preocupante es el hecho de que, a pesar de los esfuerzos desplegados por la CPI, su Grupo de Amigos, en particular la U.E., así como la Coalición de ONGs pro-CPI, el ritmo de ratificaciones y adhesiones al Estatuto se haya venido desacelerando a partir de 2005, con la salvedad de una marcada reactivación del interés en unirse al sistema que se registró en torno a la Conferencia de revisión de Kampala (diez países se convirtieron en Estados partes entre 2010 y 2011), seguida por un bache aun más marcado (solo dos nuevos Estados partes entre 2012 y 2013). Evidentemente, ello es debido en gran parte a que se está progresivamente agotando el contingente de países en principio más proclives a apoyar la justicia penal internacional; con todo, hay que interrogarse por la actitud de una treintena de Estados que firmaron en su día el Estatuto y que, en su mayoría, se encuentran hoy lejos de ratificarlo. Cabe deducir que, con señaladas excepciones, el entusiasmo por el Estatuto y la CPI se está enfriando en muchos sectores de la comunidad internacional.

Ese cierto enfriamiento se percibió en la misma Conferencia de revisión de Kampala, puesto que, aunque se saldó con algunos avances aprobados por consenso, los acuerdos alcanzados lo fueron al precio de tales condicionamientos, requisitos y aplazamientos en su efectiva aplicación que para bastantes observadores, tanto de las ONGs como del mundo académico, los resultados podrían bien calificarse, con alguna exageración, como de “parto de los montes”. Todo va a depender, en definitiva, de la rapidez con que se ratifiquen las enmiendas al Estatuto —por ahora, a un ritmo bastante pausado—, de las decisiones ulteriores que se tomen al respecto por la Asamblea de Estados Partes y, especialmente respecto del crimen de agresión, de la política que siga el Consejo de Seguridad, lo que equivale a decir la actitud que adopten sus miembros permanentes, titulares del derecho de veto (tres de los cuales, como es bien sabido, no son partes en el Estatuto).

Otro tanto cabe decir de la cooperación prestada por los Estados a la CPI para que ésta pueda llevar a efecto sus decisiones. Es bien sabido que la CPI no dispone de medios coercitivos propios, por lo que depende enteramente de la cooperación de los Estados, sobre todo de los que son partes en el Estatuto, para la plena eficacia de sus actuaciones, desde la obtención de pruebas hasta la ejecución de las sentencias, pasando por la detención y puesta a disposición de los acusados reclamados por la Corte. Pues bien, a pesar de los distintos acuerdos de colaboración celebrados por la CPI con diversos Estados y organismos internacionales, la realidad es que la cooperación efectiva que recibe la Corte —incluida la Fiscalía— en sus solicitudes específicas de asistencia judicial deja bastante que desear en la práctica en muchos casos.

Esta insuficiente cooperación por parte de los Estados alcanza incluso a las situaciones remitidas a la CPI por el Consejo de Seguridad con base en el capítulo VII de la Carta (Darfur y Libia), algo que, en principio, debería prestar a las actuaciones de la Corte un plus de autoridad y exigibilidad. En efecto, no solamente se ha comprobado una actitud de resistencia por parte de los Estados más directamente afectados, sino que la Corte se ha visto en la necesidad de recordar sus obligaciones de cooperar a otros Estados, como Nigeria, la RDC o Chad, partes en el Estatuto. Lo que es aun más de lamentar, el Consejo de Seguridad, tras haber remitido esas situaciones a la CPI y recibir periódicamente informes de la Corte sobre la marcha de las investigaciones de la Fiscalía y las actuaciones de las salas competentes, no ha mantenido una línea de respaldo decidido y constante a las actuaciones judiciales con el fin de que los Estados afectados, y otros también, cooperen eficazmente con ellas. A ello hay que añadir, desde el punto de vista institucional, el gravamen que supone para la CPI y sus Estados partes el que, por imposición unilateral de EE. UU., las Naciones Unidas no aporten una contribución financiera a la Corte para sufragar los costes adicionales de los procedimientos referidos a las situaciones remitidas por el Consejo de Seguridad.

Estos fallos de cooperación explican en parte, junto con otros factores — como la complejidad del sistema y el garantismo que le caracteriza—, la considerable lentitud de los procedimientos que se siguen ante la CPI y la escasa productividad que está teniendo hasta ahora la institución. Baste recoger el dato de que, en sus primeros diez años de funcionamiento efectivo, la Corte solo ha completado tres juicios (en los asuntos Lubanga Dyilo, Ngudjolo Chui y Katanga, todos ellos referidos a la situación en la República Democrática del Congo). De esos asuntos, en un caso (Ngudjolo Chui) la sala de primera instancia correspondiente dictó una sentencia absolutoria y en los otros hubo condenas más o menos graves: en el caso Lubanga Dyilo, por la comisión del crimen de guerra de reclutamiento de menores y su utilización en hostilidades; y en el de Katanga, por complicidad en varios crímenes de guerra y un crimen de lesa humanidad. Todos estos asuntos se encuentran actualmente en la Sala de Apelaciones, por haber sido recurridas las sentencias respectivas, sea por la Fiscalía o por las defensas, con lo que los procedimientos en cuestión no se pueden considerar aun como concluidos.

Ello hace que, hasta el momento, no contemos con una suficiente jurisprudencia de la CPI, respaldada por la Sala de Apelaciones, que sirva de guía segura en cuanto a la interpretación y aplicación del Estatuto en los aspectos sustantivos —los crímenes de su competencia y los principios aplicables de Derecho penal—, en tanto que sí se ha producido ya un importante número de decisiones, incluso en apelación, en materia de competencia, admisibilidad y diversas cuestiones de procedimiento. Aunque esas decisiones hayan permitido aclarar una serie de aspectos, por ejemplo en materia de la complementariedad de la CPI con los sistemas penales nacionales, ello no obsta para que se haya podido constatar algunos titubeos y contradicciones que indican que la Corte está todavía definiendo su jurisprudencia

Si agregamos a los asuntos citados aquéllos en que la Corte ha cedido la competencia a los tribunales nacionales (caso Al Senoussi, referido a Libia), en aplicación —discutible en este caso— del principio de complementariedad, o ha sobreesido las causas por falta de pruebas suficientes o defectos en la investigación (casos Mbarushimana, referido a la RDC, o Muthaura, referido a Kenia), nos encontramos con un panorama globalmente poco satisfactorio, con fuertes divergencias en los planteamientos sostenidos por la Fiscalía (particularmente durante el mandato del anterior Fiscal) y varias de las salas de la Corte, así como de algunas de éstas entre sí. En parte, esas discrepancias son naturales dentro de un sistema en que predomina el enfoque “adversarial” propio del *common law*; y también parecen lógicas durante la fase inicial de una institución judicial que todavía está buscando su modo normal de funcionamiento. Sin embargo, llevadas al extremo, podrían afectar a la buena administración de justicia e incluso proyectar la imagen de una institución al borde de la disfuncionalidad.

Afortunadamente, los recientes cambios operados en la composición de la CPI, incluyendo en la Fiscalía y la Secretaría de la Corte, parecen haber propiciado un nuevo clima en su seno y una mejora en las relaciones entre sus órganos constitutivos, así como la introducción de enfoques innovadores en la manera de conducir las investigaciones y en la política acusatoria de la Fiscalía. Están aun por ver los resultados que darán a medio plazo estas reformas internas de la CPI, pero en general se puede decir que han sido bienvenidas por los Estados partes y por la mayoría de los observadores.

3. LA CPI EN LA ENCRUCIJADA

En los últimos tiempos, y aun en el momento presente, la CPI ha estado viviendo un periodo de aguda crisis, debida al profundo malestar sentido por un elevado número de países africanos ante lo que consideran como un trato discriminatorio hacia el continente por parte de la Corte. Ese extendido malestar ha estado a punto de provocar una colisión frontal entre una buena parte de África y la CPI, un riesgo que actualmente parece haber disminuido pero que todavía no puede considerarse como desvanecido del todo.

Los orígenes de este enfrentamiento vienen de atrás, a medida que la CPI ha ido abriendo investigaciones y causas referidas a distintos países africanos. Al principio, ello se debió fundamentalmente a la iniciativa de los propios gobiernos africanos concernidos, que aspiraban de este modo a que la CPI les ayudara a perseguir judicialmente a líderes de movimientos rebeldes o grupos armados, a los que consideraban responsables de atrocidades contra la población civil. La Corte siempre dejó claro que, conforme al Estatuto, investigaba en su integridad cada situación que le era remitida, para averiguar si se había producido la comisión de crímenes de su competencia, sin distinguir *a priori* entre fuerzas rebeldes o gubernamentales. Pero el hecho es que, hasta el momento, la gran mayoría de las actuaciones se han dirigido frente a jefes de fuerzas rebeldes responsables de conductas contrarias al Estatuto.

Las cosas empezaron a complicarse con la remisión por el Consejo de Seguridad a la CPI de las situaciones en Darfur y posteriormente en Libia, así como con la iniciativa del Fiscal de promover una investigación acerca de la ola de violencia inter-étnica ocurrida en Kenia tras unas elecciones particularmente reñidas. A pesar de que las decisiones del Consejo de Seguridad fueron adoptadas con la concurrencia de la mayoría de los miembros africanos del Consejo y que la iniciativa del Fiscal en el caso de Kenia se debía a las recomendaciones del grupo de *Elders* africanos liderado por el ex Secretario General de la ONU Kofi Annan y de una posterior comisión de investigación de juristas africanos, con la anuencia del propio gobierno keniano, el hecho es que empezó a extenderse por los círculos dirigentes africanos la sensación de que la CPI solo se ocupaba

de situaciones en ese continente, de una forma singularizada y, para muchos, discriminatoria.

Esta percepción se vio agravada por la política acusatoria del anterior Fiscal de la CPI, que en todos esos asuntos procuró desde el primer momento dirigir las investigaciones de la Fiscalía —en líneas generales, con el apoyo de las respectivas salas competentes, no sin algunas dudas y disensiones— hacia aquellos consideradas como más altos responsables de posibles crímenes de competencia de la Corte, incluyendo a dos jefes de Estado en ejercicio (Al Bashir, de Sudan, y Gaddafi, de Libia, posteriormente fallecido durante el conflicto), un ex Jefe de Estado (Gbagbo, de Costa de Marfil) y dos líderes rivales de distintas facciones kenianas (Kenyatta y Ruto) que luego, coaligados, serían elegidos Presidente y Vicepresidente del país, en parte gracias a una campaña contra la CPI, acusándola de poner en peligro el proceso de reconciliación inter-étnica por ellos representado. A partir de ahí, el rumbo de colisión entre África y la CPI se convertía en casi inexorable.

El malestar sentido por muchos gobiernos africanos ante las actuaciones de la CPI comenzó a manifestarse de distintas maneras. A las declaraciones políticas, al principio aisladas y luego de la propia Unión Africana, siguió la resistencia a cooperar con las órdenes de detención del Presidente sudanés Al-Bashir cuando visitó oficialmente distintos países africanos —incluso Estados partes en el Estatuto—, en un gesto de desafío a la justicia internacional. Proliferaron las críticas a la CPI por, supuestamente, interferir en los asuntos africanos, poner en riesgo la estabilidad de países vulnerables y, sobre todo, por emplear un “doble rasero” en su trato a África, comparado con el que recibían otros continentes.

Este clima, cada vez más cargado, se reflejó en las elecciones para la renovación de los órganos de la CPI celebradas a finales de 2011 en la Asamblea de Estados Partes. Además de lograr la designación de una africana, la jurista gambiana Fatou Bensouda, hasta entonces Fiscal Adjunta, como Fiscal de la CPI a la terminación del mandato del primer Fiscal, el argentino Luis Moreno Ocampo, el grupo africano consiguió la elección de un magistrado africano más (de nacionalidad nigeriana), a expensas del grupo de Europa Occidental y otros Estados (que estaba sobre-representado en la anterior composición y que en esa ocasión perdió la plaza hasta entonces ocupada por un magistrado francés). Claramente, los países africanos, que para ese momento ya constituían el contingente más numeroso de Estados partes, afirmaban su voluntad de tener mayor representación e influencia en una instancia judicial que, hasta el momento, solo ha considerado situaciones en el continente africano. Lo cierto es que pocos podrían discutir lo equitativo de esa aspiración, aparte de que ese reequilibrio era una forma de ligar aun más a los países africanos a la nueva institución.

Sin embargo, el enfrentamiento siguió agudizándose a raíz de la elección de Kenyatta y Ruto como Presidente y Vicepresidente de Kenia, respectivamente,

a comienzos de 2013. Para entonces, tanto Kenyatta como Ruto habían sido procesados por la CPI y habían comparecido voluntariamente en La Haya, a la vez que ejercitaban todas sus posibilidades de defensa. Ahora, ya como responsables al frente de su país, arguyeron que los procedimientos en la CPI perturbaban el ejercicio de sus funciones políticas, por lo que obtuvieron, bien sea sucesivos aplazamientos del comienzo del juicio (Kenyatta), bien sea un trato de favor en cuanto a la asistencia en persona a las vistas (Ruto). Ello no ha dejado de causar trastornos en el buen desarrollo de los procedimientos, en medio de protestas por parte de los representantes de las víctimas y de marcadas discrepancias entre la sala de primera instancia competente y la Sala de Apelaciones en cuanto al alcance de las disposiciones del Estatuto acerca de la presencia del acusado en el juicio.

Todo ello siguió envenenando el ambiente entre África y la CPI, hasta el punto de que varios países africanos —incluyendo Kenia— empezaron a amenazar con denunciar el Estatuto y, por su lado, la Unión Africana emitió en octubre de 2013 una declaración fuertemente crítica de la CPI por su enfoque hacia el continente, reclamando que la Corte no juzgara en ningún caso a Jefes de Estado en ejercicio (frente a lo que establece el Estatuto en cuanto a la improcedencia del cargo oficial como obstáculo al ejercicio por la Corte de su competencia). Al propio tiempo, numerosas ONGs africanas y líderes como Kofi Annan salieron en defensa de la Corte y varios Estados africanos partes en el Estatuto rechazaron expresamente la opción de salirse del sistema de la CPI.

La tensión subió al punto más alto en noviembre de 2013 cuando los países africanos propusieron formalmente al Consejo de Seguridad que ejerciera la facultad que le reconoce el artículo 16 del Estatuto a fin de solicitar a la CPI la suspensión de los procedimientos en marcha en el caso de Kenia. A pesar de intensos esfuerzos por desactivar la iniciativa, el proyecto de resolución fue puesto a votación y rechazado por el Consejo al no obtener la mayoría necesaria de nueve votos de sus miembros (pues recibió 7 votos a favor y 8 abstenciones, todas ellas de Estados partes en el Estatuto, mas EE. UU.)

Para entonces era evidente que el enfrentamiento entre una mayoría de países africanos y la CPI entrañaba considerables riesgos de división entre los Estados partes y podía incluso poner en peligro el buen funcionamiento de la Corte o su amplio respaldo en el seno de la comunidad internacional. De ahí que la reunión de la Asamblea de Estados Partes celebrada en La Haya en noviembre de 2013 fuese crucial para encontrar una vía de salida a la tensión acumulada y despejar el ambiente que se había creado, siempre de manera que respetase el Estatuto y la independencia de la Corte en el ejercicio de sus funciones judiciales. Como muestra de la importancia dada a la cuestión, a iniciativa de la Unión Africana se celebró un debate especial al comienzo de la Asamblea, en torno al tema “Procesamiento de Jefes de Estado y Gobierno en ejercicio y sus consecuencias para la paz y estabilidad y la reconciliación”.

Del debate resultó claramente que no habría mayoría en la Asamblea para acoger la pretensión de algunos Estados africanos en el sentido de modificar el Estatuto para impedir el enjuiciamiento de Jefes de Estado o de Gobierno en ejercicio (algo que claramente chocaba con la misma filosofía del Estatuto y que no hubiera alcanzado las mayorías cualificadas necesarias para su reforma). En su lugar, tras intensas negociaciones y en consulta con la Corte (magistrados y Fiscalía), se llegó por consenso a la fórmula de aprobar una serie de enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba —algo dentro de la competencia normativa de la Asamblea— con objeto, fundamentalmente, de flexibilizar determinados aspectos relativos a la presencia de las personas acusadas ante las salas de la Corte, de tal manera que las propias salas puedan decidir, según las circunstancias de cada asunto, cómo haya de efectuarse esa presencia y la representación legal correspondiente, así como la preservación de los derechos de las víctimas en el procedimiento.

Con esta fórmula de compromiso se preserva la integridad del Estatuto y la independencia de la Corte, a la vez que se abren vías para el tratamiento más adecuado de las causas que afectan, en particular, a los actuales Presidente y Vicepresidente de Kenia. Ahora toca a las salas competentes de la Corte el decidir acerca de la mejor manera de proceder en esos y otros asuntos que tocan fibras sensibles en el continente africano. Podría, por tanto, decirse que lo más agudo de la crisis parece haber pasado, pero que la tensión subyacente persiste y que aun no se habría resuelto enteramente el problema.

En definitiva, están en juego principios fundamentales de la justicia penal internacional y, a la vez, importantes consideraciones que afectan al orden internacional, particularmente en África. Sin oponerlos o enfrentarlos, hay que tener en cuenta, por un lado, la exigencia de responsabilidad penal individual por graves conductas que infringen el Derecho humanitario, la justicia para las víctimas de esas infracciones y la igualdad de todos ante la ley y, por otro, la necesidad de promover la paz y la estabilidad, así como de respetar procesos democráticos de elección de los gobernantes. En este caso, pueden darse legítimamente distintas concepciones, desde una perspectiva regional o universal, acerca de lo que mejor se requiera en cada situación por parte de la comunidad internacional para impulsar la justicia al tiempo que se fomenta la reconciliación y la paz.

Cumplida su función por la Asamblea de Estados Partes, le queda a la Corte la tarea más difícil: ejercer sus funciones judiciales de manera que haga siempre justicia, con independencia y credibilidad, mientras tiene adecuadamente en cuenta en sus actuaciones las implicaciones más amplias de sus decisiones. La afirmación y la consolidación de su legitimidad, cara al conjunto de los Estados partes, así como de toda la comunidad internacional, dependerá de la manera como sepa, siempre en aplicación del Estatuto y de sus normas de desarrollo, llevar adelante las causas que tenga ante sí haciendo gala a la vez de justicia y de prudencia. La Corte se juega en ello su futuro y también su alma.

BIBLIOGRAFÍA SUCINTA EN ESPAÑOL SOBRE LA C.P.I.

AMBOS, Kai y GUERRERO, Óscar Julián (Comps.): El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

AMBOS, Kai (Coord.): La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

AMBOS, Kai y DE HOYOS, Montserrat (Coords.): Cuestiones esenciales de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Comares, Granada, 2008.

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia y FERNÁNDEZ NEIKA, Karinna (Eds.): La Corte Penal Internacional y sus primeros diez años: Un enfoque práctico. Legal Publishing/Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (Coord.): La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional. (Premio “Rafael Martínez Emperador” 1999). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier y FAGGIANI, Valentina: La aportación de España a la institución de una jurisdicción penal internacional. La Corte Penal Internacional. Comares, Granada, 2013.

LIROLA DELGADO, Isabel y MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena: La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad. Ariel Derecho, Barcelona, 2001.

OLÁSULO ALONSO, Héctor: Corte Penal Internacional: ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

OLÁSULO ALONSO, Héctor: Ensayos sobre la Corte Penal Internacional. Colección Internacional, núm. 9. Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

OLÁSULO ALONSO, Héctor: Ensayos sobre Derecho Penal y Procesal Internacional. Instituto Ibero-Americano de La Haya/Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

PÉREZ OTERMIN, Jorge: Introducción a la Corte Penal Internacional. Estatuto de Roma. AMF, Montevideo, 2002.

PIGNATELLI Y MECA, Fernando (Ed.): El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios. Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

QUEL LÓPEZ, Francisco Javier (Coord.): Creación de una jurisdicción penal internacional. Colección Escuela Diplomática, núm. 4. Madrid, 2000.

QUESADA ALCALÁ, Carmen: La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal. Cruz Roja Española/Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

QUESADA ALCALÁ, Carmen (Coord.): La Corte Penal Internacional: Décimo aniversario. Número monográfico de la revista Tiempo de Paz, núm. 104 (primavera 2012), Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad, Madrid.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (Coord.): Número extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional. Revista Española de Derecho Militar, núm. 75 (enero-junio 2000). Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid.

RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda: Crímenes internacionales. Tipificación y represión internacional. Bosch, Barcelona, 2001

TORRES BOURSAULT, Leopoldo (Coord.): El Tribunal Penal Internacional. Mesa redonda organizada por la Asociación de ex Diputados y ex Senadores de las Cortes Generales de España. Cortes Generales, Madrid, 2000.

VARGAS SILVA, Clara Inés: Colombia y la Corte Penal Internacional. Temis, Bogotá, 2004.

YÁÑEZ-BARNUEVO, Juan Antonio (Coord.): La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana. Casa de América, Madrid, 2001

YÁÑEZ-BARNUEVO, Juan Antonio: "Hacia un tribunal de la humanidad: la Corte Penal Internacional" en Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, vol. V. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ESPAÑA Y EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR. ESPECIAL REFERENCIA AL CASO M/V LOUISA

CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ

Miembro de la Comisión de Derecho Internacional.

Catedrática de Derecho Internacional Público

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Jefa de la Asesoría Jurídica Internacional (2004-2012)

*Agente del Reino de España ante el Tribunal Internacional
de Derecho del Mar en el Caso M/V Louisa.*

1. INTRODUCCIÓN

Es para mí un placer participar en este volumen conmemorativo del 75º aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, que tuve el honor de dirigir durante casi ocho años. En estas “bodas de diamante” puede afirmarse, sin ningún género de duda, que la AJI es un instrumento imprescindible en el MAEC y en la Administración Pública española y que, después de tantos años, sigue gozando de buena salud, lo cual debe congratularnos a todos. En el Seminario organizado en la Escuela Diplomática para conmemorar este aniversario fui invitada a presentar una ponencia sobre el Tribunal Internacional del Derecho del Mar y España, cuya versión escrita ve ahora la luz en el presente trabajo.

España ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por instrumento de 15 de enero de 1997, entrando en vigor para nuestro país el 14 de febrero del mismo año¹. Con ocasión de la ratificación y en aplicación del artículo 287 de la Convención, España eligió inicialmente a la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ o Corte) como el mecanismo de arreglo de controversias relativas a la aplicación o interpretación de la Convención. Posteriormente, el 19 de julio de 2002, comunicó al Secretario General de las Naciones Unidas, en su condición de depositario, un cambio respecto de su declaración inicial, en virtud del cual reconocía competencia indistintamente a la Corte Internacional de Justicia y al Tribunal Internacional de Derecho del Mar (en adelante TIDM o Tribunal) para resolver las controversias antes citadas. Estas declaraciones de reconocimiento de competencia son autónomas y distintas de la declaración general de reconocimiento de competencia de la Corte Internacional de Justicia, realizada por España en virtud del art. 36.2 del Estatuto de la CIJ y a la que luego me referiré.

Hasta la fecha, España no ha hecho uso del derecho que le correspondería para introducir una demanda ante la CIJ o el TIDM en virtud de la declaración mencionada en el párrafo anterior. Sin embargo, el 24 de noviembre de 2010, San Vicente y las Granadinas remitió al Tribunal Internacional de Derecho del Mar una demanda contra España, que fue inscrita en el registro del Tribunal con el número 18 y bajo el nombre *Asunto del navío “Louisa” (San Vicente y las Granadinas contra el Reino de España)*². Se trata de la primera y única ocasión en que España ha debido comparecer ante el Tribunal de Hamburgo en un procedimiento contencioso.

El procedimiento sobre este asunto se desarrolló a lo largo de dos años, incluyendo un primer procedimiento incidental motivado por la solicitud de medidas provisionales formulada por San Vicente y las Granadinas, que fueron denegadas por Auto de 23 diciembre de 2010. Posteriormente, mediante Sentencia de 28 de mayo de 2013 el Tribunal declaró que carecía de competencia *ratione materiae* para entender del caso.

En mi condición de Jefa de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación me cupo el gran honor de ser nombrada Agente del Reino de España ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar y dirigir la defensa de España en este caso. Para ello conté con un excelente equipo de profesionales españoles que participaron a lo largo de todo el proceso o que se unieron al equipo en la fase oral. Es de justicia en este momento rendirles público reconocimiento, aunque sea únicamente mediante la cita de sus nombres.

¹ B.O.E. n.º 39, de 14 de febrero de 1997.

² Case n.º 18. The M/V “LOUISA” Case (Saint Vincent and the Granadines v. Kingdom of Spain). Todos los documentos presentados por las partes, así como las decisiones adoptadas por el Tribunal pueden consultarse en el sitio web del Tribunal: <https://www.itlos.org>.

A lo largo de todo el procedimiento participaron en la preparación de la defensa de España el Profesor Mariano Aznar, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Jaume I de Castellón y la Profesora Rosario Ojinaga Ruiz, Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Cantabria, así como Don José Lorenzo Outón, funcionario diplomático destinado en aquel momento en la Asesoría Jurídica Internacional. El Profesor Aznar actuó, junto conmigo, en condición de consejero y abogado en las audiencias públicas tanto en la fase de medidas cautelares como en la fase de fondo. Por su parte, el Profesor Carlos Jiménez Piernas, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Alcalá de Henares, participó como consejero y abogado en las audiencias públicas de la fase sobre el fondo. El Profesor José Martín y Pérez de Nanclares, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca y, a la sazón, Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación desde la primavera de 2012, formó igualmente parte de la delegación española en las audiencias públicas de la fase sobre el fondo que tuvieron lugar en Hamburgo en octubre de 2012³. En la preparación de la defensa de España ante la Corte colaboraron, además, de forma continuada distintas instituciones y departamentos de la Administración pública española, dos de cuyos funcionarios formaron parte de las delegaciones españolas que comparecieron ante el TIDM. Se trata de D. Esteban Molina Martín (Sección de asuntos normativos, Dirección General de Asuntos Marítimos del Ministerio de Obras Públicas) que fue miembro de la delegación española en la vista oral de la fase de medidas cautelares; y D. Diego Vázquez Teijeira (Dirección General de Política Energética y Explotación Minera del Ministerio de Industria, Energía y Turismo), que formó parte de la delegación española en la vista oral de la fase sobre el fondo.

Por otro lado, es de destacar que durante la vista oral sobre el fondo España contó con la presencia de los siguientes expertos: D. José Antonio Martín Pallín (antiguo Magistrado del Tribunal Supremo y miembro de la Comisión Internacional de Juristas); Dña. Carmen Martín de Azagra y Garde (vocal asesora del Gabinete del Secretario de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo); el Sr. James Preston Delgado (Director del patrimonio marítimo de la Oficina de santuarios marinos de la Administración nacional de los océanos y de la atmósfera del Departamento de Comercio de los Estados Unidos, que intervino en su condición particular de experto y profesor universitario) y el Sr. Dorrik Stow (Director del Instituto de ingeniería del petróleo de la Universidad Heriot-Watt de Edimburgo).

Como ya he señalado anteriormente, el *Caso Louisa* ha terminado por una declaración de incompetencia, siendo la segunda vez que ello se produce en la historia del

³ Con ocasión de la preparación de la defensa de España en el procedimiento sobre medidas provisionales pude contar, además, con una nota sobre “la paz del puerto” elaborada por los Profesores Rafael Casado Raigón y Miguel García, ambos de la Universidad de Córdoba, de lo que también quiero dejar constancia en este momento.

Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Y, sobre todo, presenta la peculiaridad de ser el primer asunto en que el Tribunal deniega unas medidas cautelares solicitadas por una de las partes en el litigio. Pero, además, a lo largo del procedimiento se han suscitado importantes cuestiones que merece la pena analizar con un cierto detalle. A ello se dedica el presente trabajo, en el que —tras una rápida visión de conjunto del Tribunal, su composición, competencia y reglas de funcionamiento— se abordarán sucesivamente las siguientes cuestiones relacionadas directamente con el *Caso Louisa*: i) los hechos que dan lugar a la demanda y la evolución del procedimiento; ii) las cuestiones relacionadas con la atribución de competencia al Tribunal; iii) los distintos temas que han sido tratados ante el Tribunal en relación con la competencia y la admisibilidad; y iv) el tratamiento dado a las medidas cautelares. A lo anterior se acompañan unas breves consideraciones finales.

Teniendo en cuenta mi condición de Agente de España en este caso, en las páginas que siguen se presentarán las cuestiones mencionadas con un formato esencialmente informativo, aunque resulta imposible evitar toda referencia valorativa. En todo caso, deseo dejar constancia en este momento de que todo comentario valorativo contenido en este trabajo es imputable única y exclusivamente a mi persona y no compromete en ningún caso a la Administración pública española.

2. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR: UNA VISIÓN DE CONJUNTO

1. Entre los tribunales internacionales de ámbito universal, el *Tribunal Internacional de Derecho del Mar* ha sido históricamente el primero de los tribunales especializados creados por la comunidad internacional. Su finalidad específica es la de resolver controversias o emitir opiniones consultivas relacionadas con la interpretación o aplicación de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. Creado por la citada Convención, su composición, estructura y reglas de funcionamiento se regulan en las Partes XV (sistema de arreglo de controversias) y XI (régimen de la Zona Internacional de los Fondos Marinos) de la misma, así como en su Anexo VI dedicado al *Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*. Como es habitual en los distintos tribunales internacionales, las citadas reglas convencionales han sido objeto de desarrollo a través de un *Reglamento*, aprobado por el propio Tribunal en 1997 y que ha sido revisado sucesivamente por el órgano judicial, siendo su última versión de 17 de marzo de 2009⁴. Para facilitar sus funciones y asegurar su independencia, el TIDM goza de personalidad jurídica internacional y está protegido por el *Acuerdo sobre privilegios e inmunidades del Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, de 23 de

⁴ Los textos jurídicos básicos que rigen el funcionamiento del TIDM pueden consultarse en igualmente en el sitio web del Tribunal: <https://www.itlos.org>.

mayo de 1997, que entró en vigor el 30 de diciembre de 2001, en el que España es parte⁵. El Tribunal tiene su sede en Hamburgo.

2. La dimensión universal del Tribunal se refleja en su propia composición. Así, está integrado por veintiún jueces, elegidos por los Estados Partes en la Convención de 1982 a partir de una lista de candidatos propuesta por los propios Estados Partes. Los candidatos deben gozar de la más alta reputación por su integridad e imparcialidad y deben ser especialistas en Derecho del Mar, si bien el análisis de la lista de los jueces que han desempeñado o desempeñan estas funciones pone de manifiesto que existe una gran diferencia entre las formaciones, procedencias profesionales y ámbitos de especialización de los mismos. A fin de reforzar la vocación universal del Tribunal, la elección de los jueces está sometida a la actuación conjunta de dos principios básicos: en primer lugar, garantizar la presencia de los distintos sistemas jurídicos del mundo; y, en segundo lugar, respetar el principio del reparto geográfico equitativo, asegurándose un mínimo de tres puestos para cada uno de los grupos geográficos establecidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas. A ello se añade la exigencia de que no puede formar parte del Tribunal más de un nacional del mismo Estado. En cualquier caso, debe destacarse que los jueces desempeñan sus funciones con total independencia e imparcialidad, no representando en ningún caso al Estado de su nacionalidad o al Estado que los haya propuesto, y no pueden, por la misma razón, recibir instrucción alguna de los Estados ni de instituciones que pudieran interferir en el ejercicio independiente e imparcial de su función jurisdiccional. Ello no impide, sin embargo, que —tal y como es habitual en los tribunales internacionales— los Estados Partes en una controversia que se dirime ante el TIDM puedan nombrar un *juez ad hoc* cuando en la composición permanente del Tribunal no se encuentre ningún juez de su nacionalidad; lo que no afecta al estatuto de dicho juez, que debe actuar igualmente sometido a la regla de independencia e imparcialidad antes mencionada.

Los jueces, que son elegidos por períodos de nueve años y son reelegibles, deben estar a disposición del Tribunal para el desempeño de sus funciones cuando son requeridos para ello. Sin embargo, a excepción del Presidente, no están sometidos a un régimen de exclusividad en el desempeño de sus funciones, pudiendo seguir desempeñando otras actividades siempre que no entren en colisión con su función judicial. De hecho, dado el reducido número de asuntos que hasta la fecha se han sustanciado ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, la regla ha sido la celebración periódica de sesiones administrativas para la organización del Tribunal y la celebración puntual de sesiones judiciales cuando las circunstancias lo han requerido, bien sea para la celebración de audiencias bien para las deliberaciones y adopción de decisiones sobre un determinado asunto. Junto a ello, debe

⁵ España se adhirió al Acuerdo por instrumento de 9 de octubre de 2001 (B.O.E. n.º 15, de 17 de enero de 2002).

destacarse igualmente que el Presidente dispone de un amplio poder de gestión y decisión sobre cuestiones incidentales, a fin de garantizar la actividad continuada y ordinaria del Tribunal. Es posible que, si en el futuro se produce un incremento de los asuntos sometidos al TIDM, la continuidad de los trabajos de los jueces se convierta en habitual. Algo que, como ya ha sucedido en la Corte Internacional de Justicia, podría repercutir en un reforzamiento de la institución.

Además, ha de destacarse que el Tribunal nombra a su propio Secretario, que es el jefe de la Secretaría y le presta todos los servicios administrativos, jurídicos y de asesoramiento que sean necesarios para el ejercicio de la función judicial. El Secretario tiene carácter permanente, debe residir en Hamburgo y, junto al Presidente, constituye una pieza clave en el continuado y eficaz funcionamiento del TIDM.

3. El Tribunal ejerce sus funciones en Pleno y en Salas. En el primero de los supuestos, el Pleno se constituirá con todos los jueces disponibles, siendo necesario contar al menos con un quórum de once jueces. Por su parte, las Salas estarán integradas por un número reducido de jueces cuya composición y funciones varía sensiblemente de un caso a otro. Así, en virtud de lo previsto en la Convención y en el Estatuto del TIDM es posible la constitución de cuatro categorías de Salas. En primer lugar, la *Sala de Controversias de los Fondos Marinos*, que ha de constituirse con carácter obligatorio y automático en virtud el artículo 186 de la Convención y que estará integrada por once jueces que son elegidos por la mayoría del Tribunal para un período de tres años, siendo reelegibles para desempeñar estas funciones tan sólo una vez. Esta Sala tiene una competencia restringida referida a las cuestiones relativas a la Zona Internacional de los Fondos Marinos y a las medidas de explotación de dicha zona. Junto a esta Sala, el TIDM puede constituir otras dos categorías de Salas, a saber: las *Salas especiales* dedicadas al enjuiciamiento de categorías específicas de controversias, y las *Salas ad hoc* constituidas para entender de una controversia concreta. En la primera categoría las Salas se constituyen con carácter permanente y estarán necesariamente integradas por un mínimo de tres jueces, habiendo constituido el Tribunal hasta este momento tres Salas especiales: la *Sala para el arreglo de las controversias relativas a pesquerías*, la *Sala para el arreglo de las controversias relativas al medio marino*, y la *Sala para el arreglo de las controversias relativas a la delimitación marítima*. Por el contrario, las *Salas ad hoc* no tiene carácter permanente y sólo pueden constituirse a instancia de las partes interesadas en la controversia, que –además– gozarán de un amplio margen para la propuesta de designación de los jueces del TIDM que integrarán la Sala. Hasta la fecha, el Tribunal tan sólo ha constituido una *Sala ad hoc para el asunto relativo a la conservación y explotación duradera de los stocks de pez espada en el Océano Pacífico Sud-oeste (Chile/Comunidad Europea)*⁶.

⁶ Case n.º 7. Case concerning the Conservation and Sustainable Explotation of Swordfish in the South-Eastern Pacific Ocean (Chile/European Union). Este asunto, que se inició en 2000, ha sido

Por último, el Estatuto del Tribunal prevé igualmente la constitución anual de una *Sala de procedimiento sumario*, integrada por cinco jueces, cuya finalidad es facilitar el pronto despacho de los asuntos y que actuará, como regla, a petición de las partes en el litigio. En el *Caso Louisa* San Vicente y las Granadinas solicitó que las medidas provisionales fuesen examinadas por esta Sala, a lo que España se opuso por las razones que luego se señalarán.

4. El Tribunal Internacional del Derecho del Mar no goza de competencia automática, salvo en los supuestos excepcionales a que luego se hará referencia. Por el contrario, conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, ha de recordarse que el TIDM se integra en un sistema amplio de arreglo de controversias en el que se contempla también la negociación, el arbitraje o el arreglo judicial, bien sea a través del propio TIDM bien a través de la CIJ. En este marco, la creación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar constituye el elemento más innovador del sistema y el que, en principio, parecía contemplado por los Estados que adoptaron la Convención como la jurisdicción especializada y preferente para este sector del ordenamiento internacional. Sin embargo, el criterio de la especialización no ha sido suficiente para convertirla en la jurisdicción exclusiva, ni siquiera en la jurisdicción que tiene una mayor *vis atractiva* para actuar con carácter preferente respecto de litigios en los que esté en juego la interpretación o la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Por el contrario, el TIDM coexiste con medios de arreglo políticos o diplomáticos, pero también con otros mecanismos de arreglo judicial y arbitral, de tal manera que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar comparte competencia material y jurisdiccional con la Corte Internacional de Justicia y con los tribunales arbitrales previstos en los Anexos VII y VIII del Estatuto.

La determinación de la jurisdicción competente en cada caso queda en manos de los Estados Partes en la Convención de 1981, que podrán optar por declarar con carácter general cual será la jurisdicción (judicial o arbitral) que les será oponible para el caso de que se suscite una controversia en que sean parte. Este sistema de atribución de jurisdicción únicamente encuentra el límite de la atribución de competencia preferente a favor de los tribunales arbitrales previstos en el Anexo VII de la Convención para aquellos casos en que los Estados Partes en una concreta controversia no hayan elegido jurisdicción o hayan elegido jurisdicciones distintas. Por tanto, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar tan sólo podrá ejercer su jurisdicción respecto de aquellas controversias en que las partes sean Estados que le hayan atribuido competencia general con carácter previo o cuando aún no habiéndolo hecho se la reconocen específicamente para el caso en cuestión. Por último, ha de destacarse que un mismo Estado

finalmente eliminado del registro del Tribunal por desistimiento de las partes en 2009 (véase Auto de 16 de diciembre de 2009).

puede declarar que reconoce competencia concurrente tanto al TIDM como a la Corte Internacional de Justicia, o incluso a un tribunal arbitral, bien sea sometiendo a dichos órganos a un orden de preferencia o sin que medie prelación ninguna. En relación con esta opción es de destacar que la opción por una u otra fórmula (competencia exclusiva de uno de los dos tribunales o competencia concurrente de ambos) no puede considerarse como casual ni baladí, ya que la diferente composición y competencia de ambos órganos jurisdiccionales puede tener importantes consecuencias prácticas, no sólo en la conducción del proceso sino también en la sustanciación de la causa. Así, se pueden identificar múltiples modelos en las declaraciones formuladas en aplicación del artículo 287, entre las que si bien prima el modelo de reconocimiento múltiple de competencias, es posible encontrar también ejemplos en los que la competencia se reconoce exclusivamente al TIDM y ciertos casos en los que la competencia para el arreglo de controversias se atribuye exclusivamente a la CIJ⁷.

España se encuentra entre el grupo de Estados que han procedido a un reconocimiento de competencias múltiples, ya que si bien en un primer momento optó por atribuir competencia exclusiva a la Corte Internacional de Justicia (Declaración de 15 de enero de 1997), modificó dicha declaración con posterioridad para atribuir competencia tanto a la CIJ como al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Declaración de 19 de junio de 2002). Precisamente ha sido esta última declaración de 2002 la que posibilitó que España fuera demandada ante el TIDM por San Vicente y las Granadinas en noviembre de 2010.

Como ya se ha señalado anteriormente, este sistema de atribución voluntaria de jurisdicción a favor del TIDM encuentra tres excepciones, en las que el Tribunal tiene competencia automática y puede ejercer su jurisdicción sin necesidad de que haya concurrido una declaración de atribución de competencia por parte de los Estados interesados. El primero de los supuestos es el conocido como *procedimiento de pronta liberación de buque*, regulado en el art. 292 de la Convención y que, durante un largo período de tiempo, ha constituido la actividad principal del Tribunal. El segundo es el supuesto excepcionalísimo que, de conformidad con el art. 290.5 de la Convención, permite al Tribunal decretar medidas provisionales a la espera de la constitución por las partes de un Tribunal arbitral específicamente competente para resolver una controversia concreta. Esta competencia automática ha sido ejercida por el TIDM en varias ocasiones, debiéndose destacar el reciente asunto de la *Fragata ARA Libertad*, que ha sido

⁷ En el grupo minoritario de Estados que han confiado el arreglo de controversias únicamente a la Corte Internacional de Justicia se encuentran los siguientes: Dinamarca, Honduras, Países Bajos, Nicaragua, Noruega, Suecia y Reino Unido. Es de destacar igualmente que sólo un país, Myanmar, ha retirado al TIDM la competencia que le había reconocido previamente, en particular respecto del arreglo de las diferencias relativas a las fronteras marítimas con Bangladesh (véase la declaración de 14 de enero de 2010).

objeto de una amplia proyección mediática⁸. Y la tercera de las excepciones se refiere a las competencias propias de la *Sala de Controversias de los Fondos Marinos*, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente. En ese caso, si bien la competencia de dicha Sala es automática en virtud de lo previsto en la Convención, no puede ignorarse que la Sala puede verse obligada a compartirla bien sea con una *Sala ad hoc* o con un tribunal arbitral de los expresamente contemplados en la Parte XI de la Convención, en los términos y para los supuestos contemplados en la misma.

Por último, debe destacarse que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar goza siempre de competencia automática cuando ejerce una función consultiva y no contenciosa. Dicha competencia está sometida, en cualquier caso, a las reglas propias de este tipo de procedimiento, a las que se hará referencia ulteriormente.

Es evidente que este complejo sistema de atribución de competencias al Tribunal Internacional de Derecho del Mar puede generar en la práctica importantes cuestiones jurídicas cuya relevancia práctica para la defensa de los intereses del Estado no puede ser minusvalorada. Ello queda cubierto, en cualquier caso, por la atribución al TIDM de la competencia para decidir sobre su propia competencia. En virtud de esta regla, que es común a todo órgano judicial, el Tribunal deberá asegurarse de que tiene competencia para examinar un determinado asunto que le sea sometido, pudiendo decidir igualmente sobre su propia competencia cuando en un determinado litigio se impugne la misma por alguna de las partes. El Tribunal de Hamburgo ha hecho un uso frecuente de este poder, como regla para concluir su propia competencia, bien sea *prima facie* (en una fase incidental) bien sea de forma definitiva (en asuntos sobre el fondo). Esta tendencia *pro competencia* de la jurisprudencia del TIDM únicamente se ha roto en el asunto *Grand Prince*⁹ y en el asunto *M.V. Louisa*.

5. Desde la perspectiva de la competencia material, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar tiene una competencia especializada que se concreta en los ámbitos sustantivos contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre

⁸ Case n.º 20. The “ARA Libertad” Case /Argentina v. Ghana), Provisional Measures. El TIDM concedió las medidas provisionales solicitadas por Argentina por Auto de 15 de diciembre de 2012. El fondo del asunto fue sometido a un tribunal arbitral constituido conforme al Anexo VII de la Convención y que ha actuado bajo la cobertura de la Corte Permanente de Arbitraje. El tribunal arbitral dictó un Auto de cierre del procedimiento el 11 de noviembre de 2013, al haber alcanzado las partes un acuerdo para resolver la controversia. El mismo modelo ha sido seguido en el asunto “Arctic Sunrise” (Case n.º 22. The Arctic Sunrise Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures), en el que, sin embargo, la Federación Rusa no ha comparecido ni ante el TIDM ni ante el tribunal arbitral constituido conforme al Anexo VII de la Convención, por considerar que no ha aceptado la obligatoriedad de dicho sistema de arreglo. En consecuencia, tanto el TIDM como el tribunal arbitral han actuado en ausencia de la parte demandada.

⁹ Case n.º 8. “Grand Prince” case (Belize v. France). El TIDM consideró que no tenía competencia ya que Belice no había demostrado la nacionalidad de la reclamación.

el Derecho del Mar, instrumento convencional que crea esta jurisdicción. Sin embargo, ello no limita la competencia normativa del TIDM a la citada Convención ya que, por el contrario, puede ejercer su jurisdicción para interpretar o aplicar la citada Convención, bien para interpretar o aplicar otro acuerdo internacional que tenga el mismo objeto de la Convención o que sirva a la aplicación de los objetivos perseguidos por la misma. De la misma manera, tratándose de un tribunal internacional, deberá tener en cuenta igualmente los principios y normas del Derecho Internacional general que resulten aplicables al caso o a la consulta que se somete a su consideración.

La competencia del tribunal puede agruparse en tres grandes categorías: i) competencia contenciosa; ii) competencia consultiva; y iii) competencia prejudicial.

Por lo que se refiere a la *competencia contenciosa*, el TIDM puede conocer de cuatro tipos de controversias:

- i) controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención o del Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención;
- ii) controversias relativas a la interpretación o aplicación de otros Acuerdos internacionales relacionados con el fin de la Convención, siempre que en dichos Acuerdos se atribuya competencia al TIDM;
- iii) controversias relativas a los fondos marinos, tanto por lo que se refiere a la interpretación y aplicación de la Convención como a los contratos que se suscriban para la explotación de los recursos existentes en la Zona; y
- iv) controversias relativas a la pronta liberación del buque que ostenta la bandera de un Estado Parte, así como de su tripulación, cuando han sido retenidos por otro Estado Parte.

Como regla, el ejercicio de la competencia contenciosa ha de venir referida a controversias que surjan entre dos o más Estados Partes o una Organización Internacional parte en la Convención¹⁰, si bien en el caso de las controversias relativas a la Zona Internacional de los Fondos Marinos la controversia puede haberse suscitado también entre un Estado Parte y la Autoridad de Fondos Marinos o la Empresa; o bien entre un particular y la Autoridad, la Empresa o un Estado Parte. En todos estos supuestos la legitimación activa corresponde al Estado, si bien en los casos de controversias que afectan a particulares éstos tienen una legitimación activa limitada y sometida a las condiciones previstas en el Estatuto del Tribunal.

La segunda de las competencias reconocidas al TIDM es la *competencia consultiva*. Dicha competencia se refiere, en primer lugar, a las cuestiones de que puede entender la *Sala de Fondos Marinos*. En virtud de la misma el TIDM, en formación de Sala, puede emitir un dictamen sobre cualquier cuestión que le sea planteada por la Asamblea o por el Consejo de la Autoridad de los Fondos

¹⁰ Piénsese al respecto en el caso especial de la Unión Europea.

Marinos. Además, el Tribunal podrá emitir un dictamen jurídico relativo a otro Acuerdo internacional relacionado con los objetivos de la Convención siempre que dicho Acuerdo así lo prevea expresamente.

Esta competencia consultiva no ha sido ejercida por el Tribunal hasta una fecha muy reciente. Así, el TIDM (Sala para el arreglo de las Controversias relativas a los Fondos Marinos) ha dictado su primera opinión consultiva el 1 de febrero de 2011, en el asunto *Responsabilidades y obligaciones de los Estados que auspician a personas o entidades en el marco de las actividades desarrolladas en la Zona*¹¹. En la actualidad está pendiente un segundo procedimiento consultivo a raíz de la petición de opinión consultiva formulada el 27 de marzo de 2013 por la Comisión Subregional de pesquerías (CSRP)¹². En el marco de este procedimiento consultivo, España ha formulado una exposición escrita, con fecha 29 de noviembre de 2013, en la que se opone a la competencia del TIDM para emitir la opinión consultiva solicitada¹³.

Por último, ha de destacarse que el Tribunal de Hamburgo podría ejercer una tercera categoría de competencias que podemos calificar de *competencia prejudicial*. La misma viene referida a los supuestos en que se esté produciendo un arbitraje comercial obligatorio respecto de una controversia relativa a un contrato de explotación de la Zona y sea necesario que, para sustanciar el fondo de dicho asunto, sea preciso obtener previamente la interpretación “auténtica” de las disposiciones de la Convención sobre las que dicho contrato se basa. En este caso, el tribunal arbitral podrá solicitar del TIDM la interpretación de las disposiciones pertinentes de la Convención y deberá resolver el fondo del asunto a la luz de dicha interpretación. Sin embargo, aunque esta competencia podría ser de gran interés a fin de asegurar una interpretación homogénea y armonizada de la Convención en un sector especialmente sensible, la misma no ha sido utilizada nunca hasta la fecha.

6. Por lo que se refiere al Procedimiento, el mismo está regulado tanto en la Convención y el Estatuto del Tribunal como en su Reglamento. Además, el propio Tribunal ha elaborado una *Guía del procedimiento judicial* que resulta de especial interés para las partes que intervienen en un caso ante el TIDM¹⁴.

En el caso de los procedimientos contenciosos, la instancia es siempre introducida por una de las partes legitimadas, habitualmente un Estado. De conformidad con lo previsto en el Estatuto del Tribunal, en la solicitud de introducción

¹¹ Case n.º 17. Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber), Advisory Opinion of 1 February 2011.

¹² Case n.º 21. Request for an Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC).

¹³ El texto de la declaración española puede consultarse en el sitio web del Tribunal: <https://www.itlos.org>.

¹⁴ La Guía contiene tanto una sinopsis de los procedimientos como modelos de los documentos escritos que deben someterse al Tribunal. Además de la publicación impresa, puede consultarse en el sitio web del TIDM.

de instancia se indicarán el objeto de la controversia y las partes. Además, el demandante debe incluir los elementos básicos relativos a su legitimación para actuar, la competencia del Tribunal, así como los elementos materiales básicos sobre los que fundamentará su petición, sin necesidad de desarrollarlos de forma extensa. Una vez admitido el asunto por el Tribunal y tras su inscripción en el Registro de Asuntos, el Presidente, tras consulta con las partes, dictará un Auto fijando los plazos para la presentación de los documentos escritos que deberán ser presentados por las partes: Memoria (demandante) y Contramemoria (demandado), que podrán ser completados, en su caso, con una segunda ronda de piezas escritas: Réplica (demandante) y Dúplica (demandado). El Tribunal decidirá igualmente sobre la conveniencia de celebrar audiencias, y, tras consulta con las partes, dictará un Auto fijando la fecha de las audiencias, su duración y el orden de intervención y tiempo asignado a cada una de las partes. En el caso de que el demandante solicite medidas provisionales, se celebrará de forma inmediata un procedimiento incidental sin necesidad de que el TIDM se pronuncie previamente de forma definitiva sobre su propia competencia. Por lo que se refiere a la declaración de competencia del Tribunal la misma puede producirse tanto en un procedimiento incidental (excepción de incompetencia o inadmisibilidad) como en conexión con el tratamiento del fondo, siendo esta última la fórmula habitual.

El proceso se desarrolla conforme a un procedimiento contradictorio, en el que los Estados son representados por un Agente designado al efecto y son defendidos por un equipo dirigido por el Agente y en el que se pueden integrar abogados, consejeros jurídicos y consejeros técnicos. Las partes pueden proponer igualmente la designación de peritos (expertos en la terminología del TIDM) y testigos, cuya intervención en el proceso debe ser autorizada por el Tribunal.

El proceso termina con una sentencia en la que el Tribunal, tras pronunciarse sobre su propia competencia, decidirá —en su caso— sobre el fondo de la controversia. Dicha sentencia se adopta por mayoría y los jueces pueden unir a la misma sus opiniones separadas u opiniones disidentes, siendo igualmente frecuente que adjunten declaraciones. La sentencia tiene carácter definitivo y es obligatoria para todas las partes en el litigio. Sin embargo, las sentencias no son ejecutivas, salvo en el caso de las sentencias dictadas por la Sala de Fondos Marinos, cuya ejecución podrá exigirse ante los tribunales estatales a través del procedimiento que cada Estado arbitre para ejecutar las sentencias de sus respectivos Tribunales Supremos.

En el caso de los procedimientos consultivos, la instancia únicamente puede ser introducida por la Asamblea o el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. O, en su caso, por los sujetos legitimados conforme a lo previsto en los Acuerdos internacionales que atribuyan dicha competencia consultiva al TIDM. En este caso el procedimiento no es contradictorio y su principal novedad consiste en la posibilidad abierta a todos

los Estados Partes en la Convención de presentar observaciones escritas sobre la cuestiones incluidas en la consulta dirigida al Tribunal. Igualmente podrán presentar observaciones escritas las Organizaciones internacionales que sean invitadas por el TIDM. El procedimiento es escrito, aunque pueden celebrarse audiencias si el Tribunal así lo decide, tal y como ha sucedido en el Asunto n.º 17 introducido por la Autoridad de los Fondos Marinos. La opinión consultiva es aprobada por mayoría de sus miembros y los jueces pueden igualmente adjuntar a la misma sus declaraciones, opiniones disidentes u opiniones separadas.

7. A pesar de la especialización del TIDM llama la atención que los Estados no hayan reconocido con carácter general competencia al mismo para interpretar y aplicar la Convención de 1981, así como el reducido número de casos que han sido sometidos al Tribunal desde su constitución: veinte asuntos en vía contenciosa y dos en vía consultiva. A lo que ha de añadirse, además, que en vía contenciosa nueve asuntos se han sustanciados conforme al procedimiento de pronta liberación de buque, seis conforme al procedimiento de solicitud de medidas cautelares a la espera de la constitución de un tribunal arbitral que deba pronunciarse sobre el fondo, y solo cinco han sido sustanciados conforme al procedimiento general que permite al Tribunal resolver una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convención. Por otro lado, por lo que se refiere al objeto de las diversas instancias introducidas ante el Tribunal tanto en vía contenciosa como consultiva, debe señalarse que sólo un asunto se refiere a la delimitación marítima y un asunto se refiere —aunque indirectamente— a la gestión y explotación de la Zona Internacional de los Fondos Marinos, dos se refieren a cuestiones de pesca, dos a la protección del medio marino en relación con diversas actividades humanas y dieciseis están directamente relacionados con el apresamiento, detención e inmovilización de un buque, su tripulación y su carga. Ello pone de manifiesto el alcance reducido y sectorial de la jurisdicción ejercida por el TIDM hasta la fecha, que no se corresponde con su amplia competencia material.

3. EL CASO *M.V. LOUISA*: LOS HECHOS Y EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TIDM

1. La demanda presentada por San Vicente y las Granadinas contra España ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar tiene su origen en un procedimiento penal iniciado por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Cádiz en 2005, por presuntos delitos de expolio de patrimonio cultural en la Bahía de Cádiz y de depósito o tenencia de armas de guerra no declaradas a bordo del buque *Louisa*¹⁵.

¹⁵ Para un relato detallado de los hechos, ver la Respuesta escrita del Reino de España a la solicitud de medidas provisionales (Request for the Prescription of Provisional Measures under article 290, paragraph 1, of the United Nations Convention on the Law of the Sea. Written response of the Kingdom

El *Louisa* es un buque con bandera de San Vicente y las Granadinas, propiedad de la compañía SAGE, de capital estadounidense y constituida conforme al Derecho de Texas, cuya principal actividad declarada es la investigación de hidrocarburos. El citado buque fue enviado a España en agosto de 2004 para realizar, conforme a la declaración del demandante, actividades de investigación sobre la existencia de gas en la Bahía de Cádiz, en virtud de un permiso que había otorgado la Dirección General de Costas a la empresa TUPAC, con la que SAGE había celebrado un contrato¹⁶. El permiso concedido por la Dirección General de Costas se refería a la realización de un “mapeo” del fondo marino y a la posible extracción de muestras, pero en ningún caso autorizaba a sus titulares a realizar ningún tipo de investigación relacionada con hidrocarburos.

El *Louisa* llegó a Cádiz el 20 de agosto de 2004 y fue amarrado de manera permanente en el muelle comercial de El Puerto de Santamaría el 29 de octubre del mismo año, donde ha permanecido de forma continuada desde entonces y donde fue objeto de entrada, registro e inmovilización por parte de las autoridades españolas en 2006. En febrero de 2005, SAGE y sus asociados adquirieron el buque *Gemini III* que, desde dicha fecha y hasta abril de 2005, realizó diversas actividades en las aguas de la Bahía de Cádiz, supuestamente en estrecha relación con el *Louisa*, al que frecuentemente se podía ver abarloado en ese período. El *Gemini III* era un barco de menor envergadura que el *Louisa*, de bandera desconocida y que estaba equipado con instrumental que, según los expertos, es utilizado habitualmente por los “caza tesoros” en sus búsquedas de bienes culturales subacuáticos. Tras terminar su operación con el *Louisa*, el *Gemini III* fue cedido a un tercero.

Como consecuencia de una denuncia referida a presuntas actividades ilícitas del *Gemini III* y del *Louisa*, relacionadas con el expolio de patrimonio cultural subacuático, la Guardia Civil inició una investigación en octubre de 2005 que finalizó con una orden de entrada y registro en el *Louisa* dictada por el Juez de Instrucción n.º 4 de Cádiz. La entrada y registro se produjo el 1 de febrero de 2006 y durante la misma se encontraron a bordo algunos objetos arqueológicos, mapas y material frecuentemente utilizado para el buceo y para la búsqueda de tesoros, así como un armero cerrado con diversas armas, entre ellas cinco fusiles de asalto, que no habían sido declarados en el momento de la entrada del buque en el puerto español. El Juez ordenó la inmovilización del *Louisa* y unos días después la del *Gemini III*.

En el momento de la entrada y registro en el *Louisa* no estaba presente en el barco el capitán, que había salido de España con anterioridad en una fecha sin

of Spain, 8 December 2010), párrafos 11-43, y la Contramemoria del Reino de España (Counter-Memorial of the Kingdom of Spain, 12 December 2011), párrafos 10-41.

¹⁶ Dicho contrato no fue proporcionado por el demandante hasta después de la finalización de la fase oral, respondiendo a una petición expresa del Tribunal.

determinar. Se detuvo a dos marineros húngaros (los Srs. Geller Sandor y Szusky Zsolt) que estaban en el barco y a la Srta. Alva Avella, hija del representante en el buque de la empresa SAGE, Mario Avella, que según su declaración estaba allí temporalmente con ocasión de una visita a su padre. El Sr. Avella había viajado a Estados Unidos unos días antes y fue detenido en Portugal un tiempo después como consecuencia de una orden europea de detención. Tras ser puestos a disposición judicial y ser liberados por el Juez, a los tres primeros detenidos se les retiró el pasaporte temporalmente. Tras su detención en Portugal, el Sr. Avella fue detenido y estuvo en prisión provisional ocho meses, reteniéndosele igualmente el pasaporte.

Las autoridades consulares de los detenidos fueron informadas inmediatamente de su detención. Y con fecha 15 de marzo de 2006, a petición del Juez competente, la Embajada de España en Kingston remitió una Nota Verbal al Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio de San Vicente y las Granadinas informándole de que se había producido la entrada y registro en el buque *Louisa*, a todos los efectos oportunos.

2. A partir de ese momento se inició un largo y complejo proceso penal que aún estaba pendiente en el momento en que San Vicente y las Granadinas presentó la demanda ante el Tribunal de Hamburgo. En dicho proceso han sido imputadas varias personas, entre ellas el Sr. Avella y el Sr. Foster, propietario de la empresa SAGE, que fueron procesados finalmente por expolio de patrimonio cultural y por tenencia de armas de guerra. No es posible en estas pocas líneas referirse de modo detallado a los distintos avatares que se han producido en este proceso, que han tenido como consecuencia su prolongación por más de seis años. Pero baste con señalar que a la larga duración del mismo han contribuido distintos problemas vinculados con la personación y designación de representación legal de los interesados y su inactividad durante ciertos períodos de tiempo, el hecho de que algunos de ellos estaban fuera de territorio nacional, los sucesivos recursos, y los desacuerdos sobre la forma en que debía producirse la declaración de alguno de los imputados, entre otras cuestiones¹⁷. Por lo que se refiere a la inmovilización del buque (objeto central de la controversia) debe destacarse que hasta 2011 los propietarios del *Louisa* nunca habían solicitado su liberación ni habían respondido a las peticiones del Juez de tomar medidas adecuadas para su mantenimiento, a pesar de lo cual pudieron visitar el barco al menos en dos ocasiones.

El 18 de febrero de 2010 la Oficina del Comisionado para Asuntos Marítimos de San Vicente y las Granadinas en Ginebra remitió un correo electrónico a la

¹⁷ De la complejidad de la misma da buena cuenta el hecho de que los representantes de los imputados de nacionalidad estadounidense han realizado diversas acciones paralelas al desarrollo del procedimiento penal en Cádiz, tales como dirigirse al Embajador de España en Washington o la presentación de una queja ante el Consejo General del Poder Judicial. Para un relato detallado de los hechos, ver la Respuesta escrita del Reino de España a la solicitud de medidas provisionales, párrafos 36-43, y la Contramemoria del Reino de España, párrafos 27-41.

Capitanía Marítima de Cádiz interesándose por el *Louisa*. Dicho correo fue respondido por la misma vía por la Capitanía de Cádiz, informando de que estaba inmovilizado en el marco de un procedimiento penal y proporcionando datos complementarios sobre el Juzgado competente e instándoles a que se dirigieran al mismo. Lo que, sin embargo, no se produjo. Esta es la única comunicación mantenida entre autoridades de San Vicente y las Granadinas y autoridades españolas antes de que el demandante pusiera en marcha los actos necesarios para introducir una acción ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar.

3. El 26 de octubre de 2010, la Misión Permanente de San Vicente y las Granadinas ante las Naciones Unidas en Nueva York remitió una Nota Verbal a la Misión Permanente de España en la que le expresa su objeción a que el buque *Louisa* y su buque auxiliar *Gemini III* sigan detenidos en España (i); se queja igualmente de que no se le haya comunicado la detención del buque tal y como es exigido por el Derecho Internacional (ii); e informa de la intención de iniciar una acción ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar si no se libera inmediatamente el buque y se indemnizan los daños producidos como consecuencia de la detención incorrecta (iii).

El 22 de noviembre de 2010 (es decir, casi un mes después) San Vicente y las Granadinas comunicó al Secretario General de las Naciones Unidas, en su condición de depositario, una declaración formulada en virtud del art. 287 de la Convención de Montego Bay, por la que reconocía al Tribunal Internacional del Derecho del Mar competencia para entender de las controversias relativas a la detención e inmovilización de sus buques. Dos días después, el 24 de noviembre, remitió por correo electrónico al TIDM una demanda contra España. Es de destacar que el 15 de octubre, antes incluso de reconocer la competencia del Tribunal, San Vicente y las Granadinas había comunicado al TIDM el nombre de su Agente y Co-agentes.

4. Junto a la Solicitud de introducción de instancia (demanda), San Vicente y las Granadinas solicitó al Tribunal que dictara medidas provisionales, lo que dio lugar a un procedimiento incidental en el que tras la fase escrita (consistente en la solicitud del demandante y la respuesta de España) se celebró una vista oral los días 10 y 11 de 2010. El Tribunal dictó un Auto el 23 de diciembre en el que declaró su competencia *prima facie* pero denegó las medidas provisionales solicitadas. Es de destacar que San Vicente y las Granadinas solicitó al Tribunal que el examen de las medidas provisionales se produjera a través del procedimiento sumario previsto en el art. 15.3 del Estatuto del TIDM, a lo que España se opuso por considerar que no existía una urgencia que lo justificase y teniendo en cuenta, además, que la sumisión a dicho procedimiento implicaba aceptar que el pronunciamiento sobre las medidas provisionales fuese realizado por una formación reducida de jueces (la Sala de Procedimiento Sumario) y no por el Tribunal en Pleno.

En la fase escrita del procedimiento sobre el fondo las partes presentaron sendas *Memoria*, *Contramemoria*, *Réplica* y *Dúplica*, entre mayo de 2011 y abril de 2012. Las audiencias de la fase oral se celebraron entre el 4 y el 12 de octubre de 2012, tras lo cual el Tribunal solicitó información complementaria a las partes. El TIDM dictó Sentencia sobre el fondo el 28 de mayo de 2013, declarando que carecía de competencia *ratione materiae* para entender del caso¹⁸.

4. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA AL TIDM

1. La problemática referida a las técnicas y requisitos para la atribución de competencia al Tribunal Internacional de Derecho del Mar se ha suscitado en el asunto *Louisa* desde distintas perspectivas. Se trata, sin duda, de una importante cuestión ya que el Tribunal estaría obligado a declinar su jurisdicción en el supuesto de que alguna de las partes no le hubiese reconocido competencia o la hubiese reconocido en una forma tal que impidiese el ejercicio de la jurisdicción en el caso concreto. La cuestión no viene referida, pues, a la competencia genérica para interpretar y aplicar la Convención en términos materiales, sino a la consideración misma del Tribunal como el mecanismo elegido por los Estados Partes para resolver una controversia que pudiera surgir entre ambos.

2. Como ya se ha señalado *supra*, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ha establecido en su art. 287 un sistema de mecanismos múltiples de arreglo de controversias, en el que el TIDM únicamente puede ejercer su jurisdicción en el caso de que todas las partes en una pretendida controversia le hayan atribuido tal competencia. En el caso que nos ocupa, dicha condición se cumplía en el momento en que San Vicente y las Granadinas interpuso su demanda.

Así, baste con recordar que España, en su Declaración de 17 de julio de 2002 había afirmado que:

“De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 287, párrafo 1, el Gobierno de España declara que elige el Tribunal Internacional de Derecho del Mar y la Corte Internacional de Justicia como medios para la solución de las controversias relativas a la interpretación o a la aplicación de la Convención”.

Añadiendo que:

“[e]l Gobierno de España declara que, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1.a) del artículo 298 de la Convención, no acepta los procedimientos previstos en la Sección 2 de la Parte XV para la solución de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos”.

¹⁸ Los escritos presentados por las partes, las actas de las audiencias así como las decisiones judiciales dictadas por el Tribunal pueden consultarse en su sitio web: <https://www.itlos.org>.

Por su parte, San Vicente y las Granadinas, por Declaración de 22 de noviembre de 2010 afirmó que:

“Conforme al artículo 287 de la Convención de 1982 de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, tengo el honor de informarle que el Gobierno de San Vicente y las Granadinas declara que elige al Tribunal Internacional del Derecho del Mar constituido conforme al Anexo VI, en tanto que medio de arreglo de las diferencias relativas al apresamiento o inmovilización de sus buques”¹⁹.

3. Por consiguiente, la competencia del Tribunal desde la perspectiva de la elección de la jurisdicción no plantea problemas formales, al menos en términos abstractos. Sin embargo, en la declaración de San Vicente y las Granadinas concurren una serie de circunstancias especiales sobre las que España llamó la atención tanto en el procedimiento de medidas provisionales como, ulteriormente, en el procedimiento sobre el fondo.

Las circunstancias en cuestión son las siguientes: i) San Vicente y las Granadinas había ratificado la Convención el 1 de octubre de 1993 y había recurrido al TIDM en anteriores ocasiones por la vía del procedimiento de pronta liberación de buques sin que hubiese sentido la necesidad de reconocer la competencia del Tribunal conforme a lo previsto en el art. 287 de la Convención; ii) presentó la Declaración de atribución de competencia el 22 de noviembre de 2010, es decir, tan sólo dos días antes de que remitiera, por correo electrónico, la solicitud de introducción de instancia ante el Tribunal (correo de 24 de noviembre que remite una carta de 23 de noviembre); iii) el día 15 de octubre de 2010, es decir más de un mes antes de la Declaración de aceptación de competencia, el demandante ya había comunicado al Tribunal el nombre de su Agente y Co-agentes; iv) el día 26 de octubre de 2010, también antes de aceptar la competencia del Tribunal de Hamburgo, el Embajador Representante Permanente de San Vicente y las Granadinas ante las Naciones Unidas en Nueva York, remitió una Nota Verbal a la Misión Permanente de España impugnando la detención del M.V. Louisa y advirtiendo de que, en caso de que no se procediese a su inmediata liberación, iniciaría un procedimiento ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; y v) la Declaración de aceptación de competencia de San Vicente y las Granadinas tiene un alcance sumamente limitado, ya que se reduce a “las diferencias relativas al apresamiento o a la inmovilización de sus buques”.

Estas características especiales de la Declaración de San Vicente y las Granadinas suscitan dos tipos de cuestiones, a saber: el momento de presentación de la declaración y su relación con la buena fe (i), y el alcance restringido de la

¹⁹ El texto original en inglés de la declaración es el siguiente: “In accordance with Article 287, of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, I have the honour to inform you that the Government of Saint Vincent and the Grenadines declares that it chooses the International Tribunal for the Law of the Sea established in accordance with Annex VI, as the means of settlement of disputes concerning the arrest or detention of its vessels.”

declaración de San Vicente y las Granadinas y su incidencia sobre la competencia material del Tribunal (ii).

4.1. El momento de presentación de la declaración de aceptación de la competencia

4. La primera de las cuestiones se refiere a la configuración de la Declaración como una aceptación de la competencia *ad hoc* y sobrevenida a los supuestos hechos litigiosos, cuya intención es someter a la consideración del Tribunal el caso específico aprovechando que la parte demandada ya había reconocido con carácter general la competencia del TIDM. En este sentido, aunque España reconoció que la aceptación de la competencia de un tribunal es un acto unilateral de un Estado, que puede ejercer libremente, llamó igualmente la atención del Tribunal sobre las características especiales de esta “declaración *ad hoc*” y sus posibles incidencias sobre el desarrollo del caso. Y de modo especial destacó que, aún aceptando que la demanda presentada por San Vicente y las Granadinas no puede ser considerada en sí misma y en sentido estricto como un abuso del procedimiento por la mera forma de emitir la declaración de aceptación de la competencia, el Tribunal debía asegurarse de que tal acción no pudiese perjudicar a España, tanto desde la perspectiva de la determinación de los hechos como desde la perspectiva de la determinación del derecho aplicable²⁰. Esta advertencia tenía una especial significación en el procedimiento incidental de medidas cautelares, ya que —como se ha indicado anteriormente— se desarrolló en un plazo de tiempo extremadamente corto.

El TIDM, sin embargo, ha construido su argumentación sobre la base de la ya consabida jurisprudencia de que una declaración unilateral de competencia es un derecho del Estado, que puede ejercerlo sin límites sustantivos ni temporales. Así, ni en el Auto sobre medidas provisionales de 23 de diciembre de 2010 ni en la Sentencia de 28 de mayo de 2013 se ha manifestado sobre las circunstancias que rodearon la formulación de la declaración y su incidencia sobre la buena fe procesal o sobre la existencia de un eventual abuso del procedimiento. Por el contrario, se ha limitado a afirmar que “the Convention does not preclude a declaration limited to a particular category of disputes or the possibility of making a declaration immediately before filing a case”²¹.

Esta posición del Tribunal, respetando la más estricta y formal ortodoxia jurisprudencial, no impide, sin embargo, que pueda calificarse la acción de San Vicente y las Granadinas como una “demanda sorpresiva”. Y ello obliga a reflexionar sobre

²⁰ Ver The M/V “LOUISA” case, Saint Vincent and the Grenadines v. The Kingdom of Spain. Request for the prescription of Provisional Measures under article 290, paragraphe 1, of the United Nations Convention on the Law of the Sea. Written response of the Kingdom of Spain, 8 December 2010, párrafos 45 y 47.

²¹ Case n.º 18, Judgement, párrafo 79.

otra cuestión cuya importancia no es menor, a saber: ¿en qué medida el propio tenor de la declaración española de aceptación de la competencia del TIDM ha tenido incidencia sobre el presente caso y ha permitido una “demanda sorpresiva”?

5. En efecto, como ya se ha señalado anteriormente, España ha modificado a lo largo de los años su opción a favor de la jurisdicción competente para resolver las controversias que afecten a nuestro país en relación con la aplicación e interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Y así, si en 1997 limitó la competencia a la Corte Internacional de Justicia, en 2002 la extendió también al Tribunal Internacional del Derecho del Mar. A lo que se ha de añadir la circunstancia de que la declaración unilateral de atribución de competencia es sumamente genérica, sin reservas de orden procesal que pudieran ser utilizadas a favor de la defensa de los legítimos intereses de España. Por el contrario, las únicas reservas que se contienen en la Declaración son de orden material y vienen referidas a ciertas categorías de controversias que pueden ser excluidas del sistema de arreglo en virtud de lo previsto en el art. 298, párrafo 1, apartado a); a saber, aquellas controversias relativas a la interpretación o aplicación de los artículos 15, 74 y 83 relativo a la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos.

Este carácter tan abierto de la declaración española puede entenderse, sin duda, como una forma de expresión de la confianza de nuestro país en ambos tribunales internacionales. Pero, en todo caso, llama extremadamente la atención la simplicidad de la declaración de 2002, en particular si se la compara con la detallada declaración de aceptación de la competencia de la Corte Internacional de Justicia que fue realizada por España en 1990 en virtud del artículo 36.2 de su Estatuto, cuyo texto se reproduce a continuación:

“1.—Tengo el honor de declarar en nombre del Gobierno español, que el Reino de España reconoce como obligatoria *ipso facto*, y sin necesidad de convenio específico, la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2, del artículo 36 del Estatuto de dicho Tribunal, respecto a cualquier otro Estado que haya aceptado la misma obligación, bajo condición de reciprocidad, en las controversias de orden jurídico no comprendidas en los supuestos y excepciones siguientes:

a) Controversias respecto de las cuales el Reino de España y la otra u otras partes hayan convenido o convengan recurrir a un medio pacífico distinto de arreglo de controversias.

b) Controversias en las que la otra parte o partes hayan aceptado la jurisdicción obligatoria del Tribunal únicamente en lo que concierne a la controversia de que se trate o para los fines exclusivos de la misma.

c) Controversias en las que la otra parte o partes hayan aceptado la jurisdicción obligatoria del Tribunal con menos de doce meses de antelación a la fecha

de presentación de la solicitud escrita incoando el procedimiento correspondiente ante el Tribunal.

d) Controversias surgidas antes de la fecha de remisión de la presente Declaración al Secretario General de las Naciones Unidas para su depósito, o relativas a hechos o situaciones acaecidas con anterioridad a dicha fecha, aunque dichos hechos o situaciones puedan seguir manifestándose o surtiendo efectos con posterioridad a la misma.

2.—El Reino de España podrá completar, modificar o retirar, en cualquier momento, en todo o en parte, las reservas arriba mencionadas, así como cualesquiera otras que pudiese formular en el futuro, mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. Estas modificaciones tendrán efectos a partir de la fecha de su recepción por el Secretario General de las Naciones Unidas.

3.—La presente Declaración, que se remite para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 36 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, permanecerá en vigor mientras no sea retirada por el Gobierno español o reemplazada por otra declaración de dicho Gobierno.

La retirada de la Declaración tendrá efectos una vez transcurrido un período de seis meses, contados a partir de la recepción por el Secretario General de las Naciones Unidas de la notificación correspondiente del Gobierno español. Sin embargo, respecto a Estados que hubiesen establecido un período inferior a seis meses entre la notificación y la producción de efectos de la retirada de su Declaración, la retirada de la Declaración española surtirá efectos una vez transcurrido dicho plazo más breve²².”

Como puede deducirse de la simple lectura de la misma, no parece posible deducir que España tenga una menor confianza en la CIJ, ya que todas las reservas que se contienen en la declaración no responden en lo esencial a un criterio sustantivo, sino a un criterio temporal o a la voluntad de primar mecanismos específicos que puedan ser elegidos de común acuerdo por las partes en una determinada controversia, lo que no es sino una expresión del principio de libre elección del medio que rige el sistema internacional de arreglo de controversias. A lo que ha de añadirse que la citada declaración constituye un buen ejemplo del intento de establecer un adecuado equilibrio entre los derechos y obligaciones jurisdiccionales de las partes en una controversia que afecte a España.

Por otro lado, si se lee esta declaración a la luz del caso *Louisa*, resulta obvio que la cláusula contenida en el apartado 1.c) habría servido perfectamente a la defensa del legítimo interés de España de protegerse frente a una “demanda

²² B.O.E n.º 275, de 16 de noviembre de 1990. Corrección de errores en B.O.E. n.º 285, de 28 de noviembre del mismo año.

sorpresiva” como la presentada por San Vicente y las Granadinas. Esta reserva ha sido ya, además, alegada con éxito por España ante la Corte Internacional de Justicia en el caso *Licitud del uso de la fuerza (Yugoslavia c. España)*²³. Igualmente relevante es la reserva contenida en el apartado 1.b), que habría permitido excluir la competencia del TIDM en el caso *Louisa* teniendo en cuenta que la declaración de San Vicente y las Granadinas tiene un alcance sumamente reducido y podría considerarse como una declaración *ad hoc* para este concreto asunto.

6. Obviamente no es este el momento ni la sede más apropiada para intentar dilucidar las razones que impulsaron al Gobierno de España en 2002 a ampliar la competencia al Tribunal Internacional del Derecho del Mar ni a realizar una declaración tan simple y abierta. Pero, en cualquier caso, la situación que se ha producido ante dicho Tribunal en el asunto *Louisa* obliga, a mi entender, a abrir una reflexión seria y reposada sobre la modificación de la citada Declaración de 2002. Y ello por dos motivos. En primer lugar, porque el problema de las “demandas sorpresivas” y las “demandas *ad hoc*” se ha producido ya ante el TIDM y puede volver a plantearse en el futuro. Y, en segundo lugar, porque la declaración de 2002 sería igualmente aplicable si la controversia se suscitase ante la Corte Internacional de Justicia en virtud del art. 287 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. A este respecto, baste con recordar que la declaración unilateral emitida por España en virtud del artículo 36 del Estatuto de la CIJ es una declaración general derivada del Estatuto de la Corte y que, por tanto, deberá ceder ante una declaración de competencia específica derivada de un tratado especial, como es —sin duda— el caso de la Convención sobre el Derecho del Mar y su art. 287.

En consecuencia, dado que tanto el TIDM como la CIJ han reconocido que la formulación de una declaración unilateral de reconocimiento de competencia es un derecho y un acto unilateral del Estado, y que el mismo puede someter a condiciones y reservas el ejercicio de la jurisdicción, sería útil y aconsejable revisar la Declaración de 2002 a fin de alinearla, en la medida necesaria, con la Declaración unilateral de 1990 referida a la Corte Internacional de Justicia.

4.2. El alcance de la competencia reconocida al TIDM

7. La segunda de las cuestiones que suscita la declaración unilateral de San Vicente y las Granadinas es el alcance de la misma y la asimetría con la Declaración española. En relación con este tema, España reconoció ante el TIDM que San

²³ Ver Case Concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Spain), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, I.C.J. Reports, 1999, pp. 761 y ss. En el citado Auto, la Corte Internacional de Justicia declara su incompetencia al no existir consentimiento de España respecto de su jurisdicción en este caso y ordena la eliminación del asunto del Registro. Entre las causas de falta de consentimiento considera, en primer lugar, la reserva contenida en el apartado c) del párrafo 1 de la declaración unilateral de España de 1990.

Vicente y las Granadinas tenía pleno derecho a limitar el alcance de su declaración, pero recordó que ello estaba llamado a tener incidencia en el proceso, afirmado expresamente que la declaración había sido redactada específicamente para la presunta controversia contra España y que, en realidad, se trata una aceptación *ad hoc* de la competencia del Tribunal, como lo demuestra su relación con la Nota Verbal de 26 de octubre de 2010 a la que antes se ha hecho referencia. A lo que añadió que, en aplicación del principio de reciprocidad, los únicos casos entre España y San Vicente y las Granadinas que podrían ser juzgados por el TIDM serían aquellos relacionados con la detención e inmovilización de los buques del Estado caribeño²⁴. Este mismo argumento fue sostenido posteriormente tanto en la Contramemoria²⁵ y en la Dúplica²⁶ como en diversas intervenciones en las fases orales.

Por su parte, San Vicente y las Granadinas insistió en su Réplica y en la fase oral sobre el derecho exclusivo que le competía para definir el alcance de su declaración unilateral y la imposibilidad para España de sustituirle en esta función²⁷. Por esta vía, San Vicente y las Granadinas pretendía que su limitada declaración se pudiera entender en un sentido amplio, permitiendo que el Tribunal se pronunciase sobre cualquier controversia relativa a la aplicación e interpretación de la Convención siempre que la misma guardase algún tipo de relación, directa o indirecta, con el apresamiento e inmovilización de sus buques. El objetivo en el caso en cuestión se entiende perfectamente si se pone en contacto con la intención de San Vicente y las Granadinas, durante la fase oral, de conformar el artículo 300 de la Convención como un título de jurisdicción autónomo en conexión con la detención y procesamiento de ciertas personas relacionadas, directa o indirectamente con el buque, y que, a juicio del demandante, habrían sufrido violaciones de sus derechos humanos con ocasión de la detención y del procedimiento penal abierto en Cádiz y al que antes se ha hecho referencia. Tema del que me ocuparé posteriormente con más detalle²⁸.

8. La cuestión jurídica que se suscita en relación con este tema no es otra que la del alcance del principio de reciprocidad que, conforme a la jurisprudencia internacional constante y reiterada, debe regir el juego de las declaraciones unilaterales de atribución de competencia realizadas por dos o más Estados y que puedan ser aplicadas en un determinado litigio. A lo que se añade, por otro lado, el problema no menos importante de cual sea el papel que se debe reconocer a cada una de las partes en la interpretación de las citadas declaraciones unilaterales, así como al órgano judicial (en este caso el TIDM) en caso de

²⁴ Vid. Request for the prescription of Provisional Measures. Written response of the Kingdom of Spain, párrafos 48 y 49.

²⁵ Vid. Counter-Memorial of the Kingdom of Spain, párrafos 132-136.

²⁶ Vid. Rejoinder of the Kingdom of Spain, párrafos 41-47.

²⁷ Vid., en particular Reply of Saint Vincent and the Granadines to the Counter-Memorial of the Kingdom of Spain, 10 February 2012, apartado VII (1), pp. 23-24.

²⁸ Vid., *infra*, IV, iv).

que se produzcan interpretaciones contradictorias por cada una de las partes procesales.

El Tribunal ha optado por una interpretación formalista basada en la calificación de la declaración como un “acto unilateral” cuyo significado debe ser buscado, en especial, en la voluntad declarada del autor del acto²⁹. Ello le lleva a primar la interpretación amplia dada por San Vicente y las Granadinas y a desestimar la interpretación más restringida mantenida por España³⁰, sin hacer referencia expresa al hecho de que un acto unilateral no puede entenderse sino en virtud del comportamiento del destinatario y que, en cualquier caso, en el específico supuesto de las declaraciones unilaterales de aceptación de competencia la necesaria concurrencia de dos declaraciones unilaterales que deben ser interpretadas conjuntamente atribuye a dichas declaraciones una naturaleza consensual, que impide que la libre y unilateral voluntad de uno de los declarantes pueda imponerse sobre la otra. Este argumento, que había sido apuntado por España en su *Respuesta Escrita* a la petición de medidas provisionales, así como en su *Contramemoria y Dúplica*, no ha encontrado reflejo pleno en la Sentencia, pero sí se ha reflejado en la Opinión individual del Juez Ndiaye que, apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, se ha referido tanto a los lazos bilaterales que establecen ambas declaraciones de atribución de competencia como a la importancia de la buena fe y la confianza recíproca en las relaciones internacionales a la hora de interpretar el alcance de las citadas declaraciones unilaterales³¹.

9. En todo caso, debe destacarse que la posición adoptada por el TIDM en su Sentencia en relación con este tema no ha tenido posteriormente consecuencias sobre el fallo de la Sentencia ya que, contrariamente a lo pretendido por San Vicente y las Granadinas, el Tribunal ha concluido su falta de competencia en el asunto.

5. COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD

1. La competencia del Tribunal para entender de la demanda introducida por San Vicente y las Granadinas, así como la admisibilidad de la misma constituyó el eje del procedimiento seguido en el caso *Louisa*. Así, ha de destacarse en primer lugar que mientras que el demandante declaró formalmente en todo momento la competencia del TIDM³², España cuestionó dicha competencia durante el procedimiento inciden-

²⁹ Vid. Case n.º 18, Judgement, en especial párrafo 82, in fine.

³⁰ Ibidem, párrafos 83 y 84.

³¹ Ver Tribunal international du droit de la mer. Affaire n.º 18, du navire “Louisa” (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d’Espagne. Arrêt du 28 mai 2013. Opinion individuelle de M.le Juge Ndiaye, en particular párrafos 10 a 12.

³² Véase Request for the Prescription of Provisional Measures under article 290, paragraph 1, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 23 November 2010, párrafos 36-41; Memorial of Saint Vincent and the Grenadines, 10 June 2011, párrafos 50-53; y Reply of Saint Vincent and the Grenadines to the Counter-Memorial of the Kingdom of Spain, 10 February 2012, en especial, aunque no exclusivamente, parte II (1), pp. 2-4.

tal de medidas provisionales y construyó sus argumentos centrales en la fase sobre el fondo en torno a la incompetencia del Tribunal y la inadmisibilidad de la causa³³.

En segundo lugar, no puede obviarse el hecho de que el Tribunal Internacional del Derecho del Mar modificó su posición sobre la competencia a lo largo del procedimiento. Y así, aunque en su Sentencia de 28 de mayo de 2013 concluyó la falta de competencia *ratione materiae* para entender del asunto, debido a la inexistencia de una diferencia entre España y San Vicente y las Granadinas relativa a la interpretación o aplicación de las disposiciones de la Convención de 1982³⁴, en su Auto de 22 de diciembre de 2010 había declarado su competencia *prima facie* a los efectos de poder pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales³⁵. Y lo hizo, en ambos casos, sin que se produjese un cambio sustancial en las disposiciones de la Convención tenidas en cuenta para adoptar ambas decisiones. Ello ha generado un número no desdeñable de opiniones disidentes, opiniones separadas y una declaración en que diversos miembros del Tribunal se han pronunciado sobre importantes cuestiones relativas a la competencia y la admisibilidad, dando respuesta incluso a cuestiones sobre las que el TIDM no llegó a pronunciarse³⁶.

En tercer lugar, debe destacarse que San Vicente y las Granadinas introdujo desde el inicio de la acción una notable confusión sobre la naturaleza de la misma, pretendiendo un paralelismo con el procedimiento de pronta liberación de buques, que —en caso de haber prosperado— podría haber tenido notables consecuencias en el plano de la determinación de la competencia y admisibilidad, pero también en el plano de la decisión de acordar las medidas provisionales solicitadas por el demandante.

Y, por último, no puede obviarse tampoco el hecho de que, a pesar de que el Tribunal se declaró incompetente para entender del litigio, la Sentencia contiene ciertas afirmaciones que, aunque a título de *obiter dicta*, guardan una cierta relación con cuestiones sustantivas que, incluso, han motivado la reacción de algunos jueces en sus opiniones separadas y disidentes.

2. Teniendo en cuenta los elementos antes señalados, conviene analizar bajo el título general de “Competencia y admisibilidad” diversos elementos que están ligados todos ellos a estas dos cuestiones fundamentales, a saber: i) el objeto y

³³ Véase Written Response of the Kingdom of Spain, en especial párrafos 76-93, 103-104; Counter-Memorial of the Kingdom of Spain, párrafos 42-123, 124-131; y Rejoinder of the Kingdom of Spain, 10 April 2012, dedicado enteramente a las cuestiones de competencia y admisibilidad.

³⁴ La decisión sobre incompetencia fue adoptada por 19 votos contra 2, habiendo votado en contra los Jueces Jesus y Lucky, que adjuntaron sendas opiniones disidentes a la Sentencia.

³⁵ La decisión a favor de la competencia *prima facie* fue adoptada por 17 votos contra 4, habiendo votado en contra los Jueces Wolfrum, Treves, Cot y Golitsyn, que adjuntaron sus opiniones disidentes al Auto.

³⁶ En relación con el Auto de 23 de diciembre de 2010, además de las opiniones disidentes mencionadas en la nota anterior, el Juez Paik formuló una opinión separada. En relación con la Sentencia de 28 de mayo de 2013, además de las opiniones disidentes de los Jueces Jesus y Lucky, los Jueces Ndiaye, Cot, Kateka, y Bouguetaia formularon opiniones separadas y el Juez Paik formuló una declaración.

naturaleza del litigio; ii) la nacionalidad de la reclamación; iii) la existencia de una diferencia, su contenido y la incidencia de dichos elementos sobre la competencia *ratione materiae* del Tribunal; iv) el significado del artículo 300 de la Convención y su relación con la competencia del Tribunal; v) la obligación de consultas previas; y vi) el agotamiento de los recursos internos.

No se analizará en este epígrafe el tema relativo al tipo de controversias sobre el que las partes han reconocido competencia material al Tribunal, que ya ha sido objeto de tratamiento en el epígrafe anterior.

5.1. El objeto y naturaleza del litigio

3. La determinación del objeto y naturaleza del litigio sometido al Tribunal Internacional de Derecho del Mar ha sido uno de los elementos que estuvieron presentes en el proceso desde el inicio de las actuaciones. Y ello por una razón simple: la pretensión inicial de San Vicente y las Granadinas de configurar el mismo como una suerte de “sucedáneo” del *procedimiento de pronta liberación de buques* previsto en el art. 292 de la Convención, pero en cuyo marco ya no podía introducir una acción ante el Tribunal al no cumplirse en 2010 los requisitos exigidos por la normativa aplicable a este tipo de procedimiento³⁷.

La voluntad de San Vicente y las Granadinas de establecer un paralelismo y una cierta similitud entre el caso *Louisa* y los elementos constitutivos del procedimiento de pronta liberación de buques queda claramente de manifiesto en los argumentos mantenidos por el demandante. Y se refleja, incluso, en la forma en que presenta la solicitud de medidas cautelares, cuyo objeto central —como luego se verá— no era otro que obtener la liberación inmediata del *Louisa* y del *Gemini III* así como una indemnización por los daños presuntamente sufridos por sus propietarios como consecuencia de la inmovilización. Conforme a este planteamiento, San Vicente y las Granadinas sostuvo que deberían tomarse en consideración las reglas relativas a la pronta liberación de buques, que resultaban relevantes para el caso en cuestión³⁸.

Frente a ello, España mantuvo a lo largo de todo el procedimiento que la naturaleza del litigio no era, en ningún caso, reconducible a un supuesto de

³⁷ En particular, “el plazo de diez días contados desde el momento de la retención” del buque exigido en el art. 292.1. Debe destacarse, además, que el TIDM tiene competencia automática para entender de este tipo de recursos, sin necesidad de una previa declaración de atribución de competencia por parte de los Estados afectados. Y sobre dicha base San Vicente y las Granadinas había introducido con anterioridad sendas acciones en los casos SAIGA I (Case n.º 1. The M/V “SAIGA” case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), 1997) y “Juno Trader” (Case n.º 13. The “Juno Trader” case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea-Bissau), 2004). Probablemente fue la constatación de que ya no podía introducir este recurso lo que condujo a San Vicente y las Granadinas a formular una declaración de conformidad con el artículo 287, en la que atribuye al Tribunal una competencia que corre paralela a los problemas que se sustancian en virtud del procedimiento de pronta liberación de buques, a saber: las cuestiones relativas a la detención e inmovilización de un navío.

³⁸ Vid. Request for the Prescription of Provisional Measures, párrafos 42-47.

pronta liberación de buques, ya que dicho procedimiento está sometido a reglas específicas que no se cumplen en el presente caso³⁹. Por el contrario, se trata de una acción introducida en virtud del art. 288 de la Convención que permite al Tribunal, de una manera general, pronunciarse sobre una diferencia relativa a la interpretación y aplicación de la misma. A lo que se añadió el argumento de que, teniendo en cuenta el objeto del litigio, que no era otro que la inmovilización del buque *Louisa* que portaba pabellón de San Vicente y las Granadinas, se trataba de una forma de ejercicio de la protección diplomática. En consecuencia, al definirse de este modo la naturaleza del litigio sometido al Tribunal, España mantuvo que resultaban plenamente de aplicación todas las reglas propias de la protección diplomática, en particular la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos⁴⁰. A lo que había de añadirse, por otro lado, la obligación de las partes en la controversia de proceder “sin demora a intercambiar opiniones con miras a resolverla mediante negociación o por otros medios pacíficos”, conforme a lo establecido en el art. 283, párrafo 1 de la Convención⁴¹.

En relación con la naturaleza del procedimiento, es de destacar que el Tribunal no ha seguido los argumentos avanzados por San Vicente y las Granadinas, no refiriéndose en ninguna de sus decisiones al procedimiento de pronta liberación de buques, lo que no ha impedido que algunos jueces sí lo hagan en sus opiniones disidentes para negar la posibilidad de aplicar las reglas contenidas en el art. 292⁴². Por otro lado, aunque no se ha pronunciado expresamente sobre la configuración de la acción como una forma de protección diplomática, si se ha pronunciado en cierta forma sobre el requisito de la nacionalidad de la reclamación y se ha referido, aunque incidentalmente, al agotamiento de los recursos internos. La forma en que el Tribunal se ha pronunciado sobre estas cuestiones será abordada más tarde en el marco de otros apartados del presente epígrafe.

4. A las consideraciones que se acaban de formular sobre la naturaleza del procedimiento debe añadirse una referencia a otro elemento no menos importante que ha sobrevolado igualmente sobre el asunto y cuya conexión con la naturaleza del procedimiento en el caso *Louisa* no se puede obviar. Se trata de la pretensión continuada de San Vicente y las Granadinas de establecer una conexión e, incluso, mezclar y confundir el procedimiento seguido ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar y el procedimiento penal seguido ante los tribunales españoles (Juzgado de instrucción nº 4 de Cádiz) por delitos de expo-

³⁹ Vid. Request for the Prescription of Provisional Measures. Written response of the Kingdom of Spain, párrafos 50-75; y Rejoinder of the Kingdom of Spain, párrafo 12.

⁴⁰ Vid. Counter-Memorial of the Kingdom of Spain, párrafos 83-85.

⁴¹ Ibidem, párrafo 52.

⁴² Vid., en este sentido, las opiniones disidentes al Auto de medidas cautelares formuladas por los jueces Wolfrum (párrafos 5-6) y Cot (párrafo 26).

lio de patrimonio cultural y por tenencia ilícita de armas de guerra del que, en opinión de San Vicente y las Granadinas, se derivarían las presuntas violaciones de la Convención cometidas por España.

Aunque la relación fáctica entre ambos procedimientos no puede negarse, puede afirmarse que la pretensión de San Vicente y las Granadinas fue más allá de la constatación de dicha relación, al intentar que el Tribunal de Hamburgo se pronunciara sobre ciertos aspectos sustantivos referidos a un procedimiento penal *sub judice* en España, incoado conforme al Derecho español por actos cometidos en territorio español (aguas interiores). Lo que equivaldría a convertirle en una instancia internacional frente a la actuación judicial española, lo que, a todas luces, se sitúa fuera de la competencia del TIDM⁴³. Así, baste con destacar la pretensión de conseguir un pronunciamiento del Tribunal sobre una presunta violación del Derecho español por parte de las autoridades judiciales españolas⁴⁴, o el contenido mismo de las declaraciones formuladas en las vistas por parte de expertos y testigos propuestos por San Vicente y las Granadinas, que se han referido al Derecho español aplicable o a los hechos vinculados con la detención de las personas que se produjo como consecuencia del proceso penal seguido en Cádiz⁴⁵. Así como la pretensión de que el Tribunal llevase a cabo una investigación sobre diversos actos procesales producidos por el Juez español, así como sobre las comunicaciones entre la Agente de España y las autoridades judiciales españolas⁴⁶.

El Tribunal Internacional de Derecho del Mar, con buen criterio, no se ha hecho eco de estas pretensiones y tanto la Sentencia⁴⁷ como diversas opiniones individuales y disidentes⁴⁸ han llamado la atención sobre la distinta naturaleza de ambos procedimientos y la imposibilidad para el Tribunal de pronunciarse

⁴³ Véase, por ejemplo, las afirmaciones de San Vicente y las Granadinas contenidas en su *Request for Provisional Measures* (párrafos 49-50), su *Memorial* (párrafo 24 y párrafo 86, en el que solicita al Tribunal que declare que todas las detenciones realizadas conforme al procedimiento penal español fueron contrarias a Derecho).

⁴⁴ La principal alegación del demandante se refería a la violación de lo previsto en el art. 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de las autorizaciones previas para acceder a un buque extranjero. En relación con ello, vid., *Memorial*, en particular párrafos 54-62.

⁴⁵ Ver las declaraciones como experto del Sr. Moscoso que se produjeron en la vista oral sobre las medidas provisionales y fueron parcialmente reproducidas por el Co-agente de San Vicente y las Granadinas en la vista oral sobre el fondo. Ver igualmente las declaraciones como testigos del Sr. Mario Avella y la Srta. Alva Avella en la vista oral sobre el fondo. Durante la vista oral sobre el fondo, el Sr. Martín Pallín compareció como experto a propuesta española y respondió a diversas preguntas sobre cuestiones relativas al Derecho español.

⁴⁶ Dicha petición fue dirigida al Tribunal por carta de 27 de abril de 2012, y fue objeto de oposición por parte de España. Vid. Sentencia de 28 de mayo de 2013, párrafos 19 a 21.

⁴⁷ Especialmente significativo es lo afirmado por el TIDM en el párrafo 125 de su Sentencia: "Further, it is not incumbent upon the Tribunal to determine whether Spain has violated article 561 of its Code of Criminal Procedure by boarding the M/V "Louisa" without authorization. The Tribunal considers that the arguments advanced by Saint Vincent and the Grenadines in this regard have no bearing on the question of its jurisdiction".

⁴⁸ Vid., en este sentido, la opinión disidente del Juez Cot al Auto sobre medidas provisionales (párrafos 1 y 10) y la opinión separada del Juez Ndiaye a la Sentencia (párrafos 141-143).

sobre la actuación de los tribunales españoles competentes, siendo una cuestión irrelevante para el caso.

El empleo de esta estrategia se trata, en todo caso, de una cuestión importante, que ha tenido un mínimo reflejo en la Sentencia del TIDM⁴⁹ y que está estrechamente relacionada con el principio de buena fe procesal sobre el que España ya advirtió en su momento⁵⁰.

5.2. La nacionalidad de la reclamación

5. La cuestión de la nacionalidad de la reclamación como un elemento que determina la competencia del Tribunal tiene su origen en la pretensión de San Vicente y las Granadinas de que el Tribunal se pronuncie tanto sobre la detención e inmovilización del Louisa como sobre la detención e inmovilización del Gemini III, al que califica como un buque auxiliar del anterior y que, por tanto, debe seguir el mismo régimen que aquél. La diferencia entre ambos era, sin embargo, significativa, ya que si bien el Louisa estaba abanderado en San Vicente y las Granadinas, el Gemini III no tenía bandera conocida y, en todo caso, el propio demandante reconoció que nunca estuvo abanderado en dicho país. A ello se añadía igualmente la pretensión del demandante referida a la detención de ciertas personas que formaban parte de la tripulación del Louisa, que pernoctaban en el mismo en el momento de la inmovilización del buque aunque no eran miembros de la tripulación, o respecto de las que se habían iniciado actuaciones judiciales en el marco del proceso penal que determinó la inmovilización del buque⁵¹. La lista de estas personas es variada en cuanto a su vinculación con el buque y a sus respectivas nacionalidades, a saber: dos marineros de nacionalidad húngara; un tripulante de nacionalidad estadounidense que actuaba como representante en España de la empresa SAGE, propietaria del buque (Mario Avella); la hija del anterior, con idéntica nacionalidad y que según su propia declaración simplemente se alojaba en el barco durante su estancia en España; y el propietario de la sociedad SAGE titular del buque (John Foster) nacional también de los Estados Unidos.

Frente a esta pretensión, España reiteró la necesidad de tener en cuenta el alcance de la competencia atribuida por San Vicente y las Granadinas al TIDM, que se limita a la *detención e inmovilización de sus buques*. En consecuencia, sostuvo la necesidad de que el Tribunal se asegurase de la nacionalidad de la reclamación al determinar su propia competencia, sosteniendo que la misma sólo

⁴⁹ Me refiero, en particular, al párrafo 154 de la Sentencia.

⁵⁰ Ver *Rejoinder of the Kingdom of Spain*, párrafos 33-39.

⁵¹ Es de destacar, sin embargo, que San Vicente y las Granadinas no ha articulado en forma sistemática su posición sobre la nacionalidad de la reclamación hasta su Réplica y, precisamente, en respuesta a los argumentos formulados por España en su Contramemoria. Vid. *Reply of Saint Vincent and the Grenadines*, VI, pp. 21-23.

podría ejercerse sobre el *Louisa* y en ningún caso sobre el *Gemini III*, que nunca ostentó la bandera del demandante y cuyas características no permitían concluir que hubiese sido en todo momento un barco auxiliar del *Louisa*, ya que incluso fue cedido a un tercero antes de que se produjese la inmovilización como consecuencia de la acción penal iniciada en España. Por otro lado, respecto de las personas antes mencionadas, la posición de España distinguió claramente entre los miembros de la tripulación, que podrían seguir el mismo régimen que el buque y las otras dos personas interesadas por el demandante, que al no formar parte de la tripulación ni ser nacionales de San Vicente y las Granadinas difícilmente podrían considerarse bajo la cobertura de la nacionalidad de la reclamación y, por tanto, bajo competencia del TIDM⁵².

6. Este requisito de la nacionalidad de la reclamación ha sido tomado en consideración por el TIDM de forma expresa en relación con el *Gemini III* en su Sentencia de 28 de mayo de 2010, respecto del que concluye no tener competencia tanto por carecer de bandera de San Vicente y las Granadinas como por no responder a la caracterización de un buque auxiliar⁵³. Por el contrario, el Tribunal no se ha pronunciado sobre el tema relativo a la nacionalidad de la reclamación en relación con las personas físicas a las que el demandante se refiere en su demanda⁵⁴, probablemente por considerar que al declarar su falta de competencia por razón de la materia no era ya necesario pronunciarse sobre esta cuestión.

Aunque es una opción legítima, es de lamentar que el Tribunal haya dejado pasar la oportunidad de contribuir a aclarar un tema cuyos contornos son difusos y que ni siquiera la Comisión de Derecho Internacional ha resuelto de forma definitiva en su Proyecto de artículos sobre la protección diplomática. En todo caso, ha de señalarse igualmente que probablemente el TIDM opta por guardar silencio sobre un tema que está estrechamente relacionado con las nuevas pretensiones formuladas por San Vicente y las Granadinas en la fase oral sobre la base del art. 300 de la Convención y que, como luego se verá, no fueron retenidas por el Tribunal.

7. Por último, ha de destacarse que España suscitó en su Contramemoria el tema de la nacionalidad efectiva del buque y las consecuencias que ello tiene sobre el Estado de abanderamiento, vinculado con las responsabilidades que un Estado asume al conceder su bandera y el concepto de “vínculo genuino”⁵⁵. El

⁵² Vid. *Counter-Memorial*, párrafos 83-107.

⁵³ Vid., en particular, los párrafos 86 y 87 de la Sentencia. En el Auto de 22 de diciembre de 2010 relativo a las medidas provisionales, el Tribunal se había reservado el pronunciamiento sobre esta cuestión para una fase ulterior (ver párrafo 45). Por el contrario, los Jueces Wolfrum y Golitsyn ya se habían opuesto a la competencia del TIDM sobre el *Gemini III* en sus opiniones disidentes anejas al citado Auto.

⁵⁴ Ver, sin embargo, los pronunciamientos que se contienen en la opinión separada del Juez Ndiaye (párrafos 113-128).

⁵⁵ Vid. *Counter-Memorial*, en particular párrafos 89-94.

Tribunal, sin embargo, no se ha pronunciado sobre este tema, sin duda como consecuencia de su declaración de incompetencia⁵⁶.

Aunque ello es comprensible, es de lamentar que no podamos contar con un pronunciamiento del TIDM sobre un tema de esta importancia. En especial si tenemos en cuenta que en las *Conclusiones finales* de San Vicente y las Granadinas en la fase oral, el Co-agente del demandante se refirió a los daños padecidos por dicho país en el ejercicio de su “vessel registration business”⁵⁷. Una afirmación que —sin duda— merece una seria y calmada reflexión sobre cual sea la naturaleza jurídico-internacional de la institución del abanderamiento de buques y de los propios “pabellones de complacencia”.

5.3. La existencia de una diferencia y la competencia *ratione materiae* del TIDM

8. El ejercicio de la competencia reconocida al TIDM exige, en todo caso, la existencia de una diferencia sobre la interpretación o aplicación de la Convención. Lo que obliga a definir dos elementos esenciales a fin de que el Tribunal pueda declarar su propia competencia, a saber: la existencia misma de una diferencia y la conexión de dicha diferencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Sin la concurrencia de ambos elementos, el Tribunal carece de competencia *ratione materiae* y, por consiguiente, deberá declinar su jurisdicción. Ambas cuestiones han sido objeto de tratamiento ante el TIDM, habiendo mantenido España y San Vicente y las Granadinas posiciones claramente opuestas.

San Vicente y las Granadinas mantuvo desde su demanda introductoria de instancia, y posteriormente en su Solicitud de medidas provisionales, en su Memoria, Réplica e intervenciones orales, que el TIDM era competente para entender del asunto, argumentando que España habría violado las obligaciones contenidas en los artículos 73, 87, 226, 227, 245 y 303 de la Convención⁵⁸. En todos los documentos depositados ante el Tribunal se limita a mencionar los citados artículos como base de la competencia, describiéndolos pero sin desarrollar los argumentos que justificarían la aplicabilidad de dichos artículos al caso

⁵⁶ La Sentencia sólo se refiere incidentalmente a esta cuestión desde la perspectiva del cumplimiento de las condiciones de navegabilidad del buque, concluyendo que dado que se ha declarado no competente *ratione materiae* no necesita pronunciarse sobre los argumentos formulados por España en relación con ese tema (ver, en particular, los párrafos 108-110).

⁵⁷ El Co-agente de San Vicente solicitó del Tribunal “(1) order reparations to Saint Vincent and the Grenadines in the amount of 500.000 euros for costs and damages to its dignity, integrity, and vessel registration business” (ITLOS/PV.12/C18/12).

⁵⁸ Con posterioridad modificó la referencia al artículo 303 afirmando que se trataba de una errata y que, en realidad, estaba haciendo referencia al art. 304. En relación con la posición mantenida por San Vicente y las Granadinas, vid. *Request for Provisional Measures*, párrafos 3, 51-62; Memorial, párrafos 53, 63-76; y Reply, apartado III (p. 5) y apartado VII. 2 (pp. 25-29).

de especie y la constitución de los mismos en base material de la competencia del Tribunal. Por último, en la fase oral, San Vicente y las Granadinas añadió el artículo 300 como base para justificar la competencia del Tribunal, en conexión con las presuntas violaciones de derechos humanos que habrían padecido las personas detenidas o imputadas en el marco del proceso penal que se sigue ante los tribunales españoles. Por otro lado, no pretendió en ningún caso definir cual era la controversia existente con España, circunstancia que dio por hecho por la mera referencia a una pretendida violación de los preceptos antes citados y que, además, fue modificando a lo largo del proceso.

Por su parte, España se opuso en todas sus actuaciones a la competencia del Tribunal, bien fuese una competencia *prima facie* bien la competencia definitiva para entender sobre el fondo del asunto. Los argumentos sostenidos en ambos casos han seguido un mismo hilo conductor y han constituido la base esencial de los argumentos contenidos en la Contramemoria y en la Dúplica, en las que las cuestiones relativas a la competencia y la admisibilidad del caso constituyen el núcleo central de la posición española⁵⁹. Dichos argumentos pueden resumirse brevemente en la afirmación de que las disposiciones alegadas por San Vicente y las Granadinas no guardan relación alguna con los hechos que constituyen el objeto fáctico de la presunta controversia. Por el contrario, la detención e inmovilización del buque *Louisa* se produce cuando el mismo está voluntariamente amarrado en un puerto español, por tanto en aguas interiores; los hechos que provocan el proceso penal se producen en las mismas aguas interiores o, en todo caso, en el mar territorial español; y la inmovilización del buque, así como la detención de las personas afectadas por la investigación, y el resto de las actuaciones procesales seguidas por los tribunales españoles son el resultado del ejercicio de las competencias soberanas del Estado en su propio territorio nacional. Por el contrario, las disposiciones mencionadas por San Vicente y las Granadinas como fundamento de su demanda se refieren al régimen aplicable en la Zona Económica Exclusiva, en Alta Mar, a los supuestos de inspección de buques por daños causado al medio marino o por infracción de la legislación aplicable en la Zona Económica Exclusiva, a la investigación científica marina y a la protección del patrimonio cultural subacuático (en los dos últimos casos, además, referidos a las competencias y derechos del ribereño). En consecuencia, se trata de disposiciones no aplicables al caso de especie, de las que no se puede deducir la competencia del Tribunal. Por otro lado, España se opuso igualmente a la consideración del art. 300 como título autónomo de jurisdicción, tema que —sin embargo— será analizado de forma separada en el siguiente apartado de este epígrafe.

9. Así definidas las posiciones de las partes, la peculiaridad del presente caso radica, precisamente, en el distinto tratamiento dado por el Tribunal a la cuestión

⁵⁹ Para los argumentos mantenidos por España, vid.: *Request for Provisional Measures. Written Response*, párrafos 103-104; *Counter-Memorial*, párrafos 124-170, y *Rejoinder*, párrafos 40-58.

de la competencia en el procedimiento incidental de medidas provisionales y en el procedimiento sobre el fondo. Algo, sin duda, posible dada la distinta naturaleza de ambos tipos de competencia (*prima facie* y definitiva) y de lo que se pueden encontrar algunos ejemplos en la jurisprudencia internacional⁶⁰.

En efecto, en el Auto de 23 de diciembre de 2010, el Tribunal declara que en virtud de los preceptos alegados por San Vicente y las Granadinas es posible concluir una conexión de la demanda con la Convención de la que deducir su competencia *prima facie* para entender sobre la petición de medidas cautelares. Para llegar a esta conclusión reitera su jurisprudencia previa en el caso SAIGA II, conforme a la cual para declarar su competencia *prima facie* no está obligado a examinar las cuestiones vinculadas a la competencia con los mismos estándares de exigencia que se requerirían para declarar su competencia sobre el fondo⁶¹. Debe advertirse, sin embargo, que el Auto deja abierta las cuestiones de la competencia, de la admisibilidad de la demanda y del buen fundamento de la misma para una fase ulterior, en la que las partes podrán alegar lo que mejor convenga a sus derechos⁶². Sin embargo, es de destacar que la declaración de la competencia *prima facie* no va acompañada de un análisis de las disposiciones cuya violación había sido alegada por San Vicente y las Granadinas ni tampoco de la conexión de las mismas con los hechos que motivan la demanda, circunstancia que fue criticada en sus opiniones disidentes por varios jueces del Tribunal⁶³.

Con esta decisión, el TIDM siguió su posición tradicional de declarar su competencia (*prima facie* o de fondo) sobre los casos que le habían sido sometidos hasta la fecha. Dicha decisión fue aprobada por 17 votos a favor y cuatro en contra, y a la Sentencia se unen las opiniones disidentes de los jueces Wolfrum, Treves, Cot y Golitsyn, así como la opinión separada del Juez Paik, para quien la única base para declarar la competencia *prima facie* del Tribunal se encontraría en el art. 87 de la Convención referido a la libertad de navegación en alta mar. Por su parte, los otros cuatro jueces votaron en contra de la competencia del Tribunal en el caso, ni siquiera *prima facie*, ya que, tras analizar los preceptos alegados por el demandante, entienden que los mismos no resultan aplicables al supuesto de hecho que se encuentra en la base de la demanda, por lo que no resulta posible concluir la existencia de ninguna diferencia entre las partes relativa a la interpretación o la aplicación de la Convención.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, el *Case concerning application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, ante la CIJ al que España se refiere en su Contramemoria.

⁶¹ Vid. párrafos 69 y 70.

⁶² Vid. párrafo 80.

⁶³ Vid. las opiniones disidentes de los jueces Wolfrum (párrafos 8-26), Treves (párrafos 1-15), Cot (párrafo 19) y Golitsyn, que inciden especialmente en la imposibilidad de concluir la competencia por la mera alegación de un conjunto de artículos por una de las partes y llaman la atención sobre la necesidad de proceder a un análisis de dichas disposiciones para concluir incluso la competencia *prima facie*.

Sin embargo, el Tribunal no ha llegado a la misma conclusión en su Sentencia sobre el fondo. Por el contrario, frente a la pretensión de San Vicente y las Granadinas⁶⁴, el Tribunal ha declarado su incompetencia para entender del caso. Para llegar a dicha conclusión el Tribunal ha destacado, en primer lugar, la distinta naturaleza de la competencia *prima facie* y de la competencia sobre el fondo, así como los distintos niveles de exigencia que el TIDM debe seguir en cada caso para alcanzar una decisión⁶⁵. Y, en segundo lugar, tras realizar un examen de las disposiciones de la Convención alegadas por San Vicente y las Granadinas similar al realizado en su día en las opiniones disidentes que acompañan al Auto sobre medidas cautelares, el Tribunal concluye que los preceptos en cuestión no son aplicables al caso y que, por tanto, no tiene competencia *ratione materiae* que le permita pronunciarse sobre el fondo⁶⁶. En esta ocasión, la decisión fue tomada por 19 votos a favor y 2 en contra, aunque los dos jueces disidentes, Jesus y Lucky, admiten que el Tribunal carece de competencia sobre la base de los artículos 73, 87, 226, 227, 245 y 303, si bien entienden que dicha competencia puede serle reconocida al Tribunal por aplicación del artículo 300 en conexión con el artículo 2, párrafo 3 de la Convención.⁶⁷

10. Con esta decisión el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha estimado en su totalidad los argumentos formulados por España en relación con la incompetencia *ratione materiae*, poniendo de manifiesto la falta de relación entre las obligaciones impuestas a España por la Convención y los hechos que se producen en torno al proceso penal seguido en Cádiz. Y al hacerlo ha incluido en su Sentencia ciertos considerandos que, sin duda, tienen una cierta dimensión sustantiva.

En este sentido, es preciso llamar la atención en particular sobre tres cuestiones reflejadas en la Sentencia que revisten un especial interés para nuestro país. En primer lugar, la referencia a que la inmovilización del buque se produce en un puerto español, dentro de sus aguas interiores y en el marco de un proceso penal por presuntos delitos de expolio de patrimonio cultural subacuático y tenencia ilícita de armas de guerra⁶⁸. En segundo lugar, la declaración no menos importante de que la libertad de navegación no puede entenderse como reconociendo un derecho absoluto a cualquier buque de abandonar un puerto incluso cuando ha sido objeto

⁶⁴ En su *Réplica* intentó deducir la competencia sobre el fondo de la competencia *prima facie* que previamente había sido declarada por el Tribunal (véase, en particular el apartado II.2, pp. 2-4).

⁶⁵ Sentencia de 28 de mayo de 2013, párrafos 88-92.

⁶⁶ *Ibidem*, párrafos 98-125.

⁶⁷ Téngase en cuenta que si bien el Juez Jesus considera que el Tribunal tiene competencia por las razones antes indicadas, declara igualmente que no debería entender del asunto, ya que la demanda debería haberse declarado inadmisibile al no haber justificado suficientemente el demandante la relación existente entre los hechos denunciados y el artículo 300.

⁶⁸ Vid. párrafos 104, 109, 113 y 117. Esta circunstancia había sido ya advertida en su día por el Juez Cot en su opinión disidente al Auto sobre medidas provisionales, cuando señaló que en realidad el Tribunal se encontraba ante una contestación referida a la forma en que se ejercía el poder de policía y la justicia en los puertos dependientes de la Capitanía de Cádiz (párrafo 1).

de detención e inmovilización por las autoridades del Estado del puerto⁶⁹. Y, en tercer lugar, la declaración de que no existe ninguna norma de Derecho Internacional general que obligue a las autoridades del Estado ribereño a notificar o a obtener una autorización previa del Estado de pabellón para abordar y registrar un buque que se encuentra amarrado en puerto⁷⁰. Estos elementos refuerzan, sin duda, las competencias de nuestro país para adoptar medidas, conformes con la Convención, que permitan luchar adecuadamente contra actos de expolio del patrimonio cultural subacuático que es especialmente rico en nuestras costas.

5.4. El papel del artículo 300 de la Convención: ¿un título competencial autónomo?

11. El artículo 300 es el primero de los incluidos en la Parte XVI de la Convención, dedicada a las denominadas “disposiciones generales”, y lleva el significativo título de *Buena fe y abuso de derecho*. De conformidad con el mismo:

“Los Estados partes cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas de conformidad con esta Convención y ejercerán los derechos, competencias y libertades reconocidos en ella de manera que no constituya un abuso de derecho”.

Se trata, pues, de una de las raras ocasiones en que un tratado internacional hace explícita una obligación de comportamiento derivada del principio de buena fe que, como principio general, inspira todo ordenamiento jurídico y también el Derecho Internacional.

12. El artículo 300 fue alegado por España en varias ocasiones a lo largo del proceso, principalmente en conexión con la buena fe procesal y la prohibición del abuso del proceso. Sin embargo, este precepto adquirió un protagonismo especial en la fase oral del procedimiento como consecuencia de la pretensión de San Vicente y las Granadinas de convertirlo en una base jurisdiccional autónoma para concluir la competencia del Tribunal. Conforme al argumento del demandante, España habría incurrido en violación de los derechos fundamentales de las personas detenidas en Cádiz y del derecho de propiedad del titular del buque *Louisa* y ello en contra del artículo 300, que obliga a ejercer las competencias del Estado de tal forma que ello no constituya un abuso de derecho. Conforme a dicho argumento, el presunto comportamiento de España hacia los detenidos y hacia el propietario del buque inmovilizado habría sido realizado en abuso de derecho y por esta vía se produciría el vínculo de los hechos con la Convención y el art. 300 se transformaría en la base competencial que permitiría al TIDM el ejercicio de la jurisdicción.

⁶⁹ Vid., párrafo 109.

⁷⁰ Vid. párrafo 125.

Frente a dicho argumento, España formuló dos objeciones. En primer lugar, el artículo 300 es evidentemente aplicable en todo momento pero no puede constituir por sí mismo un título competencial autónomo; por el contrario, el artículo 300 tan sólo puede aplicarse en relación con otra disposición sustantiva de la Convención y sólo en ese caso podría constituir una base competencial para el Tribunal. En suma, el artículo 300 no es un título competencial autónomo y al no existir en el caso de especie un vínculo con otra disposición de la Convención, no resulta posible que el Tribunal se base en él para declarar su competencia *ratione materiae*. En segundo lugar, España alegó igualmente que el argumento formulado por San Vicente y las Granadinas en la fase oral no había sido mencionado con anterioridad por el demandante ni en su demanda ni en ninguno de los escritos sometidos al Tribunal, por tanto se trataba de una reclamación nueva cuya finalidad no era otra que cambiar el objeto del recurso y, por tanto, no podía ser admitida por el órgano judicial en una fase tan tardía. No sólo porque admitir dicha reclamación era contrario al Reglamento del Tribunal sino, además, por la razón sustantiva de que ello alteraba el principio de igualdad de armas, y situaba al demandado en una posición de indefensión al no poder defender adecuadamente su posición frente a uno de los argumentos del proceso que, además, se pretendía situar por el demandante en un lugar central.

En realidad, la introducción por San Vicente y las Granadinas de la referencia al artículo 300 en su dimensión de abuso de derecho y en conexión con el deber de respeto de los derechos humanos es una estrategia no totalmente nueva ante las jurisdicciones internacionales. Por el contrario, es posible encontrar en la práctica otros ejemplos de intentos de “cambiar el caso” en la fase oral. Ello obedece, las más de las veces, a un intento de reconducir una estrategia procesal que se manifiesta como poco favorable a las tesis de la parte interesada, introduciendo un nuevo elemento que —a juicio de quien lo sustenta— le permitiría obtener un beneficio que no podría obtener con el simple mantenimiento de los argumentos hasta entonces formulados. Y, como señaló España durante la fase oral, esta explicación puede encontrarse igualmente en la nueva estrategia de San Vicente y las Granadinas de introducir en la fase oral un nuevo argumento basado en el artículo 300.

El Tribunal, acogiendo los argumentos formulados por España, ha declarado que el artículo 300 no puede ser invocado por sí sólo y que el mismo adquiere relevancia únicamente cuando los derechos, la jurisdicción o las libertades reconocidas en la Convención son ejercidas en forma abusiva⁷¹. Añadiendo a continuación que las relaciones entre el artículo 300 y las pretendidas violaciones de derechos humanos constituye una nueva reclamación respecto de lo señalado en la demanda y distinta de la pretensión original, que transforma la naturaleza de la demanda, no pudiendo permitir el Tribunal que una diferencia que se le somete en una demanda se transforme en el curso del procedimiento en otra diferencia de naturaleza distinta⁷².

⁷¹ Sentencia de 23 de mayo de 2013, párrafo 137.

⁷² *Ibidem*, en especial, los párrafos 141, 142 y 149.

13. El interés de la Sentencia en este punto es doble, ya que no sólo fija la naturaleza y límites del artículo 300 y de las obligaciones que del mismo se derivan, sino que —además— sienta las bases para evitar que en el futuro puedan formularse argumentaciones extemporáneas en una fase tardía del procedimiento que incidan negativamente sobre el principio de igualdad de armas. Lo que, sin duda, reviste una gran importancia para reforzar la legitimidad de un órgano judicial.

No obstante, esta decisión del Tribunal no le ha impedido incluir en su Sentencia una referencia a los alegaciones de violaciones de derechos fundamentales formuladas por San Vicente y las Granadinas⁷³, que si bien tiene un mero carácter de *obiter dictum* se compadece mal con la argumentación previa del Tribunal a la que antes se ha hecho referencia

5.5. La obligación de intercambiar opiniones

14. La *obligación de intercambiar opiniones* contenida en el artículo 283 de la Convención constituye una regla especial que impone a los Estados partes una obligación de consulta. Por consiguiente, constituye una excepción a la regla vigente en Derecho Internacional general, que ha sido reconocida en la jurisprudencia, conforme a la cual un Estado puede acudir directamente a la jurisdicción internacional sin que —con carácter general— tenga que mantener negociaciones o consultas previas con la otra parte en la controversia a los efectos de alcanzar un arreglo sobre la misma⁷⁴.

La existencia de dicha obligación y su cumplimiento en el caso *Louisa* ha sido objeto de debate en el procedimiento. España alegó el incumplimiento de tal obligación por parte de San Vicente y las Granadinas que, como parte presuntamente perjudicada por una presunta violación de la Convención por parte de España, en ningún caso instó el citado intercambio de opiniones. Por consiguiente, no se habría cumplido este requisito prejudicial y el Tribunal debía declararse incompetente e inadmitir la demanda. Este argumento, que fue formulado ya en la fase incidental de medidas provisionales fue reiterado posteriormente en la fase sobre el fondo⁷⁵.

⁷³ Vid. párrafo 154. El Juez Jesus ha criticado expresamente en su opinión disidente la inclusión de este párrafo, por considerar que no es coherente con la declaración de incompetencia para pronunciarse sobre el fondo. Por el contrario, el Juez Bouguetaia dedica su opinión separada a ocuparse exclusivamente de la cuestión de los derechos humanos.

⁷⁴ La existencia de dicha regla general ha sido frecuentemente reconocida por la jurisprudencia, en particular de la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido igualmente que cuando existe una regla expresa que obliga a las negociaciones, consultas o intercambio de opiniones, ello constituye un requisito prejudicial que afecta a la competencia del órgano judicial para entender de un asunto que le es sometido. Ver, por todas, la Sentencia en el ya citado *Case concerning application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections*, I.C.J. Reports, 2011.

⁷⁵ Vid. *Written Response* párrafos 76-87; *Counter-Memorial*, párrafos 51-82; *Rejoinder*, párrafos 13-32.

Por su parte, San Vicente y las Granadinas negó la oponibilidad de dicha obligación, limitándose a señalar que en la Nota Verbal de 26 de octubre de 2010 remitida a la Misión de España ante las Naciones Unidas en Nueva York ya se refería a la existencia de la controversia. Y que, además, los contactos entre las partes se habían producido efectivamente por tres vías: i) los contactos mantenidos por los defensores de la empresa SAGE y otros con las autoridades judiciales españolas, así como con el Embajador de España en Washington; ii) una comunicación de la Oficina del Comisionado para Asuntos Marítimos de San Vicente y las Granadinas en Ginebra con la Capitanía del Puerto de Cádiz; y iii) varias reuniones mantenidas entre los representantes de España y los representantes de San Vicente y las Granadinas ante el TIDM, con posterioridad al inicio de las actuaciones judiciales ante dicho Tribunal⁷⁶.

La validez de los citados argumentos para cumplir con la exigencia del artículo 283 fue impugnada por España a través de cuatro vías distintas: i) la Nota Verbal de 26 de octubre de 2010 no ofrecía en absoluto la apertura de un proceso de intercambio de opiniones, sino que simplemente exigía la liberación del buque y advertía de la intención de presentar una demanda ante el TIDM, incluso antes de haber formulado su declaración de competencia en cumplimiento de lo previsto en la Convención; ii) los representantes legales de la empresa SAGE son particulares que en ningún caso pueden representar a San Vicente y las Granadinas ni puede entenderse, por tanto, que intercambien opiniones para solucionar una hipotética controversia interestatal; iii) las comunicaciones entre la Oficina del Comisionado para Asuntos Marítimos de San Vicente y las Granadinas en Ginebra y la Capitanía Marítima de Cádiz se refieren a simples solicitudes de información y, en cualquier caso, ninguna de las dos entidades tienen capacidad para representar al Estado a los efectos de intentar resolver una hipotética controversia interestatal; y iv) la obligación de intercambiar opiniones establecida en el art. 283 de la Convención debe ejercerse tan pronto como una de las partes considera que existe la controversia y, por tanto, antes de que se inicie una acción judicial, por lo que conversaciones posteriores al inicio del procedimiento no pueden considerarse como una forma de cumplir con la obligación prevista en el citado artículo⁷⁷. Además, España enfatizó de modo especial la gran importancia que reviste la obligación de intercambiar opiniones, ya que se trata de una vía privilegiada para definir el alcance y contenido de la presunta controversia. En caso de no existir dichas consultas, se obliga al órgano judicial a realizar un esfuerzo suplementario para lograr dicho objetivo⁷⁸.

15. A pesar de la importancia atribuida en el procedimiento a esta cuestión, el Tribunal de Hamburgo sólo se ha pronunciado sobre la misma en el Auto sobre medi-

⁷⁶ Vid. *Memorial*, párrafos 44-49; *Reply*, IV, pp. 5-15.

⁷⁷ Vid. en particular, los párrafos 13-32 de la *Dúplica* presentada por España.

⁷⁸ Vid., en particular, párrafos 61-63 de la *Contramemoria* española.

das provisionales, considerando que “en opinión del Tribunal, las prescripciones del artículo 283 deben considerarse como habiendo sido cumplidas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso de especie”⁷⁹. Para ello se apoya en especial en el hecho de que España no habría respondido a la Nota Verbal antes citada y el carácter bi-direccional de la obligación de consultas, así como en una jurisprudencia previa del Tribunal conforme a la cual las partes en una controversia no tienen la obligación de continuar los intercambios de opiniones cuando llegan a la conclusión de que el arreglo es imposible⁸⁰ o que la obligación de agotar las negociaciones diplomáticas antes de introducir una demanda ante la Corte Internacional de Justicia no constituye un requisito previo ni en virtud de la Carta de las Naciones Unidas ni en virtud de una norma de Derecho Internacional general⁸¹. Se trata, en todo caso, de argumentos escasamente desarrollados en la Sentencia, que han sido respondidos en las opiniones disidentes de los jueces Wolfrum⁸², Treves⁸³ y Golitsyn.

Por lo que se refiere a la Sentencia sobre el fondo, y a pesar de que España había reiterado sus argumentos referidos al artículo 283 en la Contramemoria y en la Dúplica, el Tribunal concluyó que, dado que ya había declarado su falta de competencia *ratione materiae*, “no considera[ba] necesario examinar el argumento de España según el cual San Vicente y las Granadinas no habría cumplido con la obligación, prevista en el artículo 283 de la Convención, de proceder al intercambio de opiniones, y ello le habría impedido instar la actuación del Tribunal”⁸⁴.

Aunque es cierto que la declaración de incompetencia del Tribunal le eximía de pronunciarse sobre esta cuestión, habría sido de utilidad para la interpretación general de este artículo contar con un pronunciamiento del TIDM al respecto, en especial teniendo en cuenta el previo pronunciamiento que ya había realizado en el Auto sobre medidas provisionales al que se ha hecho referencia anteriormente. Ello quizás explique el que los jueces Kateka y Lucky se hayan pronunciado al efecto en sus opiniones, respectivamente, separada y disidente⁸⁵.

5.6. El agotamiento de recursos internos

16. El requisito del agotamiento de los recursos internos fue alegado por España con dos argumentos estrechamente relacionados entre sí. En primer lugar, el artículo 295 de la Convención, bajo la rúbrica explícita de *Agotamiento de los recursos internos*, establece expresamente lo siguiente:

⁷⁹ Vid. Auto de 23 de diciembre de 2010, párrafo 65.

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo 63.

⁸¹ *Ibidem*, párrafo 64.

⁸² Vid. párrafo 27-28.

⁸³ Vid. párrafo 8-13. El Juez Treves califica incluso de “comunicación abrupta” la Nota Verbal de 26 de octubre de 2010.

⁸⁴ Vid. Sentencia de 28 de mayo de 2013, párrafo 152.

⁸⁵ Ver *Opinión separada del Juez Kateka*, párrafo 17; y *Opinión disidente del Juez Lucky*, párrafos 15-21.

“Las controversias que surjan entre Estados Partes con respecto a la interpretación o la aplicación de esta Convención podrán someterse a los procedimientos establecidos en esta sección sólo después de que se hayan agotado los recursos internos, de conformidad con el Derecho Internacional”.

En segundo lugar, tratándose de un supuesto de ejercicio de la protección diplomática por parte de San Vicente y las Granadinas a favor de uno de sus buques, las normas de Derecho Internacional que rigen dicha institución exigen el agotamiento de los recursos internos como un requisito previo para el ejercicio de la acción. A juicio de España, tratándose de un caso que, conforme a lo que afirma San Vicente y las Granadinas, hace referencia a la inmovilización de un buque y la detención de diversas personas en virtud de un procedimiento pendiente en España, el requisito del agotamiento de los recursos internos adquiere un significado especial, so pena de incurrir en el riesgo de que el procedimiento ante el Tribunal de Hamburgo se convierta en una suerte de sustituto del proceso penal que se sigue en España. En particular España llamó la atención sobre el hecho de que los propietarios del buque *Louisa* nunca habían solicitado judicialmente la liberación del buque ni habían respondido, hasta después de iniciado el procedimiento ante el TIDM, al ofrecimiento hecho a los propietarios del buque de designar un marinero o adoptar las medidas necesarias para atender a su adecuado mantenimiento⁸⁶.

Por su parte, San Vicente y las Granadinas entendió en un primer momento que dicho requisito se había cumplido mediante los diversos contactos mantenidos con las autoridades judiciales españolas, para mantener posteriormente que el cumplimiento de dicho requisito no le era exigible en el caso de especie⁸⁷.

17. Lamentablemente, el Tribunal no se ha pronunciado sobre esta cuestión ni en la fase de medidas cautelares ni tampoco en la fase sobre el fondo. En el primero de los casos, por considerar que el examen de dicha cuestión podía exigir un examen sobre aspectos del fondo que no podía realizarse en el procedimiento incidental⁸⁸. En la fase de fondo, por considerar que habiendo declarado su incompetencia *ratione materiae* no era ya necesario “examinar las otras excepciones a su competencia o a la admisibilidad de las demandas de San Vicente y las Granadinas”⁸⁹. Sin embargo, el tema del agotamiento de los recursos internos ha sido analizado en detalle por el Juez Ndiaye en su opinión separada, quien ha concluido que el requisito del art. 295 no había sido cumplido, refiriéndose incluso a los argumentos de España relativos a la transformación del TIDM en un tribunal de apelación respecto del proceso penal seguido en España⁹⁰.

⁸⁶ Vid. *Written response*, párrafos 88-93; *Counter-Memorial*, párrafos 108-121 y *Rejoinder*, párrafo 39.

⁸⁷ Vid., en particular, Reply, V, pp. 15-21.

⁸⁸ Vid. Auto de 23 de diciembre de 2010, párrafo 68.

⁸⁹ Vid. Sentencia de 28 de mayo de 2013, párrafo 153.

⁹⁰ Ver *Opinión separada del Juez Ndiaye*, párrafos 129-143.

6. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

1. Como se ha señalado previamente, la demanda introductoria de instancia fue acompañada de una demanda de petición de medidas provisionales cuyo *petitum* fue cambiando sucesivamente, y que en la versión final contenida en las *Conclusiones finales* presentadas en la vista por el Co-agente de San Vicente y las Granadinas está redactado en los siguientes términos:

“The Applicant requests the Tribunal, by means of provisional relief to:

- a) declare that the Tribunal has jurisdiction under Articles 287 and 290 of the Convention to hear the Request for Provisional Measures concerning the detention of the vessel, the *M.V. Louisa*;
- b) declare that the Request is admissible, that the allegations of the Applicant are well-founded, and that the Respondent has breached its obligation under the Convention;
- c) order the Respondent to release the vessel *Louisa* and its tender, the *Gemini III* upon such terms and conditions the Tribunal shall consider reasonable, but without bond or other further economic hardship;
- d) order the return of Scientific research, information, and property held since 2006;
- e) prescribe such other provisional measures as may be appropriate such as issuing an order requiring the Spanish Agent to meet with the Applicant’s Agent or representatives to resolve the matter, or other important measures; and
- f) order the Respondent pay the costs incurred by the Applicant in connection with this Request, including but not limited to Agent’s fees, attorneys’ fees, experts’ fees, transportation, lodging, and subsistence”⁹¹.

Era evidente que unas medidas provisionales de estas características invadían la cuestión sobre el fondo y que, además, no se justificaban por razón de urgencia a fin de evitar consecuencias que pudieran perjudicar de forma irreversible los derechos de las partes en el proceso. Por otro lado, el posible riesgo de que el barco amarrado en el muelle de El Puerto de Santa María pudiera perjudicar al medio marino no era suficiente como para justificar la liberación del buque. Así fue puesto de manifiesto por España tanto en la contestación a la solicitud de medidas cautelares como en las audiencias durante la fase oral, añadiendo además el argumento no menos relevante de que el buque *Louisa* había sido inmovilizado en el marco de un proceso penal seguido en España al ser considerado una prueba de convicción y un instrumento esencial para la comisión del delito⁹².

⁹¹ Vid. Auto de 23 de diciembre de 2010, párrafo 33. Véase también el párrafo 32 que contiene la primera formulación de las medidas provisionales solicitadas por San Vicente y las Granadinas.

⁹² Vid. *Written Response*, párrafos 102-118.

2. En su Auto de 23 de diciembre de 2010, el Tribunal estimó que no existía un riesgo real e inminente de que se pudiese producir un perjuicio irreparable para los derechos de las partes en el litigio⁹³ y tomó nota de las seguridades dadas por España sobre la situación del buque y la continua vigilancia de las autoridades portuarias por lo que se refería a la garantía de la protección del medio marino⁹⁴. Y, en consecuencia, declaró que no se daban las circunstancias para ejercer su poder de prescribir medidas provisionales⁹⁵.

En consecuencia, el Tribunal tomó en consideración los argumentos presentados por España y denegó las medidas provisionales solicitadas. Ello reviste, sin duda, un gran interés para la jurisprudencia del TIDM, ya que se trata del primer caso en que, habiéndolo solicitado una de las partes, no acuerda tales medidas.

7. CONSIDERACIONES FINALES

Como ya tuve ocasión de manifestar durante las vistas orales del *Caso Louisa*, España ha hecho frente a la obligación libre y voluntariamente asumida de aceptar la jurisdicción del Tribunal Internacional de Derecho del Mar como un medio pacífico de solución de las controversias relativas a la aplicación o la interpretación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. De esta forma se manifiesta el compromiso de nuestro país con el arreglo judicial como un medio especialmente adecuado para la solución de controversias eminentemente jurídicas. Y ello, a pesar de que España no ha mantenido hasta la fecha un nivel alto de litigiosidad ante tribunales internacionales, a excepción —por razones que no es preciso explicitar aquí— del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En su comparecencia ante el TIDM España ha cooperado de forma leal con el Tribunal, respetando las reglas del procedimiento, los usos procesales propios de los tribunales internacionales y el respeto debido a una institución a cuya creación contribuyó nuestro país y a la que ha confiado el importantísimo papel de dirimir controversias referidas a Derecho del Mar que, como es de sobra conocido, revisten un especial interés para España.

El resultado final del procedimiento ha sido, sin duda alguna, favorable a las posiciones españolas. Y ello no sólo porque el Tribunal concluye la inexistencia de una diferencia entre España y San Vicente y las Granadinas y, en consecuencia, su falta de competencia *ratione materiae*, tal y como España había venido

⁹³ Vid. Auto de 23 de diciembre de 2010, párrafo 72.

⁹⁴ *Ibidem*, párrafo 78.

⁹⁵ *Ibidem*, dispositivo 1. Es de destacar que la decisión se adoptó por 17 votos a favor y 4 en contra. Sin embargo, los votos contrarios a la decisión se refieren a la falta de competencia del Tribunal y no a la decisión de denegar las medidas provisionales, que es compartida por los cuatro jueces disidentes.

solicitando a lo largo de todo el proceso. Sino, también, porque —como se ha señalado *supra*— para llegar a esta conclusión, el TIDM realiza, directa o indirectamente, interesantes afirmaciones sobre cuestiones relativas a las competencias del ribereño en relación con sus aguas interiores y sus puertos. Algo que, sin duda, es de vital importancia para un país que, como España, tiene una extensa costa, puertos de gran entidad y que, además, necesita ejercer sus poderes soberanos para luchar contra actividades delictivas que se producen en sus aguas interiores. El efecto positivo que estas afirmaciones realizadas por el Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar están llamadas a tener en la legítima defensa de nuestro rico patrimonio cultural subacuático no necesita de mayores explicaciones.

Sin embargo, a pesar de la valoración altamente positiva que el resultado del caso ha tenido para España, creo necesario formular algunas consideraciones finales que nos permitan extraer unas “lecciones aprendidas” para el futuro, en el caso de que nuestro país deba comparecer en un procedimiento contradictorio ante el Tribunal Internacional de Derecho del Mar o ante otra jurisdicción internacional.

La primera de ellas es, sin duda, la necesidad de revisar de forma cuidadosa, y con cautela, las declaraciones unilaterales de reconocimiento de competencia a favor de cualquier tribunal internacional. Ya que —como el caso *Louisa* ha puesto de manifiesto— declaraciones simples y procesalmente abiertas, que no establezcan cautelas o reservas, pueden ser utilizadas de forma interesada por otros Estados que, quizás, no hayan manifestado con anterioridad un tan alto compromiso con la jurisdicción internacional. Evitar “demandas sorpresivas” y “demandas *ad hoc* o abusivas” debe ser un objetivo de la actuación de España ante los tribunales internacionales.

La segunda reflexión de interés se refiere a la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar un doble objetivo: la correcta definición de la controversia que será sometida ante el tribunal y el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad exigidos en la jurisdicción correspondiente. Sin duda, en el caso *Louisa* España ha cumplido sobradamente con esta necesidad, aunque —desgraciadamente— no puede decirse lo mismo de la otra parte en la controversia. En cualquier caso, debe destacarse la necesidad de prestar la debida atención a estas cuestiones ya que, como se ha puesto de manifiesto a lo largo del procedimiento, ambos elementos integran componentes sustantivos que pueden ser decisivos para la solución del caso.

La tercera de mis reflexiones tiene un alcance distinto y se refiere a la posible instrumentalización de la jurisdicción internacional, a la buena fe y al abuso de jurisdicción. El caso *Louisa* ha puesto de manifiesto cómo el recurso a una jurisdicción internacional, aún siendo un legítimo derecho del Estado, puede encubrir un objetivo distinto al propio del sistema internacional de arre-

glo de controversias. En ese sentido, la continuada estrategia del demandante de mezclar, e incluso confundir, el procedimiento seguido en Hamburgo con un proceso penal español da alguna indicación de que la finalidad de la demanda presentada en Hamburgo sobrepasaba los límites de lo que puede considerarse una controversia interestatal. Cabe plantearse, por tanto, hasta que punto no se ha producido un abuso de jurisdicción, circunstancia sobre la que España advirtió en diversos momentos del procedimiento. Se trata de un tema especialmente importante al que se ha referido de forma expresa el Juez Cot en su opinión separada a la Sentencia de 28 de mayo de 2013, en la que llega a cuestionarse incluso la posibilidad de la existencia de un fraude vinculado a ciertas actuaciones del demandante, en particular la entrega, a instancias del Tribunal, de un documento relevante para el proceso sólo después de que se hubiera terminado la fase oral⁹⁶. Sin ánimo de entrar en esta polémica, lo cierto es que el caso *Louisa* constituye un buen ejemplo de cómo un procedimiento judicial puede desarrollarse en los límites de las obligaciones impuestas por el principio de buena fe y de cómo ello puede incidir en el correcto ejercicio de la función judicial internacional.

Y la última de las reflexiones con las que deseo terminar este trabajo tiene una dimensión eminentemente interna, a saber: la necesidad de que se consolide la convicción de que cualquier actuación de cualquier poder público puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado y, en consecuencia, la necesidad no menos importante de que las actuaciones de cualquiera de dichos poderes tenga en cuenta en el ejercicio de sus funciones no sólo el Derecho español sino también el Derecho Internacional. Aunque finalmente el Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha deslindado claramente los planos en que actúan ambos ordenamientos, no puede olvidarse que en el caso *Louisa* el detonante de la acción judicial internacional ha sido la actuación de uno de nuestros órganos judiciales internos, algo que no siempre es percibido como una posibilidad por los operadores jurídicos nacionales, si se exceptúa —claro está— los casos relativos a la reclamación internacional por violaciones de derechos humanos.

⁹⁶ Vid. *Opinion individuelle de M. le Juge Cot*, en especial párrafos 67-79. Se trata del contrato entre la empresa SAGE y la empresa TUPAC, que pone claramente de manifiesto que en la cooperación entre ambas se contemplaba la posible obtención de tesoros submarinos como parte del contrato. Además, el demandante no se limitó a remitir extemporáneamente dicho contrato, sino que lo hizo junto con una serie de comentarios que provocaron la reacción de España oponiéndose no a la incorporación al expediente del contrato sino a la incorporación de los comentarios que lo acompañaban, cuya naturaleza pretendía ser claramente exculpatoria. En relación con esta cuestión, debe tenerse en cuenta que el propio Tribunal en su Sentencia de 28 de mayo de 2013 “notes with regret that a copy of this agreement was not provided by the Applicant until after the request was made by the Tribunal” (párrafo 47, *in fine*).

ARBITRAJES DE INVERSIONES CONTRA ESPAÑA POR LOS RECORTES EN LOS INCENTIVOS A LA GENERACIÓN ELÉCTRICA MEDIANTE ENERGÍAS RENOVABLES

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

*Catedrático de Derecho Internacional Público
y de Derecho de la Unión Europea
Universidad de Granada.¹*

Los acuerdos sobre protección y promoción recíproca de inversiones (AP-PRIs) parecían destinados a garantizar los derechos de los inversores privados de los países desarrollados frente a las actuaciones de los gobiernos de países en vías de desarrollo o con economías emergentes. En este contexto, los APPRIs suscritos por España pretendían, sin duda, amparar las inversiones de las grandes empresas españolas en países con economías emergentes o en desarrollo. No obstante y de forma sorpresiva, la situación se ha invertido considerablemente en los tres últimos años ya que España se ha convertido en uno de los Estados contra los que se han iniciado un mayor número de arbitrajes en diferentes foros por parte de inversores extranjeros como consecuencia de los drásticos recortes aplicados por las autoridades españolas a los incentivos establecidos en la década pasada a la producción de electricidad a partir de energías renovables.

España implantó en 2004 y 2007 un régimen de incentivos muy generosos para fomentar el uso de energías renovables en la generación de energía eléctrica. Como consecuencia de ello, las inversiones nacionales e internacionales en este sector crecieron exponencialmente ante la perspectiva de obtener significa-

¹ E-mail: manlopez@ugr.es

tivos beneficios. Sin embargo, las circunstancias económicas cambiaron drásticamente como consecuencia de la llegada de la crisis económica global, que ha impactado enormemente en España, y el régimen de incentivos no ha podido ser mantenido por las autoridades españolas por el aumento exponencial del déficit económico del sistema eléctrico, causado en buena parte por el incremento de la cuantía de los incentivos a las instalaciones de energías renovables, debido también a la mejora de su competitividad gracias al desarrollo tecnológico.

Los recortes del régimen de incentivos se realizan de forma progresiva y desordenada, utilizando una deficiente técnica legislativa y haciendo poco comprensible el marco regulatorio del sector eléctrico, hasta que en 2013 se eliminan estos incentivos de forma definitiva y se introduce un régimen excepcional de apoyo a las renovables aún por definir en su totalidad, pero que es mucho menos generoso que el precedente. Como consecuencias de ello se ha generado un auténtico imbroglío jurídico con litigios ante los tribunales españoles y con la activación, por el momento, de diez arbitrajes de inversiones en distintos foros contra España, que revisten gran importancia por su cuantía y por su significativo interés jurídico.

El objetivo de este estudio es analizar estos arbitrajes de inversiones incoados contra España por los inversores extranjeros con intereses económicos en las instalaciones solares fotovoltaicas y termoeléctricas. Para ello, expondremos primero la legislación española que estableció el régimen de incentivos a las energías renovables y los cambios legislativos que han recortado primero y eliminado luego dichos incentivos. En segundo lugar, analizaremos la jurisprudencia de los tribunales españoles que se ha pronunciado sobre la legalidad de los recortes al régimen de incentivos. En tercer lugar, expondremos los diferentes arbitrajes de inversiones incoados contra España y la situación en que se encuentran, con las limitaciones que genera su carácter confidencial. Finalmente, analizaremos la legalidad de los recortes del sistema español de incentivos a la luz del derecho internacional de las inversiones extranjeras.

1. LA NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE INCENTIVOS A LAS ENERGÍAS RENOVALES

El sistema español de apoyo a la generación de electricidad mediante energías renovables tuvo su base jurídica en los artículos 27 y siguientes de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico,² que establecía un régimen especial de producción eléctrica para las energías renovables, diferenciado del régimen general aplicado la electricidad obtenida a partir de combustibles fósiles. El Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, reguló por vez primera el régimen de producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas

² BOE núm. 285, de 28/11/1997.

mediante recursos o fuentes de energía renovables y fijó un sistema de apoyo al uso de estas energías, que fue ampliado por el Real Decreto 436/2004.³ Esta última norma fue derogada a su vez por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo,⁴ que diseñó el régimen de incentivos a las energías renovables más beneficioso y que propició la entrada de muchos inversores extranjeros, especialmente, en el sector de la energía solar fotovoltaica y en el de la energía solar termoeléctrica.

La actividad de generación en régimen especial abarcó la generación de energía eléctrica en instalaciones de potencia no superior a 50 MW que utilizaran como energía primaria energías renovables o residuos, y aquellas otras como la cogeneración que implicaban una tecnología con un nivel de eficiencia y ahorro energético considerable. Esta actividad de generación de electricidad se benefició de un régimen especial más favorable que el régimen ordinario aplicado a la producción de electricidad a partir de las tecnologías convencionales basadas en el uso de combustibles fósiles, porque presentaba varias ventajas, entre las que se encontraban:

- Disminución de emisiones contaminantes y gases de efecto invernadero, que ayudan a España a cumplir con los objetivos del Protocolo de Kyoto y con los fijados por la UE.
- Un menor impacto sobre el entorno, ya que las energías renovables son limpias y no generan residuos de difícil y costoso tratamiento.
- El aumento de la seguridad de suministro derivado del uso de fuentes autóctonas, radicadas en España y que no es necesario importar de países terceros, con la consiguiente reducción de la dependencia energética del exterior.
- Las energías renovables son inagotables, ya sea por la magnitud del recurso o por su regeneración natural.
- El ahorro de energía primaria y el ahorro en transporte y distribución eléctrica por la proximidad entre transporte y consumo.

Dentro del régimen especial, nuestra atención se concentrará en la generación de electricidad a partir de energías renovables (biomasa, eólica, geotérmica, hidráulica, marina, solar) y, especialmente, en los incentivos aplicados a la energía solar fotovoltaica y a la energía solar termoeléctrica, que son las que más inver-

³ Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración (*BOE* núm. 312, de 30 de diciembre de 1998, páginas 44077 a 44089).

Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (*BOE* núm. 75, de 27 de marzo de 2004, páginas 13217 a 13238).

⁴ Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (*BOE* núm. 126, de 26 de mayo de 2007, páginas 22846 a 22886).

sión extranjera han atraído a España, convirtiendo a nuestro país en una de las grandes potencias mundiales en este sector, y las que han generado arbitrajes de inversiones.

1.1. El régimen de incentivos a las energías renovables

El Real Decreto 661/2007 pretendió desarrollar los principios recogidos en la Ley 54/1997, garantizando a los titulares de instalaciones en régimen especial una retribución razonable para sus inversiones, si bien se incentiva la participación en el mercado, y a los consumidores eléctricos una asignación también razonable de los costes imputables al sistema eléctrico. Los incentivos para el uso de las energías renovables en la generación de electricidad se configuraron de forma muy generosa, ya que se incluyó un sistema de que acumulaba los incentivos *feed-in tariff* (retribución mediante una tarifa fija o tarifas de introducción de energía renovable a la red eléctrica) con los incentivos *feed-in premium* (prima adicional a la retribución obtenida en el mercado por la venta de la electricidad generada).⁵ De esta manera, el artículo 24 permitía a los titulares de instalaciones del régimen especial, que usaban energías renovables, optar por vender su energía a una tarifa regulada, única para todos los periodos de programación, o bien vender dicha energía directamente en el mercado diario, en el mercado a plazo o a través de un contrato bilateral, percibiendo en este caso el precio negociado en el mercado más una prima. En éste último caso, se introdujo una novedad para ciertas tecnologías, unos límites inferior y superior para la suma del precio horario del mercado diario, más una prima de referencia, de forma que la prima a percibir en cada hora, podía quedar acotada en función de dichos valores. Este nuevo sistema servía para proteger al promotor cuando los ingresos derivados del precio del mercado fueran excesivamente bajos, y eliminaba la prima cuando el precio del mercado era suficientemente elevado para garantizar la cobertura de sus costes (*feed-in premium with cap and floor prices*). El art. 27.4 daba la posibilidad a los titulares de instalaciones de elegir, por períodos no inferiores a un año, la opción de venta de su energía mediante tarifa regulada (*feed-in tariff*) o venta en el mercado eléctrico con prima complementaria (*feed-in premium*).

⁵ Para una visión general de los sistemas de incentivo al uso de energías renovables en la producción de electricidad en los países de la UE, me remito a los trabajos de KLEIN ET AL., *Evaluation of different feed-in tariff design options – Best practice paper for the International Feed-In Cooperation*, 2010; M. RAGWITZ, J. WINKLER, C. KLESSMANN, G. RESCH, *Recent developments of feed-in systems in the EU. A research paper for the International Feed-In Cooperation*, Enero de 2012, disponibles en www.feed-in-cooperation.org ; y especialmente A. HELD, M. RAGWITZ, M. GEPHART, E. DE VISSER, C. KLESSMANN, *Design features of support schemes for renewable electricity*, 2014.

El análisis más completo puede encontrarse en COMMISSION STAFF WORKING, European Commission guidance for the design of renewables support schemes Accompanying the document Communication from the Commission Delivering the internal market in electricity and making the most of public intervention, *DOCUMENT SWD (2013) 439 final*, de 5.11.2013.

El artículo 36 de este Real Decreto fijó la cuantía de las tarifas reguladas y de las primas para la electricidad procedente de las energías renovables. En lo que a nosotros nos interesa en este trabajo, las cuantías y extensión de estos incentivos en el caso de las energías de la Categoría b) (instalaciones que utilicen como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa, o cualquier tipo de biocarburante, siempre y cuando su titular no realice actividades de producción en el régimen ordinario), Grupo b.1. (Instalaciones que utilicen como energía primaria la energía solar), Subgrupo b.1.1. (Instalaciones que únicamente utilicen la radiación solar como energía primaria mediante la tecnología fotovoltaica) y Subgrupo b.1.2. (Instalaciones que utilicen únicamente procesos térmicos para la transformación de la energía solar, como energía primaria, en electricidad) fueron las siguientes:

Grupo	Subgrupo	Potencia	Plazo	Tarifa regulada c€/kWh	Prima de referencia c€/kWh	Límite Superior c€/kWh	Límite Inferior c€/kWh
b.1	b.1.1	P ≤100 kW	primeros 25 años	44,0381			
			a partir de entonces	35,2305			
		100 kW < P ≤10 MW	primeros 25 años	41,7500			
			a partir de entonces	33,4000			
		10 < P ≤50 MW	primeros 25 años	22,9764			
			a partir de entonces	18,3811			
	b.1.2		primeros 25 años	26,9375	25,4000	34,3976	25,4038
			a partir de entonces	21,5498	20,3200		

El artículo 37 del Real Decreto 661/2007 estableció como objetivo de potencia instalada de referencia para la energía solar fotovoltaica 371 MW y para energía solar termoeléctrica 500 MW, pero el crecimiento de la potencia instalada experimentado por la tecnología solar fotovoltaica fue muy superior al esperado y el Real Decreto 1578/2008⁶ elevó el objetivo de potencia instalada de referencia para esta tecnología, con objeto de dar continuidad y expectativas a las inversiones en este sector. A tal fin, se propuso un objetivo anual de potencia que evolucionaría al alza de manera coordinada con las mejoras tecnológicas, en lugar de utilizar la potencia total acumulada para fijar los límites del mercado de esta tecnología, indicando que ello debía ir acompañado de un nuevo régimen económico que estimule la evolución tecnológica y la competitividad de las instalaciones fotovoltaicas en España a medio y largo plazo. Eso sí, su artículo 11 estableció que las instalaciones del subgrupo b.1.1 (fotovoltaicas) que se inscribieran en el registro a partir del 29 de septiembre de 2008 sólo podrían acogerse a la tarifa regulada por un periodo de 25 años, sin mencionar la posibilidad de seguir disfrutando del incentivo más allá de este plazo.

España estableció con estas normas un marco regulatorio muy favorable para el desarrollo de la generación eléctrica mediante energías renovables y, en especial, mediante energía solar fotovoltaica y termoeléctrica.⁷ Como consecuencia de ello y de la legislación precedente (Real Decreto 2818/1998 y Real Decreto 436/2004), se produjo una entrada masiva de inversores extranjeros de distintos países en España y se pusieron en marcha grandes proyectos de generación de electricidad a partir de energía solar. Un proceso similar se produjo en muchos otros Estados de la UE, que aplicaron algunos de los diferentes tipos de incentivos para el uso de energías renovables, de manera que 9 Estados miembros de la UE en 2009, 18 en 2005 y hasta 24 en 2012 pusieron en práctica medidas de este tipo. Los incentivos más utilizados fueron los sistemas *feed-in* principalmente en su modalidad de *feed-in tariff* (FIT, en adelante) en un primer momento y luego la modalidad *feed-in premium* (FIP, en adelante) a medida que las energías renovables mejoraban su competitividad. Así destacan los incentivos FIP a la energía solar fotovoltaica en Alemania, Italia, República Checa, Francia o Eslovaquia, unidos con incentivos FIP, como en España. Otros países de la UE optaron únicamente por incentivos FIP, como es el caso de Dinamarca, Estonia, Finlandia, Países Bajos o el Reino Unido desde 2014.⁸ El sistema de incentivos español era

⁶ Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología (BOE núm. 234, de 27/09/2008).

⁷ Véase P. MIR, “La regulación fotovoltaica y solar termoeléctrica en España”, *Cuadernos económicos de ICE*, n.º 83, 2012, pp. 185-205.

⁸ Para más detalles, me remito al estudio de M. RAGWITZ, J. WINKLER, C. KLESSMANN, G. RESCH, op. cit., pp- 9-16. Véase también el Commission Staff Working Paper, The support of electricity from renewable energy source, SEC(2008) 57, de 23.1.2008.

el más generoso ya que los propietarios de las instalaciones solares podían optar anualmente por los incentivos FIT o por incentivos FIP con techo y suelo.⁹

1.2. Los sucesivos recortes al régimen de incentivos

El generoso sistema español de incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables tuvo un efecto llamada de inversores extranjeros y nacionales, lo que pudo de manifiesto su éxito en la consecución del aumento de la producción eléctrica a partir de renovables, pero también empezó a generar un grave problema, el rápido aumento de la cuantía de los incentivos a los productores de renovables a medida que la electricidad generada por éstos se incrementaba. En un contexto de crisis económica profunda desde 2009, con el consiguiente descenso en el consumo de energía eléctrica, los incentivos a las renovables empezaron a provocar un déficit tarifario en el sistema eléctrico que el Gobierno español comenzó a afrontar mediante una serie de recortes progresivos a los incentivos previstos legalmente.

El primer paso en esta dirección se dio con el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril.¹⁰ En su exposición de motivos, esta norma afirmaba que la regulación del régimen especial no establecía mecanismos suficientes para planificar las instalaciones de este tipo de energías, ni el montante y la distribución en el tiempo de las primas de retribución y, por tanto, el impacto en los costes imputables al sistema tarifario. Por ello este Real Decreto creó el Registro de pre-asignación de retribución, con objeto de conocer las instalaciones que estaban proyectadas y que cumplían las condiciones para ejecutarse y acceder al sistema eléctrico con todos los requisitos legales y reglamentarios, el volumen de potencia asociado a las mismas y el impacto en los costes de la tarifa eléctrica y su calendario. Además, esta norma creó un mecanismo de financiación del déficit acumulado, mediante la cesión de los derechos de cobro al denominado Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico (FADE) y su colocación a terceros a través de un mecanismo competitivo.

El Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto,¹¹ se hacía eco del auge del sector fotovoltaico en España por la aplicación del régimen especial, que situó a nuestro país como primer mercado mundial durante el año 2008, y que generó múltiples beneficios económicos, sociales y ambientales. Desde el 29 de septiembre de 2008 se agotó la posibilidad de acceso de nuevas instalaciones al régimen de pri-

⁹ Ver J. SCHALLENBER-RODRIGUEZ, R. HAAS, “Fixed fee-in tariff versus premium: A review of the current Spanish system, *Renewable and Sustainable Energy Review*, vol. 16, nº 1, 2012, pp. 293-3025.

¹⁰ Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social (*BOE* núm. 111, de 07/05/2009).

¹¹ Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen general (*BOE* núm. 190, de 06/08/2010).

mas previsto en el Real Decreto 661/2007, de manera que sólo las instalaciones inscritas en los correspondientes registros antes de dicha fecha tenían derecho al régimen de ayudas correspondiente, siempre que cumpliesen los requisitos habilitantes. El Real Decreto 1003/2010 estableció un procedimiento para mejorar el proceso de acreditación de las distintas instalaciones fotovoltaicas a la hora de optar por los sistemas de incentivos vigentes.

Otro recorte adicional al sistema de incentivos, se produjo con el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre,¹² que en su artículo 2 limitó las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima equivalente o prima para la generación de electricidad a partir de tecnologías eólica y solar termoeléctrica. En esta misma línea, hay que mencionar el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre,¹³ que con el objetivo de impedir el crecimiento del déficit en el sistema eléctrico a partir del 2013 procedió a la adopción de medidas puntuales de protección al consumidor y de reducción de determinadas partidas de los costes y de los ingresos del Sistema. Entre estas medidas se encontraba el establecimiento con carácter general de la posibilidad de limitar las horas equivalentes de funcionamiento con derecho al régimen económico primado de los productores de energía solar fotovoltaica. La disposición adicional segunda de esta norma limitó las horas equivalentes de funcionamiento de las instalaciones fotovoltaicas y fijó expresamente los valores de referencia de acuerdo con los valores utilizados para el cálculo de su retribución. Paralelamente y para asegurar la razonabilidad de la retribución, la disposición final primera de Real Decreto-ley 14/2010 amplió a 28 años para las instalaciones de tipo b.1.1 (energía solar fotovoltaica) las referencias en el plazo a los primeros 25 años, establecidas en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo. Esta modificación suponía la eliminación con efectos retroactivos del régimen de tarifa regulada más allá de esos 28 años.¹⁴ Por el lado de los ingresos, se estableció la obligación de los productores de energía de hacer frente a un peaje de generación, dada la incidencia de esta actividad en el desarrollo de las redes de transporte y distribución.

Posteriormente, el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero,¹⁵ indicaba que el elevado desarrollo de las energías solares puso de manifiesto un desequilibrio

¹² Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica (*BOE* núm. 298, de 08/12/2010).

¹³ Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico (*BOE* núm. 312, de 24/12/2010).

¹⁴ Posteriormente, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (*BOE* núm. 55, de 05/03/2011) en su disposición final cuarenta y cuarta amplió este plazo de 28 años a 30 años, pero sin prever posibilidad de periodo posterior de tarifas reguladas.

¹⁵ Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos (*BOE* núm. 24, de 28/01/2012).

entre los costes de producción y el valor de las primas, suponiendo un incremento del sobrecoste para el sistema en concepto de primas para las tecnologías solares de más de 2.000 millones en 2010, que se podría incrementar en 2.000 millones de euros anuales a partir de 2014. Como los recortes precedentes no eran suficientes para conseguir el objetivo final de supresión del déficit tarifario a partir de 2013, el artículo 3 de este Real Decreto-ley suprimió los regímenes económicos incentivadores para instalaciones de régimen especial y suspendió el procedimiento de preasignación de retribución para ellas. Eso sí, esta supresión se hace para las nuevas instalaciones, es decir, las instalaciones de régimen especial que no hubieran obtenido aún la inscripción en el Registro de preasignación de retribución. La exposición de motivos explica esta decisión por la necesidad de contener el déficit tarifario, por la suficiencia de la capacidad de generación instalada en esos momentos para asegurar la cobertura de la demanda prevista para los próximos años sin necesidad de continuar con las tasas anuales de implantación de estas tecnologías para lograr al final de la década los objetivos previstos, porque los objetivos de potencia para el año 2020 recogidos en el Plan de Energías Renovables 2010-2015 permitían al Gobierno disponer de un holgado margen de maniobra en la fijación de la senda de implantación de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables y porque la compleja situación económica y financiera aconsejaba la supresión de los incentivos para la construcción de estas instalaciones, con carácter temporal, al menos hasta la solución del principal problema que amenaza la sostenibilidad económica del sistema eléctrico, a saber, el déficit tarifario. Se alude, por estos motivos, a la necesidad de un nuevo modelo retributivo para este tipo de tecnologías que tenga en cuenta el nuevo escenario económico, promoviendo la asignación eficiente de los recursos a través de mecanismos de mercado.

La situación deficitaria del sistema eléctrico continuó empeorando por la bajada de la recaudación obtenida de los peajes pagados por los consumidores como consecuencia del menor consumo de electricidad por mor de la crisis y por el incremento de los costes, achacable en gran parte al mayor crecimiento de los incentivos del régimen especial. Ante la dificultad para un nuevo incremento de los peajes de acceso que pagan los consumidores eléctricos (factura eléctrica) en un contexto económico depresivo, el gobierno español optó por reducir los costes del sistema eléctrico eliminando los incentivos FIP, es decir, la prima pagada a los productores de renovables que vendían su electricidad en el mercado. En efecto, el Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, modifica el artículo 36 del Real Decreto 661/2007 suprimiendo la prima prevista para los productores de renovables que optaban por vender su energía eléctrica a precios de mercado. De esta forma se suprimen los incentivos FIP y se mantiene sólo la posibilidad para estos productores de acogerse al régimen especial con tarifa regulada (FIT), eliminándose, además, la posibilidad de opción anual prevista en el referido Real Decreto. Dada la urgencia de la situación, esta supresión del régimen de

incentivos FIP se aplica de manera inmediata, ya que el legislador entiende que concurren las exigencias de extraordinaria y urgente necesidad requeridas por el artículo 86 de la Constitución Española de 1978, en concreto, la protección a los consumidores en un contexto de crisis económica y la garantía de la sostenibilidad económica del sistema eléctrico.

Pese a las medidas adoptadas, el sistema eléctrico español continuó con un déficit tarifario insostenible (un saldo de deuda acumulada de 26.062,51 millones de euros a 10 de mayo de 2013, según la Comisión Nacional de Energía). Entre los años 2004 y 2012 los ingresos del sistema eléctrico por peajes de los consumidores se incrementaron en un 122%, mientras que el aumento de los costes regulados del sistema ascendió a un 197%. Entre los costes, destacaban los incentivos del régimen especial para las energías renovables, cuya cuantía se multiplicó en dicho periodo. Ante esta situación, el gobierno español adoptó el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, para aplicar una serie de medidas urgentes orientadas a garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. Entre ellas, ocupa una posición preminente la habilitación al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos. Así, se modifica el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico para introducir los principios concretos sobre los que se articulará dicho régimen, al objeto de acotar el margen de actuación del Gobierno en el desarrollo de los regímenes retributivos para estas instalaciones.

El nuevo régimen se basará en la percepción de los ingresos derivados de la participación en el mercado, con una retribución adicional que, en caso de resultar necesario, cubra aquellos costes de inversión que una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado. Se piensa en un sistema de incentivos FIP, es decir, venta de la electricidad generada a partir de energías renovables en el mercado, complementada con una prima adicional destinada a garantizar una rentabilidad razonable a estas tecnologías. Para el cálculo de la prima específica se considerará una instalación tipo, los ingresos por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, los costes de explotación medios necesarios para realizar la actividad y el valor de la inversión inicial de la instalación tipo, todo ello para una empresa eficiente y bien gestionada. La cuantía de la prima se hace depender del concepto de rentabilidad razonable, que se define como una rentabilidad de proyecto, que girará, antes de impuestos, sobre el rendimiento medio en el mercado secundario de las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado. Se consagra también el criterio de revisión de los parámetros retributivos cada seis años a fin de mantener el principio de rentabilidad razonable reconocido legalmente.

El nuevo régimen de incentivos diseñado por el Real Decreto-ley 2/2013 deroga expresamente el régimen establecido por el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, y sus modificaciones posteriores. Eso sí, el régimen de incentivos exis-

tente se aplicará transitoriamente hasta que no se adopte toda la nueva regulación necesaria para implantar el nuevo sistema. De esta forma, las instalaciones serán objeto, en su caso, de una liquidación a cuenta al amparo de este régimen transitorio y posteriormente una vez se aprueben las disposiciones normativas necesarias para la aplicación del nuevo régimen económico, se someterán a la regularización correspondiente por los derechos de cobro u obligaciones de pago resultantes de la aplicación de la nueva metodología, con efectos desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley. Por otra parte, para aquellas instalaciones que a la entrada en vigor del presente real decreto-ley tuvieran derecho al régimen económico primado, se determina una rentabilidad, antes de impuestos, que girará sobre el rendimiento medio de los últimos diez años de las Obligaciones del Estado a diez años, en el mercado secundario, incrementada en 300 puntos básicos, y que en todo caso, podrá ser revisada a los seis años.

El Real Decreto-ley 2/2013 supone la práctica eliminación con efectos retroactivos del generoso sistema español de incentivos (con opción anual entre FIT o FIP) establecido desde 20004. Esta opción legislativa ha sido plenamente confirmada por el artículo 14.7 de la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico¹⁶, que reordena por completo la regulación en este ámbito con la finalidad básica de garantizar el suministro eléctrico con los niveles necesarios de calidad y al mínimo coste posible, asegurar la sostenibilidad económica y financiera del sistema y permitir un nivel de competencia efectiva en el sector eléctrico, todo ello dentro de los principios de protección medioambiental de una sociedad moderna. Respecto al anterior régimen especial de las energías renovables, ligada a la potencia y a su tecnología, señala que carece ya de objeto por la elevada penetración de las tecnologías de producción a partir de fuentes de energía renovables. Por ello, regula estas instalaciones de energías renovables de manera análoga a la del resto de tecnologías que se integran en el mercado, tomándolas en consideración por razón de su tecnología e implicaciones en el sistema, en lugar de por su potencia. Así desaparece la diferencia entre régimen ordinario y especial de generación eléctrica.

En congruencia con ello, el régimen retributivo de las energías renovables, cogeneración y residuos, previsto en el artículo 14.7 de la Ley se basará en la necesaria participación en el mercado de estas instalaciones, complementado los ingresos de mercado con una retribución regulada específica que permita a estas tecnologías competir en nivel de igualdad con el resto de tecnologías en el mercado. Esta retribución específica complementaria será suficiente para alcanzar el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que, a diferencia de las tecnologías convencionales, éstas no puedan recuperar en el mercado y les permitirá obtener una rentabilidad adecuada con referencia a la instalación tipo en cada caso apli-

¹⁶ BOE núm. 310, 27.12.2013. Véase el comentario de A. I. MENDOZA LOSANA, “Adiós al régimen especial de retribución de instalaciones de producción a partir de tecnologías renovables, cogeneración y residuos en la nueva Ley 24/2013”, *Gómez Acebo o & Pombo, Noticias Breves*, Enero 2014.

cable. La tasa de retribución para las actividades de red y la tasa de rentabilidad para la actividad de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, para el primer periodo regulatorio, establecidas en el Real Decreto-ley 9/2013, son plenamente coherentes con los principios contenidos en esta Ley y se recogen en la disposición referida.

La Ley mantiene la posibilidad, con carácter excepcional, de establecer nuevos regímenes retributivos específicos para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos derivados de directivas europeas u otras normas del Derecho de la UE o cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior.

El artículo 14.7 establece que los parámetros retributivos se fijarán por periodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años. Estos parámetros retributivos podrán revisarse antes del comienzo del periodo regulatorio. Si no se llevara a cabo esta revisión se entenderán prorrogados para todo el periodo regulatorio siguiente. Además determina que legalmente se fijará antes del inicio de cada período regulatorio el valor sobre el que girará la rentabilidad razonable de lo que reste de vida regulatoria, y que en ningún caso podrán revisarse una vez reconocidos, la vida útil regulatoria ni el valor estándar de la inversión inicial de una instalación. También señala que cada tres años se revisarán para el resto del periodo regulatorio las estimaciones de ingresos por la venta de la energía generada, valorada al precio del mercado de producción, en función de la evolución de los precios del mercado y las previsiones de horas de funcionamiento. De acuerdo con ello, la citada Ley 24/2013, de 26 de diciembre, recoge de esta forma, en su disposición adicional décima que el primer período regulatorio se iniciará en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y finalizará el 31 de diciembre de 2019 y el valor sobre el que girará la rentabilidad de los proyectos tipo de referencia. Además, y en su disposición final tercera para este primer periodo regulatorio fija en consonancia con lo ya establecido en la disposición adicional primera del mencionado Real Decreto-ley, el valor sobre el que girará la rentabilidad razonable a lo largo de toda la vida regulatoria para las instalaciones que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley.

Este nuevo régimen retributivo excepcional para la generación eléctrica a partir de energías renovables esta ha sido desarrollado mediante el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables y la correspondiente Orden Ministerial¹⁷. Se trata de un sistema excepcional de incentivos FIP para cubrir

¹⁷ BOE núm. 140, de 10 de junio de 2014. Orden Ministerial IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de la instalación tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables cogeneración y residuos, BOE núm. 150, de 20 de junio de 2014.

aquellos costes de inversión que una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado. En concreto, las instalaciones podrán percibir durante su vida útil regulatoria, adicionalmente a la retribución por la venta de la energía valorada al precio del mercado, una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada que cubra, los costes de inversión para cada instalación tipo que no pueden ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, al que se denomina retribución a la inversión, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de dicha instalación tipo, al que se denomina retribución a la operación. Para el cálculo de la retribución a la inversión y de la retribución a la operación se considerarán para una instalación tipo, los ingresos estándar por la venta de la energía valorada al precio del mercado, los costes estándar de explotación necesarios para realizar la actividad y el valor estándar de la inversión inicial, todo ello para una empresa eficiente y bien gestionada, a lo largo de su vida útil regulatoria, finalizada la cual se pierde el derecho al incentivo. La Orden Ministerial contiene una compleja clasificación de instalaciones tipo, con su código específico, en función de la tecnología, potencia instalada, antigüedad, sistema eléctrico, así como cualquier otra segmentación que se considere necesaria para la aplicación del régimen retributivo. A cada instalación tipo le corresponderán un conjunto de parámetros retributivos que concretarán el régimen retributivo específico.

Según los cálculos de la CNMC en nuevo régimen específico de FIP para las renovables supondrá un descenso de aproximadamente 1.700 M€ en la retribución regulada percibida por el conjunto de las instalaciones a las que es de aplicación, aunque que el impacto variará considerablemente entre tecnologías y tipos de instalaciones, fundamentalmente en función de la estandarización realizada y del volumen de los ingresos regulados ya percibidos. Las instalaciones más antiguas sufrirán una fuerte reducción o incluso pierden la retribución específica, pasando a percibir sólo el precio de mercado. En términos absolutos, la generación eólica concentra algo más de la tercera parte del ajuste global (su retribución se reduciría en torno a unos 600 M€), siguiéndole la tecnología fotovoltaica (menos de 400 M€), en tanto que la solar termoeléctrica, cogeneración, tratamiento de residuos e hidráulica perderían entre 150 y 200 M€ cada una.¹⁸

1.3. La influencia de la normativa de la UE sobre el régimen español de incentivos

De conformidad con el artículo 194TFUE, la política energética de la UE tiene como objetivo fomentar el desarrollo de formas de energía nuevas y re-

¹⁸ Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre esta propuesta de Orden, de 3 de abril de 2014, ENER/37/2014/EE, p. 8.

novables. Dicho fomento es igualmente importante para alcanzar los objetivos medioambientales y climáticos de la Unión en el contexto de la Estrategia Europa 2020.

No obstante, en lo referente a los sistemas de incentivos al uso de energías renovables, los Estados siguen siendo competentes para su establecimiento y aplicación, eso sí respetando el marco fijado por la Directiva 2009/28/CE.¹⁹ Esta Directiva establece obligaciones de transparencia, contabilidad y programación en la adopción de los sistemas de apoyo a las energías renovables, que pueden desarrollar los Estados miembros, como ha sido el caso de España. En un futuro próximo la Comisión tiene la intención de armonizar los sistemas de incentivos al uso de energías renovables y su enfoque aparece ya en una Comunicación de 2013,²⁰ en la que se muestra proclive a eliminar progresivamente las tarifas reguladas (feed-in tariff), que blindan a los productores de energía renovable frente a las señales de precios del mercado, y avanzar hacia primas reguladas (feed-in premiums) y otros instrumentos de ayuda, como las obligaciones de cuotas, que obliguen a los productores a responder a los precios de mercado. También sugiere concebir el apoyo de manera más coherente con el régimen de comercio de derechos de emisión, a fin de garantizar un apoyo reducido cuando suben los precios del carbono en dicho régimen, como sería el caso con las primas reguladas flotantes. Por otra parte, invita a los Estados miembros a conceder esta ayuda a través de mecanismos genuinamente competitivos de asignación, como los procedimientos de licitación, que permiten revelar los costes de las diferentes tecnologías, operadores y proyectos teniendo en cuenta emplazamientos de producción específicos, así como estimular una competencia sana no solo entre distintos operadores y emplazamientos sino también entre las diferentes fuentes de energía renovables.

La Directiva no prohíbe que los Estados miembros limiten sus planes de ayuda a la producción de energías renovables generadas a escala nacional,²¹ aunque los Estados pueden utilizar el mecanismo del artículo 11 y establecer sistemas de incentivos transfronterizos, a lo que anima la Comisión.

¹⁹ Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DO L 140 de 05/06/2009, p. 16/62)

²⁰ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, *Realizar el mercado interior de la electricidad y sacar el máximo partido de la intervención pública*, C(2013) 7243 final, 5.11.2013; COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT SWD (2013) 439 final, de 5.11.2013, *European Commission guidance for the design of renewables support schemes Accompanying the document Communication from the Commission Delivering the internal market in electricity and making the most of public intervention*.

²¹ La compatibilidad de dicha limitación con las disposiciones del TFUE está siendo objeto de examen en el TJUE en los asuntos *Essent Belgium* (C-204-208/12) y *Ålands Vindkraft* (C-573/12). El abogado general Bot en la conclusiones presentadas en ambos asuntos considera los regímenes nacionales de incentivos incompatibles con el artículo 34 TFUE. Por el contrario, el Tribunal de Justicia ha entendido que el régimen de incentivos sueco restringía la libre circulación de electricidad, pero estaba justificado en la promoción de fuentes de energía renovables (sentencia de 1 de julio de 2014, *Ålands Vindkraft*, C 573/12, aún no publicada).

El nuevo enfoque de la Comisión sobre los incentivos a las energías renovables se ha plasmado ya en la adopción de las nuevas orientaciones de la Comisión sobre ayudas en materia de medio ambiente y energía para 2014-2020.²² En ellas, la Comisión indica que a partir de 2016 sólo aceptará ayudas mediante sistemas de incentivos adaptados a la lógica del mercado eléctrico, como los feed-in premiums, pero no los feed-in tariff, porque éstos últimos aíslan a los productores de renovables del mercado eléctrico y no los incentivan a competir en él vendiendo directamente su electricidad.

2. LOS LITIGIOS ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Los inversores nacionales e internacionales en energías renovables que se han considerado perjudicados por el cambio en el marco regulatorio español, ocurrido progresivamente desde el 2010, han iniciado una diversificada estrategia jurídica de defensa de sus intereses. El terreno es, sin, duda fértil para la proliferación de litigios de todo tipo, ya que la estrategia legislativa del Estado español respecto a los incentivos a las energías renovables productoras de electricidad ha sido nefasta y generadora de un intenso riesgo regulatorio. Se han ido sucediendo cambios legislativos conforme se ha ido detectando que los incentivos del régimen especial producían un sobrecoste para el sistema, generando déficit tarifario en el sistema eléctrico, y un rendimiento extra para los propietarios de instalaciones, como las solares fotovoltaicas y termosolares, cuyos incentivos se calcularon cuando sus tecnologías eran mucho menos competitivas.

Los inversores españoles no tienen, como es lógico la posibilidad de acudir al mecanismo procesal del arbitraje de inversiones y, por ello, su estrategia ha sido la de interponer recursos contencioso-administrativos contra todas las normas que han ido recortando el régimen especial de incentivos a partir del Real Decreto-ley 6/2009. A los efectos de nuestra investigación, nos hemos limitado a analizar la jurisprudencia generada hasta abril de 2014 por el Tribunal Supremo (TS) español, que es el elemento más relevante.

El TS únicamente se ha pronunciado hasta ahora sobre la legalidad de los recortes al régimen de incentivos a las energías renovables establecidos por el Real Decreto 1578/2008, el Real Decreto 1614/2010, el Real Decreto-ley 14/2010, la Ley 2/2011 y el Real Decreto-ley 1/2012. Todas estas normas introdujeron progresivamente limitaciones al generoso régimen de incentivos FIT y FIP consagrado por el Real Decreto 661/2007. Aún no hay pronunciamiento del TS sobre la supresión de este régimen especial llevada a cabo por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y confirmada por el artículo 14 de la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Esta Ley prevé la posibilidad de esta-

²² COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, *Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020*, C(2014) 2322, de 9.4.2014

blecer un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, que será excepcional y basado en el modelo FIP, pero con claras limitaciones, que ya hemos analizado.

Los pronunciamientos del TS son ya muy numerosos, destacando las STS 2320/2012, de 12 de abril, STS 4253/2012, 19 de junio, STS 4594/2012, de 26 de junio y STS 3365/2013, de 25 de junio. La jurisprudencia de la sección tercera de la Sala de lo Contencioso del TS es homogénea y su sistematización más reciente la encontramos en la STS 1/2014, de 13 de enero y en la STS 1284/2014, de 3 de abril, a cuyos razonamientos me referiré.

En primer lugar, el TS desestima la interposición de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) porque la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables *“no contiene preceptos cuya transposición por las autoridades nacionales obligue a extender más allá de 30 años la tarifa regulada ni impida una restricción sobrevenida (más bien, explicitada) respecto de las condiciones retributivas iniciales como es la que constituye objeto del litigio, una vez que —repetimos— en todo caso queda garantizada la retribución razonable de las inversiones efectuadas”*. Tampoco aprecia el TS la pertinencia de consultar por vía prejudicial al TJUE teniendo en cuenta la invocación del Tratado sobre la Carta de la Energía²³ y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados,²⁴ que forman parte del derecho de la UE. Aunque lo considera no invocable por parte de los inversores españoles, indica como hipótesis dialéctica que *[la protección de las inversiones extranjeras a la que se refiere su artículo 10 lo es contra “medidas exorbitantes o discriminatorias”, calificativos que no consideramos adecuados a la mera restricción a 30 años del período de disfrute de la tarifa regulada, en las condiciones y por los motivos ya expuestos, medida que se aplica por igual a todos los productores fotovoltaicos afectados. Mucho menos puede calificarse de “nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación”, en los términos del artículo 13 del Tratado]*.

El TS valora también la posibilidad de una cuestión prejudicial al TJUE a la luz de los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima del derecho de la UE, pero la desestima y procede directamente a zanjar esta cuestión con un razonamiento no demasiado sólido que le lleva a considerar que

²³ Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1995, páginas 14122 a 14153). Aplicación provisional desde el 17 de diciembre de 1994.

²⁴ Instrumento de ratificación, de 11 de diciembre de 1997, del Tratado de la Carta de la Energía y del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados, hechos en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1998, páginas 9088 a 9093).

los recortes al régimen especial de las renovables no menoscaban estos los principios generales. A su juicio, la disminución de las previsiones de los beneficios inicialmente calculados de las instalaciones fotovoltaicas de los recurrentes no desnaturalizan, sustancialmente, el régimen especial al que se acogen estas instalaciones, atendiendo, entre otros factores, a la sostenibilidad del propio sistema eléctrico, que justifica la introducción de dichos recortes a los incentivos para mitigar los sobrecostos del sistema eléctrico. Como recordó en la sentencia de 12 de abril de 2012 (recurso 59/2011), “[...] *el principio de rentabilidad razonable se ha de aplicar; en efecto, a la totalidad de la vida de la instalación, pero no como parece entender la parte en el sentido de que durante toda ella dicho principio garantice la producción de beneficios, sino en el sentido de que se asegure que las inversiones empleadas en la instalación obtengan, en el conjunto de la existencia de la misma, una razonable rentabilidad*”. Para el TS, los recortes al régimen de incentivos no atentan contra ese principio de rentabilidad razonable. Eso sí afirma que es necesario “*el respeto de las exigencias de estabilidad y previsibilidad del marco regulatorio energético, en aras de promover el desarrollo de las tecnologías de producción de energía eléctrica procedente de fuentes renovables, que contribuyen a generar crecimiento económico y oportunidades de empleo, para hacerlas más eficientes y competitivas, así como garantizar la seguridad de las inversiones destinadas a favorecer la extensión de las energías renovables, como se infiere de la Directiva 2009/28/CE*”.

En segundo lugar, los demandantes aducen que los recortes del régimen de incentivos infringen los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución española, porque la reducción sustancial de la tarifa regulatoria primada, como consecuencia de la limitación de horas de producción, sin compensación mediante el incremento de dicha tarifa, frustra las legítimas expectativas de ingresos que el legislador y el Gobierno español habían garantizado para atraer la inversión destinada al desarrollo de las energías renovables. El TS desestimada esta pretensión con una argumentación en la que destacan los siguientes argumentos:

- La tarifa regulada (FIT) como mecanismo incentivador de las inversiones es sólo una de las medidas de fomento auspiciadas por los poderes públicos en el marco de su política favorable a las instalaciones de renovables. Su valoración ha de hacerse de manera conjunta con las demás.
- Los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un “derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, cuando ellos mismos han optado por no acudir al mercado (posibilidad que siempre les queda abierta) para beneficiarse de un sistema público de fijación de aquéllas. La eliminación del riesgo empresarial tiene que tener como contrapartida la posibilidad de alteración de las medidas

administrativas ante cambios de las circunstancias ulteriores. Los agentes u operadores privados que renuncian al mercado dice el TS que *“sabían o debían saber que dicho marco regulatorio, de carácter público, aprobado en un determinado momento, del mismo modo que era coherente con las condiciones del escenario económico entonces vigente y con las previsiones de demanda eléctrica realizadas entonces, no podía ulteriormente ser ajeno a las modificaciones relevantes de los datos económicos de base, ante las cuales es lógica la reacción de los poderes públicos para acompararlo a las nuevas circunstancias. Si éstas implican ajustes en otros muchos sectores productivos, con obvias dificultades para su actividad, no resulta irrazonable que aquéllos se extiendan también al sector de las energías renovables que quiera seguir percibiendo las tarifas reguladas en vez de acudir a los mecanismos de mercado (contratación bilateral y venta en el mercado organizado). Y ello tanto más ante situaciones de crisis económica generalizada y, en el caso de la energía eléctrica, ante el crecimiento del déficit tarifario que, en una cierta parte, deriva del impacto que sobre el cálculo de los peajes de acceso tiene la retribución de aquéllas por la vía de la tarifa regulada, en cuanto coste imputable al sistema eléctrico”*.

- El régimen de incentivos descansa en una serie de presupuestos implícitos que cualquier operador del mercado diligente no podía desconocer. Uno de ellos era que *“las medidas de fomento no pueden considerarse perpetuas o ilimitadas en el tiempo (...) No es razonable pensar que el Real Decreto 661/2007 garantizase la percepción de la tarifa regulada durante un periodo infinito, esto es, sin límite temporal alguno”*. Cuando hablaba de la prima en el periodo posterior a los 25 años podía entenderse que aludía implícitamente al periodo de vida útil de una instalación.
- El régimen de incentivos obedecía a una determinada estimación de objetivos de potencia eléctrica derivada de fuentes renovables.

Expuestos estos argumentos, el TS indica que el valor de la “seguridad jurídica” no es oponible sin más a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta, por más que desde otras perspectivas, como la de la protección de las inversiones sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas. Este tribunal entiende que la concepción de la seguridad jurídica, enunciada en el artículo 9.3 de la Constitución, como freno a las modificaciones normativas *“es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables, que, precisamente por su novedad, requiere de ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a la evolución de las circunstancias económicas generales, sino en atención a las propias características de la actividad. La evolución de la “curva de aprendizaje” y la progresiva “madurez” del sector fotovoltaico, como presupuestos*

que revelan una cierta indefinición inicial, han de tener una respuesta “paralela” en el tiempo de los poderes públicos, cuyas medidas iniciales podrán ser revisadas y modificadas al mismo ritmo de la evolución de aquél. La seguridad jurídica protege relaciones de este orden bajo el principio *rebus sic stantibus* pero, insistimos, no puede contraponerse como argumento invalidatorio frente a cambios relevantes en la base de las situaciones subyacentes, como en este caso ha ocurrido a la vista de la evolución de los acontecimientos”. En este sentido, subraya el TS que la evolución tecnológica y económica del sector puede llevar una revisión del régimen de incentivos²⁵ y no puede oponerse a ello el valor de la “seguridad jurídica”, de manera que “el Gobierno que fija inicialmente los estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad (pues son en definitiva los consumidores quienes los satisfacen) puede posteriormente, ante las nuevas circunstancias, establecer ajustes o correcciones de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones “finales””.

La invocación del principio de confianza legítima es rechazada también por el TS indicando que la limitación de la tarifa regulada o, en general, del régimen retributivo inicial con que había sido favorecido el conjunto del sector de energías renovables era previsible a la vista del curso de las ulteriores circunstancias, especialmente las económicas y técnicas, sobrevenidas después del año 2007. La necesidad de la introducción de ciertos cambios en el marco regulatorio era razonable para “mitigar los sobrecostes del sistema”.

En tercer lugar, otro argumento invocado para solicitar la anulación de los recortes al sistema de incentivos era la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución. El TS lo rechaza señalando que el cambio de actitud del Gobierno, al modificar el régimen económico aplicable a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, no persigue un objetivo involutivo contradictorio con el interés general. A su juicio, estas modificaciones pretendían de evitar los efectos perjudiciales para la sostenibilidad del sistema de producción de energía eléctrica, derivados de decisiones anteriores, que han contribuido a incrementar el déficit tarifario, y tratan de distribuir equita-

²⁵ En palabras del TS “Por referirnos tan sólo a uno de los factores relevantes, una tarifa regulada que se calcula en el año 2007 sobre la base de que buena parte de las instalaciones fotovoltaicas tienen una determinada ratio de producción (derivada de una configuración técnica sin seguimiento solar) y, en consecuencia, un vertido al sistema de cierto número de kilowatios, podrá ser atemperada ulteriormente por el titular de la potestad reglamentaria (o tarifaria) si la muy rápida evolución de la tecnología fotovoltaica propicia, en los años siguientes, la implantación —o el cambio de los ya instalados— de sistemas con seguimiento solar a uno o a dos ejes, cuya consecuencia práctica inmediata es que aumenta en porcentajes muy significativos el número de horas de aprovechamiento de radiación solar y, por lo tanto, la producción vertida a la red cuyo exceso de coste es asumido por el conjunto de consumidores de electricidad”.

tivamente los efectos de la crisis económica, que incide en las expectativas de negocio del sector energético, entre los productores del régimen ordinario y del régimen especial.

Por último, los demandantes consideraban que los recortes del sistema de incentivos vulneraban el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, ya que dichos recortes modificaban la cuantía de la prima fijada en el Real Decreto 661/2007, y, en consecuencia, afectaban a situaciones jurídicas completamente definidas con anterioridad. *El TS rechaza este argumento recurriendo al concepto de “retroactividad prohibida”, según el cual “no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso. A partir de esta premisa, una medida normativa cuya eficacia se proyecta no “hacia atrás” en el tiempo sino “pro futuro”, a partir de su aprobación, no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida”*. Para el supremo órgano jurisdiccional, los recortes a las renovables, especialmente, la eliminación de la tarifa regulada de la energía fotovoltaica, más allá del periodo inicial de 30 años, es una medida que producirá efectos en ese momento futuro y mientras tanto los titulares de estas instalaciones siguen disfrutando de su incentivo FIT, la tarifa regulada. Según el TS, *“la retroactividad se produciría si la nueva norma obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años”*.

En conclusión, cabe señalar que la jurisprudencia del TS ha considerado justificados los recortes a los incentivos a la generación eléctrica a partir de energías renovables, considerando que no vulneran los principios constitucionales de irretroactividad, seguridad jurídica y confianza legítima. Entiende que son necesarios para atajar el déficit de tarifa y garantizar la sostenibilidad económica del sistema eléctrico y lógicos a tenor de la evolución de las tecnologías renovables que han ganado competitividad rápidamente, por lo que no hay una actuación arbitraria de las autoridades españolas.

La cuestión que se plantea ahora es si esta jurisprudencia del TS servirá también para justificar no ya el recorte, sino la eliminación del sistema de incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables establecida por el Real Decreto-ley 9/2013 y plenamente confirmada por Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, cuyo artículo 14.7 establece las bases de un nuevo sistema de incentivos (prima sobre el precio de mercado para garantizar rentabilidad razonable). Este nuevo sistema deroga al anterior y se aplicará a todas las instalaciones desde el 14 de julio de 2013, fecha de entrada

en vigor del Real Decreto-ley 9/2013. El Consejo de Estado en su dictamen a la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico considera que la jurisprudencia del TS es extrapolable a la nueva reglamentación, pese a subrayar que *“esta reforma tiene un calado muy superior a las anteriores modificaciones del sistema retributivo del régimen especial, habida cuenta de que el anteproyecto conlleva la desaparición de éste en cuanto tal, con la posibilidad excepcional de sustituirlo por un régimen retributivo específico basado en parámetros diferentes”*.²⁶ La seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima no resultarían violadas por este nuevo sistema, ya que se mantiene un sistema excepcional de incentivos con prima complementaria al precio de mercado para garantizar la rentabilidad razonable de las instalaciones de energías renovables, eso sí mucho menos generoso que el anterior, y los operadores económicos podían anticipar la desaparición del anterior sistema de incentivos por la evolución del sistema eléctrico español en los últimos años en el contexto de la crisis económica. Para el Consejo de Estado, el nuevo régimen no choca con el principio de retroactividad, porque carece de vocación retroactiva, al no estar llamado a determinar la retribución pasada de las instalaciones existentes, sino la que puedan percibir las instalaciones, existentes o nuevas, desde el 14 de julio de 2013. No obstante, el Consejo de Estado llama la atención sobre el modelo de cálculo de la retribución específica basado en datos estándar de ingresos por venta de energía, costes de explotación y valor de la inversión inicial, porque, en función de cómo se aplicasen a una instalación existente, podría suponer la toma en consideración de hechos pretéritos, aunque fuera para el abono de retribuciones futuras.

3. LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN INICIADOS CONTRA ESPAÑA

La jurisprudencia del TS ha justificado y no ha cuestionado la legalidad de los sucesivos recortes aplicados al sistema de incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables. Por ello, los inversores extranjeros en este sector no han visto posibilidades reales de proteger sus inversiones u obtener reparaciones económicas acudiendo a los tribunales españoles. La impugnación de los referidos recortes a través de su posible incompatibilidad con el derecho de la UE también ha sido intentada, pero sin éxito, ante los tribunales españoles, habiendo rechazado el TS, como hemos indicado antes, la pertinencia de plantear una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE.

Ante esta situación, los inversores extranjeros en energía solar fotovoltaica y en energía solar termoeléctrica han recurrido a la vía del arbitraje internacional de inversiones contra el Estado español, invocando el Tratado sobre la Carta de la Energía de 17 de diciembre de 1994, entrado en vigor en abril de 1998 (TCE,

²⁶ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de ley del sector eléctrico, Documento CE-D-2013-937, de 12/9/2013.

en adelante)²⁷. Por tanto, el instrumento de base para los arbitrajes es un tratado multilateral que protege las inversiones en el ámbito de la energía y no APRIs de España con los países de origen de los inversores.

España es parte contratante del TCE, junto con la UE y sus demás Estados miembros, todas las repúblicas de la ex-Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, los otros países europeos de la OCDE, Japón y Australia. El objetivo de este tratado multilateral es establecer y mejorar el marco jurídico para la cooperación en los asuntos energéticos fijados por la Carta de la Energía de 1991. Las disposiciones fundamentales de este tratado son las destinadas a la protección de las inversiones extranjeras, que se encuentran en la Parte III, artículos 10-17. En ellas, los Estados contratantes, siguiendo el modelo bien desarrollado de los APPRIs en la década de los noventa, confieren a los inversores extranjeros en actividades relacionadas con el ámbito de la energía una amplia cobertura de sus derechos e intereses mediante las normas habituales en el derecho internacional de la inversiones extranjeras, a saber: el principio de la nación más favorecida, el principio del trato nacional, el principio del trato justo y equitativo, y la prohibición de las expropiaciones sin justa indemnización.

En el caso de los recortes del Estado español a la generación de electricidad mediante energías renovables, las disposiciones sustantivas más relevantes, a nuestro juicio y teniendo en cuenta que los arbitrajes son confidenciales,²⁸ son la obligación de trato justo y equitativo a los inversores extranjeros²⁹ y la prohibición de las expropiaciones y de las medidas de efecto equivalente a las expropiaciones, salvo que concurren determinadas circunstancias, tal como se indica en el artículo 13 del TCE.

Para garantizar una interpretación y aplicación justa, coherente y predecible de sus disposiciones sobre protección de las inversiones extranjeras, el TCE cuenta con un sistema de solución de controversias bastante desarrollado, que se encuentra regulado en el artículo 26. Las controversias a las que resulta aplicable este mecanismo son las que se susciten entre *“una Parte Contratante y un inversor de otra Parte Contratante respecto al supuesto incumplimiento por parte de aquélla de una obligación derivada de la Parte III relativa a una inversión de éste en el territorio de la primera”* (art. 26.1). La primera etapa del procedimien-

²⁷ Una abundante información sobre este Tratado y su aplicación puede verse en la web de la Secretaría de la Carta de la Energía <http://www.encharter.org/index.php?id=7>.

²⁸ La información sobre los arbitrajes basados en el Tratado de la Carta de la Energía es difícil de obtener, porque la Secretaría de la Carta de la Energía no interviene en ellos y, como son confidenciales, los Estados no tienen obligación de informar a la Secretaría del contenido y evolución de estas controversias.

²⁹ Artículo 10.1: *“De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. (...)”*.

to de solución es siempre la negociación, que se extenderá como mínimo por un plazo de tres meses, desde la fecha en la que cualquiera de las partes en conflicto hubiera solicitado una solución amigable. Transcurrido sin acuerdo dicho plazo, el inversor afectado podrá optar por someter la controversia para su solución: ante los tribunales ordinarios o administrativos de la Parte Contratante implicada en la controversia, a un procedimiento de solución de controversias previamente acordado, o bien someterla a un arbitraje internacional.

La opción del arbitraje es la más favorable para los inversores extranjeros y es la utilizada en el caso español de los recortes de los incentivos al uso de energías renovables. Ya hemos indicado que el sometimiento de la controversia por los inversores extranjeros ante los tribunales españoles tiene muy pocas posibilidades de éxito a tenor de la jurisprudencia del TS. Cuando el inversor extranjero opta por el arbitraje, el apartado 4 del artículo 26 TCE le reconoce la posibilidad de elegir entre:

- El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en caso de que tanto la Parte Contratante del Inversor como la Parte Contratante en litigio sean Parte en el Convenio CIADI. También puede el inversor extranjero elegir el CIADI, de acuerdo con la normas por las que se rige el Mecanismo Adicional de Aplicación de Procedimientos por la Secretaría del Centro (en adelante denominadas “Normas sobre el Mecanismo Adicional”), en caso de que o la Parte Contratante del Inversor o la Parte Contratante en litigio, pero no ambas, sean Parte en el Convenio CIADI.
- Un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad hoc establecidos en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI” o “UNCITRAL”, en inglés).
- Un procedimiento de arbitraje por parte del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

El arbitraje es obligatorio para los Estados parte en el TCE, según establece el artículo 26.3, aunque los Estados incluidos en el Anexo 1D, entre los que se encuentra España, no dan su consentimiento incondicional al arbitraje si el inversor extranjero ha recurrido previamente a los tribunales nacionales o a otro medio de solución de controversias.³⁰

El apartado 7 del artículo 26 establece que *“cualquier inversor que no sea persona física, que tenga la nacionalidad de una Parte Contratante que sea parte en la controversia en la fecha del consentimiento por escrito mencionado en el apartado 4) y que, antes de que se plantee una controversia entre éste y*

³⁰ La lista actualizada de estos países del Anexo 1D está disponible en <http://www.encharter.org/index.php?id=323&L=0LC#c992>

dicha Parte Contratante, esté controlado por inversores de otra Parte Contratante, será tratado, a los efectos de la letra b) del apartado 2) del artículo 25 del Convenio del CIADI, como “ciudadano nacional de otro Estado Contratante”, y como “ciudadano de otro Estado” para los fines del apartado 6 del artículo 1 de las Normas del Mecanismo Adicional”. Permite a las filiales extranjeras de empresas españolas instar los arbitrajes contra el Estado español, igual que los inversores completamente extranjeros. El apartado 8 del artículo 26 establece que los laudos arbitrales, que pueden incluir laudos de intereses, serán firmes y vinculantes para las partes en litigio y deberán ser ejecutados sin demora adoptando las partes las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento en su territorio. Estos laudos arbitrales son ejecutables de conformidad con el Convenio de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras de Arbitraje, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958.

En el asunto que nos ocupa, los inversores extranjeros afectados por los recortes a los incentivos de las energías renovables han activado hasta ahora diez procedimientos arbitrales contra España, que son los siguientes:³¹

- a) *PV Investors c. España*, introducido en noviembre de 2011 por 16 fondos de inversión y compañías energéticas con inversiones en el sector fotovoltaico español, con un total de 270 Mgw. de capacidad instalada.³² El asunto está pendiente y en marzo de 2013 se adoptó una decisión de bifurcación. El foro elegido por los inversores es un arbitraje ad hoc según las reglas de UNCITRAL y el tribunal arbitral está formado por Gabrielle Kaufmann-Kohler (Presidente), Charles Brower y Bernardo Sepúlveda-Amor. Según las informaciones de la prensa, estos productores reclaman una cantidad que puede aproximarse a los 600 millones.³³
- b) Tres arbitrajes ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, suscitados por inversores propietarios de instalaciones de

³¹ Estos arbitrajes son confidenciales, por lo que sólo disponemos de información indirecta sobre ellos. Su existencia se recoge en la web de la Secretaría de la Carta de la Energía (<http://www.encharter.org/index.php?id=213&L=0#PV>), pero los datos adicionales los hemos recabado por la prensa y acudiendo a las páginas especializadas ITA (<http://ita.law.uvic.ca>) and Oxford University Press (OUP) Investment Claims (www.investmentclaims.com).

También es destacable la amplia cobertura mediática de estos arbitrajes, incluso en la prensa generalista, véanse las extensas informaciones contenidas en el diario El País de 8 de diciembre de 2013 (Ofensiva contra España por las renovables) o El País de 27 de diciembre de 2013 (El fondo de pensiones de Canadá demanda a España por las renovables) o El País de 13 de febrero de 2014 (El emirato de Abu Dabi demanda a España por los recortes en las renovables). También en el eldiario.es de 13 de febrero de 2014 (España acumula ocho denuncias internacionales por los recortes millonarios a las renovables).

³² Los inversores son los siguientes: AES, Solar, Ampere Equity Fund, Element Power, Eoxis Energy, European Energy, Foresight Group, GreenPower Partners, GWMLux Energía Solar, HgCapital, Hudson Clean Energy, Impax Asset Management, KGAL GmbH & Co., NIBC Infrastructure Partners, Scan Energy and White Owl Capital. Su defensa corre a cargo del despacho Allen & Overy (J. Gill QC & J. Sullivan) y la defensa del estado español ha sido encomendada a Herbert Smith Freehills (E. Soler Tappa & C. Leathley).

³³ El Confidencial, de 18 de marzo de 2013, <http://www.elconfidencial.com>.

energía solar termoeléctrica. Se trata del asunto iniciado por las empresas holandesa y luxemburguesa a través de las cuales los empresarios Luis Delso y José Gomis controlan la sociedad española Isolux Corsán, en concreto el asunto *Charanne (the Netherlands) and Construction Investments (Luxembourg) c. España*, presentado en 2013 y cuyo tribunal arbitral está formado por Alexis Mourre, como presidente, Guido Tawil y Claus von Wobeser y el caso sigue pendiente, habiéndose adoptado una decisión sobre bifurcación el 16 de mayo de 2013. Según Investment Arbitration Reporter, la cuantía solicitada por estos dos inversores es inferior a 20 millones de euros.³⁴ El siguiente caso es el presentado por la filial holandesa de la compañía española Isolux Corsán con participación del fondo de pensiones de los funcionarios de Canadá, se trata del asunto *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. c. España*, en 2013 con tribunal formado por Yves Derains, Guido S. Tawil y Claus von Wobeser.³⁵ Por último, tenemos el asunto iniciado por la filial luxemburguesa de la sociedad española Abengoa *CSP Equity Investment S.à.r.l. c. España*, registrado en junio de 2013 y sin información pública sobre la composición del tribunal.³⁶ La indemnización solicitada por estos inversores de energía termosolar, según Global Arbitration Review, se eleva a 60 millones de euros.

- c) Seis arbitrajes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) por propietarios de instalaciones termosolares. El primer caso es el iniciado por el fondo de inversión vinculado al banco alemán Deutsche Bank *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. España* (Caso CIADI n.º ARB/13/30), asunto registrado el 22 de noviembre de 2013, con Robert Volterra como árbitro designado por los reclamantes y Pedro Nikken por España, y sin información sobre la cuantía de la indemnización solicitada. En segundo lugar, está el asunto iniciado por el fondo de inversión ligado al banco francés BNP *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l and Antin Energia Termosolar B.V. c. España* (Caso CIADI n.º ARB/13/31), asunto registrado el 22 de noviembre de 2013. Estos productores de energía termosolar han designado como árbitro a Francisco Orrego Vicuña y España a Christopher Thomas. No hay información disponible sobre la cuantía de la indemnización solicitada. En tercer lugar, el fondo de inversión británico Eiser interpuso el asun-

³⁴ La defensa de los inversores es realizada por Bird & Bird, and Shearman & Sterling, y la de España por Herbert Smith Freehills.

³⁵ La defensa de los inversores es realizada por Bird & Bird y la de España por la Abogacía General del Estado y la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

³⁶ La defensa de los inversores, según Global Arbitration Review es realizada por Cuatrecasas Gonçalves Pereira y la de España por la Abogacía General del Estado y la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

to *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à.r.l c. España* (Caso CIADI n.º ARB/13/36), registrado el 23 de diciembre de 2013, en el que sólo ha sido designado como árbitro por los reclamantes Stanimir Alexandrov y por España Campbell McLachlan, no conociéndose la cuantía de la indemnización solicitada. En cuarto lugar, tenemos el asunto iniciado por la filial del fondo de inversión (Mubadala Development Company) del Emirato de Abu Dabi *Masdar Solar & Wind Cooperatief UA c. España* (Caso CIADI n.º ABR/14/01), registrado el 11 de febrero de 2014 y sin información ni sobre la composición del tribunal ni sobre la cuantía de la indemnización solicitada.³⁷

En quinto lugar, la empresa líder de renovables en Estados Unidos ha interpuesto una reclamación contra España el 23 de mayo de 2014 (*Next Era Energy Global Holdings B.V. c. España*, Casc CIADI n.º ARB 14/11). Por último, un fondo de inversión británico ha iniciado contra España el 3 de junio de 2014 el asunto *Infra Red Environmental Infrastructure G.P. Limited and others c. España* (Caso CIADI n.º ARB 14/12)³⁸.

Con estos diez arbitrajes pendientes, España se ha convertido en el Estado parte en el TCE contra el que más reclamaciones han presentado los inversores. Incluso en el CIADI, donde sólo había hecho frente a 2 arbitrajes,³⁹ España ha pasado a ser uno de los países más demandados, después de Venezuela, Argentina, Egipto, Hungría y Perú y al mismo nivel que Turkmenistán y Uzbekistán. Aunque no es posible precisar con exactitud el montante reclamado a España en los diez arbitrajes por los propietarios de instalaciones solares fotovoltaicas y solares termoeléctricas, la cuantía se eleva a miles de millones de euros. Según las últimas cifras disponibles,⁴⁰ se han iniciado desde 1998, fecha de entrada en vigor del TEC, 56 arbitrajes, destacando el gran número de ellos iniciados en 2013, donde se activaron 16 casos, 6 de los cuales han sido reclamaciones contra España por los recortes en los incentivos a las energías renovables. Por lo que respecta al desarrollo de los arbitrajes, hay 27 pendientes, 6 casos de arreglo entre las partes y 17 laudos arbitrales pronunciados, de los que 4 consideraron que el tribunal arbitral carecía de competencia y entre los que resolvieron sobre el fondo del asunto hubo 5 de ellos en los que se fija-

³⁷ En los cuatro arbitrajes ante el CIADI, la defensa de los inversores es asumida por Allen & Overy y la de España por la Abogacía General del Estado y la Dirección del Servicio Jurídico del Estado..

³⁸ En el caso CIADI n.º ARB 14/11 la defensa del inversor es asumida por el despacho británico Skadlen, Arps, Slate, Meagher & Flom y en el Caso n.º ARB 14/11 por el despacho español Cuatrecass, siendo defendido España por la Abogacía General del Estado.

³⁹ El asunto iniciado por el argentino Emilio Agustín Maffezzini c. España (Caso CIADI n.º ARB/97/7, laudo de 9.11.200), en el que España fue condenada a pagar 350.000 euros; y el asunto instado por la empresa constructora venezolana Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. y IGB18 Las Rozas, S.L. c. España (Caso CIADI n.º ARB/12/17, aún pendiente), que reclama a España 25 millones de euros.

⁴⁰ ECT Secretary General Urban Rusnák, "ECT Investment arbitration: Facts, Problems and Proposals", in the Conference 20 Years of the Energy Charter Treaty, 7 March 2014.

ron indemnizaciones por parte de los Estados a los inversores, que han ido desde el 27'7% hasta el 9'9% de lo reclamado.⁴¹

El número de arbitrajes iniciados contra España, su cuantía y la significativa controversia jurídica en la que tienen su base, exige un análisis detallado de las posiciones jurídicas que los inversores y el Estado español pueden defender.

4. LEGALIDAD DE LOS RECORTES DEL SISTEMA ESPAÑOL DE INCENTIVOS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Los arbitrajes de inversión contra los recortes al sistema español de incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables no cuentan con precedentes directos sobre los que hilvanar una posible solución. En este sentido, el asunto *PV Investor c. España* puede dar lugar a un laudo pionero, ya que resolvería por vez primera una controversia sobre la aplicación de un tratado multilateral (el TCE) a una medida nacional que revoca beneficios económicos concedidos a inversores en el sector de las energías renovables.⁴² Es decir, se trataría del primer caso de retirada de medidas feed-in tariff y feed-in premiums cuya compatibilidad con el derecho internacional de las inversiones extranjeras sería resuelta por un tribunal arbitral.

Hay que tener en cuenta que este tipo de incentivos públicos a las inversiones en energías renovables para generar energía eléctrica de manera menos contaminante no han sido únicamente utilizados por España, sino que ha habido en la década pasada un uso muy extendido de este tipo de medidas, tanto entre países de la UE (Alemania, Italia, República Checa, Francia, Eslovaquia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Países Bajos o el Reino Unido),⁴³ como en Estados terceros

⁴¹ Véase el siguiente cuadro basado en los datos de Urban Rusnák, loc. cit.

Asuntos TEC	Reclamación	Laudo	Ratio
<i>Nykomb v. Latvia</i>	7.097.680 Lats	1.600.000 Lats	22.5%
<i>Petrobart v. Kyrgyzstan</i>	4.084.652 USD	1.130.859 USD	27.7%
<i>Kardassopoulos v. Georgia</i>	350 millones USD	90.25 millones USD	25.8%
<i>Remington v. Ukraine</i>	36 millones USD	4.5 millones USD	12.5%
<i>Ascom v. Kazakhstan</i>	5.000.000 millones USD	506 millones USD	9,9%

⁴² Véase el artículo de NATHANSON, R. A., "The Revocation of Clean-Energy Investment Economic-Support System as Indirect Expropriation Post-Nykomb: A Spanish Casa Analysis", *Iowa Law Review*, Vol. 98, 2013, pp. 863 y ss.

⁴³ Véanse los análisis de COMMISSION STAFF WORKING, European Commission guidance for the design of renewables support schemes Accompanying the document Communication from the Commission Delivering the internal market in electricity and making the most of public intervention, DOCUMENT SWD (2013) 439 final, de 5.11.2013; M. RAGWITZ, J. WINKLER, C. KLESSMANN, G. RESCH, Recent developments of feed-in systems in the EU. A research paper for the International

(India, China o Canadá).⁴⁴ La mejora de las tecnologías renovables ha generado un proceso inverso de reducción de los distintos tipos de incentivos públicos a la generación eléctrica a partir de este tipo de energías renovables. El ejemplo de España es paradigmático en este sentido, pero medidas similares han sido adoptadas por la República Checa (7 arbitrajes pendientes en el CIADI basados en el TEC) o Italia (1 arbitraje pendiente en el CIADI basado en la TEC) y aconsejadas por la misma UE, como ya hemos analizado.⁴⁵ Son previsibles, sin duda, más arbitrajes de inversiones en este ámbito en un futuro próximo.

Dejando de lado posibles cuestiones procesales que pudieran suscitar los diez arbitrajes contra España, las normas sustantivas del TEC con respecto a las cuales hay que analizar la legalidad de los recortes/eliminación del sistema de incentivos a las energías renovables son:

- Artículo 13 del TCE, que prohíbe las medidas de efecto equivalente (MEE) a la expropiación.⁴⁶

Feed-In Cooperation, Enero de 2012, disponibles en www.feed-in-cooperation.org; y especialmente A. HELD, M. RAGWITZ, M. GEPHART, E. DE VISSER, C. KLESSMANN, Design features of support schemes for renewable electricity, 2014.

⁴⁴ A. BOUTE, “The Potential Contribution of International Investment Protection Law To Combat Climate Change”, 27 *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 27, 2009, pp. 333 y ss.; B. S. GENTRY y JENNIFER J. R., “International Investment Agreements and Investments in Renewable Energy”, in AA. VV., *From Barriers to Opportunities: Renewable Energy Issues in Law and Policy*, Yale 2007, available at http://environment.research.yale.edu/documents/downloads/0-9/11-03-Gentry_Ronk.pdf.

⁴⁵ Sobre estas controversias, véase V. JHA, *Trends in Investor Claims Over Feed-in Tariffs for Renewable Energy*, IISD, 19 de Julio de 2012.

⁴⁶ El tenor literal del artículo 13 del TCE es el siguiente: “1) *Las inversiones de los inversores de una Parte Contratante en el territorio de otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto equivalente a la nacionalización o a la expropiación (a las cuales se aludirá en lo sucesivo como “expropiación”), excepto si dicha expropiación se lleva a cabo:*

- a) *por un motivo de interés público;*
- b) *de manera no discriminatoria;*
- c) *con arreglo al debido procedimiento legal; y*
- d) *mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.*

El importe de la indemnización equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que el anuncio de la expropiación o de la intención de llevar a cabo la expropiación hubiese afectado al valor de la inversión (en lo sucesivo denominado “fecha de valoración”).

Este justo valor de mercado se expresará, a elección del inversor, en una divisa libremente convertible, basándose en el tipo de cambio existente en el mercado para esta divisa en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses según un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado, desde la fecha de la expropiación hasta la del pago.

2) Con arreglo a la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, el inversor afectado tendrá derecho a que un tribunal u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte, revise con prontitud su caso, el pago de la indemnización y la valoración de su inversión, de acuerdo con los principios enunciados en el apartado 1).

3) En aras de una mayor claridad, se considerará un acto de expropiación la situación en la que una Parte Contratante expropie los bienes de una sociedad o empresa de su territorio en la cual hayan invertido los inversores de cualquier otra Parte Contratante, incluso cuando se haya hecho mediante una participación en el capital”.

— Artículo 10.1) del TCE, que establece el principio del trato justo y equitativo a los inversores por parte del Estado receptor de la inversión.⁴⁷

4.1. La prohibición de la expropiación indirecta

Obviamente no estamos en el caso español de los recortes a las energías renovables ante un supuesto de expropiación directa, ya que no hay una apropiación forzosa por parte del Estado español de la propiedad tangible o intangible de las instalaciones solares de los inversores extranjeros mediante actos administrativos o acción legislativa.⁴⁸

Los recortes/eliminación de los incentivos feed-in tariff y feed-in premiums, aplicados por España pueden suponer un caso de expropiación indirecta y progresiva (“creeping expropriation”) o una MEE a la expropiación, contrarios al artículo 13.1 del TCE. Sin duda, este debe ser el argumento central en el que los inversores reclamantes fundamentarán sus pretensiones indemnizatorias contra España en todos los arbitrajes iniciados.

En mi opinión, expropiación indirecta y MEE a la expropiación son conceptos equivalentes y su empleo en los APPRI y en los tratados multilaterales con disposiciones en materia de inversiones depende de la tradición de los Estados firmantes. El TCE utiliza la expresión MEE a la expropiación, pero en adelante hablaremos de expropiación directa. En cualquier caso, si hay que señalar que la prohibición de la expropiación indirecta y su diferenciación de las medidas estatales que establecen regulaciones con impacto sobre las inversiones es uno de los elementos más controvertidos del actual derecho de internacional de las inversiones extranjeras.⁴⁹ Ante la falta de concreción del concepto de expropia-

⁴⁷ El tenor literal del artículo 10.1) del TCE es el siguiente: “*De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo*”.

⁴⁸ Concepto de expropiación directa que se recoge, por ejemplo en el laudo Tecmedc c. México, párrafo 113. En la doctrina, véase por todos, I. IRURETAGOIANA AGUIRREZABALAGA, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Barcelona, 2010, pp. 225-245.

⁴⁹ Véanse los excelentes análisis realizados por la SECRETARIA DE LA CARTA DE LA ENERGÍA, *Expropriation Regime under the Energy Charter Treaty*, 2012; por la UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, Series on Issues on International Investment Agreements II, Naciones Unidas, Nueva York, 2012; y por la OCDE, “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law, *Working Papers on International Investment n.º 2004/4*, Paris, 2004. Los trabajos doctrinales son muy abundantes y cabe destacar Y. FORTIER, S. DRYMER, “Indirect expropriation in the law of international investment: I know when I see it, or caveat investor”, *ICSID Review: Foreign Investment Journal*, vol. 19, 2004, pp. 293-328; P. ISAKOFF, “Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments”, *The Global Business Law Review*, vol., 2013, pp. 189-2013; U. KRIEBAUM, “Partial expropriation”, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 8, 2007, pp. 69-84; U. KRIEBAUM, “Regulatory takings: balancing the interests of the investor and the State”, *The Journal of World Investment and Trade*, vol. 8, 2007, pp. 717-744; A. NEWCOMBE, “The boundaries of

ción indirecta y la inexistencia en los antiguos APPRI y en el TCE de criterios para facilitar su aplicación, los nuevos APPRI (el modelo estadounidense de 2012,⁵⁰ por ejemplo) o los acuerdos comerciales que incluyen disposiciones sobre inversiones empiezan a incluir en su articulado o en anexos aclaraciones para facilitar y clarificar el ámbito de aplicación de la prohibición de la expropiación indirecta. A este respecto es muy clara la posición de la UE, que se está reflejando en la negociación del nuevo acuerdo comercial con Canadá y que se establece como directriz para el futuro.⁵¹ Aunque el TCE no contiene especificaciones de

regulatory expropriation in international law”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, 2004, pp. 1-57; A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer, La Haya, 2009; Y. Nouvel, “Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux” *Revue générale du droit international public*, vol. 106, 2002, pp. 79-102; A. Reinisch, “Expropriation”, en P. MUCHLINSKI, F. ORTINO, C. SCHREUER (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 407-458.

⁵⁰ 2012 US Model BIT (<http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>)

Article 6: Expropriation and Compensation

1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (“expropriation”), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) in a non-discriminatory manner;
- (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and
- (d) in accordance with due process of law and Article 5 [Minimum Standard of Treatment](1)

through (3).

Annex B - Expropriation

The Parties confirm their shared understanding that:

1. Article 6 [Expropriation and Compensation] is intended to reflect customary international law concerning the obligation of States with respect to expropriation.

2. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment.

3. Article 6 [Expropriation and Compensation] addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation] is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.

⁵¹ COMISIÓN EUROPEA, *Protección de la inversión y solución de controversias entre inversor y Estado en los acuerdos de la UE*, Ficha informativa, Noviembre de 2013; COMISIÓN EUROPEA, *Disposiciones sobre inversión en el acuerdo de libre comercio entre la UE y Canadá (CETA)*, Ficha informativa, Noviembre de 2013.

este tipo respecto a la prohibición de la expropiación indirecta, creo que estos desarrollos deben ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar el artículo 13 TCE en los arbitrajes contra España.

La jurisprudencia arbitral sobre prohibición de la expropiación indirecta no es homogénea dada la variedad de los tribunales arbitrales. Simplificando considerablemente, podemos decir que hay dos corrientes a la hora de analizar las expropiaciones indirectas.⁵² Por una parte, la jurisprudencia arbitral más expansiva, que utiliza como único criterio para determinar si hay expropiación indirecta el del perjuicio causado a la inversión extranjera por la medida o medidas nacionales que rebajan su valor (“*sole effects doctrine*”). Por otra parte, la “*police power doctrine*”, según la cual las medidas regulatorias de los Estados no constituyen expropiación indirecta aunque incidan negativamente en los intereses de los inversores extranjeros. En el caso de los recortes a los incentivos feed-in tariff and feed-in premiums españoles, los inversores extranjeros fundamentarán sus pretensiones en la jurisprudencia *sole effects doctrine*, mientras que el Estado español se aferrará a las resoluciones arbitrales que sustentan la *police power doctrine*.

4.1.1. Sole effects doctrine: los recortes españoles a los incentivos constituyen una expropiación indirecta

La expropiación indirecta no supone la apropiación de la inversión extranjera por parte del Estado, sino una actuación de éste que sin despojar al inversor de su derecho de propiedad le genera un perjuicio económico en su inversión.⁵³ El laudo del caso *Lauder c. República Checa* afirmó que en los casos de expropiación indirecta, las conductas o actos del Estado receptor no privan directamente a los inversionistas de sus bienes o derechos, por el contrario, ello ocurre cuando las medidas gubernamentales “neutralizan efectivamente los beneficios del inversor extranjero en su calidad de propietario” y el laudo del caso *RFCC c. Marruecos* añadía que una medida estatal sólo constituirá expropiación indirecta si tiene efectos sustanciales de una cierta intensidad que reducen o hacen desaparecer los beneficios legítimamente esperados de la explotación de los derechos objeto de dicha medida hasta tal punto que hacen la propiedad de estos derechos inútil.⁵⁴

⁵² Respecto al TCE solo hay dos casos de expropiaciones que son poco relevantes para el supuesto de los recortes españoles a las energías renovables. Se trata de *Nykomb v. Letonia* (Caso SCC n° 118/2001) y *Petrobart c. Kirguizistán* (Arb. 126/2003).

⁵³ Según la UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, Series on Issues on International Investment Agreements II, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, p. 12, “*State practice, doctrine and arbitral awards, indirect expropriations are characterized by the following cumulative elements:*

(a) *An act attributable to the State;*
(b) *Interference with property rights or other protected legal interests;*
(c) *Of such degree that the relevant rights or interests lose all or most of their value or the owner is deprived of control over the investment;*
(d) *Even though the owner retains the legal title or remains in physical possession”.*

⁵⁴ *Lauder c. República Checa*, párrafo 200; *RFCC c. Marruecos*, párrafo 69.

El desarrollo jurisprudencial de la *sole effect doctrine* se produjo con los laudos arbitrales de los asuntos *Tippets*, *Biloune* y *Metalclad*. En *Metalclad c. México* se dilucidó el rechazo por las autoridades municipales mexicanas de un permiso de construcción seguido de un decreto ecológico que declaraba que el terreno en donde se ubicaba la inversión se convertía en una reserva ecológica. El tribunal arbitral, caracterizando dichos actos como una expropiación, explicó que “*expropiación bajo el TLCAN incluye no solo las tomas (takings) de propiedad flagrantes, deliberadas y reconocidas, como lo es el embargo directo o transferencia formal y obligatoria de titularidad a favor del Estado anfitrión, sino también las interferencias furtivas o incidentales con el uso de activos que tiene como efecto la privación al propietario, en todo o en parte, del uso o goce de los beneficios económicos razonablemente esperados de los bienes, aún si no es necesariamente en beneficio evidente del Estado anfitrión*”.⁵⁵ La confirmación de esta doctrina es clara en laudos posteriores como *CME c. República Checa* en el que se afirma que “*de facto expropriations or indirect expropriations, i.e. measures that do not involve an overt taking but that effectively neutralize the benefit of the property of the foreign owner, are subject to expropriation claims. This is undisputed under international law*”.⁵⁶ Esta expropiación indirecta puede producirse de forma gradual o creciente (denominada *creeping expropriation* o expropiación progresiva) o puede manifestarse a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos (se denomina expropiación de facto).

Según la *sole effect doctrine*, la determinación de la existencia de expropiación indirecta depende únicamente del grado de interferencia de la medida con los derechos de propiedad del inversor, no siendo relevantes los objetivos de interés general perseguidos por el Estado con su medida. Por consiguiente, es necesario analizar el impacto económico de la medida, es decir, su interferencia con las expectativas razonables del inversor y su duración.⁵⁷ En cualquier caso, el impacto económico debe ser sustancial para que exista expropiación indirecta y sea exigible compensación por parte del inversor extranjero al Estado, por lo que la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aunque sus ganancias disminuyan. Para medir la severidad del impacto de la medida sobre la inversión varios tribunales arbitrales se remiten al test aplicado en el asunto *Pope Talbot*.⁵⁸

⁵⁵ *Metalclad c. México* (Caso CIADI n.º ARB/(AF)/97/1), laudo del 2 de septiembre de 2000, párrafo 103.

⁵⁶ *CME c. República Checa* (UNCITRAL), párrafo 606.

⁵⁷ *LG&E Energy c. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/02/1), Decisión sobre responsabilidad de 3 de octubre de 2006, párrafo 190.

⁵⁸ *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, laudo de 26 de junio de 2000, párrafo 100, disponible online en <http://italaw.com>, según el cual, “(...) the Investor remains in control of the Investment, it directs the day-to-day operations of the Investment, and no officers or employees of the Investment have been

Vamos a aplicar ahora esta jurisprudencia arbitral de la *sole effect doctrine* al caso de los recortes españoles a los incentivos *feed-in tariff* y *feed-in in premiums*, para valorar los argumentos que los inversores extranjeros han podido invocar contra España en los diez arbitrajes pendientes. Los inversores extranjeros propietarios de instalaciones solares fotovoltaicas y termoeléctricas habrán invocado, sin duda, que las medidas adoptadas por España desde 2009 a 2013, de recortes primero y eliminación después de los incentivos al uso de estas tecnologías para la generación de electricidad constituyen una expropiación indirecta. El impacto económico de los recortes/eliminación del sistema de incentivos sobre sus inversiones en España es notable, dado que las cuantías de las tarifas reguladas era elevado y el periodo de aplicación previsto legalmente en el Real Decreto 661/2007 era extenso (25 años más periodo indeterminado posterior), de manera que en 2013 las primas a todas las energías renovables ascendieron hasta 9.400 millones de euros. Sin duda, cada inversor extranjero habrá presentado un informe pericial con la valoración económica de los incentivos dejados de percibir desde 2009 a 2013 y con las pérdidas que le genere la eliminación completa del régimen de incentivos por aplicación del Real-decreto Ley 9/2013 y por la Ley 24/2013.

Desde mi punto de vista, creo que estos incentivos dejados de percibir no cumplen con los requisitos establecidos por esta jurisprudencia arbitral para considerar que se trata de una expropiación indirecta contraria al artículo 13 TCE y que requiere compensación por parte del Estado español.⁵⁹ El impacto económico de los recortes/eliminación del sistema de incentivos no es tan sustancial y severo como los que se produjeron en los asuntos que dieron lugar a los arbitrajes referidos. Los inversores extranjeros en instalaciones fotovoltaicas y termoeléctricas en España no han perdido, como consecuencia de las medidas legislativas del Estado español, el control sobre la gestión de sus inversiones y no se ha producido ninguna injerencia de las autoridades españolas, en el sentido de la jurisprudencia *Pope & Talbot*. Es más, estos inversores pueden seguir produciendo electricidad y venderla en el mercado, como los productores del régimen ordinario, obteniendo, en su caso, beneficios y pueden, también cambiar sus estrategias empresariales dentro del marco regulatorio español.⁶⁰ Las medi-

detained by virtue of the Regime. Canada does not supervise the work of the officers or employees of the Investment, does not take any of the proceeds of company sales (apart from taxation), does not interfere with management or shareholders' activities, does not prevent the Investment from paying dividends to its shareholders, does not interfere with the appointment of directors or management and does not take any other actions ousting the Investor from full ownership and control of the Investment".

⁵⁹ Una opinión contraria mantiene NATHANSON, R. A., "The Revocation of Clean-Energy Investment Economic-Support System as Indirect Expropriation Post-Nykomb: A Spanish Casa Analysis", *Iowa Law Review*, Vol. 98, 2013, pp. 899-901.

⁶⁰ Resoluciones arbitrales que rechazan la existencia de expropiaciones indirectas en estos casos son, entre otras, las siguientes: *CMS c. Argentina* (Caso CIADI ARB/01/8), laudo de 12 de mayo de 2005, párrafo 263; *LG&E c. Argentina* (Caso CIADI ARB/02/1), Decisión sobre responsabilidad de 3 de octubre de 2006, párrafo 188; *Sempre Energy International c. Argentina* (Caso CIADI ARB/02/13)

das legislativas españolas sólo han disminuido primero y eliminado después los incentivos feed-in tariff y feed-in premiums establecidos inicialmente para favorecer el desarrollo de la generación eléctrica mediante energías renovables. No se causa un perjuicio a los inversores extranjeros, sino que se les limita primero y elimina después un privilegio/beneficio establecido legalmente. En todo caso, su inversión se mantiene operativa y puede generar beneficios en un contexto de fuerte evolución tecnológica en el ámbito de las energías solares y con la perspectiva de una salida de la crisis económica, que ha disminuido en España el consumo de energía eléctrica. Las medidas del Gobierno español sí que limitan y disminuyen las ganancias y rendimientos de estas inversiones extranjeras, que ya no están aseguradas *ex lege*.

Otro argumento en favor de los inversores extranjeros para justificar la existencia de un impacto sustancial de las medidas del Gobierno español en sus inversiones es el relativo a la frustración de sus legítimas expectativas de mantener el régimen de incentivos durante un periodo de 25 años y otro periodo posterior, fijados por el Real Decreto 661/2007. En este caso estamos ante unas expectativas legítimas generadas por disposiciones legislativas del Estado español, que tuvieron un efecto de captación de gran número de inversiones extranjeras. Este argumento no es determinante para justificar una expropiación indirecta, ya que varios pronunciamientos arbitrales han considerado que los inversores siempre están expuestos a los riesgos comerciales habituales de un mercado y no pueden los APPRI eliminar dichos riesgos.⁶¹

4.1.2. Police power doctrine: los recortes a los incentivos constituyen una medida regulatoria justificada

El impacto económico sustancial de la medida estatal en la inversión extranjera como criterio para determinar la existencia de expropiación indirecta, presenta limitaciones importantes: la indeterminación del nivel de la intensidad del impacto, la falta de consideración del interés público del Estado, la posibilidad de que cualquier medida estatal de intervención en la economía con incidencia sobre las inversiones extranjeras pueda ser considerada expropiación indirecta.⁶² Estos motivos generaron críticas de los Estados, de la doctrina y la aparición en las resoluciones de los arbitrajes de inversiones de la “*police power doctrine*”

laudo de 28 de Septiembre de 2007, párrafo 284; *Enron Corporation And Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina* (Caso CIADI ARB/01/3), laudo de 22 de mayo de 2007, párrafo 245; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentina* (Caso CIADI ARB/03/17), laudo de 30 de julio de 2010, párrafo 129.

⁶¹ *Waste Management c. México*, Laudo final de 30 de abril de 2004, párrafo 159; *Continental Casualty c. Argentina*, Laudo de 5 de septiembre de 2008, párrafo 258; *Methanex c. USA*, Laudo final de 3 de agosto de 2005, Parte IV, Capítulo D, párrafo 9.

⁶² S. H. NIKIEMA, *Best Practices: Indirect Expropriation*, *International Institute for Sustainable Development*, marzo de 2012, p. 15.

como criterio para establecer la existencia de expropiación indirecta y para diferenciar este concepto de las medidas regulatorias estatales.

Las resoluciones que siguen esta “*police power doctrine*” tienen en cuenta el objetivo que la medida estatal persigue y no su impacto sobre los derechos de los inversores. De esta manera diferencian entre reglamentaciones nacionales legítimas, que pueden afectar a las inversiones extranjeras, pero que nunca generan la obligación de indemnizar, y medidas constitutivas de expropiaciones indirectas, que sí obligan a los Estado a compensar los daños generados a los inversores. El primer tipo de medidas tiene su origen en la soberanía del Estado y, más concretamente, en una de sus manifestaciones que es el derecho a regular la economía nacional con objeto de proteger intereses esenciales como el medioambiente o la salud pública. En este sentido, el tribunal arbitral afirmó en el asunto *Tecmed c. México* que “*es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna*”.⁶³

Entre las resoluciones que establecen y siguen esta doctrina, mencionaré, en primer lugar, el laudo *Feldman c. México* en el que se afirma que “*los gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público más amplio a través de la protección del medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares. Ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización, y cabe afirmar con certeza que el derecho internacional consuetudinario reconoce esta circunstancia*”.⁶⁴ Esta línea es afirmada por el laudo del arbitraje TLCAN en el asunto *Methanex c. Estados Unidos*,⁶⁵ según el cual en el seno del Derecho internacional general, un reglamento no discriminatorio para un fin público, promulgado de conformidad con el debido procedimiento, que afecta, entre otros agentes, a un inversor extranjero o a una inversión, no se considera expropiatorio ni compensable a menos que el gobierno legislador haya asumido compromisos específicos con el inversor extranjero putativo de que el gobierno se apartaría de tal reglamento. Este tribunal arbitral consideró que la prohibición de usar un aditivo en las gasolinas, contenida en una ley californiana, era una medida regulatoria válida porque pretendía proteger la salud pública y el medio ambiente y no se generaba una expropiación indirecta indemnizable en favor de la compañía canadiense Methanex.

⁶³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México* (Caso CIADI n° ARB/00/2), laudo de 29 de mayo de 2003, párrafo 119.

⁶⁴ *Feldman c. Mexico*, (Caso CIADI n.° ARB(AF)/99/1), laudo de 16 de diciembre de 2002, párrafo 103.

⁶⁵ *Methanex c. Estados Unidos de América* (arbitraje TLCAN mediante reglas UNCITRAL) laudo de 3 de Agosto de 2005, parte IV, Capítulo D, párrafo 7.

La jurisprudencia Methanex fue confirmada posteriormente por el laudo en el asunto *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, en el que se afirma que en el Derecho internacional se prevé que los Estados no están obligados a pagar una compensación a un inversor extranjero cuando, en el ejercicio habitual de su potestad normativa, adopten de buena fe reglamentos no discriminatorios destinados a velar por el bienestar general. Además, se añade que “*the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are ‘commonly accepted as within the police power of States’ forms part of customary international law today*”.⁶⁶ En el asunto *Chemtura c. Canada* un inversor consideraba expropiación indirecta la prohibición canadiense de los pesticidas que utilizasen como materia activa el lindano por sus perniciosos efectos medioambientales. El tribunal arbitral hizo una formulación muy clara de esta doctrina de los poderes de policía del Estado, señalando que “[*The relevant State agency*] took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State’s police powers and, as a result, does not constitute an expropriation”.⁶⁷ En la aplicación de esta doctrina de los poderes de policía del Estado algunos tribunales arbitrales han recurrido al principio de proporcionalidad, haciendo un análisis de las medidas regulatorias nacionales en función de su necesidad para proteger el interés social en cuestión y generando el menor quebranto a las inversiones extranjeras.⁶⁸

La aplicación de esta doctrina de los poderes de policía del Estado a los recortes/eliminación de los incentivos a las energías renovables en España es de sumo interés para la defensa de la posición del Estado español. En efecto, la aprobación de los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables fue un ejercicio del poder de reglamentación de la economía que tiene España como Estado soberano, con el objetivo de mejorar la protección del medio ambiente y reducir la dependencia energética de combustibles fósiles importados. Cuando se estableció esta política de incentivos, la situación económica y la evolución tecnológica de las energías renovables la aconsejaban y muchos Estados de la UE y países terceros adoptaron incentivos similares.

A partir de 2010 España varía su política regulatoria por la llegada de la crisis económica, que provoca un descenso del consumo eléctrico que, unido a

⁶⁶ *Saluka c. Republica Checa*, (UNCITRAL) laudo parcial de 17 de marzo de 2006, párrafos 255 y 262.

⁶⁷ *Chemtura v. Canada* (TLCAN-UNCITRAL), Laudo de 2 de agosto de 2010, párrafo 266. Véase el análisis de J. VIÑUALES Y F. PÉREZ AZANR, “La distribución del riesgo regulatorio ambiental en el derecho de las inversiones internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, pp. 169 y ss.

⁶⁸ *Tecmed v. México*, párrafo 57; y *LG&E c. Argentina*, párrafo 195.

la mejora de la productividad de las energías renovables, da lugar a un aumento galopante del déficit tarifario del sistema eléctrico español, siendo uno de los elementos generadores de dicho déficit el pago de los incentivos feed-in tariff y feed-in premiums.⁶⁹ El objetivo de interés general perseguido por el Estado español con la adopción de las medidas que recortaron y posteriormente eliminaron estos incentivos era la búsqueda del equilibrio financiero del sistema eléctrico español. En mi opinión, se trata de un objetivo que encaja en lo que los tribunales arbitrales denominan poderes de policía del Estado (*police power doctrine*), ya que el aumento del déficit provoca un incremento del precio que pagan los consumidores de electricidad y que era pernicioso para la economía española. Este objetivo se justifica, además, por el contexto de situación de profunda crisis económica vivida por España entre 2010 y 2013, que no permitía al Estado acumular más déficit tarifario en el sistema eléctrico (26.000 millones de euros en 2013) ni repercutir los costes sobre los consumidores de electricidad por ser uno de los países de la UE con precios más elevados.⁷⁰ Otro factor que aconsejaba los recortes y eliminación de los incentivos era la evolución tecnológica de las energías renovables, que se habían vuelto más competitivas y que disfrutaban de un sistema de primas mediante tarifas reguladas que era cada vez más ventajoso.

Con semejante contexto, la reducción y posterior eliminación de los incentivos a la generación de electricidad mediante energías renovables y, en particular, a partir de energía solar fotovoltaica y termoeléctrica es una medida estatal pro-

⁶⁹ Los incentivos a la producción eléctrica a partir de fuentes de energía renovables se han incluido en los denominados costes de acceso a la red, por lo que tienen un impacto directo en la fijación de los peajes de acceso y, en función del tipo de consumidor, en el precio pagado por la electricidad. Cabe señalar que el coste de las primas del régimen especial ha representado el 43,8% de los costes de acceso del ejercicio 2012, habiendo registrado un incremento medio anual del 101% desde 1998 a 2012. Las primas del régimen especial han alcanzado casi los 9.400 millones de euros en 2013, lo que representa alrededor del 45% de los costes de acceso previstos para el ejercicio. Véase el siguiente cuadro con la cuantía de las primas a las tecnologías renovables, expresadas en miles de millones de euros:

<2003 (estimado)	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013 (estimado)	Acumulado 2003-2013
>2000*	1.017	1.209	1.054	1.394	2.522	3.338	6.214	7.067	6.985	8.639	9.400*	>50.000

Datos extraídos del Informe sobre la propuesta de Real Decreto por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, de 17 de diciembre de 2013 http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Home/novedades/energia/2014/20140115_Informe%20porp%20rd%20renovables.pdf

⁷⁰ La Exposición de motivos de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico afirma lo siguiente: *“Pese a que los peajes crecieron un ciento veintidós por ciento entre 2004 y 2012, situando el precio de la electricidad en nuestro país muy por encima de la media de la Unión Europea, eran insuficientes para cubrir los costes del sistema. Esta situación de desequilibrio ha llegado al punto de que la deuda acumulada del sistema eléctrico supere en el momento actual los veintiséis mil millones de euros, el déficit estructural del sistema alcanzase los diez mil millones anuales y la no corrección del desequilibrio introdujera un riesgo de quiebra del sistema eléctrico”*.

porcionada y razonable, que los tribunales arbitrales pueden considerar válida y no como una expropiación indirecta con derecho a indemnización en favor de los inversores extranjeros. Tampoco parece que el Estado español pudiera adoptar medidas alternativas menos restrictivas de los derechos de los inversores extranjeros para poder conseguir el objetivo del equilibrio financiero del sistema eléctrico.

Esta idea se ve reforzada por la evolución que se está produciendo a nivel de la UE y en muchos países terceros respecto a estos sistemas de incentivos al uso de energías renovables. La Comisión de la UE en una reciente Comunicación⁷¹ aboga por una reducción y cambio en los sistemas de incentivos a la utilización de energías renovables y, desde el punto de vista de las normas de la UE sobre las ayudas de Estado, la Comisión sólo aceptará a partir de 2016 regímenes de ayudas feed-in premiums, como complemento a los precios de mercado, que es la situación a la que se debe llegar en un futuro próximo, esto es, venta de la electricidad procedente de energías renovables competitivas a precios de mercado y sin ayudas.⁷²

Finalmente, considero que jugará en favor de las tesis del Estado español el proceso de afirmación progresiva de esta doctrina de los poderes de policía del Estado y del derecho a regular la economía con objeto de proteger intereses sociales relevantes. Este fenómeno se aprecia en el nuevo modelo de APPRI estadounidense de 2012, por ejemplo, y en los APPRIs de otros Estados, así como en las intenciones y negociaciones en curso de la UE, en las que se define con más precisión el concepto de expropiación indirecta y se reafirma el poder regulador de los Estados.⁷³ En este sentido, se indica que los futuros acuerdos de la UE

⁷¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, Realizar el mercado interior de la electricidad y sacar el máximo partido de la intervención pública, C(2013) 7243 final, 5.11.2013, p. 6 señala que “La mayoría de los regímenes de ayuda aplicables en la actualidad se concibieron cuando las tecnologías renovables estaban en sus albores y representaban cuotas de mercado insignificantes. Conforme evoluciona el mercado interior de la electricidad en particular, maduran las tecnologías de las energías renovables y aumentan sus índices de penetración, los regímenes de apoyo deben adaptarse a ese contexto cambiante, con vistas a impulsar las próximas generaciones de energías renovables con mejor rendimiento y a contener los costes que representan dichos regímenes para los consumidores de energía”.

⁷² Ver COMMUNICATION FROM THE COMMISSION, *Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020*, C(2014) 2322, de 9.4.2014, punto 3.3.1.

⁷³ Hay dos casos recientes que han generado gran atención pública y mucha preocupación entre los Estados sobre las consecuencias que el derecho de las inversiones extranjeras puede tener sobre su poder regulador. Se trata de los asuntos aún pendientes *Vattenfall c. Alemania* (Caso CIADI ARB/12/12); *Philip Morris c. Uruguay* (Caso CIADI ARB/10/7) y *Philip Morris vs. Australia* (UNCITRAL). La empresa de energía sueca Vattenfall ha presentado una demanda contra el Gobierno de Alemania en virtud del TEC como consecuencia de la decisión de 2011 para agilizar significativamente la eliminación progresiva de la generación de energía nuclear. Por su parte, la empresa estadounidense Philip Morris ha presentado una demanda contra el Gobierno de Australia por su decisión de prohibir los nombres de marcas en las cajetillas de tabaco (la denominada medida «paquete genérico») por motivos de salud pública; y otra demanda contra Uruguay por la medida estatal que restringe la publicidad y las menciones obligatorias en las cajetillas de tabaco.

comprenderán un conjunto pormenorizado de disposiciones que servirán de guía para que los árbitros sepan cómo decidir si una medida del gobierno constituye o no una expropiación indirecta. La Comisión afirma, también, que, en particular, cuando el Estado vela por el interés público de forma no discriminatoria, el derecho del Estado a regular prevalecerá sobre la repercusión económica que tales medidas tienen en el inversor. Estas aclaraciones garantizarán que las empresas no sean compensadas por el simple hecho de que sus ingresos hayan disminuido por las repercusiones de la legislación promulgada para conseguir un objetivo de orden público. Los acuerdos comerciales que la UE está negociando con Canadá y Singapur recogerán ya esta nueva perspectiva.⁷⁴

4.2. La aplicación del principio del trato justo y equitativo a los inversores extranjeros en energías renovables en España

El principio del trato justo y equitativo, establecido por el artículo 10.1 del TCE, ofrece otro argumento a los inversores en energías renovables contra los recortes/eliminación de los incentivos por parte de las autoridades españolas.

El artículo 10.1 TCE impone la obligación de trato justo y equitativo a los inversores sin ninguna referencia ni aclaración adicional, por lo que estamos ante una obligación muy genérica que se presta, como en la mayoría de los APPRI, a una intensa invocación por los inversores extranjeros ante cualquier circunstancia que pueda perjudicar sus inversiones y que no pueda ser rebatida con otras reglas jurídicas del derecho de inversiones (trato nacional, trato NMF, prohibición de expropiaciones, etc.). La reiterada invocación de la obligación de trato justo y equitativo y su falta de concreción en la heterogénea jurisprudencia arbitral que la aplica está llevando a muchos Estados y a la UE a incluir en los acuerdos un listado de supuestos especificando y detallando el alcance de este principio del trato justo y equitativo.⁷⁵

⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Protección de la inversión y solución de controversias entre inversor y Estado en los acuerdos de la UE*, Ficha informativa, Noviembre de 2013; COMISIÓN EUROPEA, *Disposiciones sobre inversión en el acuerdo de libre comercio entre la UE y Canadá (CETA)*, Ficha informativa, Noviembre de 2013.

⁷⁵ Sirva de ejemplo el acuerdo entre Canadá y la UE, que se está negociando y en el que se prevé introducir una definición precisa de «trato justo y equitativo» para evitar interpretaciones demasiado amplias y proporcionar orientaciones claras a los tribunales. Con arreglo al acuerdo, hay infracción de la obligación de trato justo y equitativo en los siguientes casos:

- Denegación de justicia en procedimientos administrativos, civiles o penales.
- Incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos.
- Arbitrariedad manifiesta.
- Discriminación específica por motivos claramente injustos, como el género, la raza o las creencias religiosas.
- Trato abusivo de los inversores, como la coacción, la intimidación o el acoso.
- Además, la violación del principio de confianza legítima se limita a situaciones en las que la inversión se realiza solo por una promesa de Estado que no se cumple posteriormente.

La jurisprudencia arbitral sobre aplicación del principio del trato justo y equitativo es bastante extensa y heterogénea.⁷⁶ Básicamente oscila entre los laudos que consideran un elemento esencial del trato justo y equitativo el mantenimiento de la estabilidad del marco regulatorio del Estado para no frustrar las expectativas legítimas del inversor extranjero (actitud pro inversores) y los laudos que consideran incluido en el trato justo y equitativo la protección de las expectativas de los inversores en determinadas circunstancias y teniendo en cuenta el derecho del Estado a regular su economía y a cambiar su marco regulatorio por motivos objetivos (actitud pro estatal).

Entre los laudos que consideran amparado por el principio del trato justo y equitativo la estabilidad del marco legal y comercial del Estado y las legítimas expectativas generadas a los inversores, fue pionero el laudo en el asunto *Tecmed c. México*, en cuyo párrafo 154 se afirma que el trato justo y equitativo “*a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes*”. Este mismo enfoque ha sido seguido por laudos posteriores, bastantes favorables a los intereses de los inversores extranjeros.⁷⁷

Como contraposición a los laudos precedentes, otros tribunales arbitrales han interpretado el principio del trato justo y equitativo de manera más favorable a los Estados, contraponiendo a la estabilidad regulatoria y a la protección de las expectativas legítimas de los inversores el derecho de los Estados a regular su economía por motivos de interés general y a realizar cambios regulatorios de forma no arbi-

Véase COMISIÓN EUROPEA, *Disposiciones sobre inversión en el acuerdo de libre comercio entre la UE y Canadá (CETA)*, Ficha informativa, Noviembre de 2013.

⁷⁶ Para un análisis detallado véanse los trabajos siguientes: R. DOLZER, “Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours”, *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12, 2014, pp. 7-21; OCDE, *Fair and equitable treatment standard in international investment law, Working Papers on International Investment Law*, n.º 2004/3, septiembre de 2004; C. SCHREUER, “Fair and equitable treatment in arbitral practice”, *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5, 2005, pp. 357-386; UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment. A Sequel*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, Nueva York, 2012; K. VANDEVELDE, “A unified theory of fair and equitable treatment”, *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 43, 2010, pp. 43-106.

⁷⁷ *CMS c. Argentina* (Caso CIADI n.º ARB/01/8), Laudo de 12 de mayo de 2005, párrafo 274; *Occidental c. Ecuador* (Caso LCIA n.º UN 3467), laudo final de 1 de julio de 2004, párrafo 183; *Metalclad c. Mexico* (Caso CIADI n.º ARB(AF)/97/1), párrafo 99; *LG&E c. Argentina*, párrafo 125.

traría ni discriminatoria, sin necesidad de indemnizar a los inversores por posibles pérdidas. Esta interpretación del principio del trato justo y equitativo la encontramos en el laudo *Saluka c. República Checa* (párrafo 304), que afirma lo siguiente: “[Legitimate] expectations, in order for them to be protected, must rise to the level of legitimacy and reasonableness in light of the circumstances. [...] No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor’s expectations was justified and reasonable, the host State’s legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well. [...] The determination of a breach of Article 3.1 by the Czech Republic therefore requires a weighing of the Claimant’s legitimate and reasonable expectations on the one hand and the Respondent’s legitimate regulatory interests on the other.[...]”.

Muchos laudos posteriores⁷⁸ afirman esta interpretación del principio del trato justo y equitativo, señalando que la protección de las legítimas expectativas de los inversores no puede suponer una inmunización contra el riesgo del cambio de la regulación por parte del Estado receptor de las inversiones. Por ejemplo, en *EDF c. Rumanía*⁷⁹ se afirmaba que “*The idea that legitimate expectations, and therefore FET, imply the stability of the legal and business framework, may not be correct if stated in an overly-broad and unqualified formulation. The FET might then mean the virtual freezing of the legal regulation of economic activities, in contrast with the State’s normal regulatory power and the evolutionary character of economic life. Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on a bilateral investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State’s legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable*”. Más recientemente en *Micula c. Rumanía* se dice que “*in the Tribunal’s view, the fair and equitable treatment standard does not give a right to regulatory stability per se. The state has a right to regulate, and investors must expect that the legislation will change, absent a stabilization clause or other specific assurance giving rise to a legitimate expectation of stability*”.⁸⁰

La aplicación de esta jurisprudencia sobre el trato justo y equitativo a las medidas del Estado español que recortaron y eliminaron los incentivos a las energías renovables no resulta fácil. Por una parte, los inversores pueden fundamentar claramente sus pretensiones indemnizatorias en la jurisprudencia *Tecmed*

⁷⁸ *Parkerings-Compagniet c. Lituania* (Caso CIADI n.º ARB/05/8), laudo de 11 de septiembre 2007, párrafo 344; *Duke Energy c. Ecuador* (Caso CIADI n.º ARB/04/19), laudo de 18 de agosto de 2008, párrafo 340; *AES c. Hungría* (Caso CIADI n.º ARB/02/17), laudo de 23 de septiembre de 2010, párrafos 9.3.8–9.3.12. Referente al TEC hay que mencionar el caso *Kardassopoulos c. Georgia* (Caso CIADI n.º ARB/05/18), laudo de 10 de marzo de 2010, párrafos 434–44.

⁷⁹ *EDF c. Rumanía* (Caso CIADI n.º ARB/05/13), laudo de 8 de octubre de 2009, párrafo 217.

⁸⁰ *Micula c. Rumanía* (Caso CIADI n.º ARB/05/20), laudo de 11 Diciembre de 2013, párrafo 666.

v. *México* sobre mantenimiento de la estabilidad regulatoria y protección de sus expectativas legítimas. Ciertamente, el régimen de incentivos fijado legalmente en 2004 y luego mejorado por el Real Decreto 661/2007 establecía un sistema de tarifas reguladas (feed-in tariff) y primas (feed-in premiums) a elección de los productores, que se fijaba legalmente por un periodo de 25 años y un periodo indeterminado posterior. Sobre la base de este generoso programa de incentivos establecido por ley, los inversores extranjeros invirtieron en España con un cálculo de beneficios basado en dicho marco regulatorio. Las modificaciones posteriores de dicho régimen fueron rápidas, ya que los recortes fueron progresivos desde 2009 y se eliminó el sistema de incentivos como tal en 2013. Está claro que las expectativas legítimas de estos inversores resultaron frustradas por el rápido cambio de la legislación española, con lo que pudiera existir una infracción del principio del trato justo y equitativo del artículo 10 del TCE.

Ahora bien, creo que esta argumentación de los inversores en energías renovables es rebatible sobre la base de los laudos arbitrales que mitigan la protección de las expectativas legítimas de los inversores en virtud del trato justo y equitativo con el derecho de los Estados a modificar de manera justificada su marco regulatorio y rechazan la posibilidad de que los inversores extranjeros queden inmunizados ante este riesgo. En efecto, si aplicamos la lógica de *Saluka c. República Checa* y los laudos posteriores antes referidos, España podía modificar o suprimir su legislación sobre incentivos a las energías renovables en caso de circunstancias justificadas. En este caso, la reducción y eliminación del régimen de incentivos no fue arbitraria y dirigida contra los inversores extranjeros, sino que se justificaba plenamente por la necesidad de mantener el equilibrio financiero del sistema eléctrico y de reducir el déficit tarifario, teniendo en cuenta, además, que la rentabilidad de las instalaciones de energías renovables había aumentado mucho. El sistema de tarifa regulada y primas se reguló de manera poco flexible y sin margen de maniobra para rebajar los incentivos de forma automática en caso de incremento de la rentabilidad de las energías renovables. La actuación del Estado español ciertamente ha sido mejorable o incluso manifiestamente mejorable, dada la sucesión de recortes progresivos mediante cambios legislativos continuos desde 2009 a 2013, pero no puede considerarse como arbitraria y no discriminatoria para con los inversores extranjeros, que han recibido el mismo trato que los nacionales. Incluso la eliminación de los incentivos para el periodo de 30 años durante el que estaban comprometidos legalmente encontraría amparo en la prerrogativa del Estado para modificar su marco regulatorio por motivos justificados de interés general y no supondría infracción del principio del trato justo y equitativo, teniendo en cuenta que no se revisan los incentivos ya abonados a los inversores, sino que se reducen o eliminan beneficios futuros prometidos.

* * *

Para terminar, quisiera poner de relieve el gran interés jurídico que tienen los, hasta el momento, diez arbitrajes de inversiones iniciados contra España en distintos foros por la supuesta infracción de normas del Tratado de la Carta de la Energía, generadas por las medidas legislativas del Estado español que redujeron a partir de 2010 y luego eliminaron en 2013 los cuantiosos incentivos (feed-in tariff y feed-in premiums) establecidos en 2004 y 2007. El asunto PV Investor c. España puede dar lugar al primer laudo que aborde la legalidad de la eliminación de este tipo de incentivos con las principales normas del derecho de las inversiones extranjeras, en concreto, de la prohibición de las expropiaciones indirectas y del principio del trato justo y equitativo. Por tanto, el interés jurídico de estos arbitrajes de inversiones contra España es muy elevado, al igual que puede serlo la repercusión económica de estos pronunciamientos.

La actuación del Estado español en esta materia ha sido muy errática, dando lugar a cambios continuados del marco regulatorio de los incentivos a las energías renovables, que se podían haber articulado con una técnica jurídica mucho mejor. No obstante, el análisis de la jurisprudencia arbitral existente que he realizado, me permite concluir que el Estado español puede defender su actuación ante los tribunales arbitrales de inversiones para no tener que pagar ninguna compensación a los inversores extranjeros, ni por infracción del principio del trato justo y equitativo ni tampoco por haber llevado a cabo una expropiación indirecta, contraria a las disposiciones del TCE

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. PROBLEMAS ACTUALES Y PARTICIPACIÓN ESPAÑOLA¹

ALEGRÍA BORRÁS

*Catedrática de Derecho internacional privado
Profesora Emérita de la Universidad de Barcelona
Asociada del Institut de Droit International*

1. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quiero expresar mi agradecimiento por haberme invitado a participar en esta mesa redonda en materia de Derecho internacional privado en el marco de la celebración del 75º aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Aunque los aspectos de Derecho internacional público hayan tenido siempre una mayor proyección externa, la Asesoría Jurídica Internacional siempre ha tenido como cometido propio, desde su creación, las “materias de carácter internacional, en su doble aspecto, público y privado”², refiriéndose en la actualidad, de forma genérica, al asesoramiento “en materia de Derecho internacional”³.

¹ Se ha mantenido, en la medida de lo posible, la exposición realizada en la mesa redonda relativa al Derecho internacional privado, que tuvo lugar en la Escuela Diplomática, el 26 de noviembre de 2013, presidida por Luis Fernández-Cid, durante los últimos tiempos Director General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios y en la actualidad Embajador de España en México.

² Tras su creación por Decreto de 16 de febrero de 1938 (BOE de 18 de febrero de 1938), mediante la Orden de 27 de septiembre de 1939 (BOE 30 septiembre 1939).

³ Art. 12, 3, e) del Real Decreto 342/2012, de 10 de febrero (BOE 11 de febrero de 2012), que desarrolla la estructura orgánica básica del MAEC.

El objeto de esta intervención es presentar las particularidades de las relaciones de España con la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, en la que me ha cabido el honor de representar a España desde 1987, con especial atención a la evolución en los últimos tiempos y los problemas actuales. De ahí que lo primero que deba mencionar es la particularidad de las características de las relaciones con la Conferencia de La Haya, puesto que requiere la colaboración de diversos órganos, con diversas funciones:

- En primer lugar, la Dirección General de Asuntos Consulares (ahora Dirección General de españoles en el exterior y de asuntos consulares y migratorios y, en particular, la Subdirección General de Asuntos jurídicos consulares) es el órgano de contacto con la Conferencia de La Haya.
- En segundo lugar, la Asesoría Jurídica Internacional lleva el control científico en relación a los temas tratados en la Conferencia, lo que me ha permitido conocer, tratar y discutir diversos temas con los Jefes de la Asesoría que han ocupado este cargo en estos últimos veinticinco años, pudiendo añadir que siempre ha sido un trato fluido y con excelente conocimiento de los temas tratados.
- Finalmente, debe indicarse que muchos de los temas de que se ocupa la Conferencia están estrechamente vinculados al Ministerio de Justicia que, también es Autoridad Central en algunos Convenios de La Haya, aunque también haya casos en que la Autoridad Central se encuentre en otros Ministerios.

Se trata, por tanto, de pasar revista a la evolución de la Conferencia de La Haya, de acuerdo con mi experiencia y mis consideraciones en el momento actual, teniendo en cuenta la muy activa participación que España siempre ha tenido en la actividad de la Conferencia desde su creación.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

2.1. El nacimiento de la Conferencia de La Haya

Aunque no sea objeto de esta intervención un examen de la historia de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, dada la constante participación española, merecen subrayarse algunos detalles de su evolución desde 1893 en que tuvo lugar la primera reunión. En efecto, fue en 1891 cuando el jurista holandés Tobias M.C. Asser propuso a su Gobierno que convocara la reunión de una Conferencia dedicada a la codificación internacional de los conflictos de leyes, una iniciativa bien acogida por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores de Holanda Gijsbert Van Tienhoven, que envió una Memoria a varios Gobiernos europeos con el proyecto de programa para la Conferencia que, finalmente, se reunió en La Haya el 12 de septiembre de 1893, con participación de

13 Estados continentales europeos, entre ellos España⁴. El éxito de la primera reunión animó a otras Conferencias posteriores, debiendo destacarse, por una parte, que en la de 1904 (la cuarta⁵) ya participó Japón y, por otra parte, que algunos de los Convenios elaborados en esta etapa tuvieron bastante éxito⁶.

Menos fructíferas fueron las Conferencias celebradas en el periodo entre las dos guerras. Cabe destacar que el Reino Unido participó en la quinta Conferencia, celebrada en 1925 y con asistencia de 22 Estados, si bien se retiró antes de acabar los trabajos. No obstante, participó en la sexta Conferencia en 1928, asumiendo un papel más activo.

2.2. El Estatuto de la Conferencia y la creación de la Oficina Permanente

Pese a que los resultados conseguidos en el periodo comprendido entre las dos guerras no puedan ser calificados de excelentes, se convocó en 1951 la séptima reunión de la Conferencia de Derecho internacional privado, a la que asistieron representantes de la República Federal de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y un observador de Yugoslavia. Dejando al margen los textos de Derecho internacional privado que se aprobaron en esta reunión, lo que interesa destacar desde la perspectiva en que ahora nos encontramos es que se aprobó el Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado el 31 de octubre de 1951, entrado en vigor en 15 de julio de 1955⁷ y en el que destaca la creación de una Oficina Permanente (*Bureau Permanent/Permanent Bureau*)⁸, como órgano que da continuidad a los trabajos entre las Sesiones, y el establecimiento de la periodicidad de las Sesiones diplo-

⁴ La delegación española estuvo formada por W.R. de Villa Urrutia, Ministro residente de España en La Haya y Presidente de honor de la Conferencia, Bienvenido Oliver y Esteller, Miembro de la Real Academia de Historia y Subdirector general en el Ministerio de Justicia y Manuel Torres Bernárdez, Catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Granada. Todos los datos relativos a la participación española en las diversas reuniones de la Conferencia pueden encontrarse en A. Borrás-C. Bas-C. Pellisé, “Cien años de participación de España en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, en el número monográfico de la Revista Española de Derecho Internacional con motivo del primer centenario de la Conferencia de La Haya, 1993.1, pp. 149 ss.

⁵ La delegación española en este caso se limita a R. Mitjana, encargado de asuntos de España en La Haya, que no interviene en ninguna Comisión y únicamente consta una intervención en la Sesión plenaria de clausura.

⁶ Pueden citarse, en particular, por haber sido España Estado firmante, el Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 sobre tutela de menores (Gaceta de Madrid de 1º de junio de 1905) y el Convenio de procedimiento civil de 17 de julio de 1905 (Gaceta de Madrid de 30 de abril de 1911 y corrección de errores en Gaceta de Madrid de 4 de junio de 1911).

⁷ Publicado en España en el BOE de 12 abril 1956.

⁸ A. respecto, G. Droz - M. Pelichet - A. Dyer, “La Conférence de La Haya de droit international privé vingt-cinq ans après la création de son bureau permanent”, Recueil des Cours, tomo 168 (1980-III), pp. 213 ss.

máticas, que tendrían lugar cada cuatro años. A partir de ese momento ya no se trata de la reunión de diversas Conferencias, sino que se trata de reuniones de una Organización internacional que se llama “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”. Se abre así una nueva etapa que, desde la perspectiva española en general y desde la perspectiva de la Asesoría Jurídica Internacional en particular, resulta especialmente interesante.

En efecto, José M.^a Trias de Bes y Giró, Catedrático de Derecho internacional público y privado de la Universidad de Barcelona, fue el primer jefe de la Asesoría Jurídica Internacional desde su creación en 1938 y fue también representante de España en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en la trascendental 7.^a Sesión en la que, como se acaba de indicar, se adoptó el Estatuto de la Conferencia. En aquella ocasión, el jefe de la delegación española y Vicepresidente de la Sesión fue José Fernández Villaverde, Marqués de Santa Cruz y, además de Trias de Bes, formaban la delegación española Federico de Castro y Bravo, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Madrid y Manuel Viturro, entonces Consejero en la Embajada de España. José M.^a Trias de Bes, que seguía siendo Jefe de la Asesoría Jurídica, participó también en la 8.^a Sesión diplomática, celebrada en 1956, y en la 9.^a Sesión Diplomática, que tuvo lugar en 1960⁹.

Esta etapa, que se inicia con la aprobación del Estatuto de la Conferencia en 1951, se extiende hasta la reforma del propio Estatuto en 2005, con pocos cambios en el funcionamiento, como se refleja en las *Actes et documents* de las diferentes sesiones. El hecho de que se trabajara en cada Sesión en cuatro o cinco temas, obligaba a enviar delegaciones amplias ya que las reuniones eran simultáneas. Por otra parte, las delegaciones españolas siempre han incluido diplomáticos, catedráticos, magistrados o altos cargos del Ministerio de Justicia, dependiendo de los temas y las circunstancias. Si se me permite recordar a algunos ilustres internacionalistas españoles que participaron en la Conferencia de La Haya, mencionaría a Juan Antonio Carrillo Salcedo, Julio D. González Campos, Elisa Pérez Vera y Miguel de Angulo, que ya participaron en la XII Sesión (1972), José M.^a Espinar, que participó en la XIV Sesión (1980). En mi caso, tuve el honor de acompañar a Julio D. González Campos en la reunión de la Comisión Especial que preparaba un Convenio en materia de ley aplicable a las sucesiones, que se adoptó en la XVI Sesión (1988). Aún recuerdo mi primer día en La Haya, el 5 de abril de 1987¹⁰, cuando tuve el honor de conocer a una serie de ilustres profesores a los que sólo conocía por sus obras. Puedo citar a Alfred

⁹ En este caso la delegación española, además del Duque de Baena y José M.^a Trias de Bes, incluía a José Manuel Castro-Rial Canosa, Manuel de Villegas y de Urzáiz y M. Baselga Mantecón.

¹⁰ Sobre el trabajo en la Conferencia de La Haya desde 1987, el documentado y afectuoso trabajo de H. van Loon, “Allegro sostenuto con brio”, or: Alegria Borrás’ twenty-five years of dedicated work at the Hague Conference”, Entre Bruselas y La Haya. Liber Amicorum Alegría Borrás (J. Forner - C. González - R. Viñas, coords.), Madrid, 2013, pp. 575 ss.

von Overbeck, Paul Lagarde¹¹, Allain Philip, David Hayton, Antonio Boggiano, Donovan Waters, Eugene Scoles, Johannes Voulgaris, Ferenz Madl, luego presidente de Hungría, José Luis Siqueiros o Isabel de Magalhaes Collaço, juntamente con otros que éramos entonces los “jóvenes” profesores y delegados, como David McClean, Jeffrey Talpis, Spyros Vrellis, Paolo Picone, Fausto Pocar o Teun Struycken, después presidente de la Comisión de Estado neerlandesa para el D^o internacional privado. Además, para el tema que entonces tratábamos, la ley aplicable a las sucesiones, fue importante la participación de la Unión Internacional del Notariado Latino, con la presencia de Vicente Simó Santonja, notario de Valencia, y la Sra. de Jong, notario de Harlem, como observadores y, en la delegación francesa, de Mariel Revillard, experta notarial y directora del CRIDON de Lyon en aquel momento. Desgraciadamente, este Convenio no ha tenido el éxito que su calidad hubiera hecho prever y sólo ha sido ratificado por Holanda¹², aunque ha tenido notable influencia en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones¹³.

Para concluir esta etapa cabe decir que a ella pertenecen los tres Convenios de La Haya que están en vigor en mayor número de Estados:

- El Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, con 106 Estados contratantes y con el mérito añadido de haber podido ser utilizado en relación a la apostilla electrónica sin necesidad de introducir modificación alguna¹⁴.
- El Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, con 91 Estados contratantes y cuyo informe explicativo, redactado por la Prof. Elisa Pérez Vera, sigue todavía siendo ampliamente citado por los tribunales¹⁵.

¹¹ Excelente conocedor, además, de la historia de la Conferencia y la evolución en su modo de actuar ya que antes de ser Catedrático de la Universidad de París y representante de Francia en la Conferencia, había sido secretario de redacción en la Conferencia de La Haya.

¹² Sobre la aplicación en este país, D. van Iterson, “Pay Bas.— Successions.— Convention de La Haye du 1er août 1989. Mise en application (Note)”, R. critique, 1997, pp. 136 ss y A. Borrás, “La ratificación por Holanda del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte”, REDI, 1996, pp. 362 ss.

¹³ DO L 201, de 27 de julio de 2012. En la bibliografía, M. Alvarez, La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo reglamento de la UE, Madrid, 2013, en particular pp. 93 ss; J.M. Fontanellas, La professio iuris sucesoria, Madrid, 2010.

¹⁴ Borrás, A., “VI Foro internacional sobre el programa piloto de apostillas electrónicas (e-app) celebrado en Madrid, 29-30 de junio de 2010”, Revista Española de Derecho Internacional, 2010, 1, pp. 335-338. Borrás, A., “Commemoración del 50.º aniversario del Convenio apostilla (París, 4-5 de octubre de 2011)”, Revista Española de Derecho Internacional, 2012.1, pp. 252-254 y Borrás, A., “Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1961 sobre supresión de la legalización (6 a 9 de noviembre de 2012)”, Revista Española de Derecho internacional, 2013.1, pp. 290-296. También, Borrás, A., “De la exigencia de legalización a la libre circulación de documentos”, El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público (Direc. Maria Font i Mas), Barcelona, Bosch Editor, 2014, pp. 27 ss.

¹⁵ Para citar sólo dos sentencias importantes y recientes, la Sentencia de 15 de enero de 2014 de la Supreme Court del Reino Unido, In the matter of LC (Children), In the matter of LC (Children) (No

- El Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, del que son parte 93 Estados¹⁶.

2.3. La modificación del Estatuto en 2005

Diversos datos ponían de relieve que el Estatuto de 1951 no resultaba adecuado para las exigencias actuales. La ampliación de las funciones de la Oficina Permanente, a que más adelante se hará referencia, el aumento espectacular del número de Estados miembros de la Conferencia, la imposibilidad de reunir sesiones diplomáticas cada cuatro años, la necesidad de adoptar decisiones de asuntos generales y política de la Conferencia con más frecuencia, etc. son elementos que mostraban una necesidad de cambio¹⁷. A ello habría que añadir la cuestión de la “comunitarización” del Derecho internacional privado a que se hará referencia al tratar de la participación española actual.

El examen de lo acaecido en los últimos años y, en particular, del proyecto sobre sentencias (el conocido *Judgments Project*) muestran claramente cómo y porqué se gestó la reforma. La práctica había demostrado que no era viable elaborar cuatro convenios sobre diferentes materias en cada Sesión Diplomática, celebrada cada cuatro años, y con todo el trabajo que ello implica en el periodo entre las Sesiones. De ahí que ya sólo un Convenio se aprobase en cada Sesión¹⁸. En la XVII Sesión (1993) se decidió elaborar un Convenio sobre la protección de los niños y de los adultos incapaces, pero en la XVIII Sesión (1996) se adoptó únicamente el convenio sobre protección de niños, ya que no fue posible terminar las discusiones sobre la protección de adultos. No obstante, el hecho de que los trabajos estuvieran avanzados, permitió celebrar una Comisión especial de carácter diplomático en octubre de 1999 que adoptó el Convenio sobre la protección de adultos¹⁹, sin esperar a la Sesión diplomática que, en principio, debía haberse celebrado en 2000.

2, [2014] UKSC 1, en relación a la determinación de la residencia habitual de unos niños y la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2013, en el Asunto 27853/09, X. c. Letonia. En relación al retorno de una niña de Letonia a Australia.

¹⁶ La última reunión de la Comisión Especial relativa a su aplicación tuvo lugar en 2010 y, sobre ella, Borrás, A., “Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (17 a 25 de junio de 2010)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010, 1, pp. 329 ss. La próxima tendrá lugar, a más tardar, en el primer semestre de 2015.

¹⁷ Unas consideraciones sobre el proceso en su conjunto, A. Borrás, “El cambio de los tiempos en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (2001-2004)”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, tomo IV, 2004, pp. 1199 ss.

¹⁸ Así, ley aplicable a las sucesiones en 1988, adopción en 1993 (reunión que se retrasó un año para hacerla coincidir con el centenario de la primera reunión), protección de niños en 1996.

¹⁹ Piensese que, aunque el Convenio de protección de adultos tiene como fecha la de 13 de enero de 2000 se debe a que en aquel momento los Convenios de La Haya tenían la fecha de la primera firma y, en ese caso, fue la firma de Holanda en dicho día.

Varios hechos cambian la perspectiva en esos momentos. En primer lugar, la XIX Sesión, que se debía haber celebrado en 2000, se suspendió como consecuencia de una comunicación de los Estados Unidos de América que propuso su retraso, entendiendo que el proyecto sobre sentencias no resultaba aceptable. La propuesta prosperó, decidiéndose retrasar la sesión y dividirla en dos partes para darle una mayor flexibilidad. En segundo lugar, la Comisión de Asuntos generales y política de la Conferencia celebrada en 2000 decidió la preparación de un Convenio Sobre Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario y hacerlo por un procedimiento rápido e informal, siendo particularmente activa la participación del Prof. Francisco J. Garcimartín, que se incorporó para la ocasión, en la elaboración de este texto²⁰. Tras ello, su presencia ha continuado con la participación en el Grupo de trabajo sobre elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, texto no obligatorio y comentario que se aprobará seguramente en el Consejo de Asuntos Generales de 2014, una gran novedad en los trabajos de la Conferencia.

En la primera parte de la XIX Sesión, celebrada en 2001, se reelaboró el proyecto de competencia y ejecución de sentencias de 1999²¹, con un nuevo texto (*Interim text 2001*) que no satisfizo a nadie, lo que condujo a que en 2002 se abandonara la idea de un Convenio global en la materia y se decidiera elaborar un texto más modesto, sólo sobre los acuerdos de elección de foro en asuntos comerciales y la ejecución de las sentencias dictadas al amparo de tales acuerdos. No obstante, en dicha segunda parte de la Sesión diplomática, en diciembre de 2002, fue posible la adopción del Convenio sobre Valores Depositados en un Intermediario²².

Tras una reunión de un grupo reducido de expertos, en el que participó el Prof. Julio D. González Campos, en la reunión de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya de 2002 el Secretario General presentó una síntesis del Plan Estratégico de la Conferencia para responder a la ampliación del número de Estados miembros y al aumento de las funciones asumidas por la Oficina Permanente. A lo largo de las discusiones, se expresaron dudas sobre la coordinación entre los diferentes órganos de la Conferencia, los problemas financieros, las consecuencias de la universalización de la Conferencia y la participación de los Estados miembros, la necesidad de flexibilizar los métodos de trabajo, el posible ingreso de la Comunidad Europea como miembro de la Organización, etc. Todo ello condujo a que se iniciara la revisión del Estatuto.

²⁰ Sobre los trabajos y el resultado, notas de F.J. Garcimartín en REDI, 2001.1 y 2002.2.

²¹ Sobre este tema, A. Borrás, "The 1999 Hague Preliminary Draft Hague Convention on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments: agreements and disagreements" y R. Brand, "The 1999 Hague preliminary Draft Convention Text on jurisdiction and judgments: a view from the United States", en *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments. Proceedings of the Round Table held at Milan University on 15 November 2003* (Ed. F. Pocar - C. Honorati), Milán 2005.

²² Aunque, por la razón antes indicada el Convenio lleva la fecha de 5 de julio de 2006, cuando se produjeron las dos primeras firmas, la de Estados Unidos y la de Suiza.

La modificación del Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, que permitió el ingreso como miembro de pleno derecho de la Unión Europea²³, se produjo como consecuencia de la aprobación en la XX Sesión de la Conferencia (2005) de las reformas al antiguo Estatuto de 1951, como consta en las decisiones que se incluyen en el Acta de dicha Sesión²⁴. De acuerdo con el texto adoptado (art. 13), la aprobación de las reformas requería la aprobación por una mayoría de dos tercios de los 65 miembros de la Conferencia en aquel momento²⁵. La entrada en vigor se produjo el 1.º de enero de 2007 al haberse alcanzado las 44 aceptaciones necesarias en fecha 30 de septiembre de 2006, lo que también permitió que se aprobara el ingreso de la Comunidad Europea²⁶. España envió más tarde su aceptación del nuevo texto, aunque ello no tenía trascendencia práctica, pues la aprobación por dos tercios de los Estados entonces miembros significó la modificación para todos los Estados miembros de la Conferencia de La Haya en aquel momento. Y con posterioridad, todos los Estados que se han convertido en miembros de la Conferencia están obligados por el Estatuto de la Conferencia tal como resultó revisado. España quedó así obligada por el Estatuto modificado, por lo que para la publicación en el *BOE* del texto modificado sólo se requería pasar el trámite de toma de conocimiento por el Consejo de Ministros. Pero esta publicación se fue retrasando hasta 30 de marzo de 2012, fecha en que, finalmente, se publicó el Estatuto revisado en el *BOE*²⁷.

3. LOS TRABAJOS Y LOS INTERESES ACTUALES

Con la entrada en vigor del Estatuto revisado el 1.º de enero de 2007 se inicia una nueva etapa de la Conferencia de La Haya, que tiene trascendencia tanto para la propia Organización como para los Estados que participan en sus trabajos. De ahí que en esta segunda parte vaya a ocuparme de la situación actual, tanto para la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, como para España, miembro “fundador” de la Conferencia de La Haya, participante activo en sus trabajos y, además, miembro de la Unión Europea.

²³ Sobre este proceso, J.D. González Campos, *REDI*, 2005, 2, pp. 1157 ss.

²⁴ Al respecto, información de A. Borrás, en *REDI*, 2005, 1, pp. 513 ss y en *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2005, pp. 1199 ss. Piénsese que en la misma Sesión se aprobó el Convenio sobre acuerdos de elección de foro, de 30 de junio de 2005, el primer Convenio de La Haya que lleva la fecha de su adopción.

²⁵ Sobre la marcha de la aprobación, nota sobre la reunión de la entonces Comisión de Asuntos Generales de J.D. González Campos y A. Borrás en *REDI*, 2006.1, pp. 595 ss.

²⁶ Al respecto, se da cuenta de la entrada en vigor en el *Annual Report 2007/Rapport Annuel 2007*, el primero que se publicó. Sobre la nueva situación, A. Borrás, en *REDI*, 2007.1, pp. 427 ss y en *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2006, pp. 1179 ss.

²⁷ Sobre los detalles de esta publicación, A. Borrás, “La publicación en el *BOE* del Estatuto modificado de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012.2, pp. 297ss.

3.1. La situación actual de la Conferencia de La Haya

En relación a esta etapa de la Conferencia de La Haya, puede indicarse que en la antes mencionada segunda parte de la XIX Sesión (en diciembre de 2002), se decidió que se preparara una “*comprehensive convention on maintenance obligations*”. En la XXI Sesión diplomática, en 2007, se adoptó el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia y el Protocolo de la misma fecha sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias. Ello ocurría, por tanto, dos años después de que se celebrara la XX Sesión, en que, como antes se ha indicado, se aprobó tanto el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, cuando también se aprobó la reforma del Estatuto. Pero en la Sesión de 2007 no se decidió ningún tema para preparar un Convenio de forma inmediata y, en el momento actual, han transcurrido seis años y no hay todavía decidida una materia sobre la que vaya a elaborarse un Convenio.

3.1.1. Elementos estructurales

Deben considerarse algunos elementos de naturaleza formal, ya que la reforma del Estatuto de la Conferencia ha tenido importantes consecuencias, que se traducen en su funcionamiento. En efecto, en la etapa anterior (de acuerdo con el art. 3 del Estatuto entonces vigente) las Sesiones ordinarias de la Conferencia se celebraban cada cuatro años, correspondiendo a la Comisión de Estado de los Países Bajos para el Derecho internacional privado “asegurar el funcionamiento de la Conferencia” mediante una “Oficina Permanente cuyas actividades serán dirigidas por aquélla”. En las Sesiones diplomáticas, además de la Comisión o Comisiones que se ocuparan de los Convenios en preparación, se constituía una Comisión que se encargaba de examinar los temas generales de funcionamiento y de programar los trabajos futuros. En el momento de la reforma del Estatuto se tuvo en cuenta que no era posible que los asuntos generales se trataran sólo cada cuatro años y también que los Estados miembros no tenían peso suficiente en la organización del funcionamiento de la Conferencia. De ahí que en el nuevo Estatuto (art. 4) se creara el Consejo de Asuntos Generales y Política del que forman parte todos los Miembros y que “tendrá a su cargo el funcionamiento de la Conferencia”, correspondiendo a este Consejo la dirección de las actividades de la Oficina Permanente, cuyas funciones precisa el art. 6. Constituye, pues, un desplazamiento importante del centro de poder en la Conferencia.

Como otro elemento a considerar está la sustitución por jubilación del anterior Secretario General Hans Van Loon, a quien antes se ha hecho referencia. En efecto, desde 1.º de julio de 2013 es Secretario General el Dr. Christophe Bernasconi, tras un proceso que es la primera vez que se utiliza en la Conferencia de La Haya. Fue el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia

celebrado en abril de 2012 el que, a propuesta de su Presidente, aprobó un procedimiento para el nombramiento de un sucesor, estableciendo para ello un Comité de selección que representase a las diferentes partes del mundo y tomando en consideración también otros criterios²⁸, debiendo presentar al candidato a la Comisión de Estado de los Países Bajos para su nombramiento. A diferencia de otras Organizaciones, es la primera vez que en la Conferencia de La Haya se acude a un procedimiento de selección de esta naturaleza. Tras las reuniones del Comité de selección, éste presentó su propuesta, que fue aprobada en 2013 y nombrado el nuevo Secretario General, Dr. Christophe Bernasconi. Entre las actividades inmediatas tras su nombramiento merece destacarse la convocatoria de una reunión informal de los miembros, celebrada en La Haya los días 17 y 18 de septiembre de 2013, a modo de *Brainstorming* para tratar del futuro de la Conferencia de La Haya y recibir así las aportaciones de los participantes, siendo así como “lanzarse a la piscina”²⁹. Dada la naturaleza de la reunión, no se levantaron actas ni hay conclusiones y recomendaciones. Esencialmente se trató de la actividad legislativa, en cuanto el objetivo de la Conferencia, según el art. 1.º de su Estatuto, es “trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado”, pero también se trató de la actividad no legislativa y de los importantes problemas financieros.

En la reunión no se mencionó especialmente ninguna de las materias que se encuentran actualmente en el orden del día de la Conferencia, pero se dejó claro que la decisión de un tema para elaborar un Convenio se haría únicamente si se ve claramente que es práctico y necesario y que se vea claramente que el Convenio será aplicado. En este sentido, el Secretario General presentó un cuadro en el que se muestra que el 26 % de los Convenios elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya no se encuentran en vigor y, de los Convenios que se encuentran en vigor, una parte importante de ellos tiene un número muy limitado de partes. La consecuencia de ello es que ya no puede pensarse en una Sesión Diplomática cada cuatro años para aprobar un Convenio, sino que se celebrará cuando un Convenio esté preparado y reúna las condiciones que se han señalado.

Como un factor de evolución de la Conferencia se señaló su progresiva universalización, con 75 miembros, con características diversas. Por una parte, la presencia de la Unión Europea como miembro de pleno derecho de la Conferencia altera el funcionamiento de la misma y presenta problemas particulares tanto

²⁸ Del que tuve el honor de formar parte. El Comité de Selección ha quedado integrado por L. Glanville (Australia), A.P. Cachapuz de Medeiros (Brasil), K. Sabo (Canadá), R. Wagner (Alemania), S. Kodama (Japón), Y.M. Dwarika (Sudáfrica), A. Borrás (España). M. Jametti (Suiza), M. Gerona (Uruguay) y K. Loken (Estados Unidos de América). También participan el actual Presidente del Consejo de Asuntos Generales y Política, A. Leinonen, y el Presidente de la Comisión de Estado de los Países Bajos para el Derecho internacional privado P. Vlas.

²⁹ Este símil, utilizada por la que suscribe, “to jump into the pool” tuvo notable éxito y se consideró tanto más pertinente cuanto se hizo recordando que la sala donde se realizó la reunión en el Hotel Bel Air era donde anteriormente se encontraba la piscina.

en relación a la Oficina Permanente como en relación a sus Estados miembros. Por otra parte, la Conferencia, formada inicialmente por Estados continentales europeos, recibe cada vez un mayor número de miembros procedentes de culturas jurídicas cada vez más diversas. Todo ello da lugar casi a una “refundación” de la Conferencia.

Otro elemento que se consideró es el relativo al pase del sistema de votación al de consenso para la adopción de acuerdos. Tradicionalmente, los acuerdos en las Sesiones Diplomáticas y en las Comisiones Especiales se adoptaban por mayoría, con problemas crecientes al respecto que se hicieron particularmente patentes en la preparación del proyecto sobre sentencias de 1999³⁰. De ahí que en el Estatuto revisado se introdujera una norma que dice que “las Sesiones, el Consejo y las Comisiones Especiales funcionarán, en toda la medida de lo posible, sobre la base del consenso” (art. 8, apartado 2), debiendo subrayarse la utilización de los términos “en toda la medida de lo posible” (*to the furthest extent possible*). De hecho, ha significado que no ha vuelto a votarse, a pesar de que alcanzar un consenso ha significado a veces concesiones importantes, en ocasiones difícilmente comprensibles para todo el que no ha vivido la negociación, a veces por la actitud de un único Estado. El ejemplo más claro lo constituye, sin duda, la complicada red de reservas y declaraciones que contiene el Convenio de alimentos de 2007³¹. Pero a ello podrían añadirse muchos otros ejemplos en los ámbitos más diversos, como es la discusión y adopción de cada uno de los puntos de las conclusiones y recomendaciones del Consejo o de las Comisiones Especiales. De ello resulta que el sistema tiene dificultades, puesto que el consenso se parece cada vez más a la unanimidad. Como se dijo en la reunión de septiembre de 2013, falta aún una verdadera “cultura del consenso”, siendo necesario un cambio en la forma de llevar las negociaciones, sin que sea conveniente hablar de “*core members*” para la adopción de cualquier acuerdo. Constituye uno de los temas de que se hablará en el Consejo de abril de 2014.

³⁰ De ahí el interés de la publicación del Tomo II de las Actes et documents/Proceedings de la XX Sesión, que contiene los documentos de trabajo y las actas de las discusiones correspondientes al proyecto desde 1992 a junio de 2001, presentado formalmente como constituyendo la base para el Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.

³¹ A. Borrás, “Dos nuevos instrumentos en material de alimentos: el Convenio y el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007”, Anuario Español de Derecho internacional privado, tomo VII, 2007, pp. 1305-1318; Borrás, A., «La convenzione e il protocollo dell’Aja del 2007 in tema di alimenti», Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni, (a cura di M.C. Baruffi e R. Cafari Panico), Milan (CEDAM), 2009, pp. 17-50. Sobre el complicado sistema resultante, A. Borrás, “The necessary flexibility in the application of the new instruments on maintenance”, Convergence and divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr (ed. By K. Boele-Woelki - T. Einhorn - D. Girsberger - S. Symeonides), The Hague (Eleven International Publishing), 2010, pp. 173-192; A. Borrás, “Reservations, declarations and specifications: Their function in the Hague Convention on the international recovery of child support and other forms of family maintenance”, Nuovi strumenti del Diritto internazionale privato/New instruments of Private international law. Liber Fausto Pocar (edited by G. Venturini-S. Bariatti), Milano, 2009, 125-140.

Es en este contexto donde también se planteó la cuestión de la posibilidad de que no todos los miembros estén interesados en una misma materia y que para tales casos sería posible considerar que sólo aquellos que tengan interés participen en la elaboración de uno u otro texto, lo que permitiría trabajar en paralelo. Aunque la idea en principio parece atractiva, algunos de los participantes en la reunión plantearon que en tales casos también deberían participar en la negociación los no interesados, puesto que su actitud puede cambiar en el futuro. Esta participación de los no interesados tiene, sin duda, el riesgo de ejercer una influencia negativa durante las negociaciones.

3.1.2. Elementos sustanciales

Por primera vez en la historia de la Conferencia no está elaborando un Convenio: se trata de “*La Conférence de La Haye sans Convention*”³², como también es la primera vez en su historia que está elaborando un instrumento no obligatorio sobre la elección de la ley aplicable a los contratos internacionales³³. En este contexto, no es que no haya temas sobre la mesa, incluidos en el orden del día, sino que la situación que se ha dibujado no permite tomar una decisión sobre la preparación de un Convenio que sea aceptable por muchos y que tenga ciertas garantías de una rápida entrada en vigor. En efecto, ninguno de los temas que se encuentran sobre la mesa se encuentra en un estado que permita pensar siquiera que en el próximo Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia, que tendrá lugar entre los días 8 y 10 de abril de 2014 pueda adoptarse una decisión sobre un tema, teniendo en cuenta la situación en que se encuentra cada uno de ellos.

Quizás el proyecto en que está poniendo más interés la Oficina Permanente es el Proyecto sobre sentencias (*Judgments Project*). Aunque considero que continuar con este proyecto es prematuro, puesto que fueron muchos años y esfuerzos los que se gastaron sin un resultado en tiempos todavía recientes, el hecho es que en 2012 se decidió trabajar a dos niveles. En un primer nivel, un grupo de trabajo se encargó de preparar disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, incluyendo lo que se denominan *jurisdictional filters* (o reglas de competencia judicial internacional indirectas). En un segundo nivel, un grupo de expertos se ocupa de la elaboración de reglas de competencia directa, incluyendo normas en materia de litispendencia (*parallel proceedings*). En 2013 en la conclusión n.º 8 del Consejo de Asuntos Generales simplemente se dice que “continuarán las consultas entre los miembros de los Grupos en relación a las

³² A. Bucher, “La Conférence de La Haye sans Convention”, Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, 2013, pp. 277 ss. De forma más general, A. Borrás, “¿Quo Vadis, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado?”, Anuario Español de Derecho internacional privado, volumen 11 (2011), Madrid, 2012, pp. 843-856.

³³ Podría ser que en el Consejo de abril de 2014 se tomara una decisión sobre su adopción.

próximas etapas a seguir, para una nueva reunión en octubre de 2013. El Consejo espera con interés la puesta al día de las informaciones sobre los avances en este sentido”. Dichas reuniones no se celebraron y se ha considerado que es prematuro volver a reunir el grupo de expertos, por lo que solamente se reúne el Grupo de trabajo los días 24 a 28 de febrero de 2014, para tratar de presentar unos resultados al Consejo del mes de abril, para ver si se pudiera reunir una Comisión especial que empezara a preparar el Convenio, dentro de unos límites muy estrictos.

En lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de medidas civiles de protección ordenadas en el extranjero. Se trata de un tema de indudable interés práctico, por ejemplo, en el caso de medidas de alejamiento en el contexto de casos de violencia doméstica. El problema en este caso radica en si el tema está suficientemente delimitado y en la carencia de datos estadísticos. De ahí que en el Consejo de 2013 se acordase simplemente que la Oficina Permanente continuase realizando estudios preliminares, lo que ha permitido constituir un grupo de expertos que se reunirá los días 12 y 13 de febrero, para poder tomar una decisión en 2014.

Aunque el tema del acceso al contenido del Derecho extranjero y necesidad de crear un instrumento mundial en este ámbito tiene un interés indudable para muchos, incluida la Unión Europea y sus Estados miembros, la oposición de otros ha conducido a que únicamente se permita un seguimiento por parte de la Oficina Permanente, que igualmente deberá realizar un seguimiento del tema de las cuestiones de Derecho internacional privado derivadas de la sociedad de la información, incluido el comercio electrónico, la justicia electrónica y la protección de datos. También la Oficina Permanente presentará un informe en 2014 sobre las cuestiones de Derecho internacional privado relativas al estatuto de los niños, incluidas las cuestiones que surgen como consecuencia de los contratos internacionales de maternidad por sustitución, un tema muy delicado políticamente para algunos Estados.

Finalmente, diversos grupos de trabajo o grupos de expertos se han creado en temas relativos a los Convenios relativos a la protección de niños. Así, el grupo de trabajo encargado de elaborar una guía de buenas prácticas sobre la interpretación del art. 13, 1, b) del Convenio de 1980, del que forma parte el Magistrado español Javier Forcada o el grupo de expertos para estudiar el tema del reconocimiento y ejecución de los acuerdos alcanzados mediante mediación en el marco de diferencias internacionales que afecten a niños, que se reunió los días 12 a 14 de diciembre de 2013 y del que forma parte la Catedrática de la Universidad de Barcelona Cristina González Beilfuss. Vinculado a lo anterior se encuentra el denominado “Proceso de Malta”, que pretende establecer un diálogo con Estados influidos por la *Sharia* y que no han accedido al Convenio de 1980, con los inconvenientes que de ello derivan cuando un niño es desplazado a uno de

esos países. El denominado “proceso de Malta” se ocupa de esta cuestión y, en este caso, trata de la utilización de la mediación en este contexto como medida de ayuda, aunque no sea suficiente, unida al establecimiento de puntos centrales de contacto.

Se trata, por tanto, de una actividad rica y variada, pero que, por el momento, no conduce a la adopción de un Convenio.

3.1.3. Los servicios post-Convenio

En realidad, a los Convenios de La Haya, como a todos los Convenios internacionales, deben aplicarse las reglas de interpretación contenidas en el Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, pero junto a esas reglas de carácter general proliferan los instrumentos que tienden a ayudar en la correcta aplicación de los Convenios o de los instrumentos comunitarios: Guías de buenas prácticas, códigos de buena conducta, recomendaciones, etc. son una realidad actual que hay que examinar con cuidado³⁴, en relación al texto al que hacen referencia, que es el que en realidad tiene el carácter normativo. La Conferencia de La Haya pasa de ser una “fábrica de Convenios” a “Niñera de Convenios” reuniendo periódicamente Comisiones especiales sobre la aplicación de diversos Convenios, como el Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores, sobre adopción internacional o de los Convenios sobre notificaciones, obtención de pruebas y apostilla³⁵. De esas Comisiones especiales resulta, sin duda, una mejora en la aplicación de los Convenios. Me basta recordar lo que ocurrió en España tras la Comisión Especial de 1989 sobre secuestro, pues la puesta de relieve de los problemas que se estaban produciendo en nuestro país sirvió para mejorar el funcionamiento del Convenio. Pero también sirven para ver la interacción con otros Convenios y así, por ej., se vio en 2011-2012 que el Convenio de 1996 sobre protección de niños puede cumplir una función preventiva de la sustracción y hacer innecesario un Protocolo adicional al Convenio de 1980. El informe y las conclusiones y recomendaciones de las Comisiones especiales son un instrumento para mejorar la aplicación de los respectivos instrumentos.

Pero hay otros instrumentos que pretenden alcanzar al mismo objetivo y cabe preguntarse si tal proliferación no puede resultar, al final, negativa. Si tomamos el ejemplo del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, nos encontramos con que hay diversas guías de buenas prácticas³⁶, a las

³⁴ Al respecto, el trabajo de F. Osman, “Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, 3, pp. 509 ss, y, más recientemente, C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003. 4, pp. 599 ss.

³⁵ De todas ellas se ha dado puntual cuenta en la *Revista Española de Derecho internacional*.

³⁶ El n.º 1 sobre la práctica de las autoridades centrales, el n.º 2 sobre las medidas de ejecución, el n.º 3 sobre medidas preventivas y el n.º 4 sobre ejecución.

que hay que añadir los principios generales y la guía de buenas prácticas sobre contacto transfronterizo relativo a los niños, la red internacional de jueces de La Haya, el Boletín de los jueces sobre la protección internacional del niño, el IN-CADAT, el INCASTAD y *ichild*. Si examinamos, en particular, el Convenio de 1993 en materia de adopción, vemos que ha sido una de las principales razones para la creación en 2007 del Centro de Estudios judiciales y asistencia técnica, que busca dar soluciones y formación, en particular en relación a este Convenio, por ej., con su programa en Camboya o con Haití. En relación al Convenio sobre apostilla, nos encontramos con el ABC de las apostillas o la “Guía breve sobre la puesta en práctica “del convenio. ¿Es buena tal proliferación? ¿Cuál es la relación entre una guía práctica y el informe explicativo? Y, en el fondo ¿cómo utilizan tantos instrumentos los que tienen la obligación de aplicarlos?. Todo ello ha conducido a que en el reciente Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de 2013 se decidiera que en 2014 se discutirá el papel del Consejo en la aprobación de Manuales y Guías prácticas³⁷.

Dentro de este apartado puede incluirse también la Asistencia técnica, ya que una parte importante de la actividad de la Oficina Permanente se dedica a prestar servicios de asistencia técnica a Estados, miembros de la Conferencia y no miembros de la misma, que la necesitan para la implementación de los Convenios. En 2011 se manifestó la preocupación por el coste elevado que puede tener en recursos económicos y humanos. Por este motivo se creó un grupo de trabajo abierto para que examinase las prioridades, el papel de los Estados miembros y de los expertos, así como los recursos económicos y humanos que se requieren. Este grupo abierto pretendía tener una representación regional e integrar a países que colaboran en esta labor. Teniendo en cuenta el papel de España en relación al uso del español y, en particular, el seminario organizado por la AECID en Guatemala sobre la apostilla, se tuvo gran interés en que España participara en el núcleo central de los países expresamente mencionados en la composición del Grupo (además de España, Argentina, Australia, Canadá, China, Francia, Alemania, India, Japón, Holanda, Rusia, Sudáfrica, Suiza y Estados Unidos). Un informe sobre este tema se presentará al Consejo de abril de 2014.

3.2. La posición española

Como se ha dicho al principio, España ha participado activamente en los trabajos de la Conferencia de La Haya desde 1893, adaptándose a las circunstancias de cada etapa³⁸. Además de los elementos que se han ido mencionando a lo largo de este texto, de modo particular resaltaría dos elementos:

³⁷ Apartado 3 de las conclusiones y recomendaciones.

³⁸ Tómese como ejemplo la actitud española durante la elaboración del Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el Reconocimiento de Divorcios y de Separaciones Legales.

A) En primer lugar, la proyección exterior de la comunitarización del Derecho internacional privado es el denominado “efecto AETR”³⁹ como consecuencia de la primera Sentencia del Tribunal de Justicia en que aplicó esta teoría en virtud de la cual una vez que la Comunidad ha ejercido una competencia *ad intra*, adquiere también la competencia *ad extra*. Es así como el Convenio de Lugano revisado, de 30 de octubre de 2007⁴⁰ fue firmado por la Comunidad, Suiza, Noruega e Islandia⁴¹ y no por los Estados miembros de la Comunidad Europea que, sin embargo, quedaron obligados por dicho Convenio. Ello fue consecuencia directa del Dictamen C-1/03, emitido el 7 de febrero de 2006 y en el que el Tribunal, sobre la base de la existencia del Reglamento 44/2001, dijo que la competencia para la conclusión del Convenio de Lugano revisado “*corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la C.E.*”⁴². Este importante Dictamen tiene su origen en la cuestión planteada por el Consejo sobre la competencia exclusiva o compartida de la Comunidad y sus Estados miembros para la conclusión del Convenio de Lugano revisado. No puede olvidarse que este Convenio, igual que su antecesor, el Convenio de 1988, es un Convenio “paralelo” al régimen establecido en el Convenio de Bruselas de 1968 y ahora en el Reglamento Bruselas I. Precisamente este carácter hizo pensar que podía mantenerse una competencia compartida de la Comunidad y sus Estados miembros. Pero el Tribunal es contundente y concluye⁴³ que “las disposiciones principales del acuerdo previsto pueden afectar al carácter global y coherente de las reglas de competencia establecidas por el Reglamento n.º 44/2001” y, en consecuencia, “afectan a la aplicación uniforme y coherente de las normas comunitarias referentes a la competencia judicial y al buen funcionamiento del sistema que éstas establecen”.

Todo ello tiene consecuencias en relación a la Conferencia de La Haya y sus trabajos. Desde la perspectiva interna, España, como los demás Estados miem-

³⁹ Sentencia de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, en particular apartado 17.

⁴⁰ El texto del Convenio revisado, puede verse en <http://www.bj.admin.ch> y también en DOUE L 339 de 21 de diciembre de 2007. A. Borrás, “La firma del Convenio de Lugano revisado y la reunión del Comité Permanente del Convenio de Lugano (29-30 de octubre de 2007)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2007, 2, pp. 851 ss..

⁴¹ Dinamarca no firmó en aquel momento aduciendo la proximidad de las elecciones, pero lo hizo el 5 de diciembre de 2007.

⁴² Sobre este importante Dictamen, A. Borrás, « Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences », *Yearbook of Private International Law*, volume 8 (2006), pp. 37-52 y también en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, 3 pp. 879 ss y en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10, mayo 2006, *Revista electrónica* que se encuentra en <http://www.iustel.com/revistas/>. Ver también los comentarios de T. Baumé, in *German Law Journal*, 2006, nº 8, pp. 681-692; R. A. Brand, “The Lugano Case in the European Court of Justice: Evolving European Union Competence in Private International Law”, *ILSA Journal International and Comparative Law*, L.297. Más amplios comentarios sobre el tema en A. Borrás, « Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir » *Recueil des Cours*, volumen 317 (2005), en particular, pp. 467-522 .

⁴³ Apartados 160 y 161.

bros, se ve limitada en el contenido de sus intervenciones, ya que es la Comisión quien normalmente expresa la posición adoptada en las reuniones de coordinación, pudiendo intervenir los Estados únicamente en apoyo de la posición de la Unión, lo que en muchas ocasiones va en detrimento de la riqueza de las discusiones y la diversidad de aportaciones.

Desde la perspectiva de la conclusión de los Convenios de La Haya, la cuestión es siempre la competencia de los Estados miembros o de la Unión Europea. Varios ejemplos son ilustrativos al respecto⁴⁴.

En materia de alimentos, en el ámbito de la Unión Europea se aplica el Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁴⁵, en cuyo Considerando 8 se dice que la Comunidad y sus Estados Miembros tomaron parte activa en la preparación del Convenio y el Protocolo de La Haya. De hecho, los instrumentos en La Haya y en Bruselas se prepararon de forma paralela⁴⁶. Este hecho ha condicionado, en la práctica, la redacción de los instrumentos y su contenido.

El Reglamento quería avanzar en el camino de la supresión del exequátur en materia de alimentos. Pero esta supresión va vinculada a la cuestión de determinar la ley aplicable, pues la supresión del exequátur sólo es posible si todos los Estados aplican la misma ley. De acuerdo con el art. 15 del Reglamento, la ley aplicable se determinará por el Protocolo de La Haya. Pero lo que resulta curioso es que, por una decisión política, fuera el Consejo de la Unión⁴⁷ y no los Estados miembros los que manifestaran el consentimiento en obligarse por el Protocolo, cuando la Unión Europea nunca había legislado en materia de ley aplicable a los alimentos, ya que el Convenio de Bruselas de 1968 y su sucesor, el Reglamento 44/2001 sólo se refieren a la competencia judicial y al reconocimiento y

⁴⁴ Y sin entrar en el tema de las complejas cláusulas de desconexión que se incluyen en los distintos instrumentos y Convenios. Al respecto, Borrás, A., “La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea*. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues (C. Esplugues – G. Palao, eds.), Valencia, Ed. Tirant lo Blanc, 2012, pp. 189 ss; Borrás, A., “The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention”, *International Family Law (Special Issue in Honour of William Duncan)*, marzo 2012, pp.110 ss.

⁴⁵ DO L 7, de 10 de enero de 2009. Comentario de Markku Helin, en *Derecho civil – Cooperación judicial europea*, libro electrónico, 2013, disponible en 22 lenguas de la Unión Europea.

⁴⁶ Sobre la cuestión general de las particulares relaciones entre los instrumentos de Bruselas y la Conferencia de La Haya, F. Paulino Pereira, “Les pontes entre la Conférence de La Haye de Droit international privé et les instruments conclus dans le cadre de l’Union Européenne”, *De Bruselas a La Haya*. LiberAmicorum Alegría Borrás, Madrid, 2013, pp. 697 ss.

⁴⁷ Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, DO L 331, de 16 de diciembre de 2009. Piénsese que el art. 76 del Reglamento condicionaba la aplicación del Reglamento a la entrada en vigor del Protocolo. De ahí que en la decisión estableciera la aplicación provisional del Protocolo, cuya entrada en vigor se ha producido el 1º de agosto de 2013 al producirse la segunda ratificación por parte de Serbia.

ejecución de decisiones. Debe añadirse que mientras Irlanda ejerció el *opting-in* desde el principio y participó absolutamente en el Reglamento, el Reino Unido, de acuerdo con el protocolo relativo a su posición, aceptó con posterioridad a su adopción la aplicación del Reglamento, pero no del Protocolo⁴⁸. En el caso de Dinamarca, de acuerdo con el Protocolo relativo a Dinamarca anexo al TUE, no participa en estas materias, pero por acuerdo de 2005 entre la Unión Europea y Dinamarca aplica el Reglamento Bruselas I. Por carta de 14 de enero de 2009 notificó a la Comisión que aceptaba el Reglamento 4/2009 en la medida en que modifica el Reglamento 44/2001⁴⁹. Esto significa que se aplica el Reglamento con la excepción del Capítulo III (ley aplicable) y VII (cooperación administrativa) y, en el caso del art. 2 y el Capítulo IX (reglas generales), sólo se aplican en cuanto se refieren a competencia y a ejecución de decisiones. La consecuencia es que para las decisiones provenientes de Reino Unido y de Dinamarca se someten en los demás Estados miembros a un procedimiento para la ejecución de las decisiones (Arts. 23-38), mientras que para las decisiones dadas en Estados miembros vinculados por el Protocolo se suprime el exequátur (art. 17).

El Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia⁵⁰ se limita a la cooperación administrativa y al reconocimiento y ejecución de decisiones y se excluyen las reglas de competencia directa. El Convenio entró en vigor el 1º de noviembre de 2013, aunque la Unión Europea todavía no ha podido depositar su instrumento de ratificación, pese a haber adoptado la decisión sobre la aprobación, como consecuencia de la complejidad de la formulación de las reservas y declaraciones previstas en el Convenio⁵¹.

En estos momentos, merece especial atención el tema de la aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sus-

⁴⁸ Decisión de la Comisión de 8 de junio de 2009, relativa a la intención del Reino Unido de aceptar el Reglamento 4/2009, DO L 149, de 12 de junio de 2009.

⁴⁹ Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 149, de 12 de junio de 2009.

⁵⁰ Puede verse en la página web de la Conferencia de La Haya, www.hcch.nl. Además del Informe explicativo al Convenio, redactado por A. Borrás y J. Degeling, publicado en septiembre de 2013, puede verse, con carácter general, Borrás, A., « La convenzione e il protocollo dell'Aja del 2007 in tema di alimenti », *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, (a cura di M.C. Baruffi e R. Cafari Panico), Milan, 2009, pp. 17-50; Borrás, A., "La cooperación internacional de autoridades: en particular, el caso del cobro de alimentos en el extranjero", *La cooperación internacional de autoridades: ámbitos de familia y del proceso civil*, Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universidad de Barcelona (Barcelona, 2 y 3 de octubre de 2008), Madrid (Iprolex), 2009.

⁵¹ Decisión del Consejo de 9 de junio de 2011 sobre la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, DO L 192, de 22 de julio de 2011, que publica el Convenio como anexo, no se ha podido hacer por la complejidad de la formulación de las reservas y declaraciones previstas en el Convenio. Por ello está en estudio una propuesta de modificación de los anexos II y III de esta decisión en el documento COM (2013)35 final, de 29 de enero de 2013.

tracción internacional de menores. De acuerdo con el art. 38 de este Convenio, el Convenio sólo surte efectos entre el Estado que se adhiere y aquellos Estados que declaren aceptar la adhesión. Hasta la fecha, por ejemplo, España ha venido aceptando las adhesiones de forma rápida, lo que es un acierto, ya que sólo ventajas pueden derivarse de la aplicación de un Convenio que sólo pretende el rápido retorno del menor al país de su residencia habitual antes del desplazamiento o retención ilícitos, sin entrar en otros temas relativos a su protección que deberán discutirse después. La cuestión en relación al tema que nos ocupa surge cuando a finales de 2011 la Comisión presenta una serie de propuestas de decisión del Consejo sobre la aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 en interés de la Unión Europea, relativas a las adhesiones de Armenia, Marruecos, Singapur, Albania, Seychelles, Gabón, Rusia y Andorra⁵². De esta cuestión se dio cuenta en la reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio que tuvo lugar en enero de 2012⁵³, manifestando diversos Estados miembros, entre ellos España, su preocupación al respecto. No obstante, la Comisión ha seguido adelante con su propuesta, que fue apoyada por el Parlamento Europeo⁵⁴. La Comisión se planteó la posibilidad de iniciar los trámites conducentes a un recurso por incumplimiento frente a los Estados que han venido aceptando las adhesiones de forma individual. La opción finalmente adoptada fue solicitar un dictamen al Tribunal de Justicia, el dictamen 1/2013 con fecha 21 de junio de 2013, una opción que, además de ser más elegante, resulta más práctica por sus consecuencias de carácter general. La pregunta formulada por la Comisión es la siguiente: “¿Es competencia exclusiva de la Unión la aceptación de la adhesión de un tercer país al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores?”. Entre las observaciones formuladas están las de España que, mientras tanto, ha seguido aceptando adhesiones y así, en el propio mes de septiembre, aceptó la adhesión de Corea⁵⁵ y aún más recientemente la de Lesotho⁵⁶, en ambos casos incluyendo la curiosa fórmula de que la aceptación se hace “sin perjuicio del estado actual y de la evolución futura del Derecho de la Unión Europea en la materia”.

La cuestión, pues, radica en los términos en que pueda aplicarse la doctrina sentada en el dictamen relativo a la conclusión del Convenio de Lugano a este caso y la cuestión de la exigencia de unidad y uniformidad en la aplicación. Nada hubiera impedido que el Reglamento Bruselas II bis hubiera denunciado el Convenio

⁵² Propuestas que se encuentran en los documentos COM(2011) números 917, 916, 915, 912, 911, 909, 908 y 904, todos ellos de 21 de diciembre de 2011.

⁵³ Sobre la misma, Borrás, A., “Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, 2ª parte (25 a 31 de enero de 2012)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012.2, pp. 308-312.

⁵⁴ Dictamen de 25 de mayo de 2012, documento SJ-0350/12.

⁵⁵ BOE de 6 de septiembre de 2013.

⁵⁶ BOE de 30 de enero de 2014.

de La Haya de 1980 y hubiera establecido un sistema para el retorno de los menores en los supuestos de sustracción internacional. Pero la decisión, evidentemente política, fue otra: mantener la vigencia del Convenio de La Haya, del que son parte todos los Estados miembros, pero “tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11”⁵⁷.

Otro caso curioso en esta materia y que se encuentra en este momento en discusión es el tema de la adopción de una Decisión del Consejo⁵⁸ por la que se autoriza a Austria y Malta a adherirse al Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, en interés de la Unión Europea. La particularidad radica en que todos los demás Estados miembros ya eran parte en este Convenio antes de que se produjera la “comunitarización” del Derecho internacional privado. Pero ahora, la existencia del Reglamento 1393/2007 en materia de notificaciones hace necesario que estos dos países sean autorizados a adherirse “en interés de la Unión”, ya que el Convenio no incluye ninguna cláusula que permita la adhesión de la propia UE. El caso resulta aún más curioso si se tiene en cuenta que Malta ya se había adherido el 1.º de agosto de 2012, si bien había formulado una declaración en el sentido de que la entrada en vigor no se producirá hasta que se apruebe la decisión⁵⁹. El dictamen que emita en su día el Tribunal de Justicia en relación a la aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 puede, sin duda, tener consecuencias para este caso.

Finalmente, puede hacerse referencia a la reciente propuesta de Decisión del Consejo hecha por la Comisión, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro⁶⁰, competencia indiscutida como consecuencia de la existencia del Reglamento 44/2001 y teniendo en cuenta la conveniencia de que, a ser posible, la entrada en vigor de este Convenio se produzca en la fecha más próxima posible a la de aplicación del Reglamento Bruselas I (refundición) a partir de 10 de enero de 2015⁶¹.

B) La segunda cuestión se refiere a la utilización del español en la Conferencia de La Haya. Aún no siendo lengua oficial, carácter que sólo tienen el francés

⁵⁷ En los términos del Considerando 17.

⁵⁸ La propuesta de la Comisión se encuentra en el documento COM (2013)338 final, de 6 de junio de 2013.

⁵⁹ Malta emitió la siguiente declaración: «Malta declara que su adhesión al Convenio no surtirá efecto hasta el momento de la conclusión de los procedimientos internos relativos a dicha adhesión a la Unión Europea y, en particular, de la adopción de una decisión del Consejo por la que se autorice a Malta a adherirse al Convenio. Una vez adoptada esta decisión, Malta notificará al depositario la fecha en que dicho Convenio será aplicable en Malta» (Declaración publicada en el sitio web de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=1101&disp=eif).

⁶⁰ Documento COM (2014) 46 final, de 30 de enero de 2014.

⁶¹ Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, DO L 351, de 20 de diciembre de 2012.

y el inglés, el español ha adquirido, de hecho, el rango de tercera lengua de trabajo de la Conferencia. Piénsese que fue en 2002 cuando, por primera vez en un Acta final, se manifestó el interés en que las negociaciones para la preparación de un Convenio en materia de alimentos se realizaran también en español. Este resultado se alcanza tras un largo camino. Fue Julio D. González Campos quien, en 1988, cuando presidió la Comisión de Asuntos Generales, mencionó la importancia del uso del español, atendiendo a la creciente participación de países de América Latina⁶² y que no fue hasta 2002 cuando, por primera vez, el español fue mencionado en el acta final de la Sesión, al lanzar los trabajos en materia de alimentos, indicando que el Secretario General deberá tratar de conseguir “que todos los procesos implicados sean inclusivos, y, en la medida de lo posible, se disponga de traducción al español de documentos clave y facilidades para la interpretación al español en sesiones plenarias”⁶³.

Debe tenerse en cuenta que el español es la tercera segunda lengua más hablada en el mundo (tras el inglés y el francés), lo que es una cosa distinta de ser una lengua más o menos hablada, algo que determinados países niegan sistemáticamente. Ha sido así una larga labor, con traducciones coordinadas, en lo posible, con los americanos⁶⁴. El resultado fue la publicación de una traducción de los Convenios de La Haya hasta 1993⁶⁵, con una amplia introducción en que se explican las características de la obra, su origen y las opciones realizadas. Con posterioridad, se ha publicado una segunda edición de la obra, completada con los Convenios concluidos hasta 2007, es decir, todos los adoptados desde 1951 hasta la fecha⁶⁶. Fruto de ello es también la página web de la Conferencia en español, que me cupo el honor de inaugurar⁶⁷.

Este trabajo se ha visto facilitado por la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores y, en particular, por la Dirección General de Asuntos Consulares, la Asesoría Jurídica Internacional y la Oficina de Interpretación de Lenguas. Pero, además de esta colaboración, son necesarios unos fondos para el mantenimiento del español en la Conferencia, según resulta de los presupuestos enviados en diferentes ocasiones por la Oficina Permanente de la Conferencia.

⁶² Sobre las dificultades y reacciones, Actes et documents de la Seixième Session 3 au 20 octobre 1988, tomo I (Matières diverses), pp. 275-276.

⁶³ Ver el Acta final de la decimonovena Sesión, de 13 de diciembre de 2002, Actas y Documentos de la Décimo Novena Sesión, de 13 de diciembre de 2002 (Proceedings of the Nineteenth Session), Tomo I, Miscellaneous Matters, pp. 35-47, en p. 45.

⁶⁴ Sobre el problema, véase la nota de A. Borrás, “Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado”, REDI, 1990, 2, pp. 703 ss.

⁶⁵ J.D. González Campos - A. Borrás, Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993) Traducción al castellano, Madrid, 1996.

⁶⁶ A. Borrás - J.D. González Campos, Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, 2.ª ed. revisada, Madrid, 2008.

⁶⁷ Puede verse en “Noticias & Acontecimientos” de dicha página, 31-03-2009, “Oficial launching of the Spanish section of the HCCH website by Mrs. Alegría Borrás”.

España viene proporcionando fondos dentro del marco del presupuesto extraordinario. La situación económica actual lleva a poner el acento en la necesidad de continuar en esta línea, puesto que si no hay continuidad, el trabajo realizado hasta la fecha para incrementar el uso del español puede perderse. Es preciso un interés político que se traduzca en la puesta a disposición de los fondos necesarios. Aunque algunos países hispanoparlantes han iniciado una ayuda, es pequeña y no permite ni utilizar el español en las reuniones ni traducir a esta lengua todos los documentos, como sería de desear. Puede añadirse en este punto que en la selección del nuevo Secretario General no fue reconocido a nuestra lengua un status especial, sino junto con el conocimiento de cualquier otra lengua.

4. CONSIDERACIONES FINALES

De forma muy breve, casi como un cuadro impresionista, se han dado unas pinceladas sobre la evolución y el papel actual de la Conferencia de La Haya y sus Estados miembros. Quizá una consideración final nos permitiera comparar los términos del art. 1.º del Estatuto de la Conferencia, que centra su objetivo en “trabajar en la unificación progresiva del Dº internacional privado” y los términos utilizados en la presentación en la web, que define a la Conferencia como “crisol de tradiciones jurídicas distintas”, que elabora y garantiza el seguimiento de convenios que responden a necesidades mundiales. Los objetivos y los medios han evolucionado, lo que requiere también el esfuerzo de los miembros de la Organización y, en nuestro caso, de los órganos estatales involucrados en esta tarea. En el fondo, se tiene la misma preocupación que movió a Asser a convocar la reunión de 1893, que es mejorar y facilitar las relaciones privadas internacionales.

NUEVOS HORIZONTES DE UNIDROIT

NURIA BOUZA VIDAL

Catedrática de Derecho Internacional Privado

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

Miembro del Consejo de Dirección de UNIDROIT (2009-2013 y 2014-2018)

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes

UNIDROIT (*Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*) se creó a iniciativa del Gobierno italiano mediante un intercambio de notas entre el Estado italiano y la Sociedad de Naciones de 31 de marzo y 20 de abril de 1926 con el objetivo de impulsar la armonización y unificación del Derecho privado. La sede del Instituto se fijó en Villa Aldobrandini (Roma), donde tuvo lugar la ceremonia inaugural el 30 de mayo de 1928. Hasta 1939 su *status* jurídico fue el de un Instituto vinculado a la Sociedad de Naciones: los miembros del Consejo de Dirección de UNIDROIT eran nombrados por el Consejo de la Sociedad de Naciones; sus propuestas de unificación del derecho eran examinadas por el Consejo de la Sociedad de Naciones antes de ser aprobadas por el Consejo de Dirección del Instituto; el Informe anual del Secretario General a la Asamblea de la Sociedad de Naciones incluía las actividades del Instituto; y el Consejo de la Sociedad de Naciones era el encargado de elaborar y aprobar las normas sobre administración y funcionamiento del Instituto¹.

Estos vínculos entre el Instituto y la Sociedad de Naciones pronto se vieron alterados a raíz de los convulsos años que precedieron a la Segunda Guerra Mundial. En 1935, Italia invade Abisinia y en 1937 abandona la Sociedad de Naciones tras la con-

¹ M.R. Saulle, "Istituto Internazionale per l'unificazione degli diritto privato", Enciclopedia del diritto, Vol. XXIII, Giuffré, 1973 p. 58-64 y M. Mateucci, "Unidroit, le premier cinquantenaire", Unif.L. Rev./ Rev.dr. unif., 1976-I, p. 18

dena y las sanciones económicas que le fueron impuestas por dicha Organización. Posteriormente, en 1939, el Gobierno italiano denuncia el Acuerdo de 1926 en virtud del cual se había creado UNIDROIT². Esta denuncia no supuso, sin embargo, la disolución del Instituto, ya que el Estado Italiano dispuso que continuara subsistiendo como un organismo autónomo desvinculado de la Sociedad de Naciones.

En 1939, el Consejo de Dirección del Instituto propuso su reorganización sobre unas nuevas bases. Se redactó un nuevo estatuto orgánico con fecha 15 marzo de 1940³, en virtud del cual el Instituto se “reconstituyó” como una organización internacional inter-gubernamental independiente (art. 2). En menos de un año, veintiún Estados, entre ellos España⁴, se adhirieron al nuevo estatuto. Este grupo inicial, integrado exclusivamente por Estados europeos y de América latina, se fue ampliando a otros continentes a partir de la adhesión en 1950 de la India y Turquía. Actualmente UNIDROIT cuenta con sesenta y tres Estados miembros repartidos geográficamente del siguiente modo: Europa (33), América latina (11), Asia (7), África (4), Países de Golfo (3), América del Norte (2), Euro Asia (2) y Oceanía (1).

1.2. Estructura orgánica

Desde su creación como Organización intergubernamental independiente los principales órganos de UNIDROIT son la Asamblea General, el Consejo de Dirección y la Secretaría.

La Asamblea general es el órgano decisorio del Instituto y se compone de un número de miembros igual al de Estados parte⁵. Se reúne en sesión ordinaria al menos una vez al año y cada tres años aprueba el programa de trabajo que le presenta el Consejo de Dirección. También le corresponde pronunciarse, por mayoría de dos tercios, sobre la adscripción de los Estados en alguna de las distintas categorías establecidas a efectos de determinar su contribución a la financiación del Instituto.

El Consejo de Dirección está formado por su Presidente, elegido por el Gobierno Italiano⁶ y veinticinco miembros nombrados por la Asamblea General entre los candidatos propuestos por los Estados miembros por un mandato de

² La denuncia no tuvo efecto hasta 1939, dos años después de ser efectuada, conforme a lo dispuesto en el art. 11 del Acuerdo de 1926.

³ El Estatuto de 15 de marzo de 1940 entró en vigor el 21 de abril del mismo año una vez obtuvo la ratificación de 6 Estados de acuerdo con lo previsto en su art. 21. El Estatuto de 1940 ha sido objeto de sucesivas enmiendas, la última el 18 diciembre 1967 (e.v. 26 marzo 1993).

⁴ España ratificó el Estatuto de UNIDROIT de 1940, el 9 abril 1940.

⁵ Salvo el Estado italiano, los demás Estados miembros están representado en el seno de la Asamblea por sus agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno italiano o por sus delegados (art. 5 del Estatuto).

⁶ Desde su creación los Presidentes del Unidroit han sido: Vittorio Scialoja (1928-1933), Mariano d'Amelio (1934-1943), Massimo Pilotti (1944-1959) Ernesto Eula (1959-1975), Mario Matteucci (1975-1984), Riccardo Monaco (1985-1994), Luigi Ferrari Bravo (1995-1999) Berardino Libonati (2000-2010) y Alberto Mazzoni (desde 2011 a la actualidad).

cinco años y pueden ser reelegidos⁷. Se reúne al menos una vez al año y cada vez que el Presidente lo considere oportuno. Entre sus funciones están: elegir las materias, los medios y los instrumentos más idóneos para lograr los objetivos del Instituto; proponer el Programa de trabajo trianual y el orden de prioridades de las actuaciones que deben llevarse a cabo; encargar el examen de determinados temas a grupos de expertos; supervisar el desarrollo y realización de las actividades programadas; fijar la política de cooperación y colaboración con otras organizaciones internacionales; y elaborar el presupuesto que se transmite a la Asamblea General para su aprobación.

La Secretaría es el órgano ejecutivo del Instituto al frente de la cual se encuentra el Secretario General nombrado por el Consejo de Dirección a propuesta de su Presidente por un periodo de cinco años y puede ser reelegido⁸. Corresponde al Secretario General, asistido por un equipo de funcionarios y colaboradores, llevar a cabo los trabajos previstos en el Programa de trabajo y demás tareas asignadas al Instituto. Los estudios e informes preparados por la Secretaría, en particular los relativos al impacto económico y social de una determinada propuesta o línea de actuación permiten al Consejo de Dirección valorar la oportunidad de mantenerla o abandonarla.

A estos órganos cabe añadir: el Comité Permanente, el Tribunal Administrativo y la Comisión de Finanzas. El Comité Permanente del Consejo de Dirección está formado por el Presidente y cinco miembros elegidos por Consejo de Dirección de entre sus miembros y sus funciones son predominantemente administrativas. El Tribunal Administrativo está compuesto por tres miembros titulares y un suplente, ajenos al Instituto, designados por la Asamblea General y con competencia para resolver las controversias entre el Instituto y su personal (funcionario y contratado)⁹. Corresponde a la Comisión de Finanzas emitir un informe preliminar sobre la propuesta de presupuesto elaborada por el Secretario General

⁷ Desde su creación, el Consejo de Dirección de Unidroit ha contado con un español entre sus miembros en reiteradas ocasiones. Basta mencionar que, entre los miembros designados por la Sociedad de Naciones para formar parte del primer Consejo de Dirección del Instituto, se encontraba el político y catedrático de Derecho civil de la Universidad de Madrid, D. Felipe Sánchez Román (1928-1936) y que en 1952, al procederse a renovar por primera vez el Consejo de Dirección una vez finalizada la II Guerra Mundial, resultó elegido D. Federico De Castro y Bravo.

⁸ Unidroit ha tenido a lo largo de su historia siete Secretarios Generales. M. Pietro De Francisci (Italia) 1928-1932, Giuseppe Righetti (Italia) 1934-1937, Mario Matteucci (Italia) 1945-1975, Riccardo Monaco (Italia) 1975-1985, Malcolm Evans (Reino Unido) 1985-1997, Herbert Kronke (Alemania) 1998-2008 (setiembre) y José Angelo Estrella Faria (Brasil), actual Secretario General nombrado en octubre de 2008 y reelegido en la 92ª sesión del Consejo de Dirección celebrada el 9 de mayo de 2013 por un periodo de cinco años más.

⁹ En diciembre de 2009, la Asamblea General nombró como miembros titulares del Tribunal Administrativo por un periodo de cinco años a: Francis Jacob, Abogado General del TJUE (1988-2006), Erik Jayme, Director del Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht de la Universidad de Heildelberg (1983-2002) y Gianluigi Tosato, profesor de Derecho internacional de la Universidad de "La Sapienza" (Roma) y como suplente al español Rafael Garcia Valdecasas, abogado del Estado y Juez del Tribunal de Primera Instancia de la UE (1989-2007).

antes de su examen por parte del Consejo de Dirección y de su transmisión a los Gobiernos de los Estados miembros y a la Asamblea General para su aprobación.

2. LOS OBJETIVOS DE UNIDROIT Y SU ADAPTACIÓN A LA REALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL ACTUAL

2.1. Objetivos estatutarios

El Instituto fue creado, con una doble finalidad científica y práctica. Según el art. 1 de su Estatuto orgánico los objetivos de UNIDROIT son, básicamente, “realizar estudios sobre los modos de armonización y coordinación del Derecho privado de los Estados o grupos de Estados y preparar la adopción por parte de los distintos Estados de una legislación de derecho privado uniforme”.

Durante la primera etapa del Instituto (desde 1926 hasta la II Guerra Mundial) se delimitó y precisó el alcance de estos objetivos en los siguientes términos: El Instituto debía ocuparse preferentemente de la *unificación del Derecho privado*. Dicha unificación debía limitarse a las relaciones privadas internacionales, sin perjuicio que los instrumentos elaborados por el Instituto pudiesen servir de inspiración o modelo para la regulación de las relaciones puramente internas. El método más adecuado para alcanzar este objetivo era la preparación de convenios internacionales sobre *derecho material uniforme*. La unificación debía recaer sobre materias susceptibles de concitar un amplio consenso por parte de los Estados. Se renunciaba, de este modo, a proceder a una unificación global o de amplios sectores del Derecho privado y, en su lugar, se optaba por la unificación “parcial, fragmentada y limitada a las materias, preferentemente patrimoniales en las que las diferencias entre el derecho interno de los Estados eran menos acusadas”¹⁰. A este enfoque responden los dos proyectos que durante esta primera etapa fueron remitidos a la Sociedad de Naciones para su distribución entre los Estados miembros: el *Proyecto sobre contrato de compraventa internacional de objetos muebles corporales* (en el que sólo se regulaban las obligaciones entre vendedor y comprador y la transferencia de riesgos, dejando al margen las cuestiones relativas a la transferencia de la propiedad o de la posesión del bien vendido) y el *proyecto de Ley uniforme sobre la responsabilidad de los hoteleros por deterioro, destrucción o robo de los bienes de los huéspedes*¹¹.

Factores de cambio

Diversos factores han hecho necesario redefinir los objetivos estatutarios, las estrategias a seguir para alcanzarlos y los instrumentos de unificación susceptibles de ser adoptados. El contexto actual en el que UNIDROIT desarrolla su

¹⁰ M. Mateucci, op. cit . pp. 19-20.

¹¹ Respecto de la actividad científica de UNIDROIT durante los 50 primeros años de su existencia . Vid. R. Monaco “L’Activite scientifique d’Unidroit” , Unif. L. Rev./Rev. dr. Unif., 1976, 1 pp. 34-66.

actividad es muy distinto del que existía en 1940 cuando se “reconstituyó” como organización internacional independiente de la Sociedad de Naciones. Entre los factores a tener en cuenta cabe mencionar:

A) La mayor heterogeneidad de los miembros del Instituto en relación con su composición originaria integrada por Estados europeos y latinoamericanos. La incorporación de Estados pertenecientes a regiones con culturas jurídicas distintas, diversos niveles de armonización y desigual capacidad para ofrecer respuestas adecuadas a los retos que plantea la economía global, ha requerido una redefinición de los objetivos estatutarios. En la actualidad la actividad normativa del Instituto ya no puede limitarse a eliminar las disparidad legislativa entre los Estados a fin de favorecer el desarrollo de las relaciones privadas internacionales, tal como se desprende del art. 1 de su Estatuto orgánico; sino que debe también proporcionar a los Estados instrumentos que permitan modernizar o completar su derecho interno, poniendo especial énfasis en la mejora del Derecho privado de los países en desarrollo y emergentes.

B) La aparición de problemas nuevos derivados del desarrollo tecnológico y de la interconexión de los mercados que difícilmente pueden ser resueltos unilateralmente por los Estados a través de su derecho interno. En lo que va de siglo UNIDROIT ha demostrado una gran capacidad de respuesta a los desafíos que presentan los cambios tecnológicos y la globalización y así ha sido reconocido tanto en el ámbito académico como en el económico¹². Uno de los sectores en los que UNIDROIT ha mostrado su capacidad de aportar soluciones nuevas a problemas nuevos que requieren de la armonización a nivel internacional ha sido el de las operaciones en mercados de capitales interconectados y transnacionales. El *Convenio de Ginebra sobre las normas de derecho material aplicables a los valores intermediarios* de 9 de octubre de 2009¹³ es el primer instrumento internacional que aborda de forma global las cuestiones de derecho material relativas a la posesión, transferencia y garantías sobre los valores intermediados. Se trata de un texto complementario del *Convenio de La Haya sobre ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario* de 5 de julio de 2006 (que trata únicamente de los conflictos de leyes)¹⁴ y de las Directivas de la Unión Europea sobre *firmeza y liquidación de los sistemas de pagos y liquidación de valores* de 19 de mayo de 1998 y sobre *acuerdos de garantía financiera* de

¹² En un comentario publicado en el Financial Times el 31 marzo de 2008 se señalaba que “los objetivos y prioridades que el Instituto ha ido estableciendo en los últimos años han llegado en el momento oportuno y responden a las necesidades de los Estados (en especial a los países en desarrollo) y de los mercados globales, de tal modo, que el Instituto se encuentra en situación de poder afrontar nuevos retos” (Ref. en Doc. UNIDROIT 2008, C.D. (87) 12, April 2008).

¹³ Fc. Garcimartin , “The Unidroit Project on International Securities “ Indret: Revista para el análisis del derecho, 2006, n. 1.

¹⁴ Fc . Garcimartín , “El Convenio de La Haya sobre una ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario” Revista de derecho bancario y bursátil , 2003 n. 90., pp163-192.

6 de junio de 2002¹⁵. A este Convenio le ha seguido la aprobación, en la 92ª sesión del Consejo de Dirección de UNIDROIT celebrada en mayo de 2013, de los *Principios relativos a la aplicabilidad de las cláusulas de rescisión-compensación (“netting”)*¹⁶ y durante el trienio 2014-2016 está previsto iniciar la elaboración de una *Guía legislativa relativa a los principios y reglas tendentes a mejorar las transacciones en los mercados financieros emergentes*.

B) La crisis económica por la que atraviesan muchos Estados miembros ha repercutido en los recursos financieros de que dispone UNIDROIT obligándole a extremar el rigor en la selección y aprobación de las materias incluidas en los Planes trienales de trabajo y en el establecimientos de las prioridades. Asimismo, ha hecho necesario buscar fuentes de financiación extra presupuestaria en entidades públicas o privadas interesadas en la elaboración de determinados proyectos o establecer relaciones de *partenariado* con otras organizaciones internacionales a fin de poder compartir costos en proyectos de interés común.

3. COOPERACIÓN CON OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES QUE SE OCUPAN DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.

3.1. Organizaciones internacionales dedicadas a la unificación y armonización del Derecho privado a nivel mundial

UNIDROIT comparte con otras Organizaciones internacionales la tarea de armonizar y unificar del derecho privado a nivel mundial, en particular, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), sin embargo se observan algunas diferencias importantes entre ellas. De sus respectivos estatutos se desprende que UNIDROIT, como ya se ha señalado, se ocupa preferentemente de la unificación del *Derecho privado sustantivo o material*, mientras que la finalidad de la Conferencia de La Haya es trabajar para la “unificación progresiva de las *normas de Derecho internacional privado*”, entendiéndose por tales, las normas destinadas a resolver los conflictos de leyes, los conflictos de jurisdicciones (competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y extrajudiciales) y la cooperación de autoridades. Asimismo, mientras que el mandato de UNIDROIT

¹⁵ Directiva 98/26/CE, DOCE n. L 166 de 11.6.98 y Directiva 2002/47/CE, DOCE n. L 168 de 27.6.2002, ambas modificadas por Directiva 2009/44/CE en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito. DOCE n. L 146 de 10.6.2009.

¹⁶ Fc. Garcimartín Alferez, “Los Principios de UNIDROIT sobre las cláusulas de close-out netting”, Revista de derecho concursal y paraconcursal, : Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación , n. 19, 2013, pp. 23-30.

abarca todas las materias de Derecho privado, la CNUDMI ha sido creada “para armonizar y unificar el derecho mercantil internacional” exclusivamente.

Estas diferencias entre los objetivos estatutarios de estas tres instituciones “hermanas”¹⁷ no impiden que en la práctica se produzcan duplicidades e incoherencias en los instrumentos elaborados en el seno de cada una de ellas. No obstante, el riesgo de que varias organizaciones se ocupen de forma sucesiva o simultánea de la armonización o unificación de una determinada materia de derecho privado no debe ser visto necesariamente como un factor negativo. Por un lado, existen mecanismos no institucionalizados, tales como las reuniones periódicas entre los representantes de las Secretarías de dichas organizaciones, destinados a coordinar mejor sus actividades. Por otro, esta pluralidad de sedes de armonización del derecho privado, permite aprovechar de forma más eficiente las sinergias y las ventajas competitivas que se derivan de sus particularidades: i) la experiencia centenaria (su primera sesión se celebró en 1893) y la especificidad del mandato de la Conferencia de La Haya (formulación de normas comunes de Derecho internacional privado); ii) el entramado académico y la flexibilidad metodológica de UNIDROIT; y iii) la universalidad y autoridad política de la CNUDMI (principal órgano jurídico del sistema de Naciones Unidas en el ámbito de Derecho mercantil internacional, creado en 1966 por Resolución de la Asamblea General 2205 (XXI)¹⁸.

Los ejemplos de coordinación y colaboración entre estas tres organizaciones internacionales son múltiples. En el pasado, varios trabajos de UNIDROIT fueron utilizados como punto de partida de Convenios posteriormente aprobados en el marco de la CNUDMI. Cabe citar, entre otros, la *Convención de NU sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecho en Viena el 11 de abril de 1980 (CVIM)¹⁹ y el *Convenio de NU sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional*, hecho

¹⁷ Con frecuencia se utiliza este símil familiar para referirse a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, a UNIDROIT y a la CNUDMI a fin de destacar las potencialidades que derivan de su actuación coordinada, Kronke, H., “Which Type of Activity for Which Organisation? Reflections on UNIDROIT’s Triennial Programme 2006.2008 in its Context”, *Unif. L. Rev./Rev. dr. Unif.*, 2006 p. 138

¹⁸ J.A. Estrella Faria, “Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?”, *Unif. L. Rev./Rev. dr. Unif.*, 2009 p. 25

¹⁹ La preparación de un derecho uniforme para la compraventa internacional de mercancías comenzó en 1930 en el seno de UNIDROIT. Los trabajos se interrumpieron a raíz de la Segunda Guerra Mundial y en 1964 se presentaron dos proyectos de Convenio a la conferencia diplomática celebrada en La Haya: uno sobre la compraventa internacional de mercancías (LUCI) y otro sobre la formación de los contratos para la compraventa internacional de mercancías (LUFÍ). El escaso éxito de los Convenios adoptados debido, entre otras razones, a que no reflejaban suficientemente las tradiciones jurídicas y realidades económicas de países distintos a los de Europa continental occidental (la región que había participado más activamente en su preparación) condujeron a la CNUDMI a preparar una nueva Convención susceptible de una más amplia aceptación en el que se combinaran las materias objeto de los dos Convenios precedentes. Nota explicativa de la Convención de NU sobre los contratos de compraventa internacional de mercadería Naciones Unidas, Nueva York, 2011, pp. 36-37.

en Viena el 19 de abril de 1991²⁰. UNIDROIT también ha estado presente en la labor de la Conferencia de La Haya. Basta mencionar que un proyecto elaborado por UNIDROIT en 1938 sobre la “Ejecución en el extranjero de las deudas de alimentos”²¹, fue utilizado como punto de partida del *Convenio de La Haya de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimentarias respecto a menores*.

En la actualidad, cabe referirse, entre otros ejemplos ilustrativos, al aval que las versiones de 2004 y 2010 de los *Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales* ha obtenido por parte de la CNUDMI y la recomendación de que sean utilizados, según convenga²². Este apoyo no significa que la concurrencia de instrumentos de armonización en materia de contratos internacionales elaborados en el seno de ambas Organizaciones no plantee algunos problemas. La aprobación, en mayo de 2013, por parte del Consejo de Dirección de UNIDROIT de las *Cláusulas modelo para la utilización de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales*, suscitó algunas críticas por parte de Secretaría de la CNUDMI debidas al papel subordinado que ciertas cláusulas modelo atribuían a la Convención de Viena de 1980 (CVIM) en relación con los Principios de UNIDROIT. En concreto, dichas cláusulas se referían a la posibilidad de que, en un contrato de compraventa internacional de mercancías sujeto a la (CVIM), las partes acordasen interpretar y completar sus disposiciones en base a los Principios de UNIDROIT (“Cláusulas modelo números 3 y 4”). Este acuerdo suponía un rechazo implícito del criterio de interpretación autónoma previsto en el art. 7 (1) de la CVIM. (“En la interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la uniformidad en su aplicación...”) y del criterio previsto en el art. 7(2) de la CVIM para completar las disposiciones del Convenio (“Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado”).

A pesar de que las observaciones formuladas por la CNUDMI no resultase del todo convincentes debido a que la sustitución por voluntad (“implícita”) de las partes del art.7 de la CVIM por los Principios de UNIDROIT no puede

²⁰ El origen de este Convenio se remonta a un estudio realizado por UNIDROIT sobre los contratos de entrega y depósito, a raíz del cual el Consejo de Administración del Instituto aprobó en 1983 el anteproyecto de Convención sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte. En 1984 dicho anteproyecto se presentó a la CNUDMI a fin de que se prepararan normas uniformes al respecto. Nota explicativa del Convenio de NU sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transportes en el comercio internacional. Naciones Unidas, Nueva York 1994, p. 17.

²¹ “L’execution a l’étranger des obligations alimentaires ». Etude II : Dettes alimentaires-Doc. 13(1) Roma , octubre 1939 p. 12 .

²² Informe de la de la CNUDMI, 45ª sesión. N.Y., 25 de junio a 6 de julio 2012, Doc. A/67/17.

considerarse contraria a la CVIM, dado su carácter facultativo²³, el Consejo de Dirección acordó introducir algunas precisiones en el texto final antes de su aprobación definitiva con el fin de clarificar mejor las relaciones entre las “Clausulas modelo números 3 y 4” y el art. 7 (1) y(2) de la CVIM²⁴.

3.2. La unificación y armonización regional del Derecho privado

UNIDROIT también mantiene estrechas relaciones de cooperación con otras organizaciones internacionales que se ocupan de la unificación y armonización del derecho privado a nivel regional (OHADA, MERCOSUR, UE) ofreciéndoles su experiencia y ayuda.

Cabe mencionar, entre otros ejemplos de asistencia técnica, la petición que, en 2002, hizo el Consejo de Ministros de la OHADA (Organización para la Armonización en África del Derecho de los Negocios) a UNIDROIT solicitándole la preparación de un anteproyecto de *Acta uniforme sobre derecho de los contratos* con el objeto de adaptar los Principios de UNIDROIT a las “especificidades africanas”, es decir, a las circunstancias económicas y socio-culturales y a las distintas tradiciones jurídicas de los países miembros de la OHADA²⁵. Se trata de una tarea compleja, como ha señalado recientemente el profesor Marcel Fontaine (antiguo director del Centro de derecho de las obligaciones de la Universidad católica de Lovaina la Nueva y miembro del

²³ El art. 6 del CVIM permite a las partes “...establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”, salvo lo dispuesto en el art. 12.

²⁴ En el Documento oficial sobre Clausulas modelo para la utilización de los Principios de UNIDROIT relativos a los contratos comerciales internacionales (2013) www.unidroit.org, se indica que las partes deben ser conscientes de que los efectos de la elección de los Principios de UNIDROIT para interpretar y completar la CVIM son distintos, en función de si : i) la CVIM se aplica a raíz de la elección efectuada por las partes (incluso si no se dan las condiciones objetivas para su aplicación) o ii) la CVIM se aplica en tanto que forma parte del Derecho interno aplicable al contrato.

i) Cuando el contrato se rige por la CVIM, por el hecho de haber sido elegida por las partes y no por el hecho de formar parte del derecho interno aplicable, la CVIM tiene la consideración de instrumento de soft law (cláusula modelo n.º 3+) y los Principios de UNIDROIT pueden ser utilizados para interpretar y completar no solo, los aspectos de la materia regulada por la CVIM que no han sido expresamente resueltos (supuesto al que hace referencia el art. 7 (2) de la CVIM) sino también, las cuestiones del derecho general de los contratos que han quedado al margen del ámbito material de aplicación de la CVIM, pero que es necesario resolver en el contexto de un contrato de compraventa (p.e. contratos celebrados en base a cláusulas modelo, poder de los representantes, vicios del consentimiento, ilicitud, cesión del crédito etc.).

ii) Cuando las partes eligen como derecho aplicable al contrato un derecho interno que ha incorporado la CVIM (cláusula modelo n.º 4), la referencia a los Principios de UNIDROIT para interpretarlo y completarlo conlleva la derogación implícita del art. 7 (2) de la CVIM, de tal modo que en caso de lagunas éstas se colmarán de conformidad con los Principios de UNIDROIT y, en último término, por el derecho interno aplicable. Pero, a diferencia de la cláusula n.º 3, las cuestiones de derecho general de los contratos no expresamente previstas en la CVIM se regirán por el Derecho interno aplicable en lugar de por los Principios de UNIDROIT.

²⁵ M.Fontaine, “L’avant- projet d’Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats: vue d’ensemble”, Unif. L. Rev./Rev. dr. Unif, 2008 , pp. 203-215.

Grupo de estudios de UNIDROIT para la preparación de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales), a quien se encomendó la redacción del mencionado Anteproyecto. Una de las mayores dificultades que presenta esta tarea que implica “echar vino nuevo en odres viejos” es que los estudios sobre el derecho tradicional africano muestran la existencia de contratos originales y usos locales apropiados para el comercio a pequeña escala pero no existe ninguna teoría general del derecho de los contratos susceptible de ser adaptada a la economía global. En una región tan amplia como la formada por los 17 Estados miembros de OHADA, las especificidades locales son múltiples y las influencias de los sistemas jurídicos extranjeros variadas (belga, francés, español, portugués, inglés), en función de su pasado colonial. A esta dificultad cabe añadir la influencia actual del derecho chino como consecuencia de la creciente presencia de este país en el continente africano. Ante este panorama resulta difícil poder conciliar las “especificidades africanas” con la idea de la unificación y armonización del derecho de los contratos en los Estados de la OHADA, más allá de algunos rasgos generales no siempre fáciles de identificar²⁶.

Por lo que respecta a las relaciones de UNIDROIT con la Unión Europea (UE) éstas vienen marcadas por la transferencia de competencias legislativas de los Estados miembros en materia de Derecho internacional privado material y conflictual a favor de la UE, a partir del Tratado de Amsterdam (1997) y por los efectos *ad extra* de dicha competencia (corresponde a la UE negociar y celebrar Tratados con terceros Estados o con organizaciones internacionales relativos a las materias que le han sido transferidas).

Con anterioridad al Tratado de Amsterdam (1997) cuando una misma materia era objeto de regulación por parte de un Convenio de UNIDROIT y de un instrumento comunitario se preveía la posibilidad de que el Estado miembro que deseara ratificar o adherirse al Convenio de UNIDROIT pudiese hacer una declaración excluyendo su aplicación en las relaciones intracomunitarias. Esta hipótesis se planteó a raíz de los trabajos relativos a la restitución de los bienes culturales desplazados ilícitamente que de forma paralela se iniciaron en el seno de ambas organizaciones. UNIDROIT, a petición de la UNESCO, incluyó esta cuestión en su Programa de trabajo 1987-1989 y, mientras estaba trabajando en la elaboración de lo que más tarde sería el Convenio de 1995, la UE consideró necesario ocuparse de este mismo tema a fin de conciliar, en vistas a la entrada en vigor del Tratado de Maastrich (1992), el principio fundamental de la libre circulación de mercancías con el respeto a la diversidad de los sistemas nacionales de protección de los bienes culturales, reconocido en el artículo 36 del Tratado. El resultado de estos trabajos paralelos fue el *Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados*

²⁶ M. Fontaine, “Law harmonisation and local specificities – a case study: OHADA and the law of contracts” *Unif. L. Rev./Rev. dr. Unif.*, 2013.1, p. 50-64

ilegalmente de 25 de junio de 1995, por una parte y la *Directiva 93/7/CEE relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio del Estado* de 15 marzo 1993, por la otra. La comparación entre ambos textos muestra la influencia del Convenio sobre la Directiva aunque existen algunas diferencias²⁷, que con el tiempo se han ido atenuando. Basta referirse a la reciente propuesta de modificación de la Directiva 93/7/CEE²⁸ para comprobar cómo la definición de la “diligencia debida” del poseedor de un bien cultural en el momento de su adquisición prevista en el artículo 9, coincide con los criterios establecidos en los arts. 4 (4) y 6 (2) del Convenio de UNIDROIT de 1995²⁹. Además, como ya se ha indicado, la coincidencia en el tiempo de la armonización de las disposiciones sobre restitución de los bienes culturales que han sido desplazados de forma ilícita de un Estado a otro, en el seno de ambas organizaciones, condujo a introducir, a instancias de la UE, una disposición en el Convenio de UNIDROIT de 1995 destinada a permitir que los Estados contratantes, miembros de otras organizaciones de integración económica o de organismos regionales, pudiesen declarar que: “en sus relaciones mutuas [...] aplicarán las normas internas de dichas organizaciones y que, por consiguiente, no aplicarán en dichas relaciones las disposiciones del presente Convenio cuyo ámbito de aplicación coincida con el de dichas normas” (art. 13(3)). España formuló esta declaración en relación a las normas internas de la UE al adherirse al Convenio de UNIDROIT el 21 de mayo de 2002 y lo mismo hicieron, en su momento, Finlandia y Grecia.

Con el Tratado de Amsterdam (1997) la competencia *ad extra* de la UE para negociar y celebrar Tratados con terceros Estados o con organizaciones internacionales relativos a las materias que le han sido transferidas ha venido a limitar la actuación de los Estados miembros en el seno de las organizaciones internacionales de armonización distintas de la UE, a la vez que ha requerido la adopción de mecanismos de participación de la UE en los instrumentos elaborados en el seno de dichas organizaciones. Estos mecanismos han consistido, o bien, en admitir a la UE como miembro de la organización, como ha hecho la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado³⁰ o bien , en permitir que la Unión Europea, al igual que otras organizaciones

²⁷ M-A Renold “ Interaction entre l’integration régionale et l’harmonisation mondiale: quelques réflexions à propos des biens culturels” Unif. L. Rev./Rev. dr. Unif, 2003, pp. 581-583, se refiere a las diferencias relativas a la definición de bienes culturales y de colecciones públicas y a los plazos para interponer una acción de restitución y a las condiciones exigidas para el retorno de los bienes que ilegalmente han salido del territorio de un Estado miembro.

²⁸ COM (2003) 311 final. B. 30.5.2013

²⁹ La Directiva 93/7/CEE ya había sido modificada con anterioridad en virtud de la Directiva 96/100/CE de 17 febrero 1997 y de la Directiva 2008/38/CE de 5 junio 2001.

³⁰ Decisión del Consejo de 6 octubre 2006 sobre adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya, DOUE n. L 297 de 26 del 10 de 2006 (acompañada de un anexo en el que se precisan las competencias que los Estados han transferido a la UE). Por parte de la Conferencia de La Haya la admisión de la UE como miembro ha obligado a modificar en art. 3 de sus estatutos.

de integración económica, pueda adherirse a los Convenios preparados en su seno, como ha hecho UNIDROIT.

El primer Convenio de UNIDROIT en el que se ha introducido una cláusula permitiendo la firma, aceptación, aprobación o adhesión de una organización regional de integración económica ha sido el *Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las garantías mobiliarias sobre elementos de equipo móvil de 2001* (art. 48), al que ha seguido el *Convenio de Ginebra sobre normas de derecho material aplicables a los valores intermediados de 2009* (art. 41). De momento, la UE ha ratificado el Convenio de Ciudad del Cabo y su *Protocolo aeronáutico* y ha firmado el *Protocolo sobre material rodante ferroviario*. Cuando, como sucede en este caso, sólo una parte de las materias contempladas en el Convenio (competencia judicial internacional³¹, derecho aplicable y quiebra) son competencia de la UE, la adhesión de la Unión Europea es un presupuesto necesario pero no suficiente para que la aplicación del Convenio se imponga a los Estados miembros; ya que para que éstos queden obligados es necesaria, además, su ratificación o adhesión.

4. SELECCIÓN DE LAS MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARMONIZACIÓN Y ACTIVIDADES LEGISLATIVAS RECIENTES.

4.1. Los Programas de trabajo trianuales

En el pasado UNIDROIT fue considerado, con frecuencia, como una institución cuasi-académica en la que sus interlocutores eran preferentemente universidades y centros de investigación. Sin embargo esta percepción no se corresponde con el carácter abierto y participativo del proceso de selección de las materias susceptibles de inclusión en los Programas de trabajo trianuales del Instituto que se observa en la actualidad. Los gobiernos de los Estados miembros, las organizaciones internacionales, los sectores privados y los “corresponsales” del Instituto pueden formular propuestas y sugerencias dirigidas al Consejo de Dirección a quien le corresponde elaborar el Programa de trabajo trianual y presentarlo a la Asamblea General para su aprobación (art. 5.3 del Estatuto orgánico de UNIDROIT)

Al elaborar el Programa de trabajo trianual el Consejo de Dirección suele fijar los criterios de selección de las propuestas de armonización que se le han sometido. En el periodo 2009-2011 dichos criterios fueron los siguientes:

³¹ La Unión Europea al adherirse al Convenio y al Protocolo aeronáutico de Ciudad del Cabo (2001), el 18 de abril de 2009 formuló una Declaración indicando que cuando el deudor esté domiciliado en un Estado miembro de la UE, las disposiciones del Convenio de Ciudad del Cabo que determinan la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados contratantes para adoptar medidas provisionales (art. 43 en relación con el art. 13) no se aplicarán y, en su lugar, se estará a lo dispuesto en el art. 31 del Reglamento 44/ 2001.

a) *Establecimiento claro de las ventajas potenciales* de las demandas de los Gobiernos, las organizaciones internacionales y el sector privado, antes de iniciar nuevos proyectos.

b) *Justificación con argumentos convincentes* de que UNIDROIT se encuentra en mejor situación que otras organizaciones internacionales para realizar un determinado proyecto;

c) *Ausencia de riesgo de duplicidades o solapamientos desafortunados* con los trabajos emprendidos por otras organizaciones, así como mecanismos apropiados para lograr una adecuada coordinación entre organizaciones ;

d) *Garantía de que, en todo momento, al menos uno de los temas del programa de trabajo está destinado a responder a las necesidades de los países en desarrollo;*

e) *Plazos realistas y previsibles* para la finalización de los trabajos ; y

f) *Financiación adecuada* en el marco del presupuesto ordinario o financiación garantizada de forma específica mediante contribuciones extra-estatutarias procedentes del sector privado.

Estas recomendaciones o directrices destinadas a garantizar una selección rigurosa de las materias susceptibles de armonización coinciden básicamente con las formuladas en anteriores Programas de trabajo trianuales³². Sin embargo, cabe destacar , en relación *al establecimiento de las ventajas potenciales de las demandas de los Gobiernos, las organizaciones internacionales y el sector privado*, la importancia creciente que han adquirido: la opinión de los expertos , las encuestas entre los medios interesados y los estudios jurídicos y no jurídicos, en especial, los estudios de impacto económico destinados a evaluar, en relación a cada uno de los temas propuestos los costos y beneficios derivados de la supresión de la diversidad normativa de los Estados o de la introducción de un modelo de regulación “ex novo”³³. Este método de trabajo basado en consultas y estudios empíricos —en vez de en elucubraciones abstractas y no siempre contrastadas de los beneficios que supone eliminar las diversidad normativa entre los estados—

³² En la aprobación del Programa de trabajo para el período 2006-2008 los criterios para una selección rigurosa de las materias propuestas por el Consejo de Dirección fueron: i) su interés objetivo, ii) que UNIDROIT fuese el foro más apropiado, iii) posibilidad de realización dentro del calendario previsto, iv) equilibrio entre los proyectos que interesan a los países desarrollados y a los países en desarrollo, v) recursos necesarios y análisis de los costos/beneficios, vi) contribución global a la realización de los objetivos fijados en el Plan estratégico, Doc. UNIDROIT 2005, AG (59)2.

³³ Resulta ilustrativo, para mencionar solo algunos de estos estudios de impacto económico más recientes, el realizado por el *Center for the Economic Analysis of Law* (Washington D.C) sobre “Extending UNIDROT’s Cape Town Convention to Mining, Agricultural and Construction Equipment: Economic Issues” (Febrero, 2013) en el que , entre otras observaciones se indica que la adopción de un Protocolo al Convenio de Ciudad del Cabo específico para los bienes de equipo minero, agrícola y de la construcción facilitaría la utilización de estos bienes como garantía de préstamos por un valor de 2000 mil millones \$USA y un aumento de sus ventas de 600 mil millones \$USA en un periodo de 5 a 7 años.

disminuyen el riesgo de que los escasos recursos de que dispone UNIDROIT se dediquen a la solución de problemas más teóricos que reales.³⁴

Otro aspecto más novedoso en relación con anteriores Programas de trabajo trianuales, es la *garantía de que al menos uno de los temas a tratar esté destinado a responder a las necesidades de los países en desarrollo*. En cumplimiento de este compromiso, el actual Secretario General Angelo Estrella Faria abrió, en 2009, una nueva línea de actuación sobre *Derecho privado y desarrollo agrícola* que posteriormente se ha ido concretando. En 2012 se iniciaron los trabajos destinados a preparar una *Guía legislativa para la agricultura bajo contrato* con la colaboración de otras organizaciones internacionales, en especial las organizaciones de Naciones Unidas que se ocupan de la alimentación y la agricultura y que tienen su sede en Roma, como son, la FAO (Organización para la Alimentación y la Agricultura) y el FIDA (Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola). Fruto de esta colaboración ha sido el compromiso del FIDA a financiar parte de los trabajos de redacción y publicación de la *Guía* y la decisión de la FAO de unirse a UNIDROIT como *partenaire* y coautor de la misma. La agricultura bajo contrato se refiere a una modalidad de producción agrícola que ha experimentado un notable desarrollo a raíz de la creciente demanda de alimentos. Bajo el nombre de “contrato de producción agrícola, la *Guía* se refiere al acuerdo entre un agricultor y una sociedad agroindustrial (de transformación y distribución) en virtud del cual el agricultor se compromete a producir y a entregar en un momento futuro productos agrícolas conforme a las indicaciones de la sociedad agroindustrial y ésta se obliga a adquirir el producto a un precio determinado. Por regla general, la sociedad agroindustrial suministra al agricultor la tecnología y el material necesario para la producción (abonos, semillas, piensos para animales etc.) lo cual le confiere un cierto poder de control. Estos contratos de producción se rigen por prácticas comerciales muy diversificadas y son pocos los Estados que han adoptado normas específicas para regularlos. Si se tiene en cuenta el desigual poder económico de las partes (el agricultor es la parte débil en la cadena de valor agrícola —*agricultural value chain*—), la *Guía legislativa* puede contribuir a introducir “buenas prácticas” en la celebración de estos contratos en aras a conseguir una relaciones más justas y equilibradas entre las partes y puede, también, orientar a los Estados que deseen adoptar políticas públicas de apoyo a la agricultura bajo contrato³⁵. Una vez haya finalizado la preparación de la *Guía legislativa para la agricultura bajo contrato* (se espera que pueda ser publicada en 2015), están previstos otros eventuales trabajos en el ámbito del “Derecho privado y desarrollo agrícola”, tales como, la preparación de una *Guía internacional sobre contratos de inversión inmobiliaria*³⁶,

³⁴ R. Goode, “Reflections on Harmonisation of Commercial Law” Unif. L. Rev./Rev. dr. Unif , 1999-1 pp. 55- 57.

³⁵ Study 80A – Doc. 1 rev.; Etude 80A – Doc. .2

³⁶ Con relación a este proyecto se ha considerado oportuno esperar la aprobación de los Principios de inversión responsable en la agricultura elaborados en el seno del “Comité para la seguridad alimentaria mundial (CSA)” prevista para octubre de 2014.

aunque con un grado de prioridad bajo (proyectos que sólo tendrán lugar una vez finalizados otros proyectos que gocen de una prioridad más elevada o que cuenten con una financiación totalmente extra presupuestaria).

4.2. Realizaciones y proyectos

UNIDROIT es la única organización internacional con vocación universal cuyo mandato abarca todo el Derecho privado, como ya se ha indicado anteriormente. Los instrumentos cuya autoría puede atribuirse directa o indirectamente³⁷ a UNIDROIT versan sobre muy diversas materias (contratos, sucesión, técnicas de distribución, bienes culturales, seguros, propiedad intelectual, procedimiento civil etc...). Sin embargo, con la entrada en el siglo XXI su actuación se ha centrado en las cuestiones jurídicas que plantean las nuevas prácticas comerciales, las nuevas tecnologías y la interconexión de los mercados y, que por su dimensión transnacional, requieren una armonización a nivel global³⁸.

Las realizaciones más recientes, los proyectos en curso y los trabajos a realizar en el próximo trienio 2014-2016 pueden agruparse en torno a los siguientes ámbitos o sectores materiales del Derecho privado:

A) *Contratos del comercio internacional*

a) *Textos adoptados*: i) Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (3.ª edic. de 2010) aprobados en 2011 y ii) Cláusulas modelo que pueden ser utilizadas por las partes relativas a los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales (2013)

b) *Proyectos futuros*: i) Cuestiones relativas a los contratos a largo plazo, en particular la resolución por justa causa y ii) Cuestiones relativas a los contratos multilaterales, en particular los contratos de sociedad

B) *Garantías internacionales sobre materiales de equipo móvil*

a) *Textos adoptados*: i) Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (2001); ii) Protocolo de Ciudad del Cabo sobre materiales de equipo aeronáutico (2001); iii) Protocolo de Luxemburgo sobre material rodante ferroviario (2007); y iv) Protocolo de Berlín sobre bienes espaciales (2012)

b) *Proyectos futuros*: i) Protocolo sobre material de equipo minero, agrícola y de la construcción; ii) Protocolo sobre buques y material de equipo marítimo;

³⁷ Para poder valorar la contribución de Unidroit a la unificación/armonización del Derecho privado) no basta con referirse a los textos cuya autoría puede serle atribuida directamente y que son los incluidos en la página web del Instituto (www.unidroit.com), sino que también hay que tener en cuenta los instrumentos que a pesar de que se han adoptado bajo los auspicios de otras organizaciones internacionales se basan en proyectos elaborados por UNIDROIT.

³⁸ UNIDROIT: Strategic Plan "Horizon 2016", A.G. (57)3, November, 2003.

y iii) Protocolo sobre materiales de producción de energía eólica en alta mar y materiales análogos

C) *Operaciones en los mercados de capitales interconectados y transnacionales*

a) *Textos adoptados*: i) Convenio de Ginebra sobre las normas de derecho material aplicables a los valores intermediados (2009) y ii) Principios relativos a la aplicabilidad de las cláusulas de rescisión–compensación (*netting*) (2013)

b) *Proyectos futuros*: Guía legislativa relativa a los principios y reglas tendentes a mejorar las transacciones en los mercados financieros emergentes.

D) *Responsabilidad civil*

a) *Proyectos en curso*. : Responsabilidad civil derivada de los servicios prestados por el Sistema Global de Navegación por Satélite (GNSS).

E) *Derecho privado y desarrollo*

a) *Proyectos en curso*: Guía legislativa para la agricultura bajo contrato.

b) *Proyectos futuros*: i) Aspectos de derecho privado de la financiación agrícola y ii) Guía internacional sobre contratos de inversión inmobiliaria.

F) *Derecho Procesal civil internacional*

a) *Textos aprobados*: Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil internacional (2004)

b) *Trabajos futuros*: Formulación de reglas regionales sobre procedimiento civil transnacional, en colaboración con la *European Law Institut* .

Los instrumentos previstos para armonizar estas materias son muy variados y en ocasiones, como se comprobará a continuación, se combinan instrumentos de distinta naturaleza (obligatorios y no obligatorios) para regular sus distintos aspectos.

5. HETEROGENEIDAD Y FLEXIBILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE ARMONIZACIÓN.

5.1. Instrumentos obligatorios y no obligatorios (“soft law”)

Corresponde al Consejo de Dirección recomendar el instrumento más adecuado para cada proyecto. Desde 1988 en que se adoptó la primera *Guía para los acuerdos de franquicia*, los Convenios han dejado de ser el único mecanismo de unificación/armonización. De 1964 a 1998 se adoptaron ocho Convenios internacionales. A partir de esta fecha el número de instrumentos obligatorios (Convenios) y no obligatorios (leyes modelo, principios, guías legislativas y cláusulas modelo) es casi el mismo (seis y siete, respectivamente). Esta proporción se

mantendrá en el futuro inmediato cuando finalicen y se aprueben las propuestas legislativas previstas en el Plan de trabajo 2014-2016 a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

La pérdida de protagonismo de los convenios a favor de otros instrumentos de *soft law* obedece a distintas causas *i)* Elevado coste en términos económicos y de tiempo. La adopción de un convenio requiere la celebración de una Conferencia diplomática y puede transcurrir mucho tiempo antes de que el convenio alcance el número de ratificaciones necesario para su entrada en vigor; *ii)* Fraccionamiento del régimen convencional. La búsqueda de consenso entre los Estados durante las negociaciones, conlleva o bien una renuncia a regular determinados aspectos conflictivos o bien una regulación que, en tanto que fruto de un “compromiso político”, puede ser de inferior calidad que la prevista en el derecho interno; *iii)* Rigidez en el procedimiento de modificación de su contenido. Una vez se ha adoptado un Convenio su adaptación a los cambios de circunstancias (económicas o tecnológicas) que rodearon su celebración plantea el riesgo de que los Estados parte en el texto original no ratifiquen los Protocolos de enmienda o el nuevo Convenio destinado a sustituir al anterior.

Los instrumentos de *soft law*, en cambio, resultan menos costosos y se muestran especialmente adecuados cuando el objetivo de armonización no es tanto suprimir la diversidad normativa entre los Estados, como contribuir a su modernización (leyes modelos, guías legislativas) o cuando lo que se pretende es ofrecer a los particulares una normativa no estatal de calidad para regular sus contratos (p.e. Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales o Guía legislativa para la agricultura bajo contrato). Este tipo de instrumentos, ofrecen una serie de ventajas derivadas de su falta de obligatoriedad, ya que evitan el riesgo de que los Estados miembros de una organización de integración económica deban respetar disposiciones distintas sobre una misma materia adoptadas a nivel mundial y regional. En cambio, si se trata de instrumentos no obligatorios de naturaleza contractual (ciertos Principios y cláusulas modelo), sólo resultan aplicables si son elegidos por las partes y siempre que no entren en conflicto con las normas imperativas de origen europeo o convencional que resulten aplicables al contrato en cuestión. En caso de que sean leyes modelo, la principal ventaja es que los Estados pueden modificarlas, aplicarlas parcialmente o adaptarlas a las peculiaridades de su derecho interno, preservando, de este modo, la coherencia de su ordenamiento jurídico³⁹.

No obstante, algunas de las críticas de que suelen ser objeto los convenios, en particular su rigidez y ruptura de la coherencia del derecho interno, no deben exagerarse, ya que existen mecanismos que permiten flexibilizar su aplicación⁴⁰.

³⁹ J.A. Estrella Faria. Op. Cit. p. 11-19.

⁴⁰ N. Bouza Vidal “Unificación convencional “ a la carta” del Derecho internacional privado” en *Derecho internacional privado —derecho de la libertad y el respeto mutuo—. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. Asunción, Paraguay: Biblioteca de Derecho de la globalización, 2010, pp. 171-201.

Los convenios más recientes de UNIDROIT (el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil de 2001 y el Convenio de Ginebra sobre normas de derecho material aplicables a los valores intermediados de 2009) contemplan un complejo sistema de declaraciones *opting in* y *opting out* que permiten a los Estados parte ajustarlos a las peculiaridades y exigencias de su Derecho interno. Esta flexibilización, sin embargo, tiene sus límites, como ilustra con claridad la posición de España ante el Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos a la que se refiere el siguiente y último apartado de este trabajo.

5.2. La adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo: algunas reflexiones sobre los límites de adaptación al Derecho interno.

El conjunto formado por el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (2001) y sus tres Protocolos sobre: i) material de equipo aeronáutico (Ciudad del Cabo, 2001), ii) material rodante ferroviario (Luxemburgo, 2007) y iii) bienes espaciales (Berlín, 2012), tienen por objeto facilitar la financiación para la adquisición y uso de bienes de equipo de gran valor mediante la creación de una garantía internacional susceptible de ser reconocida en todos los Estados parte gracias a la creación de un Registro internacional en el que se inscriben las garantías internacionales. Con la creación de un Registro electrónico único de alcance internacional para cada uno de los bienes de equipo contemplados en dichos Protocolos, UNIDROIT ha demostrado, una vez más, su capacidad para ofrecer una respuesta novedosa y atenta a las necesidades de la práctica a una de las cuestiones más difíciles con la que tradicionalmente se ha enfrentado la eficacia internacional de las garantías mobiliarias sin desplazamiento posesorio sobre bienes susceptibles de ser desplazados de un país a otro, dada la protección territorialmente limitada que proporcionan los Registros nacionales sobre bienes muebles⁴¹.

España se adhirió al Convenio de Ciudad del Cabo, el 28 de junio de 2013⁴² pero no se ha adherido todavía al Protocolo aeronáutico (único que de momento ha entrado en vigor). Se trata de una conducta anómala⁴³ si se tiene en cuenta que para poder aplicar el Convenio de Ciudad del Cabo no basta con ratificarlo o adherirse a él, sino que además es necesario ratificar o adherirse como mínimo a uno de sus Protocolos. El Convenio no puede operar con independencia de

⁴¹ N. Bouza Vidal, “La armonización de la publicidad registral de las garantías mobiliarias; una alternativa a la *lex rei sitae*”, Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegria Borrás, Madrid: Marcial Pons, 2013 pp. 255-265.

⁴² BOE n.238, de 4 octubre 2013.

⁴³ De los 60 Estados parte en el Convenio sólo 6, incluida España, no han ratificado el Protocolo aeronáutico, que es el único que de momento está en vigor. Estos Estados son: Costa Rica, Gabón, Seychelles, Siria y Zimbabue.

uno de sus Protocolos, ya que la función de éstos es adaptar las disposiciones generales del Convenio a las especificidades de los bienes de equipo objeto de los mismos. Convenio y Protocolo deben interpretarse como un solo instrumento y en caso de discordancia entre ambos textos prevalecen las disposiciones del Protocolo (art. 6 del Convenio).

El motivo de este proceder obedece a las diferencias que existen entre los principios y efectos del Registro internacional de bienes aeronáuticos y los principios y efectos a los que está sujeto el Registro de bienes muebles español⁴⁴. El Registro internacional es un registro electrónico en el que, a diferencia del Registro de bienes muebles español, se inscriben notificaciones en lugar de documentos y por consiguiente, no existe calificación previa ni control de legalidad.

Con el fin de mitigar el impacto del Convenio y sus Protocolos sobre el régimen registral español se ha planteado la conveniencia de que España haga uso de la facultad que el art. 18.5 del Convenio y el art. XIX del Protocolo aeronáutico” (al igual que el resto de Protocolos que todavía no han entrado en vigor) otorgan a los Estados contratantes de designar “puntos de acceso” “directos y autorizantes” en su territorio a partir de los cuales se pueda, o incluso se deba, transmitir al Registro internacional la información exigida para la inscripción de una garantía⁴⁵. Con esta declaración se pretende salvaguardar el control que en el Derecho español ejerce el encargado del registro sobre los documentos que acreditan la constitución de la garantía antes de que ésta pueda ser inscrita. Sin embargo cabe preguntarse si dicha pretensión resulta razonable. Es cierto que el art. 18.5 del Convenio de Ciudad del Cabo permite que los Estados parte que designen un punto de acceso en su territorio puedan *especificar los requisitos que deberán satisfacerse antes de que la información se transmita al registro internacional*. Pero ¿cabe entender, como defienden algunos juristas (por lo general registradores), que dentro de estos “requisitos adicionales” cabe incluir los controles de legalidad o calificación previa de los documentos contractuales acreditativos de la existencia de la garantía exigidos en el derecho registral español? En contra de esta interpretación cabe argumentar: i) Los distintos efectos de la inscripción de una garantía en el Registro internacional y en el Registro de

⁴⁴ El Registro internacional funciona sobre una base exclusivamente telemática, la inscripción de los derechos y garantías sobre determinada categoría de bienes no es constitutiva, sus efectos se limitan a la oponibilidad de la garantías frente a terceros con independencia de la buena fe y a establecer la preferencia de rango del titular de la garantía en base a un criterio de prioridad cronológica.

⁴⁵ Normas y Procedimientos para el Registro internacional (5.ª edic. 2013). Según el art 12 (2), “Un Estado contratante podrá designar uno o varios puntos de acceso (“punto de acceso”) en el marco del párrafo 1 del Artículo XIX del Protocolo: a) que transmitirá o podrá autorizar la transmisión al Registro internacional (“punto de acceso autorizante”) de la información necesaria para la inscripción en el marco del Convenio y del Protocolo; o b) a través del cual se transmitirá o se podrá transmitir directamente al Registro internacional (“punto de acceso directo”) la información necesaria para la inscripción en el marco del Convenio y del Protocolo.

bienes muebles español, mucho más limitados en el primero (oponibilidad y rango de preferencia) que en el segundo (constitutivos, en ocasiones, y de fe pública registral). Por consiguiente, no parece razonable extender las estrictas condiciones exigidas para la inscripción de una garantía en un registro nacional, a la transmisión de los datos mínimos exigidos en el Convenio para poder dar “noticia o aviso” de la existencia de una garantía a toda persona que consulte el Registro internacional; ii) El propio Convenio en su art. 26 establece que “ *no se podrá negar a nadie el acceso a las oficinas de inscripción y de consulta del Registro internacional por ningún motivo, salvo la falta de cumplimiento de los procedimientos prescritos en el Capítulo V del Convenio*” y; iii) Condicionar la inscripción al Registro internacional a los requisitos mucho más estrictos del Derecho registral español privaría al Convenio de Ciudad del Cabo y a los Protocolos que le acompañan de su “efecto útil” al desvirtuar por completo el modelo registral que se ha querido introducir y las ventajas que de él se derivan (reducción de costes, menor riesgo de errores en el proceso de inscripción totalmente informatizado en el que se ha eliminado toda participación humana, e independencia del registro respecto de las controversias relativas a la titularidad de los bienes o a otros aspectos relacionados con el contenido del acuerdo de garantía, las cuales deberán resolverse al margen del registro).

En definitiva, sin negar la necesidad de ajustar el régimen registral español al previsto en el sistema de Ciudad del Cabo, a fin de dotar de mayor coherencia el régimen interno e internacional de las garantías mobiliarias, creo que el camino a seguir no es el de condicionar o subordinar la inscripción en el Registro internacional de las garantías mobiliarias sobre bienes de equipo aeronáutico al régimen previsto en los Registros de bienes muebles y de aeronaves españoles, sino, todo lo contrario, proceder a una reforma global del sistema español de garantías mobiliarias de acuerdo con los estándares internacionales. Para ello lo mejor sería seguir las pautas y recomendaciones formuladas en las Guías legislativas sobre garantías mobiliarias de la CNUDMI⁴⁶ claramente inspiradas en el modelo previsto en el Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos. De seguirse esta opción favorable a una reforma global de las garantías mobiliarias se lograría evitar que, una vez España se haya adherido al Protocolo aeronáutico, las distintas piezas que componen el régimen de las garantías mobiliarias sobre los bienes de equipo contemplados en el Convenio de Ciudad del Cabo se regularán por regímenes distintos e incluso incompatibles: la constitución y las obligaciones entre las partes, por el Derecho español (incluidas sus normas de Derecho internacional privado) y la oponibilidad, rango y ejecución de la garantía, por el sistema de Ciudad del Cabo.

⁴⁶ UNCITRAL: Guía Legislativa sobre operaciones garantizadas (2007) y Guía legislativa técnica sobre creación de un Registro general de Garantías reales (2013) Existe además un proyecto de Ley modelo sobre operaciones garantizadas donde de forma sintética breve y sencilla se recogen los principios y reglas básicas que dimanarían de las dos Guías legislativas anteriores.

6. OTRAS ACTIVIDADES

A partir de los años ochenta la actividad legislativa de UNIDROIT ha adquirido un mayor protagonismo en relación a otras actividades que tradicionalmente ha desarrollado. Existe un Programa de becas destinado a quienes deseen realizar una estancia en la sede de la organización y utilizar la documentación disponible en la Biblioteca del Instituto para realizar trabajos de investigación relacionados principalmente con temas que hayan sido o sean objeto de atención por UNIDROIT.

Con el fin de difundir los trabajos de armonización del derecho privado realizados por UNIDROIT y por otras Organizaciones internacionales y de publicar estudios sobre derecho comparado y unificación del derecho, se creó la *Uniform Law Review/Revue de Droit uniforme*. El primer número, en forma de anuario, apareció en 1948 con el nombre *Unification du droit/Unification of law*. En 1956 se inició una publicación paralela sobre la aplicación de los instrumentos de derecho uniforme por parte de los tribunales nacionales con el título de *Uniform Law Cases*. En 1973 ambas publicaciones se fusionaron dando lugar a la *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review* que inicialmente fue bianual, en vez de anual como habían sido sus predecesoras, pero que a partir de 1996 pasó a publicarse trimestralmente. Con la decisión del Consejo de Dirección adoptada en su sesión anual de mayo de 2013 de transferir la publicación de la revista a la Oxford University Press se ha iniciado una nueva etapa. UNIDROIT continúa manteniendo la propiedad intelectual de la publicación, mientras que al grupo Oxford University Press asume la elaboración, edición y difusión de la Revista. Su clasificación entre las publicaciones tomadas en consideración para la evaluación de la investigación universitaria seguramente contribuirá a mantener su reputación y difusión en el futuro.

UNIDROIT, LA CONFERENCIA DE LA HAYA Y EL SECTOR FINANCIERO

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid*

1. INTRODUCCIÓN

Quienes como expertos externos hayan colaborado con distintos órganos ministeriales seguramente coincidirán en que la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (AJI) es un caso muy singular. Sin duda debido a la impronta de los sucesivos directores, es singular por el cuidado que siempre ha prestado a la preparación de los temas, por la delicadeza y respeto con que ha tratado a esos expertos externos y, en particular, por el apoyo que siempre les ha brindado. Es un verdadero honor haber gozado de esa condición y esta contribución no es más que una pequeña compensación de mi deuda.

En concreto, el objeto de este trabajo responde a mi experiencia como experto español designado por la AJI en dos instituciones internacionales: la Conferencia de La Haya y UNIDROIT. Y, además, en la elaboración de unos textos dirigidos a un sector particular, bastante alejado de las preocupaciones tradicionales de esas dos instituciones: el sector financiero.

El orden de exposición es muy sencillo. En primer lugar describiré los trabajos en el seno de la Conferencia de La Haya y, a continuación, en el seno de UNIDROIT. A lo largo de la exposición intentaré articular algunas enseñanzas que he podido extraer de esas experiencias y, por último, añadiré un par de reflexiones en la conclusión. Soy consciente de que, salvo para algunos, la dimensión inter-

nacional del sector financiero es un mundo poco o nada atractivo: las reglas son complejas, abstrusas y están muy alejadas de los intereses académicos. La intersección suele ser evitada: a los mercantilistas no les suele gustar la dimensión internacional y a los internacional-privatistas no les gusta ese sector del Derecho material. Esto comporta uno de los mayores riesgos que se manifiestan en este sector y al que dedicaré esas reflexiones finales: lo que los economistas han bautizado como la “*captura del regulador*”¹.

2. LA TENENCIA DE VALORES INTERMEDIADOS: EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2002

2.1. Introducción

Los mercados de valores han cambiado profundamente durante los últimos años. Uno de los cambios más significativos ha afectado a la representación de los propios valores: gracias al avance de la tecnología, se ha pasado de un sistema de representación cartular, conforme al cual los intercambios de valores requerían la entrega del papel, a un sistema de representación contable, conforme al cual los intercambios se producen mediante simples anotaciones electrónicas. Otro de los cambios más significativos ha afectado al ámbito espacial del intercambio. La globalización de los mercados de capitales hace cada vez más habitual que los inversores coloquen sus ahorros en valores extranjeros o, desde el otro lado de la mesa, que los emisores busquen financiación en mercados de capitales extranjeros.

Los avances tecnológicos y el proceso de globalización de los mercados de capitales han provocado que en la actualidad la tenencia y la disposición de los valores se basen en estructuras jurídicas relativamente complejas. La pieza clave que conforma esas estructuras son los llamados sistemas de tenencia indirecta de valores. Cuando el inversor es titular de valores extranjeros lo más habitual es que no exista una relación contable directa entre el emisor (o el registro original) y aquél. Los valores se suelen encontrar depositados *-rectius*, anotados- a lo largo de una cadena de intermediarios financieros que unen ambas figuras, pero cada eslabón sólo se relaciona con el inmediatamente anterior y posterior; no con los que se encuentran por encima o por debajo de éstos. Por eso la relación entre el emisor de los valores y el inversor no es directa, sino indirecta, a través de esa cadena. Esta forma de tenencia se suele calificar como “tenencia indirecta de valores” o como “valores intermediados” (son comunes las expresiones inglesas de *intermediated securities* o de *securities held with an intermediary*)². El volu-

¹ Vid. recientemente y recogiendo el status quaestionis, CARPENTER/MOSS (eds.) Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence and How to Limit it, 2013, passim.

² Vid. UNIDROIT, Preliminary Draft Convention on Harmonised Substantive Rules Regarding Securities Held with an Intermediary. Explanatory Notes, 2004, p. 5.

men de valores sometidos a este sistema de tenencia (alrededor de 50 trillones de euros) es difícil de imaginar para la mente humana³.

2.2. Riesgos legales: el riesgo conflictual y el riesgo material

El concepto de *riesgo legal* se suele emplear para referirse a las situaciones en las que el ordenamiento jurídico no ofrece una respuesta clara, previsible y apropiada a un problema real. Estos riesgos surgen siempre que hay un desfase temporal entre la realidad y el Derecho. Esto sucedía en los años noventa con los sistemas de tenencia indirecta. En concreto, se solía afirmar que los sistemas de tenencia indirecta de valores llevaban asociados dos tipos de riesgos legales: uno de naturaleza conflictual y otro de naturaleza material⁴.

El *riesgo conflictual* consiste en identificar la ley aplicable a los derechos del titular de la cuenta de valores; esto es, la ley que va a gobernar su posición jurídica y, por consiguiente, va a determinar la naturaleza de sus derechos y el régimen de disposición de los mismos, incluida la constitución de derechos reales de garantía⁵. En los sistemas de tenencia indirecta, la cadena de anotaciones atraviesa una pluralidad de jurisdicciones desde el país del emisor hasta el país del inversor. A efectos conflictuales, cada eslabón se localiza en un país. El problema conflictual consiste en identificar la ley nacional que rige los derechos del titular de la cuenta o, *rectius*, de cada titular de una cuenta a lo largo de la cadena.

El *riesgo material* se plantea una vez identificada la ley aplicable y deriva de que dicha ley no ofrezca una protección sustantiva previsible y adecuada a los intereses del titular. En efecto, en el Derecho comparado nos encontramos con diferentes soluciones a la hora de definir qué tipo de derecho o derechos tiene el titular de una cuenta de valores en esos sistemas: para unos ordenamientos posee un derecho real, para otros un mero derecho contractual y para otros un derecho con rasgos comunes a ambos⁶. Hay ordenamientos que reconocen al titular un derecho de naturaleza real, oponible a terceros y que resiste la insolvencia del propio intermediario. Esto significa que si el intermediario cae en quiebra, el titu-

³ Las cifras pueden consultarse en www.ecb.int/stats/collateral; vid. subrayando la importancia cuantitativa de estas operaciones, PAECH, "Harmonising Substantive Rules for the Use of Securities Held with Intermediaries as Collateral: the UNIDROIT Project", *Unif.L.Rev.*, 2002, pp. 1140 y ss.; Explanatory Report on the 2006 Hague Securities Convention, Int-2; UNIDROIT, Explanatory Notes, cit., p. 11.

⁴ Esta forma de plantear los problemas legales está muy extendida; vid. UNIDROIT, Explanatory Notes, cit., pp. 7 y ss, vid. i.a AUSTEN-PETERS, *Custody of Investment*, 2000, pp. 21 y ss.; GUYNN, "Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws", IBA, Capital Markets Forum, n.º 6, 1996, pp. 1 y ss., p. 28.

⁵ Explanatory Report on the Hague Convention, cit., Int-34

⁶ Vid. ROGERS, "Policy Perspectives on Revised U.C.C. Article 8", *UCLA L. Rev.*, 1996, pp. 1431 y ss., pp. 1450-1451; SCHWARCZ, "Intermediary Risk in a Global Economy", *Duke L.J.*, 2001, pp. 1541 y ss., p. 1553 con más referencias.

lar puede retirar sus valores de la masa *ex iure domino*. Hay otros ordenamientos que sólo reconocen al titular un derecho de crédito (al ser normalmente depósito común de valores fungibles, se considera que nos encontramos ante un depósito irregular y que, por consiguiente, el titular sólo goza de un derecho de crédito frente al intermediario). Lo más normal es que, en tal situación, los derechos del titular no sean oponibles a terceros y no resistan la quiebra del intermediario. Por último, hay sistemas jurídicos que atribuyen una naturaleza “mixta” a los derechos del titular; por ejemplo, pese a reconocer su naturaleza de derecho de crédito, le dota de cierta resistencia a la quiebra del intermediario. Sin embargo, una vez hecha esta categorización, lo cierto es que hasta hace poco tiempo la mayoría de los ordenamientos jurídicos carecían de respuestas previsibles y adecuadas a la pregunta sobre la naturaleza de los derechos del titular de una cuenta de valores en un intermediario o de la constitución de garantías reales sobre esos derechos. Esta incertidumbre repercutía en los costes de transacción y de ahí la preocupación por diseñar un marco legal que redujese o incluso eliminase este riesgo.

Precisamente a esta necesidad vinieron a dar repuesta el Convenio de La Haya del año de 2002 y el Convenio de UNIDROIT de 2009. El primero para conjurar el riesgo conflictual y el segundo, el riesgo material. Comenzaré por aquél.

2.3. El encaje conceptual en la regla *lex rei sitae*

En Europa, el marco conceptual tradicionalmente empleado para resolver los problemas de ley aplicable en el caso de valores depositados en un intermediario ha sido el de la *lex rei sitae*. No obstante, esta aproximación dogmática planteaba ciertos problemas de índole práctica: la regla *lex rei sitae* requiere localizar la *res* en algún lugar y cuando nos encontramos ante bienes intangibles esa localización es necesariamente ficticia⁷. El proceso de incorporación de los créditos a un documento (título-valor) facilitó en gran parte la resolución del problema práctico, pues hacía innecesario el recurso a localizaciones ficticias: una vez producida esa incorporación, la constitución de derechos reales sobre un documento (e indirectamente sobre el valor) se sometía a la *lex cartae sitae*⁸.

La representación contable de los valores no tenía por qué modificar esta construcción conceptual, aunque volvía a plantear el problema práctico asociado a la localización espacial. En los casos de valores representados mediante anotaciones contables, ¿dónde se entienden situados los valores a los efectos de aplicar la regla *lex rei sitae*?. En principio, la respuesta inmediata era sencilla: si el papel se sustituye por la anotación contable, lo lógico es que la localización del papel se sustituya por la localización de la anotación contable. En los sistemas de escalón único, la solución juega sin ninguna dificultad: los valores se entenderán

⁷ I.a., OOI, Shares and Other Securities in the Conflict of Laws, 2002, p. 14.

⁸ Explanatory Report on the Hague Convention, cit. Int-36

situados donde se encuentre el registro contable inicial (y único). El problema fundamental reside en aplicar esta solución en los sistemas de tenencia indirecta con múltiples escalones, ya que aquí nos encontramos con una pluralidad de registros contables, tantos como escalones.

Para concretar la *lex rei sitae* en el sector de los sistemas multinivel o intermediados, se propusieron dos soluciones normativas: o aplicar la ley del emisor, en cuyos registros están inicialmente anotados los títulos, o aplicar la ley del intermediario en cuyos registros se refleja la cuenta del titular. La primera opción se suele calificar como el “*looking-through Approach*” y la segunda como el “*Place of Relevant Intermediary Approach*” (=PRIMA). El Convenio de La Haya de diciembre de 2002 supone la consagración de la regla PRIMA, o al menos de una variante de esta regla, a nivel mundial (*vid.* apdo. IV del Preámbulo).

2.4. Breve resumen de la génesis

Los trabajos de la Conferencia de La Haya en este ámbito se remontan a la Comisión especial sobre política y asuntos generales de la Conferencia de La Haya, celebrada los días 8 a 12 de mayo de 2000. En aquella sesión, Australia, el Reino Unido y los Estados Unidos presentaron un documento donde se proponía la elaboración de un texto con el objeto de determinar la ley aplicable a los derechos sobre valores anotados en un intermediario y a los actos de disposición sobre los mismos. La propuesta fue aprobada por unanimidad. Todos los Estados presentes estaban de acuerdo en la necesidad urgente de disponer de un convenio internacional en la materia que eliminase el riesgo conflictual asociado a los sistemas de tenencia de valores a través de intermediarios. Se consideró entonces que el tema debía abordarse a la mayor brevedad posible, por ello, en esa misma sesión se convocó una reunión de una comisión especial de expertos para los días 15 a 19 de enero de 2001. El (entonces) primer secretario de la Conferencia, el Sr. Bernasconi, fue encargado de elaborar un documento de trabajo que sirviese de base a dicha reunión. El resultado se conoce como *Informe Bernasconi* y resulta imprescindible para entender los primeros pasos de las negociaciones⁹.

En la reunión de la Comisión de expertos de enero de 2001 se acordó continuar adelante con el proyecto, y designar un Comité de redacción presidido por el profesor R. Goode. Se encargó a este Comité la presentación de un texto teniendo en cuenta las decisiones adoptadas en la Comisión especial de expertos, así como incorporar o sugerir propuestas alternativas. En junio de 2001, durante la primera parte de la XIX sesión diplomática de la Conferencia, se adoptó oficialmente el proyecto, así como la forma de trabajo. Desde entonces, hubo dos

⁹ Su texto puede consultarse en www.hcch.nl

reuniones de la Comisión especial, enero 2002 y diciembre 2002. En esta última, formalmente constituida como segunda parte de la XIX sesión diplomática de la Conferencia, se aprobó el texto final.

2.5. Consideraciones generales

Para facilitar la comprensión del Convenio conviene hacer dos consideraciones generales previas. Estas consideraciones nos van a ofrecer algunos rasgos del texto convencional que, si bien no aparecen explícitamente en ningún lugar, han sido determinantes durante su elaboración. Por decirlo de forma más retórica, nos van a dar una idea del “espíritu” con el que se ha elaborado el texto.

En primer lugar, el Convenio de La Haya, como cualquier otro convenio internacional, es un texto pactado en cuya elaboración han participado una pluralidad de Estados con concepciones jurídicas muy diferentes en relación al sector de la realidad que pretende regular. Tener en cuenta este dato es fundamental no sólo para entender adecuadamente el texto, sino también para no incurrir en la descalificación fácil. La *legislación de origen interno* se diseña *dentro* de un ordenamiento jurídico, y por lo tanto a partir del sistema externo e interno que informa dicho ordenamiento. Esto facilita de manera notoria el que las reglas sean coherentes entre sí y con el resto del ordenamiento. Los *convenios internacionales* no responden a este modelo. Los convenios internacionales se elaboran *fuera* de los ordenamientos nacionales y son el resultado de acuerdos entre concepciones jurídicas muy distintas, cada una con su propio sistema externo e interno. La función del convenio es servir de puente entre esas concepciones y, por eso, su contenido ha de ser comprensible y trasladable a todos, aunque no encaje perfectamente en ningún ordenamiento jurídico. El Convenio de La Haya fue el mínimo común denominador que estaban dispuestos a aceptar los Estados en el ámbito de los valores intermediados y así debe tomarse.

Dicho esto, no puede ocultarse que el Convenio de La Haya está notablemente basado en la concepción jurídica anglosajona. En su elaboración han participado muy activamente juristas anglosajones y, además, juristas dedicados a la práctica (*financial lawyers*). De hecho, en gran medida, el contexto argumental que ha presidido la elaboración del convenio ha sido el de esta comunidad. El Convenio se ha elaborado pensando en que esos van a ser sus destinatarios principales. No es un Convenio elaborado pensando en los jueces, ni en abogados no especializados. Como vamos a ver, esto se ha reflejado tanto en su estructura como en la propia redacción de los preceptos. Por este mismo motivo, es importante también tener en cuenta el dato lingüístico. El texto se negoció originalmente en inglés, utilizando conceptos habituales en la práctica financiera anglosajona. Sin este *background* muchos términos son difíciles de entender.

En segundo lugar, y desde el punto de vista de técnica legislativa, el Convenio opta por normas rígidas, seguras y predecibles, y basadas en conceptos descriptivo-funcionales más que dogmáticos. En el sector del mercado financiero, los operadores tienen una preocupación obsesiva por la seguridad jurídica. Por ello, durante la elaboración del Convenio la búsqueda de soluciones claras y precisas ha sido la principal preocupación. Esto se puede entender fácilmente. La posición del titular de los valores depositados en un intermediario y la eficacia de garantías jurídico-reales que se constituyan sobre ellos van a depender necesariamente de la ley aplicable; esta ley dirá al acreedor cómo ha de constituir la garantía y cuál es su solvencia; en definitiva, cuál es el riesgo que esta asumiendo. En los mercados financieros es habitual que se utilicen los depósitos contables de valores como bien objeto de garantía. Pues bien, la previsibilidad de las soluciones conflictuales permite determinar *ex ante* la ley aplicable a este tipo de garantías y, por consiguiente, ajustar adecuadamente la exposición al riesgo jurídico¹⁰. Esto interesa tanto al acreedor como al deudor; al primero ya que le permite ajustar el precio, al segundo ya que le reduce los costes de financiación (la incertidumbre se repercute en el precio)¹¹. Las reglas rígidas, que dejen poco espacio a la interpretación, garantizan este objetivo.

Tal vez convenga añadir un dato más. Se suele afirmar que las normas rígidas reducen los costes de aplicación, pero pueden incrementar los costes de error; mientras que las normas flexibles operan en sentido contrario, son más costosas de aplicar, pero reducen los costes del error en la medida en que permiten al juez ajustar la solución a las particularidades de cada supuesto. Durante las negociaciones del Convenio, sin embargo, se puso de manifiesto bastante a menudo que dicha idea no era válida en esta ocasión. La complejidad y especialidad del sector de la realidad sobre el que se proyectaba el Convenio generó bastantes dudas sobre el hecho de que las autoridades judiciales pudiesen ofrecer soluciones concretas más ajustadas a las necesidades de cada supuesto; por eso se prefirió un sistema de normas rígidas o cerradas que no dejaran ningún juego al desarrollo judicial.

2.6. Contenido

2.6.1. Conexión principal

A continuación voy a describir brevemente las dos reglas principales del Convenio. Creo que esta descripción puede ser muy útil para hacernos una idea del tipo de texto normativo al que nos enfrentamos y, en particular, del grado de

¹⁰ GUYNN/TAHYAR, “The Importance of Choice of Law and Finality to PvP, netting and Collateral Arrangements”, J.F.R. & C., vol. 4, nº 2, pp. 170 y ss.

¹¹ Mas detenidamente, sobre la importancia de la seguridad jurídica en este ámbito, ROGERS, loc.cit., pp. 1497-1503.

complejidad en la redacción de las normas al que puede llevar esa preocupación por la seguridad jurídica.

Para designar la ley aplicable se tomó como punto de partida la “regla PRIMA” (=Place of the Relevant Intermediary Approach). Como sabemos, el propósito de esta regla es asegurar que la localización se busque en el intermediario relevante, esto es, el intermediario que lleva la cuenta de valores (tal y como se define en el Art. 1), y consiguientemente evitar que los valores se localicen en el país del emisor o registro inicial (*i.e.*, evitar lo que técnicamente se conoce como *looking through Approach*) o en intermediarios superiores dentro de la cadena de anotaciones. Los artículos 4 y 5 expresan el primer aspecto de la regla y el artículo 6 el segundo.

Cuando el intermediario relevante tiene todas sus oficinas o sucursales en un mismo Estado, la determinación de la ley aplicable no es problemática. Será la ley de dicho Estado. Sin embargo, cuando el intermediario tiene sucursales o establecimientos ubicados en distintos Estados es necesario concretar esa regla. Este es el objetivo del artículo 4. Inicialmente, para concretar la regla PRIMA en esos supuestos se partió de la misma solución que se había establecido en algunas Directivas europeas (la Directiva 98/26 y 2002/47), *i.e.* la idea de *localizar la cuenta: la ley aplicable sería la del Estado de la sucursal del intermediario relevante donde se localice la cuenta de valores*. Sin embargo, durante la última fase de la negociación, la idea de utilizar la localización de la cuenta como criterio de conexión se rechazó por varias razones. Básicamente, por los problemas de “doble lectura” que presentaba esa solución: mientras que para algunos países, bastaba que las partes localizasen subjetivamente la cuenta en un Estado para que se aplicase esa ley (con independencia de mayores requisitos); para otros resultaba necesario que el intermediario localizase objetivamente la cuenta en dicho Estado (por ejemplo, asignándole un código que así lo pruebe, localizándola ahí a efectos contables, fiscales, etcétera). Esta doble interpretación generaba una incertidumbre poco deseable.

Ante esos inconvenientes, se optó por una concreción distinta, basada en el juego de dos elementos: (a) acuerdo de las partes sobre la ley aplicable, presumiéndose, además, que es la misma que rige el contrato, y (b) existencia de una sucursal del intermediario en el Estado cuya ley se ha elegido. Esto es, “acuerdo + test de realidad”.

La solución finalmente adoptada, sin embargo, fue objeto de bastante discusión pues estaban detrás modelos de negocio contrapuestos. Eso es, la opción por una u otra solución favorecía a un determinado grupo de intermediarios, que venían tradicionalmente operando bajo aquélla, y perjudicaba a otros, que deberían asumir los costes de transformación de sus modelos de organización de la custodia de valores. Esta es una de las razones que explica el “bloqueo” a la ratificación del Convenio por los países europeos.

El primer elemento es el acuerdo de las partes. Conforme al tenor del artículo 4.1, la ley aplicable será la ley elegida por las partes en el contrato de cuenta. No obstante, no hay libertad absoluta para elegir la ley aplicable. El llamado “test de realidad” que se establece en el artículo 4.1 tiene por objeto limitar el menú de opciones. En concreto, su sentido es evitar que las partes puedan designar como ley aplicable la ley de un Estado donde el intermediario no realiza actividad alguna de mantenimiento de cuentas. Por ejemplo, que puedan elegir el Derecho de Bahamas cuando el intermediario no tiene ningún establecimiento en Bahamas donde se lleven a cabo regularmente actividades de mantenimiento de cuentas de valores.

Los inconvenientes que pueda plantear la lectura de este segundo apartado del artículo 4.1 obedecen a una razón muy sencilla: no es fácil fijar una regla que exija algún tipo de conexión real con el Estado elegido sin abrir la puerta a fórmulas ambiguas que pongan en peligro el objetivo de certeza jurídica que preside el texto convencional. Por eso, la solución final responde a una suma de tres elementos: (a) es necesario que el intermediario tenga un establecimiento en el Estado cuya ley se ha escogido (b) se tipifican ciertas actividades que deba realizar dicho establecimiento para que satisfaga el “test de realidad” (técnica de “lista blanca”); y (c) se excluyen actividades que se consideran insuficientes para satisfacer dicho test (técnica de “lista negra”).

En relación al primer aspecto, el Convenio exige que el intermediario tenga un establecimiento en el país cuya ley ha sido escogida por las partes y, además, añade una definición del término “establecimiento” con el objeto de asegurar el buen funcionamiento de la regla. Por establecimiento no debe entenderse cualquier oficina o local, sino *“un lugar de actividad profesional en el cual se llevan a cabo cualesquiera de las actividades del intermediario, excluyendo un lugar de actividades profesionales que pretende ser meramente temporal y un lugar de actividades profesionales de cualquier otra persona distinta del intermediario”*.

En cuanto a esa “lista blanca” de actividades que son suficientes para satisfacer el test de realidad, el Convenio considera satisfactorio que el establecimiento en cuestión *“... (a) solo o con otros establecimientos del intermediario relevante o con otras personas actuando para el intermediario relevante en ese mismo Estado o en otro: (i) efectúa o supervisa anotaciones en cuentas de valores; (ii) realiza la administración de los pagos o de otras actividades societarias relativas a los valores depositados en el intermediario; o (iii) participa, de cualquier otra manera, en una actividad profesional o regular de mantenimiento de cuentas; o (b) es identificado mediante un número de cuenta, un código bancario o cualquier otro modo de identificación particular como un establecimiento que mantiene cuentas de valores en ese mismo Estado*. Este segundo apartado no toma en consideración las funciones que lleva a cabo el establecimiento, sino el mero hecho de que a ese establecimiento se le asignan códigos de cuenta, por

ejemplo, a efectos contables, regulatorios, etcétera, aunque el Convenio no prejuzga nada en cuanto al modo de atribuir dichos códigos.

El Convenio, a continuación, considera que hay una serie de actividades que son insuficientes para poder hablar de “mantenimiento de cuentas”. Estas actividades constituyen la “lista negra” y así el artículo 4.2 establece que *“A los efectos del apartado (1) (a), un establecimiento no participa en una actividad profesional o regular de mantenimiento de cuentas de valores (a) por el mero hecho de que sea un lugar donde se encuentra la tecnología que da soporte a los registros o al proceso de datos relativos a cuentas de valores; (b) por el mero hecho de sea un lugar donde se localizan u operan los centros de llamadas para la comunicación con los titulares de las cuentas; por el mero hecho de que sea un lugar donde se preparan, almacenan o archivan las comunicaciones relativas a las cuentas de valores; (c) si sólo participa en actividades de representación o de administración, diferentes de las relativas a la apertura o al mantenimiento de cuentas de valores, y no tiene autoridad para celebrar contratos de cuenta de valores”*.

El resultado final es una norma notablemente compleja y detallada, que sólo se explica por esa necesidad de garantizar el mayor grado de seguridad jurídica posible y de recurrir a descripciones normativas funcionales, y consiguientemente evitar el empleo de conceptos dogmáticos demasiado vinculados a un ordenamiento jurídico particular.

2.6.2. Conexiones subsidiarias

Para los casos en los que la conexión fijada en el artículo 4 no sea operativa (bien porque las partes no hayan elegido la ley aplicable, bien porque la elección no sea válida o no satisfaga el “test de realidad”), el artículo 5 añade un elenco de conexiones en cascada. La idea es la siguiente: primero, aplicar la ley donde se localiza la sucursal del intermediario a través de la cual contrató el titular y, en su defecto, la del Estado de incorporación del intermediario.

Si no hay acuerdo, no es válido o el acuerdo no satisface el “test de realidad”, la primera conexión subsidiaria busca la sucursal del intermediario relevante a través de la que contrató el titular. El artículo 5.1 pretende expresar este criterio. Para entender su formulación hay que tener en cuenta que este precepto responde a la conjunción de dos ideas. Por un lado, la idea de que si el intermediario contrató con el titular a través de una sucursal ha de aplicarse la ley del Estado donde se localiza dicha sucursal. Así, por ejemplo, si el titular de la cuenta contrató con una sucursal en Argentina de una entidad financiera extranjera, la idea es aplicar el Derecho argentino. Pero, por otro lado, la idea de que la estructura externa de la regla habría de articularse de modo que no generase demasiada incertidumbre, esto es, de modo que cualquier parte inte-

resada pudiese fácilmente identificar cuál es la sucursal a través de la que se contrató y, en consecuencia, cuál es la ley aplicable. Por eso se exige una identificación de la sucursal de manera expresa e indubitada (*expressely and unambiguously*) que derive del texto del contrato (*stated in a written account agreement, vid. la definición en el Art. 1.1.n*), y además de los elementos iniciales y finales del contrato, no del clausulado intermedio; este es el sentido que tienen los apartados a, b, c, d y e del artículo 5.1: “*A fin de decidir si de un contrato de cuenta resulta de manera expresa e indubitada que dicho contrato se celebró a través de un determinado establecimiento, no se tendrán en cuenta los siguientes elementos: (a) una cláusula que disponga que una notificación o cualquier otro documento puede o debe entregarse al intermediario relevante en ese establecimiento; (b) una cláusula que disponga que el intermediario relevante puede o debe ser demandado en un Estado determinado o en una unidad territorial determinada de un Estado con diversas unidades; (c) una cláusula que disponga que la información sobre el estado de las cuentas de valores o cualquier otro documento puede o debe ser enviado por el intermediario relevante desde dicho establecimiento; (d) una cláusula que disponga que cualquiera de los servicios que presta el intermediario relevante puede o deber ser prestado desde dicho establecimiento; (e) una cláusula que disponga que una operación o función puede o debe ser realizada por el intermediario relevante en ese establecimiento.*”

Si de ahí no se deriva nada, porque no puede decirse que el titular contrató a través de una sucursal en concreto, o se derivan localizaciones contradictorias, entonces se debe acudir a la conexión de cierre. El artículo 5.2 establece esta conexión de cierre: ley del país conforme a la cual el intermediario relevante se haya constituido o, en su defecto, organizado en el momento de celebración del contrato de cuenta escrito. Para los supuestos de intermediarios que no son personas jurídicas, dicha ley será la ley en vigor en el Estado donde el intermediario relevante ejerza sus actividades, y si las ejerce en varios lugares, donde esté el lugar principal de actividad.

De nuevo el resultado es una norma de conflicto muy minuciosa y compleja, pero que, se entendió, brindaba suficiente seguridad jurídica a los operadores.

3. CONVENIO DE UNIDROIT

Una vez concluido el Convenio de La Haya, los mismos grupos y personas que habían apadrinado este texto se desplazaron a UNIDROIT para proponer la negociación de un convenio que armonizase los aspectos materiales¹². Este

¹² Vid. www.unidroit.org (donde aparece el primer texto, así como las notas explicativas que lo acompañan). Para una primera aproximación a los trabajos de UNIDROIT, vid. el número monográfico de la U.L.Rev., 2005, 1/2.

organismo comenzó sus trabajos a raíz de la sesión celebrada en Roma entre los días 17 y 19 de septiembre de 2001. Durante esa reunión se constituyó un grupo de estudio con el objeto de verificar la viabilidad del proyecto y, en su caso, trabajar en un texto que sirviese de base a las negociaciones. Tras numerosas reuniones, el *proyecto* de Convenio se concluyó el 9 de octubre de 2009 en Ginebra.

3.1. Ideas fundamentales

El Convenio se ha construido sobre dos ideas fundamentales¹³.

En primer lugar, la necesidad de ofrecer un marco legal (material) sólido y aceptable para diferentes sistemas jurídicos en materia de valores intermediados. El concepto de “solidez” implica un conjunto de reglas que “tenga en cuenta, en particular, los objetivos de protección del inversor y de eficiencia”¹⁴. Según las explicaciones que acompañan al Convenio, se considera que un texto satisface estos objetivos cuando los inversores pueden confiar en que sus derechos sobre los valores están adecuadamente protegidos mediante un conjunto de reglas claras y precisas sobre la adquisición, mantenimiento y disposición de sus derechos sobre los valores (con fines de transmisión de la propiedad o de garantía), y están asegurados ante los riesgos de insolvencia del intermediario.

En segundo lugar, construir el texto a partir de un conjunto de reglas *funcionales* despegadas de un esquema jurídico-conceptual concreto. Al igual que sucedía con el Convenio de La Haya, los previsibles destinatarios de este Convenio son países con tradiciones jurídicas y esquemas conceptuales muy diferentes unos de otros. Para que el Convenio sea aceptable por todos es necesario formular sus reglas por referencia a circunstancias neutrales, hechos o datos fácticos, más que por referencia a conceptos o esquemas jurídicos. Esto explica que el Convenio no sea un texto cerrado y rígido, sino que muchas de sus reglas se formulan como objetivos o fines que debe garantizar el Derecho de cada Estado parte, pero el cómo lo haga se deja al Derecho nacional. Su texto se acerca más al modelo de las Directivas que de los Reglamentos, en lenguaje jurídico europeo.

3.2. Contenido

El texto del Convenio se divide en siete capítulos. El primero contiene un elenco de definiciones de los términos más importantes del convenio, delimita el ámbito de aplicación del Convenio e incluye una regla sobre interpretación

¹³ Vid. Explanatory Notes, pp. 18-22.

¹⁴ Ibid., p. 18.

del Convenio y la forma de colmar sus lagunas. El capítulo *segundo* define los derechos del titular de valores anotados en un intermediario. El capítulo *tercero* la forma de disponer de dichos valores, la constitución de derechos de garantía sobre ellos, la eficacia de los abonos y adeudos, la protección del adquirente de buena fe y la regla de prioridad. El capítulo *cuarto* contiene una serie de reglas destinadas a asegurar la integridad de las cadenas de tenencia de valores y la protección de sus titulares en las situaciones concursales Y, por último, el capítulo *quinto* establece un conjunto de reglas particulares para los acuerdos de garantía financiera. El contenido de este último capítulo es prácticamente el mismo que el de la Directiva 2002/47/CE y está incluido como opcional para los Estados contratantes.

Dentro de este marco general, los aspectos más relevantes del convenio son los siguientes.

3.2.1. Derechos del titular: aspectos estáticos

Tras las reglas generales relativas a la interpretación del convenio y a su ámbito de aplicación, el texto contempla la situación estática, *i.e.*, la posición del titular de valores representados mediante anotaciones contables en un intermediario. El Convenio se construye a partir de una idea muy sencilla: los derechos se adquieren y se pierden, en principio, mediante abonos y adeudos en las cuentas (=book entry). El abono de los valores confiere un elenco de derechos y el adeudo su pérdida. El artículo 9 del Convenio es un precepto clave pues tiene como fin definir *los derechos del titular derivados del abono de valores en su cuenta*. En principio, el artículo pretende ser neutral y, por lo tanto, aplicable tanto si el titular tiene un derecho indirecto (*interest in securities*) como si tiene una titularidad directa. Al margen de esta calificación, el punto de partida es que el titular de la cuenta debe recibir y poder ejercitar todos los derechos derivados de los valores. El titular puede ejercitar los derechos societarios (económicos y políticos) asociados a los valores, así como disponer de los valores en su condición de auténtico propietario (venderlos, gravarlos, cambiar de intermediario, etcétera) o, incluso, en la medida en que la ley que rige el valor lo permita, a solicitar su conversión en un título cartular.

3.2.2. Disposición de los valores

Mientras que el artículo 9 se ocupa de los aspectos “estáticos”, *i.e.* los derechos del titular, los artículos 11 y siguientes se ocupan de los aspectos “dinámicos”, *i.e.* de la transferencia de valores. Como ya hemos apuntado, todo el texto descansa sobre la idea de que los derechos se adquieren y se pierden a partir de “la anotación contable” (*book entry*). Esto es lo que dice de forma muy sencilla el artículo 11: los derechos sobre los valores se adquieren a partir de su abono en la cuenta y se pierden a partir de su adeudo. Además,

establece que el abono y el adeudo es la condición *necesaria y suficiente* para que se produzca la transferencia, esto es, la adquisición y la pérdida de derechos. Junto al mecanismo del abono y del adeudo convencional, el texto prevé otras formas de disposición si así están previstas por la ley interna. Sin embargo, estas disposiciones ceden su prioridad a favor de las convencionales. Lo que significa que en caso de conflicto entre un adquirente por abono de valores y un adquirente por cualquier otro medio previsto por el Derecho nacional prevalece el primero.

3.2.3. Constitución de garantías

Tras la transmisión de los valores a título de dueño, el convenio regula el régimen aplicable a la constitución de derechos reales de garantía sobre los valores. En concreto, el artículo 12 exige dos requisitos para constituir válidamente y con efectos erga omnes una garantía sobre valores: (a) un acuerdo entre el propietario-deudor y el acreedor y (b) la entrega de los valores al acreedor o, al menos, la desposesión del titular-deudor. El Convenio, en principio, se aplica tanto a los supuestos de transferencia de la propiedad con fines de garantía, como a la constitución de cualquier otro derecho real limitado (por ejemplo, una prenda). El texto vincula parcialmente los diferentes tipos de garantía a la forma de perfeccionamiento (*i.e.*, a las condiciones de oponibilidad). Así, establece un elenco de supuestos en los que se considera que se ha producido la transferencia o la desposesión del titular-deudor: (a) el abono en la cuenta del acreedor; (b) el desglose o cualquier otro mecanismo de identificación de los valores gravados; o (c) la celebración de un acuerdo de control.

El Convenio no excluye que se puedan constituir garantías reales de una forma distinta a las descritas si así lo establece el Derecho nacional. Sin embargo, las garantías constituidas conforme al Convenio tienen prioridad sobre las que se constituyan conforme al Derecho nacional (art. 6.7).

3.2.4. La protección de la buena fe

El Convenio protege al adquirente de buena fe a título oneroso. En principio, el supuesto natural de aplicación de este precepto es aquél en el que el tercero adquiere a través de un intermediario distinto del cedente y cumple todos los requisitos para adquirir un derecho sin saber que sobre él existe otro derecho prevalente o una preferencia (*an adverse claim* en palabras del convenio). El apartado tercero concreta el nivel de exigencia (*i.e.*, el test de buena fe). En él se incluye una regla especial para las “organizaciones”: en el caso de una organización, el conocimiento de los datos necesarios se imputa a la organización desde el momento en que la conoce la persona responsable.

3.2.5. Insolvencia

Los artículos 14, 21, 24-26 se ocupan de la protección de los derechos del titular de la cuenta en los casos de insolvencia del intermediario. El objetivo principal de estos preceptos es asegurar que en caso de concurso del intermediario financiero depositario de los valores, éstos son atribuidos a sus clientes (no a sus acreedores), así como establecer reglas de reparto cuando hay déficits, i.e. cuando no hay valores suficientes para cubrir todas las posiciones reconocidas contablemente a dichos clientes.

El Convenio de UNIDROIT vendría así a complementar la función del Convenio de La Haya y ofrecer un marco normativo que reduzca significativamente los riesgos legales, tanto materiales como conflictuales, en el ámbito de los valores intermediados.

4. PRINCIPIO DE UNIDROIT SOBRE CLOSE-OUT NETTING

4.1. Introducción

El tercero de los textos elaborados en este ámbito —segundo en el seno de UNIDROIT— son los Principios sobre “*close-out netting*”, i.e. acuerdos de liquidación por compensación exigible anticipadamente. Estos acuerdos constituyen un elemento esencial para cualquier contrato de derivados financieros.

La elaboración de los Principios UNIDROIT se ha justificado acumulando distintos motivos. Por un lado, hay muchos Estados que siguen sin reglas específicas sobre los acuerdos de *close-out netting* o incluso que tienen reglas contrarias o restrictivas de la eficacia de dichos acuerdos. Por otro lado, entre los Estados que sí han incorporado reglas específicas, la regulación es muy dispar e incompleta: las reglas no son ni mucho menos comunes o uniformes en lo que hace a aspectos tan relevantes como el ámbito subjetivo u objetivo de aplicación de dichas cláusulas. Esta necesidad de reglas comunes y uniformes se incrementa si tenemos en cuenta la absoluta globalización de los mercados financieros. Esta interconexión supone que el riesgo de crédito puede originarse en cualquier mercado y propagarse rápidamente a los demás, por ello resulta imprescindible que el marco jurídico sea común y no varíe de una jurisdicción a otra. Y, por último, se ha alegado que el establecimiento de reglas comunes previene el llamado “arbitraje regulatorio” entre jurisdicciones.

El texto, sin embargo, no se articula como un convenio internacional, sino como unos simples principios. Algo parecido a lo que se conoce como “leyes modelo” pero con una formulación más general. Su naturaleza jurídica no es, por consiguiente, vinculante para los Estados. La intención es sencillamente proporcionar una “guía legislativa” a los Estados —pensando, en particular, en los países emergentes— que tengan interés en establecer un marco na-

cional adecuado, tanto en términos de *lege ferenda* como de *lege data*, para este tipo de transacciones. En la práctica, y pese a su condición de texto no normativo, se ha demostrado que este tipo de instrumentos pueden jugar un papel muy relevante, ya que se utilizan como referentes o como puntos de partida para cualquier legislación nacional o supra-nacional futura en esta materia. También suelen emplearse por los jueces nacionales para resolver las ambigüedades o integrar las lagunas que presenta el Derecho nacional. Los Principios UNIDROIT en materia de contratos mercantiles internacionales constituyen un buen ejemplo de esta eficacia *mediata* de los instrumentos no vinculantes.

4.2. Contenido

El texto contiene 8 Principios. Los cuatro primeros delimitan el ámbito de aplicación y los cuatro siguientes consagran la eficacia y alcance de las cláusulas de *close-out netting*. Los Principios, además, se acompañan de un Informe explicativo, que en ocasiones resulta imprescindible para entender con precisión el alcance de aquéllos.

El objetivo último de los Principios es proteger la eficacia de las cláusulas de *close-out netting*, en particular en situaciones concursales. Como estas cláusulas pueden entrar en conflicto con algunas reglas generales del Derecho concursal, su ámbito de aplicación es limitado: los Principios UNIDROIT sólo pretenden amparar la eficacia concursal de las cláusulas de *close-out netting* cuando exista una razón suficiente para otorgarles esa protección o, si se prefiere, ese privilegio. Al concebirse como un régimen especial o privilegiado, los cuatro primeros Principios tienen como fin delimitar el ámbito de aplicación de este régimen especial, *i.e.* definir qué operaciones se benefician de él.

El Principio 1 hace una proclamación general del objeto de los demás Principios: asegurar la eficacia u operatividad de las cláusulas de *close-out netting* celebradas entre “partes elegibles” y en relación a “obligaciones elegibles”. Los tres siguientes Principios definen los conceptos de (a) “cláusulas de *close-out netting*”, (b) “partes elegibles” y (c) “obligaciones elegibles”. La combinación de estas tres circunstancias da la pista para entender la delimitación del ámbito objetivo de los Principios. Sólo se aplican a contratos financieros de derivados o equivalentes. Son relaciones que tienen tres características: (i) generan obligaciones que las partes ven como sinalagmáticas y por lo tanto funcionalmente vinculadas; (ii) afectan a activos muy volátiles, sujetos a cambios de valor muy notable y en poco tiempo, y fuera del control de las partes, y por lo tanto deben poder liquidarse rápidamente y por netos (por ello, y como ya he apuntado, no hay sólo un riesgo de contraparte, sino de pérdida del valor de la garantía, lo que hace difícil calcular la exposición neta); (iii) y donde

además hay riesgo sistémico, pues las partes suelen ser operadores interconectados o interdependientes.

Los siguientes cuatro Principios constituyen el objeto principal del texto: proclaman la eficacia de las cláusulas de *close-out netting*. El Principio 5 se ocupa de los requisitos formales, como condición de dicha eficacia, y su formulación es muy sencilla. La validez y eficacia de estos acuerdos no debe quedar sujeta a requisitos de forma, ni en cuanto a su constitución, ni en cuanto a su ejecución. No obstante, deja abierta la posibilidad de que la ley nacional exija forma escrita o en soporte equivalente (por ejemplo, soportes electrónicos) como requisito de validez. La redacción de este principio descansa sobre el modelo de la Directiva europea de garantías financieras (2002/47/CE). Naturalmente, sólo se refiere a la cláusula de *close-out netting*, no a la constitución de garantías financieras que pueden exigir actos adicionales, por ejemplo, la inscripción contable. Se añade, además, que esa validez, eficacia o ejecutabilidad no se puede condicionar al empleo de documentación estandarizada de asociaciones profesionales, lo que permite, entre otras cosas, la adaptación de los contenidos del acuerdo a las necesidades particulares de cada transacción; ni a exigencias de registro o información por motivos regulatorios; sin perjuicio de las sanciones administrativas que el incumplimiento de estas obligaciones pueda acarrear.

Los Principios 6 y 7 son los más relevantes pues consagran la eficacia de los mecanismos de *close-out netting* con carácter general (Principio 6) y, de modo particular, en supuestos concursales (Principio 7). En primer lugar, el Principio 6 establece la eficacia de dichas cláusulas, de conformidad con los términos y condiciones pactados por las partes, sin que legislativamente se puedan exigir condiciones adicionales (por ejemplo, una notificación previa o la intervención de una autoridad). Además, se aclara que la nulidad de una de las transacciones u obligaciones subsumibles en la cláusula no perjudica la aplicación de dicha cláusula sobre el resto. Esto es, si la cláusula cubre varios derivados, por ejemplo, y uno de ellos es nulo por cualquier razón, aquélla se seguirá proyectando sobre los demás. Por último, se añade una aclaración en el sentido de que estos Principios no afectan a los vicios o, en general, causas de invalidez contractuales del Derecho de los contratos (por ejemplo, las anulaciones por vicios del consentimiento o las acciones paulianas).

El Principio 7 consagra la eficacia de las cláusulas de *close-out netting* en el escenario más acuciante: los supuestos de insolvencia de una de las partes. La referencia a la insolvencia se extiende expresamente a las medidas de reestructuración y resolución de entidades financieras (las intervenciones administrativas que no se basan en una situación de insolvencia técnica, sino en una inviabilidad futura de la entidad financiera). En concreto, el Principio 7 tiene como fin proteger la eficacia de las cláusulas de *close-out netting* frente al juego de cuatro

reglas concursales El apartado (a) las protege frente a aquellas reglas concursales que impiden dar por terminados los contratos por la mera declaración de concurso. El apartado (b), frente a la facultad del administrador concursal de mantener algunas transacciones y rechazar otras (el llamado *cherry picking*). El apartado (c), frente a una rescisión concursal de la cláusula de *close-out* basada en el mero hecho de que otorga un privilegio a la parte no concursada. Y, por último, el apartado (d), frente a una retroacción automática del concurso. En este caso, la protección se extiende (i) tanto a la cláusula de *close-out netting*, su conclusión —*i.e.* la celebración de la cláusula— y su ejecución —*i.e.* el vencimiento anticipado y la liquidación por saldos netos—, (ii) como las transacciones que se subsumen bajo ella siempre que se ejecute dicha cláusula (por ejemplo, los contratos de derivados). Estas transacciones no pueden rescindirse por el mero hecho de que se hayan celebrado dentro de un periodo determinado anterior a la apertura del concurso.

Naturalmente, este Principio no establece una inmunidad absoluta de la cláusula. Protege frente a una paralización en la invocación de la cláusula por la apertura del concurso o frente a una retroacción automática. Pero, como se recoge en el apartado (2), no ampara frente a las acciones de rescisión concursal en las que exista un fraude o un perjuicio objetivo, basados en motivos diferentes del plazo o del mero privilegio que confiere la cláusula de *close-out netting*, ni cuando estas razones se invocan como motivo para una paralización cautelar de la aplicación de la cláusula de *close-out netting*. Tampoco impide que el administrador concursal pueda resolver todos los contratos en interés del concurso, lo único que se le impone es una condición de “todo o nada”: esto es, debe resolver todos los contratos amparados por la cláusula de *close-out netting*, o ninguno (el fin no es otro que evitar las estrategias de *cherry-picking*). La fórmula que se emplea en ese apartado (2) es una referencia general a la ley concursal, *i.e.* esta puede restringir la efectividad de la cláusula de *close-out netting* por razones distintas de las enumeradas en el párrafo primero, y a continuación se ponen algunos ejemplos, donde se prevé la posibilidad de “desactivar” la cláusula por el juego de las reglas de rango de créditos (por ejemplo, porque la contraparte sea una persona especialmente relacionada con el deudor). Se sigue, en este punto, el modelo de otros textos de UNIDROIT y, en particular, el artículo 14 del Convenio de UNIDROIT sobre valores intermediados.

El Principio 8 contiene una excepción a este privilegio de las cláusulas de *close-out netting* para los escenarios de reestructuración y resolución bancaria. En los supuestos de intervención en una entidad financiera. La tendencia en el ámbito comparado es, por un lado, a excluir la eficacia de dichas cláusulas cuando se vinculan a la mera apertura de un proceso de resolución, esto es, se tendrá por no puesta la inclusión de la apertura de un procedimiento de resolución como

supuesto de incumplimiento, y, por otro lado, a facultar que la autoridad competente pueda suspender temporalmente la eficacia de los acuerdos de *close-out netting* incluso *vis à vis* otros supuestos de incumplimiento. El objeto de esta desactivación o suspensión temporal de la cláusula es permitir una resolución ordenada de la crisis financiera de dicha entidad, por ejemplo, el traspaso de su negocio a un tercero, que se vería frustrado si se liquidasen todos los contratos financieros mediante el juego de esos acuerdos.

5. REFLEXIÓN FINAL

Tras este breve repaso a los textos adotados por la Conferencia de La Haya y por UNIDROIT en el ámbito de los mercados financieros, puede ser útil apuntar algunas reflexiones finales.

Si hay una característica común a todos ellos, como se habrá podido apreciar, es su complejidad. Esto responde, en primer lugar, a la propia especificidad del sector de la realidad que pretenden regular: el sector financiero. Y, en segundo lugar, a la necesidad práctica de formular normas lo más precisas y detalladas posibles, que dejen poco espacio al aplicador del Derecho: si la seguridad jurídica —se suele afirmar— es el valor principal en aquel sector, las normas deben ser lo más cerradas y rígidas posibles para evitar así que su juego varíe en función de cómo puedan interpretarlas las autoridades encargadas de su aplicación. A diferencia de lo que ha sucedido en otros ámbitos del Derecho privado internacional contemporáneo, la flexibilización no es un rasgo que pueda predicarse de este sector.

Por otro lado, son textos cuya trascendencia económica inmediata puede ser muy alta y en especial para determinados sectores o grupos. Basta revisar la lista de observadores para reparar en la elevada presencia de grupos de interés durante las negociaciones de estos tres textos, lo que constituye buena prueba de esa idea. Durante las negociaciones de esos textos se ha demostrado, además, que las decisiones normativas no sólo impactan en la relación entre interés público e interés privado, sino también en las relaciones entre distintos intereses privados, i.e. la solución normativa puede beneficiar un determinado “modelo de negocio” y perjudicar a otro. Y, por consiguiente, beneficiar a un determinado sector de la industria y penalizar a otro.

El impacto económico de los textos, unido a la complejidad que señalaba anteriormente, hace que se trate de un sector muy vulnerable al riesgo que los economistas han bautizado como “*regulatory capture*”. Ni la Conferencia de La Haya, ni UNIDROIT son instituciones con un *expertise* histórico en el sector financiero. Sin perjuicio de que estén representados los Estados (y, naturalmente, funcionarios de los ministerios afectados), las decisiones que ahí se toman se basan en una determinada información sobre el funcionamiento del mercado y

sus necesidades regulatorias. Y *la información que recibe el legislador convencional sobre las bondades o maldades de las diferentes soluciones normativas proviene principalmente de la parte mejor organizada del sector regulado*¹⁵. El problema radica en que, por muy bien intencionado que sea el legislador, éste va a responder a la información que le llega de determinados sectores, con sus propios intereses¹⁶. Esto hace que no resulte fácil valorar objetivamente el contenido de dicha información y ponderarlo con otros intereses que no suelen estar representados en las negociaciones.

Por eso, y con esto concluyo, creo que es fundamental la aportación académica en relación a este tipo de instrumentos normativos. Por un lado, para explicarlos dentro del sistema conceptual o normativo general y, en este sentido, reducir su complejidad. Y, por otro lado, para garantizar que la información sobre la que se elabora tiene en cuenta todos los intereses afectados y no sólo aquellos que acceden directamente al legislador durante el proceso de negociación de los textos.

¹⁵ Vid. MCCARTHY, “Complexity, Capacity and Capture” en CARPENTER/MOSS (eds.), cit., pp. 99 y ss.

¹⁶ ZINGALES, “Preventing Economists’ Capture”, *Ibid.* p. 124 y ss.

EL DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR

LA FUNCIÓN DIPLOMÁTICA

AMADOR MARTÍNEZ MORCILLO

Embajador de España

Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional de 1982 a 1983

En la presentación del Seminario organizado en la Escuela Diplomática para la conmemoración del 75 aniversario de la creación de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores, se señala muy adecuadamente que entre los sectores y núcleos de problemas del Derecho internacional, en los que la Asesoría desarrolla su labor, destaca entre otros el Derecho diplomático. Esta afirmación tan cierta puede servir de punto de partida para la idea que se pretende transmitir con esta ponencia sobre “La función diplomática”: en nuestro tiempo, en ese largo período histórico que parte incluso desde la misma segunda guerra mundial, se está produciendo una amplia y profunda transformación de la diplomacia. Este proceso, sin embargo, en nada afecta a la función diplomática como tal que se mantiene inalterada en sus constantes de naturaleza jurídica y contenido.

Y parece oportuno precisar que aquí se utilizan los términos “diplomacia” y “función diplomática” con un sentido diferente. Al hablar de “diplomacia” se utiliza el término en el sentido amplio de la palabra que es de uso en Estados Unidos, donde no se distingue con ella entre la fase política de formulación de objetivos de la acción exterior del Estado y la fase estrictamente técnica de su ejecución; es decir, donde se ve la acción exterior como un todo en el que se unen política y gestión de ejecución como partes indistintas. (Quizás esa concepción unitaria de las relaciones diplomáticas esté en la práctica norteamericana de nombrar embajadores entre gentes que proceden de la política interna del país más que de los servicios profesionales de su carrera diplomática). Por otra parte,

el término “función diplomática” se utiliza en su sentido estricto de ejecución de la política exterior que llevan a cabo las misiones y los agentes diplomáticos. (Con independencia de que, de hecho, los agentes diplomáticos participen también, directa o indirectamente, en la formulación de los objetivos de la política exterior).

Como muestra y ejemplo de las modificaciones que se están produciendo en la diplomacia se van a considerar dos materias que tradicionalmente han formado parte de las agendas de los servicios jurídicos de los Ministerios de relaciones exteriores, para ver como esa presencia en su cometido de estudio y análisis se está modificando en nuestro tiempo. La primera de esas dos materias va a ser la llamada “acción diplomática” como forma peculiar de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado que en ese sentido ha ocupado tradicionalmente la atención de los manuales y tratados de Derecho internacional. La otra va a ser la problemática que, entre los beneficios del estatuto diplomático, plantea la inmunidad de jurisdicción.

Si uno de los principios básicos que han regido a la comunidad internacional es la necesidad de estructurar los medios necesarios para la protección completa de la vida, libertad e intereses de todas las personas, sea cual sea su nacionalidad que se encuentran dentro de su jurisdicción, una consecuencia lógica de ese principio es que los fallos en esa obligación generan la responsabilidad del Estado al que incumbe. Los planteamientos teóricos en los que se basaba la protección diplomática, que ejerce el Estado sobre sus propios súbditos, tenían así el corolario también lógico de que las infracciones en la obligación más arriba indicada se convertían en daños al Estado del que era nacional el individuo que los había sufrido. Este planteamiento se convirtió en la doctrina internacionalista y en la práctica diplomática, fundamentalmente en el siglo XX, en un conjunto de reglas consuetudinarias y, a veces legales, muy coherentes y claras; a su vez, el procedimiento para ejercer la reclamación pertinente de responsabilidad internacional se engarzó en una serie de reglas y condicionantes. La manera de llevar a cabo esa forma de protección diplomática es lo que se conoce en la bibliografía escrita en lenguas romances como “acción diplomática” y en la literatura escrita en inglés como “diplomatic interposition”. Por ellas debe entenderse el procedimiento contencioso por el que se actualiza la protección diplomática de intereses particulares; es decir, la protección que se ejerce cuando, producida una “injuria” en los intereses de un particular que es atribuible a otro Estado, el Estado, del que es nacional quien ha sufrido el daño, reclama litigiosamente una reparación al Estado causante.

No parece que sea este el lugar para entrar en el detalle de tal procedimiento. Baste recordar que se materializaba en una negociación entre los dos Estados implicados que usualmente, aunque no necesariamente, se canalizaba entre la misión diplomática del Estado reclamante y los servicios centrales del Estado

al que se reclamaba. El procedimiento a seguir, en reglas y principios muy claros, se iniciaba cuando, agotada la vía interna previa de una reclamación de un particular, el Estado de su nacionalidad hacía suya la reclamación como si se tratase de una reclamación de este mismo Estado, lo que implicaba que el Estado reclamante actuaba en ella a su total discreción, tanto en el procedimiento a seguir como en el tratamiento a dar a sus eventuales resultados. Tal planteamiento teórico era, a fin de cuentas, una consecuencia más del antiguo principio heredado desde los orígenes de la diplomacia de que los súbditos eran uno de los elementos constitutivos, casi como una propiedad, del Estado.

El tratamiento de las “acciones diplomáticas” era por tanto uno de los temas que siempre ocuparon la atención de los servicios jurídicos de los departamentos del Estado a los que incumbían las relaciones exteriores. Esto ya no es así. No es fácil hacer afirmaciones categóricamente generales en cuanto a cual es la atención dada hoy por los Estados a esta forma de protección diplomática, pero puede inferirse en todo caso que si no ha desaparecido por completo al menos se da sólo con carácter residual. Ello es una consecuencia más del cambio en los planteamientos de las relaciones internacionales en los que se ha superado los enfoques diplomáticos basados en la autodefensa frente a situaciones de subdesarrollo legislativo y administrativo en grandes zonas del mundo, el mundo que se mantenía en formas de atraso que, en el fondo, se veían como pretextos para la acción en la expansión imperialista. Hoy, dando un paso hacia delante, se ha pasado a una labor de fomento que busca propiciar la instauración de estructuras y de políticas que busquen desarrollar cada vez más el nivel del sistema legislativo y de acción política como medio de igualar el trato dado a nacionales y a extranjeros.

Las razones por las cuales la “acción diplomática” está en regresión pueden deberse a cambios significativos. En el libro de este autor “La Función Diplomática” se afirma lo siguiente: “Hay zonas geográficas en las que la función protectora pierde progresivamente su razón de ser. Tal puede ser el caso de la Unión Europea en la que la igualación en derechos entre los nacionales de sus Estados miembros va difuminando la distinción entre nacionales y extranjeros que está en la raíz de la función de protección. Los esquemas para obtener un resarcimiento en caso de daños, son mucho más fáciles, rápidos y eficaces de lo que nunca lo fueron cuando los extranjeros eran vistos, en cierta medida, como elementos extraños en la sociedad”. Si esto sucede en zonas geográficas que buscan una integración de sus componentes en uniones como la europea, lo mismo podría pensarse de otras zonas del mundo, tal vez la “British Commonwealth”, basadas igualmente en un acercamiento de principios y de tratamientos. En otros casos, la disminución de estos supuestos de protección puede deberse a que aumenta la utilización de consideraciones políticas a la hora de plantearse la toma de decisiones de protección frente a los países en desarrollo. Más arriba se ha

señalado el encuadre diferente de la filosofía que inspiraba la protección diplomática en la época del colonialismo. Hoy habría igualmente enfoques distintos en el acercamiento al mundo del desarrollo que buscarían abrir vías para la penetración de capitales y de inversiones, mediante la renuncia de hecho a posibles reclamaciones.

Todo lo dicho en nada impide que haya todavía supuestos de protección de individuos que siguen intactos: es el caso de las reclamaciones que puedan presentarse, en defensa de los funcionarios de organismos internacionales por parte de los Estados del que son nacionales. Estos casos, sin embargo, suelen ser considerados y tratados no como supuestos de protección diplomática sino como cuestiones internas del organismo correspondiente que son resueltas por la simple aplicación de sus reglamentaciones internas.

Hay un campo que siempre ha escapado al planteamiento tradicional de la protección diplomática; es el de los daños sufridos por empresas extranjeras que operan en la explotación de recursos naturales de otros países o simplemente se introducen en sus procesos de desarrollo. De siempre ha sido este un terreno que ha escapado a la normativa al uso y ha estado mediatizado por consideraciones políticas. Las excepciones han existido siempre: recuérdese el juego de la llamada “cláusula Calvo” o los efectos de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso de la “Barcelona Traction”, que excluyó del derecho a la protección diplomática a los accionistas de nacionalidad distinta a la de las empresas en las que participan. La tendencia a excluir las empresas extranjeras del derecho a la protección va en aumento, unas veces porque se trata de empresas titulares de paquetes de acciones que se integran en empresas de nacionalidad del país donde actúan, otras veces porque muchos países condicionan la aceptación de inversiones extranjeras a que éstas se materialicen en forma de empresas creadas con la nacionalidad del país donde van a actuar. Todo eso hace que sea un tema que siempre ha escapado y sigue escapando de los cánones normales.

El otro ejemplo de supuestos en los que ha cambiado el acercamiento a ellos de los servicios jurídicos de la diplomacia es precisamente el de los beneficios diplomáticos y más en concreto el de la inmunidad de jurisdicción. Lo único que parece constante es que se trata del tema de Derecho internacional que se plantea con más frecuencia ante los tribunales de justicia en todos los países del mundo. Por ello, no es de extrañar que sea una de las materias hacia las que los servicios jurídicos diplomáticos han de prestar más frecuentemente su atención. No puede decirse cual sea la práctica que se sigue en el mundo cuando un tema de inmunidad de jurisdicción llega a los tribunales. En el caso español, la práctica venía siendo la de que los servicios de protocolo del Ministerio de Asuntos Exteriores llamaran la atención del tribunal hacia la existencia de normas de Derecho internacional en la materia. Hasta bien entrado el siglo XX, la cuestión se regulaba exclusivamente por la costumbre, como fuente del

Derecho internacional, que se manifestaba exclusivamente a favor de la teoría de la inmunidad absoluta. El hecho cierto de que tal principio podía llevar a resultados injustos llevó a la aparición de nuevas tendencias en la doctrina y en la práctica de los Estados en favor de la llamada inmunidad cualificada que se basa en dos principios: la distinción entre inmunidad del Estado e inmunidad propiamente diplomática y la aceptación en uno y otro caso de excepciones a la inmunidad absoluta. Esta tendencia, que tiene su origen en la práctica de Estados Unidos, empezó pronto a extenderse a la jurisprudencia de algunos Estados e inmediatamente a disposiciones legislativas, o a proyectos de codificación del Derecho internacional. Así en 1972 se adoptó la Convención europea sobre inmunidad del Estado y en 1978 la Gran Bretaña aprobó la ley sobre inmunidad del Estado que rápidamente fue seguida por otros países del área de influencia anglosajona. Al tema prestaron también su atención la International Law Association en 1982 y la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas desde 1992. Finalmente, la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 hizo suya la teoría en su aplicación a las misiones diplomáticas y a sus agentes. La teoría de la inmunidad cualificada se basa en dos principios. Respecto de la inmunidad del Estado se distingue entre los actos realizados “*iure imperii*” y los realizados “*iure gestionis*”, aplicando la inmunidad exclusivamente a los primeros. En cuanto a la inmunidad de los agentes diplomáticos se establecen también excepciones al principio, aunque mucho más restrictivas que las que se aplican al Estado, excepciones que se refieren a aquellos supuestos en los que el agente actúa exclusivamente en su interés propio y particular.

La consecuencia de todo ello ha sido el cambio radical en la aproximación de las Asesorías jurídicas al tema. Este se ha complicado especialmente por las muchas dificultades que plantea la interpretación del Derecho en lo que se refiere a la inmunidad del Estado, dificultades que se ven cada vez más agravadas por algunas sentencias de las jurisprudencias nacionales que utilizan en su interpretación vías y criterios propios del Derecho doméstico más que del internacional. La situación ahora es diferente. En la época de la inmunidad absoluta los tribunales se acercaban con pudor a los asuntos en los que se planteaban cuestiones de inmunidad de jurisdicción y por ende se abstendían de tratarlos. Ahora, la aplicación de la inmunidad cualificada al Estado ha ayudado ciertamente a resolver muchos casos que antes escapaban a lo equitativo o a lo justo. Pero ha añadido un nuevo elemento de incertidumbre si los criterios interpretativos del Derecho no responden siempre a los fines del Derecho internacional. Los servicios jurídicos diplomáticos no pueden intervenir en los casos que se plantean ante los tribunales, pues cualquier intervención iría en contra de la independencia judicial. Pero una sentencia no ajustada a Derecho puede acarrear la responsabilidad del país donde se ha dictado.

Los dos ejemplos analizados de cómo cambian las agendas de los servicios jurídicos de los Ministerios de relaciones exteriores nos llevan a la idea de base de la presente ponencia sobre la función diplomática, la de las profundas transformaciones en las que se ve inmersa la diplomacia en nuestra era. Decir que la diplomacia ha cambiado muchas veces en la Historia no es nada nuevo. La diplomacia que, en el sentido más rigurosamente técnico de la palabra, nació en Italia a finales del siglo XV y se asentó con bases sólidas de la mano de España en el siglo XVI, siguió transformándose con mutaciones muy sólidas desde entonces. Adquiere su momento de más esplendor en el siglo XVII, cuando alcanza su mayor y más elevada cota al empezar a perfilarse lo que se va a conocer por la doctrina como la diplomacia clásica. Es en esa época cuando adquiere formas claras lo que va a constituir el elemento más valioso que va a ser utilizado por los diplomáticos, el Derecho internacional que encuentra fundamentalmente sus fundamentos en escritores holandeses que escriben sus teorías recogiendo la práctica de los Estados y los esquemas ideológicos en los que pretende fundamentarse la comunidad internacional. El Derecho internacional proporciona un bagaje técnico muy útil para que los diplomáticos hagan sus planteamientos y sus gestiones. Son los nuevos tecnócratas que proporcionan teorías e instrumentos para la paz y la guerra. Junto a un equipaje de técnicas, se establecen también en esa época los principios básicos para cualquier expresión de gestión diplomática: el principio de la unidad de acción en el exterior que va a impedir la dispersión que puede anular lo que se hace; el principio de reciprocidad que garantiza que una manera de actuar va a mantenerse, no por aplicación de un criterio de “do ut des” inexistente, si no porque permite retirar un trato si este no es seguido por la otra parte; y el principio de la negociación constante que va a asegurar que cuando se plantean temas cruciales existe ya una vía de relación que permite tratarlos y considerarlos. La diplomacia, claramente asentada en sus principios y estructuras, va a poner en manos de los diplomáticos durante el siglo XVIII el monopolio de las relaciones internacionales.

Desde entonces, y fundamentalmente durante el siglo XX, es cuando van a producirse las grandes modificaciones de la institución. Estas tienen lugar dentro de tres líneas de movimiento. En primer lugar, la crisis de la diplomacia clásica que simboliza la pérdida de hecho del papel que tenían los diplomáticos como actores únicos en la escena internacional; ello conlleva el descenso en la escala de los valores del relieve social. En segundo lugar, el incremento de la participación en la vida diplomática de otras formas de gestión que hasta épocas aún recientes solo tenía una presencia testimonial, tales como la diplomacia directa o la diplomacia multilateral. Si en la época clásica, la gestión diplomática se concentraba en la labor que realizaban las misiones permanentes bilaterales, en nuestro tiempo, la acción de la diplomacia directa ha crecido espectacularmente, reservando para ella los asuntos más importantes. De otro lado, la diplomacia multilateral hace una creciente competencia a la bilateral, mediante la prolifera-

ción de nuevas organizaciones internacionales. Finalmente, y en tercer lugar hay que reflejar el papel cambiante, y por tanto diferente, que juega el Derecho internacional, como la técnica jurídica que se usa para el cumplimiento de los fines de la comunidad internacional. Ese papel ya no es el del instrumento que usan los diplomáticos para sus fines, no solo por su mayor riqueza y diversificación de contenidos, sino sobre todo porque busca conseguir unos objetivos sociales que son, en muchos aspectos diametralmente opuestos a los de la comunidad clásica de naciones. Por añadidura, en la escena mundial, aparecen nuevos entes sociales, a los que el Derecho clásico negaba subjetividad, que ahora surgen y se meten con una capacidad de influencia mucho mayor a la de la gran mayoría de los Estados.

Esos son los tres factores en movimiento que marcan la evolución de la diplomacia hacia su futuro.

1.º La crisis de la diplomacia clásica es ya un tópico manido en la literatura en el tema. Sobre ella se repite de manera reiterativa que se inició con el ataque que realizaron los revolucionarios franceses contra los diplomáticos por el monopolio que detentan en los asuntos internacionales. Sin negar lo evidente, la gran influencia que tuvo el ideario revolucionario francés en la Europa del siglo XIX, la realidad es que la crisis de la diplomacia clásica es un proceso mucho más complejo. La desconfianza hacia los diplomáticos había aparecido ya antes de 1789. Ese es el caso de España. Cuando a principios del siglo XVIII, los Borbones iniciaron en nuestro país la estructuración administrativa del Estado, Felipe V creó la Primera Secretaría de Estado, o más tajantemente, la Secretaría de Estado por antonomasia, a la que aparte otras funciones se le atribuyó la relación con las misiones diplomáticas. Una ‘primera reacción de suspicacia hacia ella la tuvo Fernando VI por el monopolio que los vasco-navarros tenían en sus “covachuelas” (que era como se conocía a sus secciones), monopolio que era el mismo que tenían en la América hispana, pues de hecho fueron los vascos los que hicieron y estructuraron administrativamente la presencia española en América. La reacción más firme la dio el conde de Floridablanca quien, en tiempos de Carlos III, hizo de la Secretaría de Estado un núcleo de acción en el que incrustó un conjunto de empleados fijos con el objetivo de controlar y dirigir la acción exterior del Estado. Ahí está el origen de la carrera diplomática española. Lo que no siempre dicen los historiadores es que tal hecho se dio, por recelo, como modo de seguir más de cerca, y vigilar, lo que hacían Embajadores y Ministros en el exterior, al mismo tiempo que se creaba un cuerpo de funcionarios de los que pudieran salir los futuros jefes de misión.

Es cierto que la Revolución francesa delineó los términos de la crisis de la diplomacia clásica hasta nuestros días. Pero el camino seguido después tuvo sus altibajos. La primera gran respuesta de los diplomáticos al ataque revolucionario estuvo en el gran Congreso de Viena de 1815, donde se pretendió edificar la de-

fensa frente a las ideas revolucionarias, y en el que los diplomáticos volvieron a sus cotas de poder e influencia. Lo mismo sucede cuando es la propia burguesía, la misma que ha atacado y criticado a la diplomacia clásica, la 'que reclama para sí el honor de representar al país en el exterior. Y lo hace en formas sociales que pretenden restablecer para los nuevos diplomáticos los fastos y glorias del pasado. Vuelven los diplomáticos a entrar en escena. Estos van a sufrir de nuevo la crítica social y política, al término de la primera gran guerra, con el ataque que llega desde América al denunciar de nuevo el secreto de la gestión diplomática como el origen de los conflictos internacionales. Aunque es justo igualmente señalar que la aparición de una nueva forma de hacer diplomacia, la que se hace en la Sociedad de Naciones, proporcionó una palanca de prestigio añadido a la diplomacia. Es la aparición de los especialistas en diplomacia multilateral que genera la nueva organización internacional. Son los tecnócratas de una nueva forma de gestión diplomática en la que hacen falta los conocimientos que exige, tanto por el fondo como por el procedimiento, el carácter eminentemente tecnificado de los temas que se negocian.

Ya se ha dicho que en la evolución de nuestro tiempo se han producido altibajos. El impacto que más ha afectado negativamente a la diplomacia clásica ha sido la descolonización que al extender la familia diplomática a todo el mundo acabó con su carácter elitista. El nuevo escenario ha conducido a la pérdida de las tradiciones de un estilo de hacer las cosas que había consolidado el paso de los siglos. Los usos, las maneras, los ritos que había forjado la costumbre como base del Derecho diplomático se han ido o perdiendo o diluyendo.

2.º La diplomacia contemporánea está viendo como se produce una redistribución de cometidos en las cuestiones que se reparten las misiones diplomáticas permanentes y las que se entregan, sea a la llamada diplomacia "ad hoc", sea a la diplomacia multilateral o muy especialmente a lo que se conoce como diplomacia directa, es decir, la realizada por los órganos centrales de las relaciones internacionales (el Jefe del Estado, el Ministro de relaciones exteriores y el Jefe del Gobierno en los casos en los que existe esta figura). En la época clásica el eje de la vida internacional se concentraba en la labor de las misiones diplomáticas permanentes, mientras que el papel desempeñado por misiones temporales era limitado, del mismo modo que la diplomacia multilateral por conferencia se reservaba a las raras ocasiones en que habían de resolverse los grandes temas de la paz y de la guerra. La diplomacia directa era una anécdota.

Hoy en día, el panorama es completamente distinto. Las misiones diplomáticas clásicas asisten a un progresivo proceso de disminución de cometidos mientras que la diplomacia directa, con su complemento de la diplomacia "ad hoc", ocupa el lugar central en la negociación de los asuntos realmente importantes. Paralelamente, los organismos internacionales -con su carácter muy tecnificado- proporcionan el lugar de encuentro para la auténtica negociación continua. Es

muy fácil encontrar la razón de esas modificaciones en el desarrollo espectacular de las comunicaciones que hacen más hacederos los encuentros y los contactos a alto nivel. La razón es más profunda y se encuentra en la transformación de la visión de la política internacional que se ha ido fraguando desde los inicios del siglo XIX.

Hasta la Edad contemporánea, el esquema de la vida internacional giraba en torno a los Estados absolutos que, en su juego para mantener un equilibrio entre ellos que impidiese la aparición de potencias hegemónicas, buscaba establecer alianzas, en constante mutación, que garantizaran el mantenimiento del sistema. Al servicio de ese objetivo, la diplomacia clásica hacía su juego de acercamientos y distanciamientos que aseguraba la pervivencia del equilibrio. Ese planteamiento entró en revisión en el Congreso de Viena de 1815 cuando se intentó reorganizar el nuevo mapa del mundo que estaba creando el ideario revolucionario. Al adentrarse en el tratamiento de los grandes temas de la guerra y de la paz, empezó a pensarse que la solución estaba en crear un sistema de gobernación por los Estados que buscara la prevención de los conflictos en lugar de la búsqueda de la paz por medio de un equilibrio de temores. Es así como surgió la idea de crear una especie de gobierno de las grandes potencias. La idea se concretó primero en el llamado Directorio Europeo establecido como medio de institucionalizar un sistema de gobernación que reajustase el mundo tras las guerras napoleónicas. La idea del Directorio se mantuvo a través de diversas formulaciones a lo largo del siglo XIX: la Tetrarquía, la Pentarquía, la Santa Alianza, el Concierto europeo...Es innegable que el Directorio de los grandes no pudo resistir al nacimiento de los nacionalismos que trajo el romanticismo. Pero la idea persistió volviendo a resurgir cada vez que se sentía la necesidad de un órgano que gobernase el mundo. De este modo vuelve a aflorar en el Congreso de París de 1856, en el Congreso de Berlín de 1885, en la Conferencia de Algeciras de 1906, en la Conferencia de Munich de 1938... A la postre es la idea que llevó en 1945 a la creación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Y es la idea que sigue vigente en el mundo. Hay que prevenir los conflictos y para ello hay que reunirse para tomar decisiones por aquellos que tienen las riendas de las cosas. Eso lleva a que los países más industrializados se reúnan en el G 8 y que se vuelvan a reunir con los emergentes en el G 20.

Si la diplomacia directa ha cambiado el papel que corresponde a los Embajadores, la institucionalización de la diplomacia multilateral permanente que han plasmado los nacientes organismos internacionales, ha hecho que surja un nuevo tipo de diplomáticos, los tecnócratas que suman a la mayor complejidad de los asuntos que llevan entre manos el uso de nuevos instrumentos y nuevas vías de negociación. A fin de cuentas, la diplomacia multilateral ha servido para dar un nuevo prestigio al oficio de los diplomáticos.

3.º La evolución cambiante del Derecho internacional es el último gran capítulo del relato de las transformaciones que está experimentando la diplomacia contemporánea. Para valorar el hecho podría arbitrarse un ejercicio práctico mucho más ilustrativo que cualquier otro análisis de la doctrina. Sería comparar el índice de los libros de Derecho internacional, desde la época en que empiezan a adquirir una contextura homogénea en forma de Derecho de Gentes, pasando por el siglo XIX hasta la bibliografía actual. Un hecho evidentemente llamativo en esos índices sería el cambio de su contenido, inicialmente casi igual entre los capítulos dedicados al Derecho de la paz y al Derecho de la guerra, que ha ido en disminución en el espacio dedicado a este último. La guerra va desapareciendo progresivamente hasta incluirse en nuestros días encuadrada dentro de dos enfoques, la prohibición del recurso a la fuerza armada y el trato que debe darse a un concepto mucho más amplio, el de los conflictos armados internacionales, noción ésta última, surgida en la normativa de Ginebra de 1.949 sobre la protección de las víctimas de aquéllos .

Desde la misma óptica, más significativos aún son los cambios en el índice de los capítulos que cubren lo que antes se identificaba como el Derecho de la paz. En el “Derecho de Gentes” que Mr. Vattel escribió y publicó en Berna, cuando vivió en la ciudad a mediados del siglo XVIII en un puesto diplomático como Ministro del Elector de Sajonia, una parte fundamental del libro está dedicada a una muy extendida reflexión sobre “la nación considerada en sí misma” en lo que de hecho es un examen de cuáles son los poderes y atribuciones de los Estados soberanos. Tal estudio convierte la obra en una especie de tratado de Derecho político, que sirve para abrir paso al entendimiento de cuales son los deberes de las naciones en sus relaciones con las demás. El cumplimiento de tales atribuciones y prerrogativas es lo que asegura la paz entre las naciones. Y a este respecto es llamativa la atención que se da al “dominio entre las naciones”, a los modos de constituir y usar el dominio y la propiedad, así como a la usucapión y a la prescripción. Todo ello lleva al estudio de aquello que sirve para el cumplimiento de las reglas que determinan los poderes del Estado y las que resuelven las fricciones entre ellos: los tratados de alianza y otros tratados públicos, así como el derecho de embajada o el derecho de enviar y de recibir ministros públicos. El Derecho internacional de la época buscaba por tanto definir el ejercicio del poder soberano del Estado, proporcionando los instrumentos que lo garantizasen en su vida exterior por medio de los tratados y por conducto de los diplomáticos. Ese es el Derecho que se convirtió en la herramienta que utilizó la diplomacia clásica para la consecución de sus objetivos, dándole prestigio y fuerza. Se trataba de hecho de un conjunto de normas de Derecho de los tratados y de Derecho diplomático que establecían una serie de cauces y de conductos a través de los cuales se engrazaban las relaciones internacionales. Era un Derecho de formas más que de contenidos.

Sería entrar en el fárrago adentrarse en un estudio comparativo de cómo fue evolucionando el índice de los libros de Derecho internacional a lo largo de los siglos XIX y XX. Aunque el autor lo ha hecho en otro lugar, no parece aconsejable volver a dar el detalle aquí. Lo importante es buscar las razones de esa evolución y encontrarlas en el cambio ya detallado en líneas anteriores sobre la manera como se concebían las relaciones y la política internacional. En el paso de un sistema basado en el equilibrio, instrumentalizado por los diplomáticos en alianzas, hasta un sistema de prevención de conflictos que paulatinamente se va perfeccionando a través de la cooperación y más tarde de la integración. De ese modo se pasó desde un Derecho internacional consistente en reglas de relación entre los Estados hasta el Derecho que hace posible la integración de tales Estados.

El Derecho internacional que utilizaron los diplomáticos clásicos se componía de una serie de reglas sobre cómo se puede ejercitar el poder absoluto del Estado, acompañadas de otras reglas de forma para regir los contactos inevitables y necesarios entre los poderes absolutos. Por ello, su base normativa descansaba en las reglas para el establecimiento de las competencias estatales y para la adquisición territorial, a lo que se unieron principios para cubrir los espacios en los que con más frecuencia se planteaban conflictos, tales como el mar o los ríos fronterizos. Ya se ha dicho que era un Derecho de formas, en el cual los capítulos principales eran el Derecho diplomático y el de los Tratados.

Ese esquema se rompió el día en que se pensó que la finalidad de la política exterior, en su objetivo de mantener la paz, consistía en crear un sistema de prevención de conflictos. Y ya se ha dicho también que ese esquema nuevo empezó a estructurarse en el Congreso de Viena de 1815. Allí y entonces se inició el proceso de evolución del Derecho internacional moderno. Un capítulo lógico de ese Derecho fue, que si el objetivo fundamental era la prevención de los conflictos, había que crear también medios pacíficos para resolverlos. No debe extrañar por tanto que uno de los temas que más se desarrolló, el del arbitraje, diera lugar a una ingente jurisprudencia de decisiones arbitrales que llenaron los anaqueles de las bibliotecas de libros escritos en inglés. Pero más importantes aún fueron los tres momentos, perfectamente identificados en la Historia, que marcaron la evolución del Derecho internacional contemporáneo.

El primero se produjo el día en que se comprobó que hay supuestos en los que sólo es posible un uso provechoso de los recursos disponibles mediante el establecimiento de mecanismos de colaboración entre los Estados. El primer ejemplo de esa colaboración se dio con las comisiones fluviales que surgieron pronto en el siglo XIX, como medio de hacer una utilización más racional de los ríos internacionales y en concreto de los dos grandes ríos europeos, el Rhin y el Danubio.

No por casualidad, la idea de la cooperación, implícita en la creación de las comisiones fluviales, tuvo pronto su repercusión en otras áreas. Se manifestó en

aquellos supuestos en los que se comprobó que la realización de acciones individuales y aisladas por parte de los Estados significaba una multiplicación ilimitada de los mismos actos, con un incremento de los costos y un desperdicio de los recursos. Lo mismo sucedía con objetivos que solo pueden ser realizados si existe una concertación de esfuerzos entre los Estados, bien sea porque su dificultad o envergadura supera las posibilidades de estos aisladamente, o bien porque su extensión, más allá de las fronteras, solo permite conseguirlos por medio de una acción colectiva. Así surgió una nueva figura de estructuración organizativa internacional en las llamadas Uniones administrativas. Estas se plasmaron primero en aquellos campos donde su utilidad era más patente, en las comunicaciones telegráficas y postales y en la equiparación de los pesos y medidas. Pero más tarde se han extendido hasta las más insospechadas áreas. Basta una visita al barrio diplomático de Ginebra, allá por las alturas de la orilla derecha del lago, para comprobar la extensión y la variedad de aplicaciones en las que ha plasmado la cooperación internacional bajo la forma de tales Uniones.

En el camino seguido por el Derecho internacional clásico en su transformación, el momento clave coincide, al filo de la primera gran guerra, cuando se produjo una reacción contra el esquema del Derecho internacional clásico y contra las deficiencias que arrastraban de un orden internacional basado en el equilibrio. Solamente podría salirse de la maraña caótica en que estaba estancada la comunidad de naciones si se diseñaba un nuevo orden normativo que tuviera por objetivo no tanto la coordinación de los Estados como su integración en una entidad nueva que los englobara. Había que crear intereses a una escala superior que hiciera ver a los Estados que la guerra, el conflicto, fuera general o localizado, les afectaba en cualquier caso a sus propios intereses particulares. El nuevo orden internacional necesitaba para ello de un sistema político y de unas normas de Derecho que se instrumentaran por la gobernación de órganos centralizados, dotados de medios de acción persuasiva y de instrumentos de coordinación. Al servicio de esas ideas surgió el nuevo Derecho de la Organización internacional, estructurado primero en la idea de integración y, en el hoy mismo, en la de globalización.

Ese es el nuevo Derecho internacional que está ya muy lejos del viejo Derecho clásico, hecho de cauces, de formalidades para la gestión diplomática al servicio de las relaciones entre los Estados, para convertirse en un Derecho de contenidos para hacer posible la integración en esquemas superiores de convivencia. Bastaría comparar cualquier manual reciente de Derecho internacional con los textos más venerables de la doctrina para ver claramente las diferencias. Aún se mantienen los capítulos tradicionales junto a los que aparecen nuevas secciones que, hasta hace poco podrían parecer extravagantes. Es el Derecho de las relaciones económicas, que cada vez aumenta en sus capítulos, más allá de los iniciales sobre las relaciones monetarias o los movimientos de capitales. Es el Derecho sobre el orden comercial internacional o sobre las transferencias de bienes y ser-

vicios. Es la aparición de nuevos espacios como el aéreo o el extraterrestre, a los cuales se acerca el Derecho con una mentalidad diferente. Y hay aún más campos insospechados, como los que se descubren si el estudioso se acerca a los cursos de cualquier universidad donde se adoctrine en inglés. Hay un nuevo Derecho internacional caracterizado por su riqueza y diversificación normativas. Es como una especie de Derecho administrativo internacional, lejos del que llevaban los antiguos diplomáticos clásicos en sus portafolios.

Para alguien, la pregunta sería inevitable. Si tal es la deriva por la que va la diplomacia, ¿para qué sirven hoy los diplomáticos? La respuesta está en la simple consideración de hechos y circunstancias que fluyen paralelamente a todo lo que se ha dicho. Si el Estado permanece, el ejercicio inalterado de las funciones diplomáticas se mantiene como algo consustancial a la naturaleza del Estado.

Hay un hecho curioso que el autor cree que no ha sido detectado nunca hasta ahora por la doctrina. Curiosamente, el movimiento codificador del Derecho internacional se inició a principios del siglo XIX, precisamente con una disposición de Derecho diplomático: el reglamento de 1815 por el que los diplomáticos reunidos en Viena hicieron un primer intento de poner orden en la confusa maleza de clases de jefes de misión diplomática que enmarañaba las relaciones entre los Estados. Este primer intento codificador perseveró después con una larga lista de proyectos de nueva codificación, hechos unas veces por iniciativa estatal, otras por simples ensayos de la doctrina. En el primer grupo están los trabajos infructuosos hechos en 1927 por la Sociedad de Naciones, el Convenio de La Habana de 1928 o el proyecto que la Harvard Law School abrió en 1932, ingenuamente sin eco, a la firma y ratificación de los Estados. Entre los segundos, habría de incluir la lista de trabajos de instituciones como el Institut de droit international o la International Law Association, a los que hay que añadir la larga lista de ensayos, más o menos valiosos, que elaboró la doctrina de los internacionalistas. Todos esos trabajos coinciden, y ahí está el hecho curioso, en una nota en común: ninguno de ellos incorpora en su articulado disposición alguna que enuncie en detalle cuáles son las funciones diplomáticas. Esa falta de atención hacia la función se da también en la teoría, en los tratados y manuales de Derecho internacional, en los que el profuso desarrollo de las cuestiones de protocolo sobre el establecimiento y la ruptura de relaciones que se hace se ve acompañado de un detenido estudio de los beneficios diplomáticos. Pero en todos esos libros las funciones diplomáticas como tal solo merecen, como máximo, un epígrafe. La realidad es que la primera vez en la Historia en que se ha hecho una enumeración detallada y precisa de en qué consiste la función diplomática ha sido en las Convenciones diplomáticas adoptadas en Viena y en Nueva York en los años 1961, 1969 y 1975.

La razón de ese silencio es muy fácil de explicar. Nunca, a lo largo de los siglos, se había considerado necesario detallar las funciones diplomáticas como

tales, porque éstas estaban claramente diseñadas en la costumbre como inherentes e intrínsecas al hecho mismo de intercambiar misiones diplomáticas. La función diplomática se ha mantenido siempre intacta en su naturaleza jurídica y en su contenido. Porque la vida exterior del Estado impone la necesidad de cubrir unos objetivos, utilizando unos instrumentos y unos ‘medios que han sido siempre los mismos dado que obedecen a la naturaleza misma de lo que es el Estado.

A lo largo de los tiempos, el diplomático ha sido siempre un representante de un poder político ante otro poder político que, en su calidad de tal, negocia y protege sus intereses. Como medio de proporcionar elementos para lo que hace como representante que negocia y protege, informa y analiza lo que ve. Y por añadidura busca como objetivo principal el fomento y el desarrollo de las relaciones entre los poderes implicados. Es en esos términos en los que se produce la convergencia entre los artículos en que se enuncian las funciones de las Convenciones de Viena y de Nueva York sobre relaciones diplomáticas. Como una forma de simplificación expositiva de todas ellas puede reproducirse el artículo 3 de la Convención de Viena de 1961:

“1.—Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:

- a) Representar al Estado acreditante ante el Estado receptor;
- b) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional;
- c) Negociar con el Gobierno del Estado receptor;
- d) Enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ellos al Gobierno del Estado receptor;
- e) Fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.

2.—Ninguna disposición de la presente Convención se interpretará de modo que impida el ejercicio de funciones consulares por la misión diplomática”.

Si esas son las funciones diplomáticas, que se pretende que se han mantenido intactas a lo largo de la historia de la diplomacia, aquellos que conocen bien la evolución de la Historia, podrían encontrar en ella ejemplos que podrían presentarse como prueba de que tales funciones han experimentado realmente cambios en sus elementos y en su contenido. Sin embargo, esa interpretación no es correcta. La función diplomática en su naturaleza se ha mantenido intacta desde que fue concebida como medio de acción en la vida exterior del Estado. Lo que realmente ha podido cambiar, y de hecho ha cambiado, son los elementos a los cuales se refiere la función, no porque ésta se haya modificado, sino porque ha habido mutaciones en la concepción de tales elementos o de las figuras jurídicas

que se les aplican. Tales mutaciones no se han producido, empero, en el Derecho internacional, si no, si acaso, en el Derecho político, en el administrativo, en la cultura, en la manera de ver cosas y conductas.

La función de representación, como eje de toda la función diplomática, tiene hoy en día una naturaleza jurídica perfectamente delimitada. Implica que los representantes diplomáticos actúan en nombre del Estado al que atribuyen los efectos de sus actos porque lo hacen en su calidad de órganos de aquel. Esta interpretación, sin embargo, no ha sido siempre así, no porque haya cambiado la función como tal, sino porque la identificación del objeto que se representa o la concreción de la naturaleza jurídica de la representación han evolucionado con la evolución propia del Derecho público y del Derecho privado. Lo que ha cambiado es la concreción de qué es lo que se representa, es decir, cuál es el sujeto jurídico al que se representa, así como la naturaleza del vínculo de relación que implica la representación. Por ello, el rastreo de la práctica de la Historia, nos puede llevar a ver que, aunque lo que se representa en la gestión diplomática ha sido siempre la soberanía, ésta se ha identificado unas veces con el soberano absoluto, otras con la nación, otras con el gobierno o incluso con el conjunto de todos los que encarnan el poder. Lo mismo podría decirse de la naturaleza del vínculo que une al representante con lo representado, que en el pasado pudo encajarse en figuras traídas del Derecho privado, tales como la representación personal o el mandato de representación. Tales modificaciones no han afectado nunca ni en nada a la función que se ha mantenido intacta. Lo mismo puede decirse del contenido de hecho en el que se materializa la representación diplomática, como el vínculo a través del cual se expresa y se recibe, de manera auténtica y oficial, la voluntad de los Estados que se relacionan; solo tiene validez formal lo que se dice y lo que se hace a través de los órganos internacionales del Estado, los centrales y los periféricos. Junto a ello, los representantes diplomáticos aseguran con su presencia algo tan importante como es la presencia material del Estado representado en la vida oficial del Estado ante el que se actúa.

No parece fácil que puedan encontrarse ejemplos de mutaciones en la otra gran función diplomática, en la negociación, que puedan presentarse como cambios en su naturaleza y contenido. La negociación como actividad, en cuanto medio de relación, excede en mucho a su concreción específica en la diplomacia y como tal puede haber cambiado en la manera de concebirla o realizarla. Es cierto que los manuales clásicos del Derecho internacional abundaban en una casuística pormenorizada al exceso sobre lo que se podía hacer y como se podía hacer una negociación. Hoy en los estudios sobre negociación influyen mucho los planteamientos, en estrategias y tácticas, que están muy desarrollados en otros ámbitos como el empresarial, lo que les da mayor amplitud y complejidad. Ya figuran en los programas de universidades y de centros docentes cursos específicos sobre negociación diplomática. Este autor profesó hace ya muchos años

el primer curso que se dio en la materia en la Escuela Diplomática de Madrid. La negociación diplomática, como “el procedimiento específico en el que varios sujetos dotados de personalidad jurídica internacional buscan o aparentan buscar un acuerdo sobre un tema de interés común...”, puede haber cambiado en sus ritos e instrumentos. Es posible que el nombre o el contenido de los documentos que se intercambian los negociadores estén evolucionando hacia una simplificación de estilos y formulismos. La diplomacia multilateral ha creado una herramienta novedosa con sus reglamentos que introducen orden y eficacia en los tratos. Pero la negociación, la “gestión de un asunto”, como dicen los diccionarios, cuando se la califica con el adjetivo de “internacional” se ha mantenido intacta en su naturaleza y esencia.

El diplomático, como representante, aparte de negociar también protege. Eso está en el origen mismo de la institución. Pese a ello, la idea de que los diplomáticos protegen los intereses de la particulares solo ha aparecido tardíamente en la evolución histórica de la institución. Inicialmente el diplomático solo protegía los intereses del señor absoluto hasta el momento en que los politólogos del momento se dieron cuenta de que los súbditos del soberano formaban también parte de la propiedad de la Corona o, en términos más técnicos, de que la población era uno de los elementos constitutivos del Estado. Por ello el daño a los súbditos pasó a convertirse en una “injuria” contra el poder del Estado. Es por eso por lo que, cuando el Derecho internacional perfiló los elementos de la “acción diplomática” como una forma contenciosa de ejercer la protección de intereses particulares, estableció como una de sus bases que el Estado, al asumir la reclamación de un particular contra otro Estado, la hacía suya como si de una reclamación propia se tratase. Y no cabe duda de que este ejemplo tan llamativo en la configuración de la función de protección sólo afecta al objeto al que se aplica. La protección internacional en general ha cambiado radicalmente en sus planteamientos a lo largo de todos los tiempos. Pero la función de protección diplomática, como una consecuencia de la representación, es exactamente la misma: el representante tiene que proteger lo que en cada momento se considera que son los intereses del Estado.

Observación e información: cuando los redactores del artículo 3 de la Convención de Viena de 1.961 se acercaron al enunciado de esta función pusieron el mayor empeño en que se incluyera la precisión de que los medios para llevarla a cabo tenían que ser “lícitos”. Tal precisión permite excluir de la función diplomática prácticas que en la antigüedad eran normales y admitidas hasta que su uso se hizo deshonesto por su clandestinidad o cuando chocaron con los nuevos derechos humanos entre los que prima el derecho a la intimidad. Así quedó fuera de la función de información algo que en sus inicios era perfectamente usual como es el espionaje. La búsqueda de la información secreta era práctica usual de los poderosos y se utilizaba como medio normal de entrar en el conocimiento de los

negocios. Espiaban el soberano y sus consejeros y espiaban los grandes señores feudales, hasta que la primacía de la seguridad llevó a ver en tales artimañas algo deshonesto. Emero Vattel y su “Derecho de Gentes”, a quienes ya se ha citado más arriba, dejaron muy claro el estado de la cuestión. “Un hombre de honor... no hace el oficio de espía, y por otra parte lo juzga indigno de él, porque es oficio que no se puede ejercer sin alguna especie de traición”. Aunque puso también las cosas en su sitio. “El soberano no tiene... derecho de exigir de sus súbditos un servicio semejante, como no sea en algún caso particular y de la mas alta importancia”. Hoy el derecho a la intimidad, que los más avanzados medios técnicos ponen constantemente en entredicho, no acepta sus violaciones que penetran en lo ilícito. Algún ejemplo reciente ha dejado bien en claro el asunto. La función diplomática de observar y de informar se contrae a las condiciones y a la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor. Y ello ha sido siempre así. El conocimiento más amplio de otras circunstancias o factores que puedan influir también en las condiciones de los acontecimientos en el Estado receptor podría, si acaso, entrar dentro de la labor de los servicios de inteligencia.

Poco puede decirse de la función de fomento y desarrollo, en cuanto a su permanencia invariada como tal, puesto que no ha sido identificada como función hasta su inclusión en la Convención de Viena de 1961. Una posible interpretación de urgencia de ese hecho podría encontrarse en que un supuesto principio inspirador existente como objetivo etiológico de todas las funciones se ha convertido como función propia a la luz de los nuevos enfoques de integración que predominan en el Derecho internacional actual.

Si aún hubiera que aducir otros argumentos en favor de la continuidad de la función diplomática, más allá de las mutaciones que experimente la diplomacia, bastaría con comparar las dos formas de acción en las que se materializa la vida exterior del Estado, la que realizan los diplomáticos y la que fungen los cónsules. La inmovilidad de la función diplomática choca con las profundas variaciones que ha experimentado de siempre la función consular. Desde sus épocas de mayor esplendor como las que vivieron los cónsules, precedidos de sus dragomanes en las ciudades del imperio otomano en su ocaso o como las de los cónsules, auténticos virreyes, que gobernaban las concesiones en los barrios de Shanghai y de tantas otras ciudades chinas. Hasta sus momentos de menor fulgor en la atención prestada en el día a día del común de las gentes. La razón que explica continuidad y cambio es muy simple: los diplomáticos representan al Estado mientras que los cónsules representan a la Administración. Aquel es siempre el mismo y esta, la Administración, varía en sus estructuraciones internas y en las necesidades a cubrir que cada momento impone. Entrar en mayores explicaciones sería salirse del tema asignado en la ponencia.

BIBLIOGRAFÍA

Amador Martínez Morcillo. “LA FUNCIÓN DIPLOMÁTICA”. Ibersaf, 2005.

LA FUNCIÓN CONSULAR

EDUARDO VILARIÑO PINTOS

*Catedrático de Derecho Diplomático y Consular
Universidad Complutense de Madrid*

En 1822, en el Congreso de Verona, CHATEAUBRIAND, declaró: “El tiempo de los embajadores ha pasado, el de los cónsules ha vuelto”. No es, precisamente, que haya acertado, pero sí hoy se puede decir que la institución consular en razón de su función se convierte en una de las instituciones del Estado que se hace más necesaria, incluso, imprescindible, o si quieren la indiscutiblemente más adecuada para el debido cumplimiento de sus obligaciones en el exterior de atención a sus nacionales, de los derechos e intereses de estos y de los intereses del mismo Estado en su actuación *iure gestionis*.

En efecto, el mundo globalizado de hoy trae consigo, particularmente, una constante circulación internacional de personas, de medios de transporte, de establecimiento de empresas transnacionales y de nacionales de otros Estados, a lo que hay que añadir el intenso tráfico jurídico internacional, y a todo ello los Estados deben atender ejerciendo la función consular.

La función consular es en la que se concreta la acción consular que implica el ejercicio de una serie de funciones concretas cuyo contenido supone el acercamiento, a los nacionales en el exterior, de la Administración y Ordenamiento jurídico del Estado enviante del que son nacionales y que a éstos interesa para el cumplimiento de sus derechos personales y profesionales y para la defensa de sus intereses. Como señala el Embajador MARTÍNEZ MORCILLO: “El cónsul es un funcionario en el exterior que continúa más allá de las fronteras de su Estado una peculiar organización política y administrativa”, y que los cónsules son

funcionarios que representan a un Estado “pero no en cuanto poder político sino en cuanto estructura concreta a través de un sistema administrativo y político del que son órganos” (“España ante la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”, *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, año IV [1966], vol. 2, p. 84).

La función consular abarca, en consecuencia, un gran número de funciones concretas —como son funciones que podríamos llamar políticas, en tanto paralelas a las diplomáticas, así las de información, fomento de las relaciones mutuas, protección consular, pudiéndose añadir las relaciones con la colonia nacional; funciones de asistencia; funciones administrativas, así el registro consular, las muy diversas certificaciones, los documentos de viaje; funciones en materia de derecho privado, incluyendo el registro civil consular, el matrimonio consular, las relativas a menores e incapaces, las de adopción internacional o las referentes a sucesiones; las funciones notariales; las funciones de carácter procesal; la, aunque decaída, función comercial; las funciones en materia de navegación marítima y aérea; y, en fin, funciones en materia de seguridad social, en materia de servicio militar y en materia electoral— es, por ello, la función consular, una función de difícil ejercicio para el funcionario consular que tiene que ocuparse y, —cuando menos— conocer minimamente, tantas materias, de las cuales unas están regidas directamente por el derecho internacional, consuetudinario o convencional, como son, por ejemplo, la asistencia consular o la protección consular, la función de información o la de fomento del desarrollo de las relaciones, en tanto que otras, se ejercen —siempre porque el derecho internacional permite que ellas puedan ser llevadas a cabo— bien de conformidad con el derecho del Estado enviante, por ejemplo, las funciones en materia de navegación marítima o la expedición de documentos de viaje, bien en la medida que lo permita o no se oponga el derecho del Estado receptor, como, por ejemplo, defender los intereses de los nacionales en los casos de sucesión por causa de muerte o velar por los intereses de menores o incapaces. En definitiva, como se deduce de la larga relación del art. 5 del Convenio de Viena de 1963, la acción consular está abierta, como se dispone en la letra *m*) del mismo, a toda otra función que se le confíe a la oficina consular por el Estado enviante y que no esté prohibida por el ordenamiento del Estado receptor o a la que éste no se oponga o sea acordada por ambos Estados. Fuera del art. 5, en el art. 36, 1, *b*) y *c*) y 2 se regula la asistencia a las personas privadas de libertad. En el ejercicio de las funciones consulares se produce, por tanto, un encuentro y coordinación entre los ordenamientos de los Estados que entran en relación.

La función consular se manifiesta, además, como una actuación que se podría denominar de “Administración internacional”, que presenta una particular utilidad en el mundo actual. Se trata de aquellas funciones concretas que no sólo pueden ser ejercidas a favor de los nacionales del Estado enviante, sino, también, a favor de nacionales del Estado receptor o de un tercer Estado que se encuentren

en el Estado receptor, como ocurre con el certificado de origen o la factura consular, respecto, respectivamente, a los productos originarios del Estado enviante o para determinar su valor, lo que puede interesar particularmente a importadores en el Estado receptor; los certificados de *coutume*, para certificar el derecho del Estado enviante, de indudable interés en nuestros días, dado el intenso tráfico jurídico internacional y cuya solicitud puede interesar tanto a particulares, profesionales del derecho o a autoridades del Estado receptor; o el otorgamiento de poderes a persona del Estado enviante para la celebración de un negocio jurídico en este Estado o para actuar en un juicio que, igualmente, se sigue en éste Estado, otorgamiento ante el funcionario consular que tiene una indiscutible utilidad, cuando menos económica, cuando los Estados acreditante y receptor son de distinto idioma, pues se ahorra la traducción al idioma del Estado acreditante, pues en éste se redactará por el funcionario consular.

Por último, hay que señalar una función particular y de particular importancia que en su estricto concepto, se destina únicamente a quienes no sean nacionales del Estado receptor, se trata de la concesión del visado cuando sea necesario para viajar al Estado enviante y que puede ser solicitado tanto por nacionales del Estado receptor como por nacionales de terceros Estados que residan en éste Estado. Se trata, también, en puridad y en principio, salvo recientes y muy concretas situaciones, de un documento estrictamente consular, es decir no se expide por otros órganos de la Administración del Estado acreditante en el interior, sino exclusivamente por las oficinas consulares, puesto que se requiere para entrar en tal Estado.

En otro orden de cosas, si bien es cierto que la función consular existe, desde su origen, con la finalidad de atender a los personas de los propios gremios, de las propias localidades y hoy de los propios nacionales en el extranjero, también la función consular puede extenderse a otras personas que no tienen esta condición. Efectivamente, ya en la Edad Media los consulados atendían a los llamados protegidos ante Estados o entes políticos no cristianos, así Francia protegía a los católicos, Rusia a los ortodoxos y España, ya en la Edad Moderna, a los sefardíes. Hoy, estos protegidos serán los nacionales de un tercer Estado que haya acordado con el Estado enviante que éste atienda a sus nacionales en aquellos Estados en los que él mismo no tenga oficinas consulares o misión diplomática, tal como se reconoce en el art. 8 del Convenio de Viena de 1963 al referirse al ejercicio de funciones consulares por cuenta de un tercer Estado. Por otra parte, la función consular también puede ejercerse y se ejercerá a favor de quienes tengan la condición de refugiados en el Estado enviante, pero, por el contrario, el Estado receptor puede oponerse a que el Estado enviante ejerza funciones consulares a favor de un nacional suyo que tenga la condición de refugiado en ese Estado receptor (art. 47 Convenio Europeo de 1967 sobre las funciones consulares). Igualmente, el Estado enviante podrá ejercer tales funciones a favor de los apátridas que habitualmente residan en su territorio (art. 46 Convenio Europeo).

El “punto de conexión” para la validez del ejercicio de las funciones consulares es el de la nacionalidad del Estado enviante que ha de tener la persona física o jurídica que solicita el ejercicio de funciones a su favor a la correspondiente oficina consular (excepción hecha de los mencionados protegidos). Sin embargo, en el caso del ejercicio de las funciones en materia de navegación marítima o aérea, tal “punto de conexión” no es la nacionalidad del armador o armadores o de los consignatarios ni siquiera la del capitán del buque o comandante de aeronave, sino que es el del abanderamiento del buque o aeronave; de modo que la oficina consular que válidamente puede actuar y a la que se habrá de acudir es a la del Estado de matriculación del buque o aeronave, porque es la competente respecto a la totalidad del buque o aeronave en tanto unidad. Además tal oficina consular podrá, asimismo actuar a favor, en tanto particulares, tanto del capitán o comandante, como de los miembros de la tripulación u ocasionalmente del pasaje, cualquiera que sea su nacionalidad.

Para el ejercicio de la función consular se ha de garantizar por el Estado receptor que los funcionarios consulares puedan comunicarse libremente con los nacionales del Estado enviante y desplazarse hasta ellos cuando no puedan acudir a la oficina consular y, asimismo, los nacionales del Estado enviante han de poder comunicarse libremente con la oficina consular y desplazarse a ella (art. 36,1, a) Convenio de Viena de 1963).

La oficina consular y los funcionarios consulares para el ejercicio de sus funciones, cuando así sea necesario, se relacionarán con las autoridades locales del Estado receptor con competencia en su correspondiente circunscripción, entendiéndose por tales todas aquellas que no sean autoridades centrales. Sólo cabrá relación con las autoridades centrales cuando la permita el Estado receptor, se haya convenido por acuerdo (art. 38 Convenio de Viena de 1963) o, como señalaba la Comisión de Derecho Internacional, cuando se trate de ejercer funciones consulares respecto a materias que en el Estado receptor son únicamente atendidas por servicios centralizados.

Todo lo dicho hasta aquí se ha considerado con referencia a la acción del órgano específico para el ejercicio de la función consular, es decir, la oficina consular, pero hay que tener en cuenta que la función consular puede, igualmente, ser ejercida por las misiones diplomáticas tal como se reconoce en el art. 3.2 del Convenio de Viena de 1961 y en los arts. 3 y 70 del Convenio de Viena de 1963; en realidad, es cada vez más frecuente que en las misiones diplomáticas haya una sección consular desde la que, a cargo de un agente diplomático, se ejerce tal función. Puede ocurrir que el Estado enviante no tenga ninguna oficina consular en el Estado receptor, en cuyo caso la sección consular ejercerá las funciones consulares en todo el territorio de este Estado; en segundo lugar, si hay oficinas consulares, entonces la sección consular ejercerá estas funciones en aquellas partes del territorio del Estado receptor que no queden incluidas en ninguna cir-

cunscripción consular de sus oficinas consulares; pero aun en la hipótesis en que todo el territorio del Estado receptor esté cubierto por las circunscripciones de las oficinas consulares del Estado enviante, cabría, como señala la Comisión de Derecho Internacional, que puedan ejercerse por la sección consular actividades consulares que el Estado acreditante reserve a su misión diplomática y por consiguiente no puedan ser ejercidas por sus oficinas consulares.

Finalmente hay que dejar constancia de que el ejercicio de la función consular esta configurado y previsto para la atención de quienes se encuentren en el territorio del Estado receptor de forma legal. En este punto, y en los problemas del mundo actual, si bien no con base jurídica pero sí por razones éticas e incluso para verificación de garantías de derechos humanos, entiendo que los Estados receptores en cuyo territorio se encuentren ilegalmente extranjeros deberían ponerlo en conocimiento de las oficinas consulares correspondientes, para que éstas en lugar de desentenderse de los mismos, estén atentas al trato que se les de a tales personas, incluso en caso de expulsión. Igualmente, respecto a los indocumentados, siempre que haya indicios razonables de cual sea su nacionalidad, debería ser comunicado a la oficina consular correspondiente, para, asimismo, ser atendidos en lo necesario. Del mismo modo, si una oficina consular tuviera noticia de nacionales o presuntos nacionales suyos en tales circunstancias, deberían de oficio actuar y ser autorizadas a ello por el Estado receptor.

Respecto a España, unas breves consideraciones. Ante todo, hay que señalar que es un Estado que reconoce y atribuye a sus oficinas consulares prácticamente todas las funciones consulares reconocidas tanto en el derecho consuetudinario como en el convencional. Obviamente según las sedes de las mismas con las características e intereses de la población española, tendrán o podrán tener distintos perfiles en cuanto a las funciones que ejerzan o que principalmente ejerzan.

En otro orden de cosas, dada la especial incorporación que los funcionarios consulares deben procurar, en razón de las funciones que han de ejercer, en la sociedad del Estado receptor propia de la circunscripción consular y en particular de la ciudad sede de la oficina consular, los funcionarios consulares y la misma oficina consular se encuentran en una situación singular y apropiada para desarrollar una importante labor de fomento de las relaciones para dar a conocer en una diversidad de ámbitos al Estado enviante y desarrollar actividades con la propia colonia nacional para mantener su identidad. Naturalmente, es en buena medida un problema de medios, pero que su empleo puede ser —y casi con seguridad será— de mucha mayor eficacia y penetración que las acciones del mismo orden que, sin duda, han de ser llevadas a cabo por la misión diplomática. En este punto, y en la práctica española, deberían integrarse en las oficinas consulares, para una mayor eficacia, los medios propios de la Administración Central los que las Comunidades Autónomas destinan para la colaboración, atención, promoción e identidad de la propia población asentada en el extranjero.

Por otra parte, hay que señalar una falta de regulación adecuada. La regulación es dispersa y ha de rastrearse a lo largo de muy diferentes disposiciones normativas de distintos Ministerios, así: Código Civil, Ley y Reglamento del Registro Civil, Código de Comercio, Ley de Enjuiciamiento Criminal, múltiple legislación fiscal, Reglamento del Notariado, el viejo Reglamento de la carrera consular, Órdenes Circulares del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, etc., etc. El vigente Real Decreto 342/2012, de 10 de febrero por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en el art. 1, en cuanto a las funciones que aquí nos interesan sólo nos dice genéricamente: fomentar las relaciones económicas, culturales y científicas; participar, en la esfera de actuación que le es propia, en la propuesta y aplicación de las políticas migratorias y de extranjería; y proteger a los españoles en el exterior. El Proyecto de Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, nada dice respecto a las funciones consulares. Ante tal situación, sería conveniente que por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación se procediera a preparar una legislación unitaria tanto del derecho diplomático como del consular en la que, cuando menos, se recogiesen, con el desarrollo y concreciones necesarias, las funciones y el *status* de las misiones diplomáticas y oficinas consulares de conformidad con el derecho internacional vigente consuetudinario y convencional.

EL SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR: ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO*

ENRIQUE GONZÁLEZ SÁNCHEZ

*Embajador en Misión Especial
para Relaciones con Instituciones de la Unión Europea
Secretaría de Estado para la Unión Europea
Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación*

I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de Lisboa de 2007 (TdL)¹ prevé en el artículo 27.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) la creación de un Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE) como órgano de apoyo del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (AR). Dicho servicio trabajará en colaboración con los servicios diplomáticos de los Estados miembros (EEMM) y estará compuesto por funcionarios de los servicios competentes de la Secretaría General del Consejo (SGC) y de la Comisión (COM) y por personal en comisión de servicio de los servicios diplomáticos nacionales. La organización y el

* Las ideas expresadas en este artículo lo son a título estrictamente personal.

¹ Con el Tratado de Lisboa, los Estados miembros de la Unión se dotan de un tratado básico, el Tratado de la Unión Europea (TUE), y un tratado de desarrollo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Las disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión y las disposiciones específicas relativas a la Política Exterior y de Seguridad Común figuran en el título V del TUE (artículos 21 a 46). En la quinta parte del TFUE se incluyen las disposiciones relativas a la acción exterior de la Unión (artículos 205 a 222).

(Versiones consolidadas de los tratados en DOUE n.º C 83, de 30.03.2010).

funcionamiento del SEAE se establecerán mediante decisión del Consejo que se pronunciará a propuesta del AR, previa consulta al Parlamento Europeo (PE) y previa aprobación de la Comisión.

La creación del SEAE se enmarca dentro de las medidas previstas en el TdL para reforzar la Política Exterior y de Seguridad de Común (PESC) de la Unión Europea (UE) y con ello la acción exterior de la Unión². Dichas medidas incluyen también, entre otras, la creación de las figuras estables del Presidente del Consejo Europeo y del AR para la PESC, este último Vicepresidente también de la Comisión (VC), con objeto de velar por la coherencia de la acción exterior de la Unión, asumiendo las responsabilidades que incumben a dicha institución en el ámbito de las relaciones exteriores y la coordinación de los demás aspectos de la acción exterior de la Unión, así como Presidente del Consejo de Asuntos Exteriores (CAE).

Las medidas previstas en el TdL en materia de política exterior se adoptan por los EEMM a la luz de la experiencia y del funcionamiento de la PESC desde su puesta en marcha por el Tratado de Maastricht de 1992. Dicho tratado crea formalmente la Unión Europea, mediante el establecimiento de una nueva arquitectura europea, basada en tres pilares, el pilar comunitario ya preexistente y dos nuevos pilares, de naturaleza no estrictamente intergubernamental, aunque tampoco comunitarios, la Política Exterior y de Seguridad Común y la Cooperación en Asuntos de Interior y de Justicia. La puesta en marcha de la PESC se lleva a cabo mediante la incorporación en el Tratado de la Unión de los componentes de la antigua Cooperación Política Europea (CPE), esta sí de carácter estrictamente intergubernamental. El Tratado de Ámsterdam de 1997 refuerza el contenido de las dos nuevas políticas, y en particular de la PESC, mediante la creación, entre otras medidas, de la figura del Alto Representante para la PESC, de naturaleza diferente a la establecida ulteriormente por el TdL, coincidente en aquel caso con el puesto de Secretario General del Consejo, en línea con la política prevista desde Maastricht por los EEMM de asignar al Consejo las competencias en materia de política exterior, independientemente de las detentadas por la Comisión en materia de relaciones exteriores. Para dicho puesto se designó en su momento al español Javier Solana, hasta entonces Secretario General de la OTAN.

El funcionamiento de la PESC a lo largo de los años previos al TdL es reflejo del contenido de las decisiones adoptadas en los tratados y, en particular, de la división de competencias en materia de política exterior y relaciones exteriores entre el Consejo y la Comisión. También evidentemente y sobre todo de la voluntad o falta de voluntad política de los EEMM de actuar con una única voz en esta materia.

² En la Declaración sobre el futuro de la Unión Europea, adoptada en Laeken el 15 de diciembre de 2001, se aludía ya al desempeño por parte de la Unión de un papel de liderazgo en un nuevo orden planetario, el de una potencia a la vez capaz de desempeñar una función estabilizadora a nivel mundial, y de ser punto de referencia para numerosos países y pueblos (Doc. Consejo 300/1/01 REV1).

El desarrollo y el funcionamiento de la PESC a lo largo de dichos años va a venir lastrado por esa división de competencias, lo que provocará en ocasiones ausencia de coordinación o coherencia en la actuación exterior de la Unión, al no ser posible en las relaciones con terceros disociar las actuaciones en materia de política exterior en sentido estricto de las llevadas a cabo en el ámbito de las relaciones exteriores, abarcando estas últimas igualmente el componente exterior de las diferentes políticas comunitarias de la Unión. Todo ello independientemente, como se ha indicado, de la decisión de los EEMM de actuar o dejar de actuar de manera unitaria ante los diferentes eventos políticos en el escenario internacional. A este respecto, la intervención en Irak en 2003 marca el punto álgido de la división entre los EEMM y con ello del mayor fracaso entonces de la PESC.

Las disposiciones del TdL relativas a la PESC tratan, por tanto, de dotar a la Unión con los instrumentos para hacer frente a los problemas de funcionamiento detectados en el período anterior. La creación de la nueva figura del Alto Representante constituye la medida más destacada³, con su triple calidad de responsable de la PESC, Vicepresidente de la Comisión y Presidente del Consejo de Asuntos Exteriores. La creación de un servicio de acción exterior, especie de Ministerio de Asuntos Exteriores, como órgano central de apoyo, y la conversión de las antiguas delegaciones de la Comisión en el exterior en delegaciones de la Unión Europea, de hecho embajadas de la UE, proporcionan, en principio, al AR los medios necesarios para el ejercicio de sus funciones. A partir de la entrada en vigor del tratado el 1.º de diciembre de 2009 depende del AR, cuya primera titular ha sido la británica Catherine Ashton⁴, hasta entonces Comisaria responsable de Comercio, la posibilidad de hacer más efectiva la acción exterior de la Unión, aunque dependiendo en gran medida para ello, como ya se ha indicado, de la voluntad e influencia al respecto de los EEMM.

Paralelamente a la designación de la Alta Representante, el 1.º de diciembre de 2010 tuvo lugar la puesta en marcha del SEAE, cuya organización y funcionamiento es objeto de evaluación por parte de los EEMM, sobre la base del documento correspondiente presentado por la AR el 26 de julio de 2013 y que dió lugar a unas Conclusiones del Consejo al respecto el 17 de diciembre de ese año.

³ Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión en el nonato Tratado constitucional de 2004 (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DOUE n.º C 310, de 16.12.2004), antecedente del Tratado de Lisboa. En el proyecto de Tratado constitucional se hacía referencia también a la creación de un servicio europeo de acción exterior como instrumento de apoyo del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión.

⁴ Decisión del Consejo Europeo de 1 de diciembre de 2010 (DOUE n.º L 315, de 2.12.2010).

El Alto Representante es nombrado por el Consejo Europeo por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión (artículo 18.1 TUE).

II. CREACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DEL SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR

La creación del Servicio Europeo de Acción Exterior tuvo lugar por la Decisión del Consejo de la UE de 26 de julio de 2010⁵, en base a la propuesta correspondiente presentada por la Alta Representante el 25 de marzo precedente⁶. La decisión fue negociada y acordada durante la Presidencia española del Consejo del primer semestre de 2010, que hizo figurar dicho tema entre una de sus prioridades, y adoptada formalmente al inicio de la Presidencia belga⁷. La puesta en marcha del SEAE tuvo lugar el 1.º de diciembre de 2010 y el 1.º de enero siguiente la incorporación al mismo del personal procedente de los servicios afectados de la Comisión y de la Secretaría General del Consejo⁸.

El SEAE, órgano de apoyo del AR, se constituye como un órgano funcionalmente autónomo, independiente de la Secretaría General del Consejo y de la Comisión, dotado de capacidad jurídica. El SEAE cuenta con personal y presupuesto autónomos; de ahí que fuera necesario, independientemente de otras razones, paralelamente a la negociación de la decisión constitutiva del SEAE, negociar la modificación del Estatuto de personal⁹ y del Reglamento financiero de la Unión¹⁰. La modificación del Estatuto de personal y del Reglamento financiero se llevó a cabo en base al procedimiento legislativo ordinario y, por tanto, en codecisión con el Parlamento Europeo. Aunque la adopción de la decisión constitutiva del SEAE solo requería el dictamen consultivo del PE, la influencia real de esta institución en la negociación de dicha decisión fue considerable como consecuencia del acuerdo requerido para la modificación y adopción de los otros dos textos.

El SEAE asiste también al Presidente del Consejo Europeo, al Presidente de la Comisión y a la Comisión en el ejercicio de sus respectivas funciones en el ámbito de las relaciones exteriores, y facilita igualmente apoyo y cooperación adecuados a las demás instituciones y órganos de la Unión, en particular al Parlamento Europeo.

Las competencias del SEAE dimanaban de las atribuidas al AR referentes al ámbito de la PESC, incluida la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD).

⁵ Decisión del Consejo 2010/427/UE por la que se establece la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior (DOUE n.º L 201, de 3.08.2010).

⁶ Doc. Consejo 8029/10.

⁷ Pese a lo generalmente dilatado de los debates y la negociación en el seno de la Unión, la consecución de un acuerdo sobre el contenido de la propuesta tuvo lugar en un período de tiempo bastante limitado.

⁸ En un anejo de la decisión se incluye la lista de unidades administrativas transferidas al SEAE desde la Comisión y la Secretaría General del Consejo.

⁹ Reglamento (UE, EURATOM) n.º 1080/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas y el régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades (DOUE n.º L 311, de 26.11.2010).

¹⁰ Reglamento (UE, EURATOM) n.º 1081/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, que modifica el Reglamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas en relación con el Servicio Europeo de Acción Exterior (DOUE n.º L 311, de 26.11.2010).

Sin embargo, ámbitos tales como ampliación, comercio o desarrollo continúan siendo competencia de la Comisión, así como el contenido externo de las diferentes políticas comunitarias. Dicha división de competencias explica la importancia del “doble sombrero” atribuido al AR y concretamente el papel de coordinador, en su calidad de Vicepresidente de la Comisión, de las competencias de otros comisarios en materia de relaciones exteriores¹¹.

La composición del SEAE en lo que se refiere a su personal resulta especialmente novedosa, en cuanto que los EEMM tuvieron especial interés en que miembros de sus respectivos servicios exteriores pudieran incorporarse al mismo. En este sentido, el SEAE está compuesto por personal procedente de la Secretaría General del Consejo, de la Comisión y al menos un tercio del personal de nivel AD¹² por personal procedente de los servicios exteriores de los EEMM¹³. El personal procedente de los EEMM es contratado en calidad de agentes temporales por un período de cuatro años, prorrogable, en su caso, por otros cuatro y excepcionalmente dos más. El reclutamiento tiene lugar en base a los méritos de los candidatos, sin que se haya previsto un sistema de cuotas nacionales, pero garantizando un equilibrio geográfico adecuado, un reparto equitativo entre hombres y mujeres y la presencia significativa en el SEAE de nacionales de todos los EEMM. Al personal procedente de los EEMM se le aplica un régimen similar al del personal de las propias instituciones. A partir de la adopción de la decisión constitutiva del SEAE en 2010 tuvo lugar el inicio del proceso de reclutamiento abierto a la participación de candidatos procedentes de los EEMM, tanto para la sede central del SEAE en Bruselas como para las delegaciones en el exterior. El proceso de reclutamiento de personal se

¹¹ En una nota de la Comisión de 13 de enero de 2012 (SEC(2012)48) se recogen los arreglos de funcionamiento acordados entre la Comisión y el SEAE en temas de relaciones exteriores. Dicha nota hace referencia a las delegaciones de la Unión, ayuda humanitaria, cooperación y asistencia financiera, cooperación en situaciones de crisis en el exterior, medios de comunicación y briefings.

¹² Los funcionarios y agentes temporales de la Unión se engloban en dos grupos de funciones: los Administradores (AD) y los Asistentes (AST). Dentro de una única escala de grados, a la función de Administradores corresponden los grados AD 5 al grado AD 16, grado superior; y a la función de Asistentes, los grados AST 1 al grado AST 11.

El régimen aplicable al personal de la Unión viene recogido en un Reglamento de 29 de febrero de 1968 (DOCE n.º L 56, de 4.03.1968), que ha experimentado ulteriormente un gran número de modificaciones. Una reforma especialmente importante tuvo lugar en 2004 (DOUE n.º L 124, de 27.04.2004), estableciéndose entonces los dos grupos de funciones mencionados. La creación del SEAE en 2010 motivó una reforma adicional (DOUE n.º L 311, de 26.11.2010). La incidencia de la situación económica global y la necesidad de prever un nuevo método de adecuación de los salarios del personal ha motivado una nueva e importante reforma en 2013 (DOUE n.º L 287, de 29.10.2013).

¹³ Cada Estado miembro decide sobre la atribución a sus nacionales de la calidad de miembros de su servicio exterior. Por regla general, se trata de diplomáticos, pero la atribución de competencias al SEAE en el ámbito de seguridad y defensa (PCSD) implica que sea también numeroso el personal procedente de otros departamentos, en particular Defensa e Interior.

En la actualidad, un 32,9% del personal de nivel AD procede de los servicios exteriores de los EEMM (23,8% en la sede central y 46,2% en delegaciones, incluido el 44% de los jefes de delegación).

lleva a cabo por el SEAE¹⁴ con participación de los EEMM¹⁵. Como consecuencia, en la actualidad dicho personal representa ya el mínimo previsto de un tercio del total de nivel AD. En la decisión se prevé igualmente la posibilidad de recurrir a un número restringido de expertos nacionales especializados en comisión de servicio¹⁶; así como la adopción de medidas para dotar al personal de una formación común adecuada, basada, en particular, en las prácticas y estructuras existentes en los ámbitos nacionales y de la Unión¹⁷. La eventual incorporación al SEAE plantea nuevas perspectivas de carrera a los diplomáticos nacionales, en el sentido de que el desempeño de su actividad profesional con carácter temporal en dicho órgano constituye una posibilidad adicional a sus actividades tradicionales, tanto en la administración central como en el exterior; nueva posibilidad en la que confluyen los intereses de las tres partes: el SEAE, la Administración nacional y el propio interesado.

El Servicio Europeo de Acción Exterior se organiza de forma similar a como lo está el servicio exterior de un estado nacional. Ello implica la existencia de una administración central¹⁸ y de delegaciones en el exterior¹⁹. En lo que se refiere a la sede central²⁰, al frente del SEAE figura un Secretario General ejecutivo y el de-

¹⁴ El proceso de reclutamiento se lleva a cabo a partir de la comunicación a las representaciones permanentes de los EEMM en Bruselas de las vacantes abiertas a la eventual presentación de candidaturas por parte de miembros del servicio exterior de los EEMM. Las candidaturas se presentan directamente por los candidatos al SEAE, acompañadas de un justificante de pertenencia al servicio exterior del Estado miembro de que se trate, una carta de motivación y un Curriculum Vitae (se recomienda la utilización del denominado modelo europass). La preselección se lleva a cabo en primer lugar sobre la base del contenido de la documentación presentada. La segunda fase tiene lugar en Bruselas, donde los candidatos que han superado la preselección mantienen una entrevista con los miembros del tribunal responsable del proceso de selección, que elabora una lista corta de candidatos que somete a la autoridad del SEAE responsable de la selección final. En el caso de los puestos de mayor responsabilidad, tanto en la sede central como en las delegaciones, los candidatos incluidos en la lista corta han sido entrevistados hasta ahora por la AR, quien decide finalmente sobre dichos nombramientos.

¹⁵ A efecto de asesorar al AR en materia de personal se procedió en 2011 (Decisión de la AR de 9 de marzo de 2011) a la constitución de un Comité Consultivo de Nombramientos (CCA por sus siglas en inglés), del que forman parte dos EEMM elegidos cada año por sorteo.

¹⁶ Aunque se había previsto dicha medida con carácter restringido (artículo 6.3 de la Decisión de 2010), son muy frecuentes las convocatorias de vacantes por parte del SEAE para el reclutamiento de expertos nacionales destacados (END) procedentes de los EEMM, tanto para para su destacamento con carácter temporal en la sede central como en delegaciones en el exterior. Dichos expertos continúan siendo retribuidos parcial o totalmente por el estado emisor, lo que explica el interés de dicha fórmula para el SEAE en tiempos de austeridad presupuestaria.

¹⁷ Experiencias tales como la apertura de numerosos seminarios del SEAE a la participación de miembros del servicio exterior de los EEMM o de seminarios de los EEMM a la participación de personal de instituciones de la Unión o de otros EEMM, el denominado Programa Diplomático Europeo (PDE) de periodicidad anual, o la iniciativa en materia de intercambio de funcionarios (Programa de intercambio de funcionarios) constituyen manifestaciones al respecto.

¹⁸ El SEAE tiene su sede, al igual que el Consejo y la Comisión, en el Rond point Schuman en Bruselas, en un nuevo edificio situado entre las avenidas Cortenbergh y Joyeuse Entrée.

¹⁹ La Unión Europea cuenta en la actualidad con 139 delegaciones en el exterior, 131 delegaciones en países terceros y ocho delegaciones ante organizaciones internacionales.

²⁰ El organigrama del SEAE puede consultarse en su versión más actualizada en la web del SEAE (http://eeas.europa.eu/background/organisation/index_en.htm).

nominado *Chief Operating Officer*, especie de subsecretario, así como dos Secretarios Generales adjuntos, constituyendo todos ellos, bajo la dirección del AR, el órgano directivo del SEAE (*Corporate board*). El SEAE consta igualmente de una serie de direcciones generales²¹, de las que dependen las direcciones, y de éstas las jefaturas de división o unidad. Los órganos de gestión de la PCSD se constituyen de manera más independiente, dependiendo directamente del AR. De igual forma que el Consejo de Asuntos Exteriores es presidido por el AR, órganos preparatorios de sus trabajos, con exclusión del COREPER, son presididos por miembros del SEAE, en particular el Comité Político y de Seguridad (COPS), órgano responsable del seguimiento regular de la actualidad internacional.

Las delegaciones de la Unión en terceros países y ante organizaciones internacionales cuentan con personal del SEAE y de la Comisión, dependiendo el número de sus miembros y su procedencia de la importancia y contenido de sus actuaciones. En todo caso, todo su personal se encuentra bajo la autoridad del jefe de delegación, quien recibe sus instrucciones del AR y del SEAE. También la Comisión puede, en función de sus competencias, impartir instrucciones a las delegaciones. Las delegaciones de la Unión colaboran estrechamente y comparten información con las embajadas de los EEMM. Corresponde a las delegaciones la coordinación de las actuaciones conjuntas, función desempeñada con anterioridad al TdL por la representación del Estado que ostentara la Presidencia del Consejo.

El SEAE cuenta, como ya se ha indicado, con su propio presupuesto, incluido de forma individualizada en el presupuesto general anual de la Unión. Los instrumentos de acción exterior de la Unión²² continúan siendo gestionados por la Comisión, participando el SEAE tanto en la programación²³ como en la gestión.

²¹ El organigrama del SEAE incluye en la actualidad siete direcciones generales en el ámbito PESC (Asia y Pacífico; África; Europa y Asia Central; África del Norte, Medio Oriente, Península arábiga, Irán e Irak; Américas; Cuestiones globales y multilaterales; Respuesta a crisis y Coordinación operacional), así como el Departamento de Asuntos políticos, donde se incluye la presidencia del COPS. Las estructuras PCSD se encuentran encabezadas por tres direcciones generales: la Dirección de Planificación de la Gestión de Crisis (CMPD), la Capacidad Civil de Planeamiento y Ejecución (CPCC) y el Estado Mayor de la Unión Europea (EUMS). Junto a ellos el Centro de Inteligencia de la Unión Europea (INTCEN). En su estructura se engloban también la Agencia Europea de Defensa (EDA), el Instituto de Estudios de Seguridad (ISS), el Centro de Satélites (SatCen) y el Colegio Europeo de Seguridad y Defensa (ESDC). Una dirección general adicional es responsable en materia de Administración y Finanzas.

²² Instrumento de Cooperación al Desarrollo, Fondo Europeo de Desarrollo, Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos, Instrumento Europeo de Vecindad y Asociación, Instrumento de Cooperación con los Países Industrializados, Instrumento de Cooperación en Materia de Seguridad Nuclear, Instrumento de Estabilidad.

²³ El SEAE será responsable de preparar las siguientes decisiones de la Comisión relativas a las fases plurianuales estratégicas dentro del ciclo de programación:

i) Dotaciones por país para determinar la dotación financiera global correspondiente a cada región, a reserva del desglose indicativo del marco financiero plurianual. Dentro de cada región se reservará una proporción de la financiación para programas regionales,

La decisión constitutiva del SEAE preveía la presentación de un informe por parte del AR sobre el funcionamiento del SEAE antes del final de 2011, y otro informe sobre evaluación de la organización y funcionamiento del SEAE a mediados de 2013, el cual podría venir acompañado de propuestas de revisión de la decisión. Dichos informes fueron presentados por la AR el 22 de diciembre de 2011 y el 26 de julio de 2013²⁴, respectivamente. A la luz de este último, el Consejo de la Unión adoptó el 17 de diciembre de 2013 unas Conclusiones relativas al informe de evaluación del SEAE²⁵.

En el informe de la AR de 22 de diciembre de 2011 se pasaba revista a las actuaciones para la puesta en marcha del SEAE y a sus realizaciones en el ámbito de la política exterior durante su primer año de vigencia. De manera específica se hacía referencia, entre otras, a las actuaciones de la Unión en relación con la Primavera árabe, el Proceso de paz en Oriente Medio, la búsqueda de una solución diplomática al tema nuclear iraní, las actuaciones en el Cuerno de África, las relaciones con los socios estratégicos, las relaciones con los Balcanes occidentales, el desarrollo de las capacidades de respuesta a crisis. Aunque el contenido del informe trató de presentarse de forma edulcorada, las prioridades futuras a las que se hacía referencia al final del mismo reflejan algunas dificultades concretas experimentadas a lo largo del primer año de funcionamiento del SEAE. El informe recogía como futuras prioridades para el trabajo del SEAE las siguientes: consolidación de la capacidad del SEAE para la elaboración de políticas en los ámbitos prioritarios de la PESC; mejora de las actuaciones de las delegaciones de la UE en el exterior, incluida la cooperación reforzada con las embajadas de los Estados miembros; conformación progresiva de unos hábitos de actuación compartidos, teniendo en cuenta la triple procedencia de los efectivos personales (EEMM, SGC y COM); atención específica a cuestiones destacadas planteadas en la interrelación SEAE-Comisión.

En la perspectiva de la presentación por parte de la AR de su informe de evaluación en 2013, quince EEMM, incluida España, distribuyeron el 1 de febrero de 2013 un *non-paper* relativo al reforzamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior²⁶. El Parlamento Europeo por su parte aprobó una Recomendación el 12 de junio de 2013 relativa a la revisión de la organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior²⁷.

i) Documentos de estrategia por países y documentos de estrategia regional,

ii) Programas indicativos regionales y nacionales.

(Artículo 9.3 de la Decisión del Consejo de 26 de julio de 2010).

²⁴ Doc. Consejo 13977/13.

²⁵ Doc. Consejo 17973/13.

²⁶ “Strengthening the European External Action Service”. Ministries for Foreign Affairs of Austria, Belgium, Bulgaria, Denmark, Estonia, Finland, Germany, Italy, Latvia, Luxembourg, Netherlands, Poland, Slovakia, Spain, Sweden.

²⁷ Doc. Consejo 11045/13.

El informe de evaluación de la Alta Representante de 26 de julio de 2013 incluía una serie de 35 recomendaciones a corto y medio plazo. El informe reconocía los logros del SEAE hasta esa fecha, pero ponía sobre la mesa una serie de aspectos que deberían ser revisados. Entre ellos, destacan los siguientes: La necesidad de reforzar el papel del SEAE en su papel de coordinador y de garante de la coherencia de las relaciones exteriores de la UE. Para ello, el documento proponía una serie de medidas, como el traspaso de la responsabilidad de los grupos de trabajo del Consejo todavía bajo presidencia rotatoria a una presidencia permanente del SEAE (CODEV, ACP, COTER o RELEX son algunos de los ejemplos citados); mantener activa la función del SEAE en la programación de instrumentos financieros exteriores de la UE; aclarar la división de funciones y responsabilidades entre el SEAE, por un lado, y la Comisión y la Secretaría General del Consejo, por otro, en materia de relaciones exteriores. Respecto a la organización interna, el documento proponía una serie de modificaciones a medio plazo en los puestos de responsabilidad. En concreto, sugería fusionar los dos puestos de Secretario General ejecutivo y *Chief Operating Officer* en uno solo, y reducir el número de las direcciones generales geográficas y de la sectorial de seis a cinco, atribuyendo una responsabilidad mayor a los puestos de director. Al mismo tiempo, planteaba la posibilidad de nombrar una especie de Alto Representante adjunto, basándose para ello en la figura de vice-Ministro de Asuntos Exteriores existente en algunos servicios diplomáticos nacionales. En aras de una mayor eficiencia, el documento mencionaba también la oportunidad de promover una coordinación mayor sobre el terreno entre las delegaciones de la UE y las embajadas de los EEMM, compartiendo tanto información como asignación de recursos. Como ejemplo positivo de esto último mencionaba la adscripción de un diplomático español en la delegación de UE en Yemen. En lo relativo a los agentes temporales, el documento reconocía la necesidad de aclarar su situación a efectos de renovación de su contrato, movilidad, promoción interna y participación en el ejercicio de rotación. El documento adelantaba que a partir de julio de 2013, los puestos vacantes se publicarían más allá de las tres “fuentes tradicionales” (EEMM, SGC, COM), incluyendo también a candidatos de otras instituciones, tales como los procedentes del Parlamento Europeo.

El documento de evaluación de la AR fue objeto de examen en una reunión *ad hoc* de los Secretarios Generales de los Ministerios de Asuntos Exteriores de los EEMM, y en reuniones de diferentes instancias del Consejo (grupo *Antici*, COPS, COREPER), previamente a su debate en el Consejo de Asuntos Generales.

En las Conclusiones del Consejo de 17 de diciembre de 2013 se acogen favorablemente en líneas generales las recomendaciones a corto plazo del informe de la AR que pueden aplicarse dentro del actual marco institucional y jurídico y se toma nota de las recomendaciones a medio plazo que seguirán siendo examinadas durante el mandato del siguiente AR. En este sentido, se insta a una

mayor cooperación entre el SEAE y los servicios de la Comisión, y se subraya la importancia de garantizar plenamente el cometido de coordinación de la AR, en su calidad de Vicepresidente de la Comisión, en el ámbito de las relaciones exteriores en el seno de la Comisión. Se reitera que el SEAE debe basarse en una presencia equilibrada de personal de diferentes procedencias en todos los niveles, y se destaca la importancia de la contratación de diplomáticos nacionales, que debe implicar la presencia significativa de nacionales de todos los EEMM. El Consejo da su apoyo al incremento de la cooperación entre las delegaciones de la UE y las representaciones diplomáticas de los EEMM, con énfasis en la elaboración conjunta de informes y puesta en común de información; reconoce la importancia dada por el SEAE a proyectos de ubicación conjunta; y alienta a proseguir los esfuerzos para racionalizar y simplificar las tareas administrativas y presupuestarias de las delegaciones de la UE y, en particular, la carga administrativa de los jefes de delegación. El Consejo reconoce la necesidad de seguir reforzando los enfoques integrados de la PCSD y de la gestión de crisis dentro del SEAE, recomendando una más estrecha coordinación con otros departamentos políticos del SEAE. Aun reconociendo que la protección consular sigue siendo una competencia nacional, el Consejo está de acuerdo en seguir explorando las posibilidades de impulsar el papel de las delegaciones de la UE para facilitar la coordinación entre EEMM en materia de protección consular a los ciudadanos de la Unión en terceros países. Se reitera el apoyo al cometido de los denominados Representantes Especiales de la UE (REUE), previéndose una revisión de las directrices de 2007 sobre nombramiento, mandato, remuneración y financiación de los REUE, en la perspectiva de un acuerdo del Consejo antes del final de marzo de 2014. En base a la evaluación de los arreglos vigentes, se acuerda el eventual reexamen por el Consejo del tema de la presidencia de los órganos preparatorios del Consejo.

En las Conclusiones se invita al próximo Alto Representante²⁸ a presentar antes del final de 2015 una nueva evaluación sobre la organización y el funcionamiento del SEAE. Corresponderá igualmente al nuevo AR decidir sobre la eventual presentación de una propuesta formal de revisión de la decisión de 2010.

III. EVALUACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR. RECOMENDACIONES PARA SU MEJORA

La organización y el funcionamiento del SEAE durante sus tres primeros años de existencia podrían evaluarse a la luz del contenido de los informes de la AR a los que se ha hecho referencia al final del apartado anterior. Aunque dichos informes tienden a matizar los juicios sobre su funcionamiento, de su lectura se desprenden los aspectos más o menos positivos del mismo. En el informe de

²⁸ El nuevo AR ocuparía sus funciones, en principio, a partir del 1.º de noviembre de 2014.

evaluación de 2013 se incluyen en particular 35 recomendaciones para la adopción de medidas a corto o medio plazo, a efecto de mejorar la organización y el funcionamiento del Servicio. Muchas de las recomendaciones podrían llevarse a cabo sin modificación de la decisión constitutiva del SEAE, mientras que otras requerirían una modificación formal, en su caso, de dicha decisión y/o de otros textos legales²⁹.

Antes de aludir a aquellos aspectos que merecerían eventualmente una mejora o reforma, conviene poner el acento en todo caso en el hecho de que con la creación del SEAE, órgano de apoyo del AR, la Unión Europea se ha dotado de un instrumento adicional importante para posibilitar el reforzamiento de su acción exterior. En este sentido, conviene recordar también que actuaciones recientes, como las llevadas a cabo por la Unión, y, de manera más concreta a través de su Alta Representante para la PESC, con el apoyo del SEAE, en temas, entre otros, como el acuerdo entre Serbia y Kosovo, la cuestión nuclear en Irán o la lucha contra la piratería en el Índico (Operación Atalanta) revisten especial importancia y han contribuido a reforzar el papel de la Unión en el escenario internacional. Ello no obsta, sin embargo, para que iniciativas de muy diferente naturaleza puedan redundar en una mejor organización y funcionamiento del SEAE y con ello posibilitar la mejora paralela de la actuación exterior de la Unión. En este sentido, a continuación se hace referencia a una serie de temas que han suscitado o continúan suscitando debate desde la óptica de la introducción de eventuales cambios o desarrollos.

La concreción del organigrama del SEAE, complejo en su estructura³⁰, vino condicionada por el contenido de la decisión constitutiva del mismo, en cuyo artículo 4 se hace referencia a su estructura. Aunque el organigrama ha experimentado ya sucesivas modificaciones, se mantiene inalterado su marco general, de acuerdo con lo establecido por la decisión. Los cambios introducidos han tratado de adecuar la estructura a las funciones y necesidades prácticas del Servicio. Sin embargo, otros cambios quizás más necesarios u oportunos, destinados a evitar duplicidades o solapamientos o a facilitar la actuación de los responsables de la PESC, se han visto obstaculizados por lo establecido en la decisión. Entre estos últimos merecen destacarse los que podrían ser consecuencia del papel o función del propio Alto Representante, único puesto de carácter político. Al AR compete la representación de la Unión en el marco de la PESC y las funciones que ello lleva consigo tanto en el seno de la Unión como hacia el exterior en las relaciones con terceros, sin que dichas funciones de carácter político puedan ser

²⁹ En una nota del Servicio Jurídico del Consejo de la UE de 4 de octubre de 2013 se pasa revista a dichas recomendaciones y se indica en cada caso las connotaciones jurídicas y/o institucionales de su eventual puesta en práctica (Doc. Consejo 14458/13).

³⁰ Por parte de algunos se ha aludido al carácter más personalista que orgánico y funcional del organigrama, en el sentido de venir condicionado en ocasiones por el relieve o funciones acordados a determinados nombramientos.

delegadas en personal del SEAE, todo él de carácter técnico. Ello ha planteado dificultades de funcionamiento tanto en el interior de la UE, en particular en las relaciones con el Parlamento Europeo, como en el ejercicio del diálogo político³¹ en las relaciones con terceros a nivel ministerial. El Parlamento Europeo ha sido muy celoso de su relación directa con el AR en el ejercicio de la responsabilidad política por parte de este último, sin admitir su sustitución por funcionarios de SEAE, incluido el propio Secretario General ejecutivo; independientemente de las comparecencias de miembros del SEAE en comisiones a nivel técnico o de otros contactos de diversa naturaleza. Ello ha implicado ciertas dificultades para el ejercicio de las funciones de responsabilidad política ante el PE por parte del AR, a las que se hace referencia en una declaración del propio AR³². El ejercicio del diálogo político a nivel ministerial implica numerosísimos encuentros con responsables políticos de terceros países o en el marco de organizaciones internacionales, a los que no siempre el Alto Representante puede hacer frente, pese al recurso en ocasiones de su sustitución por el responsable ministerial del país en ejercicio de la presidencia semestral del Consejo. En este sentido, se ha sugerido en ocasiones la designación de un adjunto político del Alto Representante que pudiera sustituirle en el ejercicio de las anteriores funciones, si bien las modificaciones legislativas que ello implicaría alejan al medio plazo el examen de dicha posibilidad.

El SEAE se encuentra encabezado, como ya se ha indicado, por su Secretario General ejecutivo y el *Chief Operating Officer*. La Decisión constitutiva del SEAE alude únicamente a la figura del Secretario General ejecutivo, responsable del buen funcionamiento del SEAE, incluida su gestión administrativa y presupuestaria; asistido por dos Secretarios Generales adjuntos. La designación del *Chief Operating Officer*, especie de subsecretario, tuvo por objeto responsabilizarle de todo lo relativo a régimen interior, pese a la existencia de una Dirección general responsable de Administración y Finanzas. Dicha dualidad de funciones motivó el que desde muy pronto se produjera una distribución de competencias en materia de relaciones exteriores entre el Secretario General ejecutivo y el *Chief Operating Officer*. Dicha situación explica las sugerencias de fusión de ambos puestos, a efecto de eliminar duplicidades y reducir el número de puestos directivos del organigrama. En este sentido, el informe de evaluación de la AR de julio de 2013 sugiere igualmente disminuir el número de direcciones genera-

³¹ La Unión Europea ha concluido progresivamente un gran número de compromisos de diálogo político con terceros países o grupos regionales, a efecto de intercambiar información y puntos de vista sobre política exterior y concertarse, en su caso, sobre aspectos concretos de la misma. El diálogo político se lleva cabo a diferentes niveles. Cuando tiene lugar a nivel ministerial, la representación de la Unión corresponde al AR, independientemente de la eventual participación de otras figuras institucionales, pero sin que no siempre el AR pueda hacer frente a sus compromisos. De manera muy gráfica se ha dicho en ocasiones que el diálogo político ha sido víctima de su propio éxito, por la dificultad de poner en práctica todos los compromisos contraídos.

³² DOUE n.º C 210, de 3.08.2010.

les, haciendo más eficiente el papel respectivo de direcciones generales y direcciones, dando mayores responsabilidades a estas últimas. España ha sugerido en varias ocasiones la creación de una dirección específica responsable de ‘América latina’, teniendo en cuenta las diferencias muy notables entre los países de América Central y del Sur y Estados Unidos y Canadá. En la actualidad una única dirección, en el ámbito de la Dirección general ‘Américas’, es competente para la relaciones con todos ellos³³.

Las estructuras responsables de la Política Común de Seguridad y Defensa gozan de una notable especificidad en el seno del SEAE, dependiendo directamente del AR, resultado en su momento de la posición adoptada al respecto por parte de algunos EEMM. La limitada interrelación con otros órganos del SEAE, en particular en lo que se refiere a prevención y gestión de crisis, y la complicación del proceso de toma de decisiones, especialmente en relación con las misiones y operaciones de la Unión, son, entre otros, factores que dificultan un mejor funcionamiento de la PCSD, pareciendo oportuna una mayor integración de sus estructuras en el SEAE³⁴. La diversidad de centros de respuesta a situaciones de crisis en diferentes instituciones y su limitada coordinación explican las sugerencias de establecimiento de un único centro de respuesta a crisis, con un mejor uso paralelo de los recursos globales de la Unión.

Independientemente de las misiones y operaciones, de carácter civil y/o militar y de naturaleza diversa que la Unión lleva a cabo en el exterior en el marco de la PCSD³⁵, la Unión Europea ejerce su influencia hacia el exterior mediante la utilización básicamente del llamado poder blando (*soft power*). Entre los instrumentos utilizados figuran, entre otros, concesión de ayudas financieras o imposición de sanciones, de naturaleza diversa, instrumentos ambos de contenido económico y/o comercial y, por tanto, competencia de la Comisión. Su utilización en el ámbito de la PESC requiere, por tanto, de la colaboración entre esta institución y el SEAE, pareciendo oportuno un reforzamiento de la coordinación entre ambos órganos. En relación con los instrumentos financieros más directamente vinculados con el funcionamiento de la PESC (Instrumento de Estabili-

³³ La convocatoria el 20 de diciembre de 2013 de un nuevo puesto de Consejero principal, de igual nivel (AD 14) que los directores, destinado a asesorar sobre las relaciones con América latina, podría responder, desde la óptica del SEAE, a la solicitud española.

³⁴ El Consejo Europeo de 19 y 20 de diciembre de 2013 dedicó buena parte de su tiempo a debatir, a la luz de los debates previos en diferentes instancias del Consejo, sobre la Política Común de Seguridad y Defensa. En sus Conclusiones se alude al compromiso de impulsar el desarrollo de una PCSD creíble y eficaz y se definen una serie de acciones prioritarias elaboradas en torno a tres ejes: incrementar la efectividad, visibilidad e impacto de la PCSD; mejorar el desarrollo de las capacidades militares; fortalecer el sector industrial europeo de la defensa (Doc. Consejo 217/13).

³⁵ La Unión ha puesto en marcha un total de 29 misiones u operaciones en el marco de la PCSD, 19 de carácter civil, nueve de carácter militar y una de carácter civil y militar. 14 de dichas misiones han concluido y otras 15 continúan llevándose a cabo (Ver detalle de las misiones en: http://eeas.europa.eu/csdp/missions-and-operations/index_en.htm).

dad, presupuesto PESC, apoyo de misiones de observación de elecciones), se ha creado un servicio denominado ‘Instrumentos de política exterior’ (FPI por sus siglas en inglés) que, aunque gestionado administrativa y funcionalmente por la Comisión, figura en el organigrama del SEAE con dependencia directa del AR. El organigrama del SEAE incluye también un servicio responsable en materia de sanciones, cuyo reforzamiento en recursos humanos³⁶ y mayor coordinación con los servicios de la Comisión ha parecido igualmente oportuno.

Tras la creación del SEAE y la distribución de competencias ya mencionada entre dicho órgano y la Comisión en materia de relaciones exteriores, las relaciones entre ambos entes han influido notablemente en el funcionamiento del SEAE, afectado también por las competencias específicas del Consejo en dicho ámbito. Con anterioridad al Tratado de Lisboa, la distribución de competencias entre Consejo y Comisión planteó determinadas dificultades de funcionamiento en el ámbito de la PESC, que trataron de subsanarse con las disposiciones específicas previstas al respecto en dicho tratado y, en particular, con la triple responsabilidad atribuida al Alto Representante, en su calidad de responsable de la PESC, Vicepresidente de la Comisión responsable del ámbito relaciones exteriores y Presidente del Consejo Asuntos Exteriores. Mediante su “triple sombrero” se trataba de asegurar, dadas las competencias atribuidas a una única persona, la coordinación de funcionamiento de los diferentes órganos competentes y con ello la coherencia de la acción exterior de la Unión. En su calidad de Vicepresidente de la Comisión, responsable del ámbito relaciones exteriores, el Alto Representante está llamado a coordinar paralelamente las actuaciones de los comisarios con competencias sectoriales en el ámbito exterior, en particular, a través de las reuniones del denominado grupo de Comisarios RELEX, presidido por el AR/VC. Sin embargo, desde la puesta en marcha del SEAE se han puesto en evidencia actuaciones de la Unión no totalmente coordinadas entre SEAE y Comisión, de igual manera que no lo estuvieron en el pasado entre Comisión y Consejo, o una cierta descoordinación interna en el seno de la Comisión en lo referente a actuaciones externas, afectando con ello a la acción exterior de la Unión. De ahí que no resulte sorprendente las recomendaciones referentes a la mayor cooperación entre el SEAE y los servicios de la Comisión y de la Secretaría General del Consejo, clarificando las respectivas competencias y evitando duplicidades, así como a la importancia de garantizar el cometido de coordinación del Alto Representante en su calidad de Vicepresidente de la Comisión en el ámbito de las relaciones exteriores en el seno de la Comisión.

Tras el Tratado de Lisboa un número considerable de grupos de trabajo del Consejo en el ámbito de relaciones exterior, así como el Comité Político y de Seguridad, son presididos por miembros del SEAE, con un funcionamiento en

³⁶ La convocatoria el 5 de febrero de 2014 de un puesto de Jefe de División “Sanciones”, de nivel AD 12, respondería a dicho objetivo.

general adecuado. En este sentido, se ha sugerido que otros grupos con actividad igualmente en dichos ámbitos, que continúan siendo presididos por representantes de la presidencia semestral del Consejo, pasen a estar presididos y su secretariado asegurado también por miembros del SEAE³⁷. Merece destacarse el papel del grupo de Consejeros de Relaciones Exteriores (RELEX) que, con carácter horizontal, se ocupa de la preparación de gran número de decisiones que afectan al ámbito de competencias de la PESC, incluidas las sanciones a terceros. No obstante, la diversidad de posiciones de los EEMM, tanto por cuestiones de principio como en relación a unos u otros grupos específicos, han recomendado demorar el examen de esta cuestión a un momento ulterior.

A partir del Tratado de Lisboa, las antiguas delegaciones de la Comisión han pasado a convertirse, como ya se ha indicado, en delegaciones de la Unión Europea, y las competencias de la Presidencia semestral han sido transferidas a sus titulares, responsabilizándose sin mayores dificultades de las labores de coordinación. Celebración regular de reuniones de coordinación, realización de gestiones, emisión de declaraciones de carácter local, intercambio de información, preparación de informes conjuntos son, entre otras, actuaciones llevadas a cabo, en su caso, de manera conjunta entre embajadas de los EEMM y delegaciones de la Unión y coordinadas por estas últimas; pareciendo oportuno en algunos casos el reforzamiento de algunas de ellas, como es el caso del intercambio de información. Sin embargo, en el caso de las delegaciones de la Unión encabezadas por un encargado de negocios³⁸, el representante del país que ostenta la Presidencia del Consejo ha continuado ejerciendo todavía dichas competencias. A pesar de su nivel, podría resultar oportuna también en estos casos la transferencia de las responsabilidades de la Presidencia a las mismas.

La distribución de competencias entre el SEAE y la Comisión en materia de relaciones exteriores tiene su reflejo también en el seno de las delegaciones, incluidas la composición de su personal y recursos financieros, con un número muy considerable de su personal dependiente de esta última³⁹, aunque a las órdenes en todo caso del jefe de delegación, y fuentes de financiación proveniente tanto del SEAE como de la Comisión. En este sentido, la canalización de las instrucciones a la delegación a través del jefe de delegación y la transmisión de copia de las mismas al departamento competente del SEAE debería constituir el medio idóneo para evitar disfunciones de funcionamiento y hacer efectivo

³⁷ Se trata de los grupos siguientes: Relaciones Exteriores (RELEX); Desarrollo (CODEV); África, Caribe y Pacífico (ACP); Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA); Contrterrorismo (COTER); Derecho Internacional Público (COJUR).

³⁸ A diferencia de los Estados nacionales, en el caso de la Unión se entiende por encargado de negocios aquellas delegaciones dependientes de otra delegación vecina. En la actualidad, las delegaciones encabezadas por un encargado de negocios son las siguientes: Laos, Gambia, Costa Rica, Nueva Zelanda, Trinidad y Tobago, Islas Salomón.

³⁹ Aproximadamente un tercio del personal de las delegaciones proviene del SEAE y dos tercios de la Comisión.

también en el ámbito de la Unión el principio de unidad de acción en el exterior, tal y como se entiende en los Estados nacionales. En el ámbito financiero podría resultar oportuno prever una única fuente de financiación, combinando los recursos del SEAE y de la Comisión, y posibilitar la delegación de funciones referentes al presupuesto por parte del jefe de delegación, a efecto de aligerar la carga administrativa inherente en la actualidad al ejercicio de su función.

El compromiso de la Unión Europea de reducir el déficit y alcanzar presupuestos nacionales equilibrados ha conllevado la búsqueda, también en el ámbito de la acción exterior, de fórmulas de cooperación que posibiliten una reducción del gasto. En este sentido, y paralelamente a otras reflexiones en curso en el seno de la Unión con dicho objetivo, España ha considerado que la existencia del SEAE y, en particular, de las delegaciones de la Unión en el exterior, ofrecía la posibilidad de optimizar el uso de los recursos de los servicios exteriores de los EEMM y contribuir a una mayor proyección y coherencia de la acción exterior de la Unión, mediante fórmulas dirigidas a la reducción del número de embajadas de los EEMM y al refuerzo paralelo de las delegaciones de la UE, con la presencia en las mismas de miembros de los servicios exteriores nacionales; a la luz igualmente de la cooperación prevista en los tratados y en la decisión de constitución del SEAE entre representaciones de los EEMM y delegaciones de la UE en el exterior. En este sentido, en enero de 2012 se dio a conocer una iniciativa española para la adscripción de diplomáticos españoles en delegaciones de la UE en aquellos países terceros en los que pudiera preverse el traslado de la correspondiente representación española a los locales de la delegación o no existiera embajada de España. En la propuesta se optó por aquella opción según la cual el diplomático español sería acreditado o continuaría acreditado como tal ante las autoridades locales, pudiendo llevar a cabo paralelamente determinadas actividades en el seno de la delegación correspondiente bajo la autoridad del jefe de la delegación⁴⁰. La propuesta española se materializó con la puesta a disposición de la Embajada de España en Yemen a partir del 1.º de enero de 2013 de locales en la Delegación de la UE en Sana'a y la incorporación de un diplomático español, en calidad de Encargado de negocios, en la misma. El diplomático continúa representando a España en dicho país y puede colaborar con el responsable de la delegación en las tareas que éste le encomiende. Un memorando de entendimiento reglamenta las modalidades de integración, en particular los espacios y medios puestos a disposición por parte de la Delegación y el reembolso de gastos por parte de la Embajada. Ulteriormente se ha previsto también la adscripción de un representante español en las delegaciones de la UE en Azerbaiyán, Myanmar y Gambia. La iniciativa española, considerada de manera muy positiva por parte del SEAE, ha dado lugar a experiencias similares por parte de otros EEMM.

⁴⁰ La iniciativa española se correspondió con la invitación paralela realizada a las Comunidades autónomas para la incorporación de sus oficinas o personal en el exterior en las correspondientes embajadas españolas.

El ejercicio de la protección consular constituye una competencia de los EEMM, llevada a cabo a través de sus embajadas y consulados en terceros países. No obstante, en el artículo 20 del Tratado de funcionamiento de la UE se prevé el derecho de los ciudadanos de la Unión a la protección diplomática y consular de cualquier Estado miembro en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales. En los tratados se alude también a la cooperación entre las misiones diplomáticas y consulares de los EEMM y las delegaciones de la Unión⁴¹, y en la decisión constitutiva del SEAE se señala que las delegaciones de la Unión apoyarán a los EEMM, a petición de estos, en sus relaciones diplomáticas y en su función de prestación de protección consular a los ciudadanos de la Unión en países terceros, basándose en la neutralidad en lo que se refiere a los recursos⁴². La concreción del eventual papel de las delegaciones en materia de protección consular no ha sido posible hasta el momento, debido a las posiciones muy diferentes al respecto por parte de los EEMM⁴³. La coordinación entre embajadas y delegaciones en situaciones de crisis, en particular en lo referente a evacuación de ciudadanos de la Unión, podría constituir una manifestación de la necesaria cooperación, debiendo perverse para ello los necesarios recursos financieros.

La Unión Europea ha continuado contando, tras el Tratado de Lisboa, con la figura de los Representantes Especiales de la UE⁴⁴, mediante el nombramiento por el Consejo de nuevos representantes o la prórroga, en su caso, del mandato de los ya designados⁴⁵. La creación del SEAE y la existencia, en particular, de delegaciones de la Unión en un número muy considerable de terceros países y

⁴¹ Artículos 35 TUE y 221 TFUE.

⁴² Artículo 5.10 de la Decisión de 26 de julio de 2010.

⁴³ La Comisión aprobó el 14 de diciembre de 2011 una propuesta de directiva del Consejo sobre protección consular de los ciudadanos de la Unión en países terceros (Doc. Consejo 18821/11), que continúa siendo objeto de debate en las instancias del Consejo, sin obtener la necesaria unanimidad para su adopción. En la propuesta de directiva se señala que la protección consular incluiría la asistencia en las siguientes situaciones: arresto o detención; ser víctima de un delito; accidente o enfermedad graves; fallecimiento; ayuda y repatriación en caso de desgracia; expedición de documentos de viaje provisionales. Dichas situaciones coinciden con la ya previstas anteriormente en otro tipo de textos acordados entre los EEMM, de carácter no vinculante, en particular las Decisiones de los Representantes de los Gobiernos de los EEMM reunidos en el seno del Consejo de 19 de diciembre de 1995 (DOUE n.º L 314 de 28.12.1995) y 25 de junio de 1996 (DOUE n.º L 168 de 25.06.1996). La propuesta hace referencia también a la cooperación y coordinación local en situaciones de crisis y al concepto de Estado principal en un país tercero, entendiendo por tal al Estado o Estados miembros encargados de coordinar y dirigir la asistencia relativa a la preparación para y en situaciones de crisis.

⁴⁴ Tras la puesta en marcha de la PESC con el Tratado de Maastricht en 1992 y debido entonces a la ausencia de representaciones de la Unión en el exterior (las delegaciones de la Comisión no contaban con competencias en el ámbito PESC), los EEMM optaron por la designación de los llamados Enviados especiales de la Unión para determinadas zonas geográficas o países. Con el Tratado de Ámsterdam de 1997 se hace referencia formalmente a los mismos con la denominación de Representantes Especiales de la Unión.

⁴⁵ Ver lista de los actuales Representantes Especiales y mandatos respectivos en: http://eeas.europa.eu/policies/eu-special-representatives/index_en.htm.

ante organizaciones internacionales ha motivado una reflexión y debate, todavía inconcluso, sobre la oportunidad de dichos nombramientos, su naturaleza y estatus y su interrelación con los servicios del SEAE. Dichos nombramientos podrían seguir estando justificados para el caso de zonas geográficas o cuestiones horizontales, pero quizás menos en el caso de países concretos, en los que la representación de la Unión viene asegurada por el correspondiente jefe de delegación. Pese a su dependencia del AR, igualmente controvertida resulta su interrelación con los servicios del SEAE, como consecuencia de su nombramiento formal por el Consejo y el alto grado que se les asigna (AD 16), similar al de los directores generales, y su dependencia del presupuesto PESC y no del presupuesto del SEAE. En este sentido, se ha sugerido una mayor vinculación con el SEAE, incluyendo una modificación al grado AD 14 y una dependencia del presupuesto del SEAE, debiendo pronunciarse en su momento el Consejo sobre la eventual revisión de las directrices de 2007 referentes a los Representantes Especiales⁴⁶, en lo que se refiere a su nombramiento, mandato, remuneración y financiación.

IV. CONCLUSIÓN

A lo largo de las páginas precedentes se ha pasado revista a la creación y puesta en marcha del Servicio Europeo de Acción Exterior, a la evaluación de su organización y funcionamiento a lo largo de sus tres primeros años de existencia y a las medidas de carácter muy diverso que podrían favorecer una mejora del mismo, en su calidad de órgano de apoyo del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

La creación de la figura institucional del Alto Representante para la PESC, así como las otras medidas previstas en el Tratado de Lisboa para facilitar el reforzamiento de la acción exterior de la Unión, en particular la creación del Servicio Europeo de Acción Exterior, constituyen iniciativas importantes para reforzar la actuación de la Unión, en cuanto tal, en el escenario internacional. Sin embargo, no debe olvidarse que pese a la importancia de dichos instrumentos, su utilización y actuación viene condicionada en gran medida por la voluntad de los Estados miembros de la Unión de actuar de manera conjunta y con una sola voz o un único mensaje en el ámbito internacional, lo que no siempre sucede, poniéndose a menudo de manifiesto los intereses divergentes ante las situaciones más controvertidas. En este sentido, el funcionamiento positivo del SEAE vendría también condicionado por el hecho de que los EEMM asuman la existencia de dicho órgano como algo propio y no diferenciado de sus respectivas actuaciones diplomáticas.

La diversidad de intereses en la Europa de los 28 es una constante en todos los sectores que constituyen el contenido de las políticas de la Unión; sin embargo, por la vía del diálogo y la negociación interna, la Unión es capaz de llegar a la

⁴⁶ Doc. Consejo 11328/1/07 REV1.

consecución de compromisos que facilitan el avance en el proceso de integración. En el caso de la política exterior, sin embargo, caracterizada internamente hasta ahora por la cultura de consenso, el grado de flexibilidad entre los Estados miembros se hace más necesario para facilitar la consecución de posiciones comunes y con ello la realización de actuaciones conjuntas, debiendo ser conscientes que de ello dependerá el que la Unión refuerce su papel de actor global en el escenario internacional y con ello su influencia en el mismo, con el refuerzo paralelo de las actuaciones diplomáticas de sus Estados miembros. Dicho objetivo se hace más necesario todavía en los momentos actuales y en la perspectiva de futuro cuando son estados extra europeos, incluidos los emergentes, los que ejercen su influencia progresivamente en mayor medida en el tablero de las relaciones internacionales.

En todo caso, la creación del SEAE constituye un paso adelante importante en el proceso de integración. Una iniciativa de especial relieve que, aunque llevada a cabo en momentos en los que la situación de crisis ha afectado de manera notable a la generalidad de los países europeos y a la propia Unión, hace realidad la expresión tantas veces traída a colación de que Europa avanza “a golpe de crisis”. Una manifestación también de que “más Europa” constituye la respuesta a las crisis tanto a nivel europeo como a nivel nacional.

La creación del SEAE podría ser el marco para la existencia en su día de una diplomacia común en el ámbito de la Unión Europea, instrumento adicional para el reforzamiento de su acción exterior de la Unión. La incorporación regular al SEAE de diplomáticos de los servicios exteriores de los EEMM, que está teniendo lugar desde su puesta en marcha en 2010, sería el germen para el desarrollo de esa diplomacia común, complementada con las medidas en materia de formación común. La conformación progresiva de una “cultura” diplomática europea en el marco del SEAE, influenciada por las especificidades de las diplomacias de los diferentes EEMM y el papel del propio AR, vendría a caracterizar paulatinamente las actuaciones de dicha diplomacia común europea.

A este respecto conviene recordar para finalizar que la Unión Europea, cuyo mayor éxito lo constituye el haber desterrado la posibilidad de nuevos conflictos bélicos entre sus miembros, se ha hecho acreedora al Premio Nobel de la Paz 2012, habiendo contribuido a ello también de manera indudable sus actuaciones en el marco de la PESC para promover la paz y la seguridad en el exterior.

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

UNA MISIÓN POSIBLE: MEJORAR EL SISTEMA DE EFICACIA DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ

*Catedrático Emérito de Derecho Internacional Público
Director Técnico del Centro de Estudios
del Derecho Internacional Humanitario de Cruz Roja Española*

1. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: APLICACIÓN Y DESARROLLO PROGRESIVO

A lo largo de su evolución, jalonada sobre todo por sucesivas acuñaciones convencionales a partir del Convenio de 1864 para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos de los ejércitos en campaña, el Derecho internacional humanitario (Derecho de la guerra en su representación clásica), al igual que otros sectores del ordenamiento jurídico internacional, ha ido desarrollando *reglas sustantivas*, orientadas a regular la conducta de los beligerantes en una situación de conflicto armado —conducción de las hostilidades— y a proteger a las víctimas de la guerra y a quienes las asisten, así como a definir las obligaciones de una potencia ocupante en un contexto de ocupación bélica; y a la par ha venido pugnando por elevar sus niveles de eficacia mediante la creación de *instituciones y procedimientos* capaces de garantizar, en la mayor medida posible, la aplicación de aquellas reglas a través, entre otros medios, de la introducción de técnicas de control de su cumplimiento.

La cuestión de la aplicación, en situaciones reales de conflicto, del Derecho internacional humanitario se muestra como una cuestión crucial, toda vez que, como queda reflejado en múltiples manifestaciones de los distintos componentes

del movimiento internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja —sobre todo el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)—, es motivo de alarma el desfase cada vez mayor entre los compromisos de índole humanitaria que contraen algunas partes en un conflicto armado, basados en principios y normas que parecen gozar hoy de aceptación universal, y las prácticas profundamente inhumanas de esas mismas partes.

En el plano de las reglas sustantivas, si bien el Derecho internacional humanitario posee un bagaje normativo susceptible de aplicarse a cualesquiera situaciones de conflicto armado —lo que descalifica toda pretensión de descartar o restringir la aplicación del *ius in bello* en aras de interesadas reacomodaciones del *ius ad bellum* que pugnan por abrirse paso—, lo cierto es que sigue precisando desarrollos adicionales que subvengan a la necesidad de adaptarse a nuevas exigencias en aspectos tales como la protección de los bienes culturales, la regulación jurídico-humanitaria de los conflictos armados en el mar, la identificación de los medios de transporte sanitarios, la protección especial debida a personas pertenecientes a categorías particularmente vulnerables, la regulación de la efectividad y el control de la prestación de asistencia humanitaria a las víctimas de la guerra, la prohibición o limitación del uso de ciertas armas, la protección del medio ambiente en el marco de las reglas sobre conducción de las hostilidades, la protección de las personas privadas de libertad (en particular en los conflictos armados no internacionales), la aplicación del Derecho internacional humanitario en las operaciones internacionales de gestión de crisis, el derecho de las víctimas a exigir y obtener reparación, la aplicación de las normas humanitarias (incluidas las de derechos humanos) en situaciones de ocupación prolongada, etc.

Algunos de esos aspectos ya han sido objeto de desarrollos convencionales a través de nuevos tratados multilaterales (armas, niños soldados, bienes culturales), otros están siendo considerados en el seno de foros o reuniones internacionales con la vista puesta en la posible codificación en el futuro de las materias objeto de discusión, sin perjuicio de poder llegar a quedar regulados por normas consuetudinarias internacionales surgidas de la práctica de los Estados.

Una cuestión que resulta en todo caso prioritaria es la incorporación de los Estados a ciertos instrumentos convencionales de Derecho humanitario considerados básicos. Dejando aparte los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que ya han logrado una aceptación universal al obligar al día de hoy (marzo de 2014) a 195 Estados, el interés del CICR y de otras instituciones se centra en la incorporación del mayor número de Estados a los dos Protocolos adicionales de 1977, la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales y sus cinco Protocolos, la Convención de La Haya de 1954 sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus dos Protocolos, la Convención de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de las minas antipersonal y sobre

su destrucción, y el Estatuto de la Corte Penal Internacional abierto a la firma en Roma en 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002.

En lo que respecta a los dos Protocolos adicionales de 1977, que con los cuatro Convenios de 1949 constituyen el núcleo duro de la normativa humanitaria internacional, el proceso de ratificaciones y adhesiones ha cobrado un fuerte impulso a partir de finales de la década de los 90 con la inclusión entre sus partes de Estados tan significados (por su peso político o por atravesar o haber atravesado situaciones de conflicto) como Afganistán, Brasil, Colombia, Cuba, Egipto, Etiopía, Filipinas, Francia, Grecia, Haití, Irlanda, Japón, Kenya, Líbano, Lituania, Macedonia, Marruecos, Mongolia, Mozambique, Nicaragua, Panamá, Reino Unido, República Democrática del Congo, República Dominicana, Sudáfrica, Venezuela, Zambia y Zimbabwe; si bien siguen quedando fuera de los dos Protocolos o al menos de uno de ellos Estados como Angola (Protocolo II), Azerbaiján (Protocolos I y II), Eritrea (I y II), Estados Unidos (I y II), India (I y II), Indonesia (I y II), Irak (II), Irán (I y II), Israel (I y II), Malasia (I y II), Myanmar (I y II), Pakistán (I y II), Singapur (I y II), Siria (II), Somalia (I y II), Sri Lanka (I y II), Tailandia (I y II), Turquía (I y II) y Vietnam (II), entre otros. Al presente, son 173 los Estados partes en el Protocolo adicional I (protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales) y 167 los vinculados por el Protocolo adicional II (protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional).

En cuanto a los otros tratados multilaterales arriba mencionados, la barrera de las cien ratificaciones o adhesiones se ha visto superada por la Convención de 1980 sobre armas convencionales (117 Estados) y algunos de sus Protocolos, la Convención de 1954 sobre bienes culturales (126 Estados) y el primero de sus dos Protocolos, la Convención de 1997 sobre minas antipersonal (161 Estados) y el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 (122 Estados). Más aceptación han alcanzado otros instrumentos internacionales como la Convención de 1972 sobre armas bacteriológicas y tóxicas (169 Estados) y la de 1993 sobre armas químicas (190 Estados), así como la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (193 Estados) y su Protocolo de 2000 sobre la participación de niños en los conflictos armados (152 Estados).

En todo caso, y de modo paralelo o correlativo a las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, éstos están vinculados por el Derecho internacional general o consuetudinario aplicable a los conflictos armados. La identificación de las normas humanitarias consuetudinarias de aplicación en esas situaciones tiene gran relevancia, atendiendo, por un lado, a la posibilidad de considerar obligados por ellas a los Estados que no son partes en los tratados que las recogen o incorporan (entre ellos el Protocolo adicional I, fuente convencional de reglas de vigencia consuetudinaria paralela sobre conducción de las hostilidades, garantías fundamentales de las personas en poder de una parte en

conflicto y otros aspectos), y, por otro lado, a la posibilidad de considerar aplicables *qua* reglas consuetudinarias a ciertas categorías de conflictos (en concreto, a los calificables como internos o no internacionales) diversas normas que por razones coyunturales no han sido incorporadas en un instrumento convencional relativo a ellos tal como el Protocolo adicional II, cuyo contenido regulatorio se he visto reducido en contraste con el del bloque convencional de 1949 y el del Protocolo adicional I. De hecho, de las 161 normas de Derecho internacional humanitario consuetudinario recogidas en una lista elaborada como resultado del estudio hecho por el CICR con base en la práctica de alrededor de cincuenta Estados¹, la gran mayoría de ellas son aplicables indistintamente a los conflictos armados internacionales y no internacionales, salvo algunas relativas a la ocupación y al estatus de los prisioneros de guerra, privativas de aquéllos. En la explicación de dicho estudio², se ha encarecido por uno de sus autores, en relación con los conflictos armados no internacionales, que las grandes lagunas del Protocolo adicional II en la regulación de la conducción de las hostilidades y de otras cuestiones como la ayuda a la población civil necesitada, las ha colmado en gran medida la práctica de los Estados, que ha dado lugar a la creación de normas “paralelas” a las del Protocolo adicional I pero que son aplicables a las guerras intestinas a título de Derecho consuetudinario.

En nuestra opinión, es sobre todo la conexión sustancial de ciertos principios y reglas de Derecho humanitario con la indispensable protección de derechos básicos de los individuos (condiciones de protección, garantías procesales) o de las colectividades (protección general de las poblaciones contra los efectos de las hostilidades, prohibición de deportaciones o traslados en masa de índole forzosa, prohibición de castigos colectivos) lo que explica a la postre su pertenencia al Derecho internacional general³. No obstante, y en lo que se refiere a las normas recogidas en la lista confeccionada por el CICR, queda por ver cuál sea el grado de aceptación real por parte de los Estados de algunas de ellas —tégase en cuenta que dicha lista es al fin y al cabo el resultado de un estudio que no debe considerarse sino como “el comienzo de un nuevo proceso destinado a mejorar la comprensión y el respeto de los principios y las normas del derecho internacional humanitario”⁴— habida cuenta de las dudas que pueden suscitarse en cuanto al

¹ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Vol. I: Rules; Vol. II, Part 1, Part 2: Practice), ICRC-Cambridge University Press, 2005. Existe versión española del Vol. I a cargo del propio CICR, *El Derecho internacional humanitario consuetudinario*, Vol. I, Normas, s.f.

² Jean-Marie Henckaerts, “Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict”, *International Review of the Red Cross* (IRRC), Vol. 87, No. 857, March 2005, pp. 175-212.

³ Ver en este sentido nuestro estudio “El Derecho internacional humanitario en busca de su eficacia”, *Revista Española de Derecho Militar* (REDM), 77, enero-junio 2001 (in memoriam José Francisco de Querol y Lombardero), pp. 331-355; pp. 336-337.

⁴ Henckaerts, “Study...”, cit.

sentido de la práctica de los Estados sobre el terreno, la densidad de dicha práctica en orden a su calificación como “general” y el respaldo de una *opinio iuris* que puede presentarse incierta o poco clara, sobre todo respecto de ciertas reglas de sesgo operacional o procesal⁵.

Una obligación incondicional (“en todas circunstancias”) pesa sobre los Estados partes en los cuatro Convenios de Ginebra y en sus Protocolos adicionales: la de respetar y hacer respetar sus disposiciones (artículo 1 de los Convenios, artículo 1 apartado 1 del Protocolo adicional I). Hay que entender que esta obligación se refiere también a las normas consuetudinarias internacionales de Derecho humanitario que han ganado aceptación general, y por otra parte se aplica por igual en la esfera de los conflictos armados no internacionales pese a no estar enunciada *expressis verbis* en el Protocolo adicional II (el cual no hace a la postre sino desarrollar y completar el artículo 3 común a dichos cuatro Convenios). Con todo, las obligaciones específicas, positivas y negativas⁶, derivadas de esa obligación genérica pueden sufrir variaciones o modulaciones según la naturaleza de los conflictos, lo cual plantea la cuestión previa de la adaptación del Derecho aplicable a los diversos tipos de situaciones.

2. DIVERSIDAD DE LAS SITUACIONES DE CONFLICTO Y APLICACIÓN DIFERENCIADA DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Desde una perspectiva polemológica —abstracción hecha, pues, de las caracterizaciones jurídicas— es posible constatar, entre otras tendencias que en la actualidad apuntan en relación con los conflictos armados, la *diversificación de las situaciones de conflicto*: guerras coloniales, luchas de liberación nacional fuera del contexto colonial, acciones de resistencia o insurgencia contra una ocupación

⁵ En relación con las reglas de la lista del CICR —así, la prohibición del empleo de métodos o medios de guerra susceptibles de causar daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, la obligación de respetar y proteger al personal de socorro humanitario o el propio principio de jurisdicción universal en materia de crímenes de guerra—, el gobierno de los Estados Unidos ha expresado serias dudas sobre su contenido y alcance y sobre su aplicabilidad qua Derecho consuetudinario a los conflictos no internacionales. Ver al respecto John B. Bellinger III y William J. Jaynes II, “A US government response to the International Committee of the Red Cross study Customary International Humanitarian Law”, *IRRC*, Vol. 89, No. 866, June 2007, pp. 443-471.

⁶ En la línea de las reflexiones suscitadas en diversas reuniones de expertos organizadas por el CICR con vistas a reforzar el respeto del Derecho internacional humanitario, es posible, en efecto, constatar que dentro de esa obligación genérica de “respetar y hacer respetar” se incluyen tanto obligaciones negativas, entre ellas no realizar acciones que supongan prestar asistencia a partes en conflicto que violan el DIH (transferirles o venderles armas, por ejemplo), y obligaciones positivas, no de resultado pero sí de medios, consistentes en tomar medidas (denegación de derechos de sobrevuelo, congelación de activos, exigencia de acatamiento del DIH como condición para recibir ayudas o subvenciones) contra Estados responsables de esas violaciones. Cfr. CICR, “El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos”, informe preparado para la XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de 2003, 03/IC/09, p. 25.

extraña a la que en cualquier caso siguen aplicándose las reglas del Derecho de ocupación, conflictos intestinos que se internacionalizan al extenderse a Estados vecinos o al contar en el territorio donde se desarrollan con la presencia, consentida o no por las partes en conflicto, de potencias extranjeras, “guerras” contra grupos o redes terroristas (que en su condición de entidades no estatales involucradas en acciones que conllevan el uso de la fuerza armada pueden ser objeto de calificaciones contradictorias)⁷, conflictos en que la intervención de coaliciones multinacionales, respaldadas o no por una decisión de una organización internacional, se injiere en una situación de violencia interna que se generaliza convirtiéndose en contienda civil (conflicto de Libia), ciertas situaciones en que la violencia ejercida por grupos de delincuencia organizada y la reacción de las autoridades estatales contra ella justifican por su envergadura el calificativo de conflicto armado, etc.

No obstante, sin dejar de constatar esa tendencia, que entre otras cosas nos llevaría a considerar las *guerras “asimétricas”* y los *conflictos en que se aplican nuevos avances tecnológicos* —incluidas las “ciberguerras”— o en que se cuenta con el concurso de civiles (personas físicas o jurídicas) en la planificación y gestión del conflicto, lo cierto es que, desde una perspectiva jurídica, y en concreto a los efectos de la aplicación de las normas del Derecho internacional humanitario, sigue siendo válida la clásica distinción entre conflictos armados internacionales (incluidos, en virtud del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, aquellos conflictos en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación) y conflictos armados sin carácter internacional, distinguiéndose a su vez dentro de éstos los que responden al tipo de las guerras civiles tradicionales, regulados por el Protocolo adicional II, y los que, aun no reuniendo las condiciones estrictas para la aplicación de este Protocolo, quedan cubiertos por las normas humanitarias básicas o esenciales, y por ende mínimas, del art. 3 común a los cuatro Convenios de 1949.

A esta tipología se atiene el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en su *Documento de Opinión de 2008 sobre la definición de conflicto armado a la luz del Derecho internacional humanitario*⁸, apoyándose en los textos convencionales, la doctrina y la jurisprudencia. En él el Comité califica como conflicto armado internacional aquél en que, recurriendo a la fuerza armada, se enfrentan Estados entre sí, con independencia de la duración y el grado de intensidad del

⁷ Ver, desde la perspectiva del *ius ad bellum*, D. Bethlehem, “Self-Defense Against an Imminent or Actual Attack by Nonstate Actors”, *AJIL*, October 2012, vol. 106, núm. 4, pp. 769-777.

⁸ CICR, “¿Cuál es la definición de ‘conflicto armado’ según el derecho internacional humanitario?”, Documento de Opinión, 17 de febrero de 2008; puede consultarse en <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>

enfrentamiento⁹, sin perjuicio de registrar el hecho de la elevación a la categoría de conflictos armados internacionales de las guerras de liberación nacional por obra del Protocolo adicional I (art. 1, apdo. 4). En cuanto a los conflictos armados no internacionales, el propio Comité, recogiendo la distinción entre los del Protocolo adicional II y los del art. 3 común (entre éstos, los que enfrentan entre sí a grupos armados no estatales sin participación del gobierno o autoridad política nacional), hace hincapié en que lo que caracteriza a los conflictos internos frente a los internacionales es la calidad de las partes implicadas, de modo que, en lo que se refiere a los conflictos susceptibles de ser cubiertos por el art. 3 común, por “parte no estatal” se entiende un grupo armado con cierto grado de organización (existencia de una estructura de mando y capacidad del grupo para planificar y llevar a cabo operaciones militares, *inter alia*), y, por otra parte, la violencia armada debe alcanzar un cierto grado de intensidad hasta el punto de poder hablarse de una “violencia armada prolongada”. A estos dos criterios, organización de la parte en conflicto y nivel de intensidad de las hostilidades, se suman, en el caso de los conflictos regulados por el Protocolo adicional II, otros como el control territorial ejercido por el grupo rebelde. Según el citado Documento de Opinión, pues, los conflictos armados no internacionales “son *enfrentamientos armados prolongados* que ocurren entre fuerzas armadas gubernamentales y las fuerzas de uno o más grupos armados, o entre estos grupos, que surgen en el territorio de un Estado (parte en los Convenios de Ginebra). El enfrentamiento armado debe alcanzar *un nivel mínimo de intensidad* y las partes que participan en el conflicto deben poseer *una organización mínima*”¹⁰.

En la práctica, no obstante, puede resultar difícil verificar la concurrencia de esos mínimos requeridos, habida cuenta de la frecuente renuencia de los gobiernos que encaran una situación conflictiva que va creciendo en violencia a admitir la existencia de un conflicto armado, y de la propensión de algunos gobiernos a calificar de terroristas o delincuentes a los rebeldes alzados en armas, a falta de un procedimiento “externo” al Estado de valoración de los elementos de la situación. A ello se añade el hecho de la diversificación, en los últimos quince años, de las situaciones de conflicto susceptibles de ser regidas por el art. 3 común,

⁹ No obstante, según una cierta opinión, el criterio de intensidad de la violencia serviría para descartar la consideración como conflicto armado entre Estados de algunos usos esporádicos de la fuerza, calificables de “incursiones fronterizas”, “incidentes”, “choques” y otras “provocaciones armadas”. Pese a lo cual el CICR considera que debería mantenerse la ausencia del requisito del umbral de intensidad para clasificar una situación como un conflicto armado internacional, entre otras razones por la necesidad de asegurar la protección de quienes, como los miembros de las fuerzas armadas de un Estado que se opone a otro, son capturados por la parte adversa y llenan los requisitos para que se les confiera el estatus de prisioneros de guerra bajo el III Convenio de Ginebra “independientemente de que haya realmente enfrentamientos entre los dos Estados”. Ver al respecto CICR, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”, (tercer informe, documento preparado para la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de 2011, ES, 31IC/11/5.1.2, pp. 8-9.

¹⁰ Ver el Documento de Opinión citado en nota (8) y el informe de 2011 citado en nota (9).

siendo de destacar, en particular, el incremento de los conflictos armados no internacionales con un elemento extraterritorial, lo que ha llevado a cuestionar —como apunta el Comité Internacional de la Cruz Roja¹¹— si la clasificación actual de los conflictos armados es suficiente.

El propio CICR traza una tipología de los conflictos actuales o recientes (entre Estados y grupos armados o entre estos grupos) que pueden ser considerados conflictos armados no internacionales, por más que algunos de ellos sigan siendo objeto de controversia jurídica.

Dentro de esta tipología, el CICR apunta varios “tipos” de conflictos (los que enfrentan a fuerzas gubernamentales con grupos organizados o a estos grupos entre sí, en ambos casos dentro del territorio de un solo Estado; los que, tras desencadenarse en el territorio de un solo Estado, se han extendido al territorio de Estados vecinos; aquéllos en que fuerzas armadas multinacionales combaten junto con las fuerzas armadas de un Estado “receptor”, en el territorio de éste, contra uno o varios grupos armados organizados —caso de Afganistán, entre otros—; y aquéllos en que las fuerzas de las Naciones Unidas o las puestas bajo la égida de una organización internacional regional como la Unión Africana son enviadas a apoyar a un gobierno huésped implicado en hostilidades contra uno o varios grupos armados organizados en su territorio) a los que son aplicables el art. 3 común y las normas consuetudinarias del Derecho internacional humanitario.

Otros “tipos” de conflictos registrados por el propio CICR suscitan, por contra, dudas en cuanto a su calificación jurídica y, por tanto, a las reglas aplicables. Uno de ellos es el de los conflictos armados no internacionales “transfronterizos”, en los que las fuerzas de un Estado traban hostilidades con una parte no estatal que opera a partir del territorio de un Estado “receptor” vecino, pero sin el control o el apoyo directo de este Estado. Un caso de la práctica reciente es el de la guerra de 2006 entre Israel y Hezbollah, a la que se tendió a aplicar una doble calificación (conflicto internacional entre Israel y Líbano y conflicto no internacional entre Israel y Hezbollah) y, por tanto, el criterio según el cual el art. 3 común y el Derecho internacional humanitario consuetudinario constituían la normativa aplicable a esas dos situaciones paralelas, sin perjuicio de aplicar el Derecho de los conflictos armados internacionales entre los dos Estados¹². Otro tipo controvertido, recogido igualmente por el CICR, es el que ha sido etiquetado desde una cierta posición como “transnacional”, poniéndose como ejemplo el conflicto entre Al Qaeda y sus seguidores y adherentes por una parte y los Estados Unidos por otra. Nosotros consideramos con el CICR que, en casi todos los casos, parece inapropiado calificar en pura técnica jurídica como “guerra” global la lucha contra el terrorismo, teniendo en cuenta que ésta es polifacética y que, como tal, conlleva medidas que van desde respuestas no violentas (cooperación

¹¹ Informe citado en nota (9), p. 10.

¹² Cfr. informe citado, p. 12.

judicial, sanciones económicas y otras) hasta, *in extremis*, el uso de la fuerza, razón por la cual debe en general considerarse inapropiado e innecesario aplicar el Derecho internacional humanitario a situaciones que no son de conflicto armado¹³. Parecidas reflexiones se suscitan en relación con las distintas modalidades de lucha contra el crimen organizado, a propósito de las cuales puede plantearse la cuestión de hasta qué punto la violencia estatal ejercida en respuesta a este tipo de delincuencia puede considerarse un conflicto armado según el Derecho internacional humanitario, y la cuestión conexas de en qué circunstancias los grupos armados implicados en el crimen organizado pueden ser considerados partes en un conflicto armado. Desde el punto de vista del CICR, que compartimos, según el Derecho internacional humanitario la motivación de los grupos organizados en una situación de violencia armada no es un criterio para determinar la existencia de un conflicto armado, de modo que, en el contexto de la lucha contra el crimen organizado, si se considera que una situación alcanza el umbral de un conflicto armado no internacional, se aplica a las dos partes —las fuerzas gubernamentales y las organizaciones criminales involucradas en dicha situación— el Derecho internacional humanitario relativo a la conducción de las hostilidades, aplicándose en cambio, en las situaciones en que tal umbral no se alcanza, las normas sobre derechos humanos propias de una operación de *law enforcement*¹⁴.

Sin perjuicio de poder postular, si no una regulación única, sí una aplicación equiparable en lo posible de las reglas del Derecho internacional humanitario a los conflictos armados internacionales y a los internos, lo cierto es que el tratamiento normativo de una y otra categoría de conflictos acusa diferencias apreciables. Una comparación entre los respectivos contenidos normativos del Protocolo adicional I y el Protocolo adicional II —más aligerado éste de carga reguladora, sobre todo en el doble terreno de la conducción de las hostilidades y de la sanción de las infracciones— resulta por demás significativa, al igual que lo resulta la escueta y genérica redacción del art. 3 común a los Convenios de Ginebra, en principio pensado para los conflictos armados no internacionales (que en cuanto tales surgen “en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes” de los Convenios, es decir, de cualesquiera de los 195 Estados vinculados por ellos) pero extensible, dado el carácter básico de sus disposiciones, a todo tipo de conflicto armado, incluidos, como veremos, los internacionales.

En todo caso, es preciso reconocer que la regulación convencional de los variopintos conflictos armados no internacionales se queda corta —más corta, desde luego, que la de las guerras entre Estados— para hacer frente a necesidades nuevas y a desafíos inéditos, sobre todo en lo que se refiere a la protección de las

¹³ En este sentido, CICR, “El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados contemporáneos”, (segundo) informe, documento preparado para la XXX Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de 2007, 30IC/07/8.4, pp. 7-11.

¹⁴ Informe citado en nota (9), pp. 12-13.

personas privadas de libertad, la reparación de los daños causados por las violaciones del Derecho y la protección de los desplazados internos, ámbitos éstos, a los que pueden añadirse otros como la protección del medio ambiente natural, en los que se detecta una insuficiencia, cuando no una total ausencia, de las reglas aplicables¹⁵ en este tipo de conflictos. Para algunas de las cuestiones que pueden plantearse en el contexto de esas necesidades nuevas, resulta apropiada y provechosa la aportación del Derecho internacional de los derechos humanos en su concurrencia con el núcleo de normas humanitarias mínimas del Derecho de los conflictos armados, entre ellas las del art. 3 común. Con todo, la aplicación de normas de derechos humanos en este tipo de situaciones puede topár con obstáculos derivados del hecho de que una al menos de las partes en el conflicto es un grupo armado no estatal, que, por ejemplo, no está obligado a otorgar el habeas corpus a las personas capturadas y retenidas por él ni podría hacerlo en la práctica, salvo en el caso de un grupo que ejerza un control territorial con carácter estable y posea por tanto capacidad para actuar como una autoridad estatal; de manera que, como concluye el Comité Internacional de la Cruz Roja, “la proposición de que se debe recurrir al derecho de los derechos humanos cuando no hay disposición alguna sobre una cuestión particular en el DIH —como las garantías procesales en caso de internamiento— no toma en consideración los límites prácticos y jurídicos de la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos a las partes no estatales en un conflicto armado no internacional”¹⁶.

Con carácter general, retengamos por el momento la idea de que, pese a la gran variedad de situaciones de conflicto (entre Estados, entre gobiernos y grupos organizados —alcancen éstos o no un cierto control territorial que los capacite para realizar operaciones sostenidas y concertadas—, entre estos grupos sin participación de las autoridades oficiales —caso corriente en los Estados fallidos o desestructurados—, entre Estados y movimientos de liberación nacional que pugnan por hacer valer su derecho a la libre determinación, entre Estados y grupos terroristas que pueden constituir o no células de una red transnacional que propugna ejercer la violencia indiscriminada, entre una potencia ocupante y la población del territorio ocupado por esa potencia cuando una parte de esa población recurre a la resistencia armada, entre un gobierno y uno o varios grupos rebeldes que operan dentro del territorio del Estado interviniendo en el conflicto fuerzas multinacionales, etc.), las reglas aplicables a las distintas clases de conflictos que han proliferado en las recientes décadas, en términos de Derecho internacional humanitario, son las que se aplican en el contexto de esa dicotomía

¹⁵ Resulta inexcusable consultar a este respecto el estudio del CICR “Fortalecimiento de la protección jurídica de las víctimas de los conflictos armados”, preparado para su discusión en la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, octubre de 2011, ES CI/11/5.1.1. En él se hace hincapié en la necesidad de seguir desarrollando, en ámbitos como los que quedan apuntados, las normas humanitarias aplicables a los conflictos no internacionales.

¹⁶ CICR, informe citado en nota (9), pp. 20-21.

normativa que distingue entre conflictos internacionales y no internacionales, sin que sea necesario o aconsejable, pues, aplicar reglas nuevas pertenecientes a un sedicente *tertium genus* dentro del Derecho internacional humanitario en ciertas situaciones caracterizables como “conflictos mixtos”, sino, antes bien, recurrir a una aplicación ponderada de las reglas convencionales y consuetudinarias existentes, en función de la calidad de las partes que intervienen en el conflicto y de las circunstancias en que dichas partes actúan.

Así, en aquellos conflictos internos en que se involucran fuerzas multinacionales (dependientes o no de una organización internacional), la posible consideración del conflicto como conflicto armado internacional *sui generis* no excluye la aplicación diferenciada del Derecho internacional humanitario, siendo así que puede resultar difícil, en la concreta situación de conflicto entre una fuerza multinacional y grupos no estructurados, requerir a las partes a aplicar el tercer Convenio de Ginebra; de modo que, como se ha podido advertir, la aplicación de las reglas será diferente dependiendo de las partes en el conflicto en cada caso sobre el terreno, por donde el Derecho de los conflictos armados internacionales deberá aplicarse cuando las tropas internacionales chocan con las fuerzas gubernamentales, mientras que será el Derecho de los conflictos armados no internacionales el que prevalezca cuando la lucha se establece entre aquellas tropas y grupos no gubernamentales¹⁷. Por otro lado, en el supuesto de conflictos armados “transfronterizos”, de difícil caracterización al estar implicados en ellos a la vez Estados y grupos de resistencia (pudiendo éstos ser tildados de terroristas por una de las partes estatales, como en el caso de Hezbollah en el contexto de las relaciones entre Israel y Líbano y en el contexto específico del conflicto de Líbano en 2006), parece lógico que sea la naturaleza de los beligerantes y no el carácter transfronterizo (*cross-border*) de la situación el criterio decisivo para la clasificación del conflicto: si en el caso de referencia se ha podido señalar que, junto a (y a lo largo de) un conflicto armado internacional entre Israel y Líbano, la guerra en 2006 constituyó un conflicto armado no internacional entre Israel y Hezbollah¹⁸, ello no excluye en nuestra opinión la posible aplicación de las reglas de los Convenios de Ginebra relativas a los conflictos armados internacionales a las relaciones entre Líbano (una porción de cuyo territorio fue ocupada de hecho por fuerzas israelíes en el curso de la contienda) e Israel en la concreta situación conflictiva de 2006. Y, por lo demás, en lo que se refiere a la caracterización jurídica de los enfrentamientos entre Israel y Hezbollah, no resulta ocioso aquí —sin ánimo de terciar en un delicado debate— traer a colación la decisión de la Corte Suprema de Israel de 2006 sobre los *targeted killings*, en la cual la Corte partió del presupuesto de que el Derecho que se aplica al conflicto armado

¹⁷ En este sentido, Sylvain Vité, “Typology of armed conflicts in International Humanitarian Law: legal concepts and actual situations”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 91, Number 873, March 2009, pp. 69-94; p. 88.

¹⁸ Sylvain Vité, *op. cit.*, p. 92.

entre Israel y las calificadas por la propia Corte como organizaciones terroristas en el “área” (esto es, Judea y Samaria —Cisjordania— y la franja de Gaza) es el Derecho de los conflictos armados internacionales, toda vez que “the fact that the terrorist organizations and their members do not act in the name of a state does not turn the struggle against them into a purely internal state conflict”, teniendo en cuenta la posibilidad de que en la realidad de hoy en día esas organizaciones posean un alto grado de capacidad militar, de modo que —concluye la Corte— “confronting the dangers of terrorism constitutes a part of the international law dealing with armed conflicts of international character”¹⁹.

En todo caso, y como queda apuntado, el Derecho internacional de los derechos humanos aporta, en cualquier situación de conflicto armado, internacional o interno, una protección jurídica adicional, complementaria de las normas del Derecho internacional humanitario, que refuerza la ya garantizada por estas normas, cubriendo incluso posibles vacíos en la regulación de los conflictos armados. Aparte de que, como ha señalado la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva de 1996 sobre las *armas nucleares*, la protección prevista en instrumentos internacionales como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos no cesa en tiempo de guerra (salvo el caso excepcional de suspensión de algunas de sus disposiciones en una situación de emergencia nacional), principios y reglas como los contenidos en el artículo 3 común —concernientes a ciertos derechos básicos de las personas que no pueden dejar de aplicarse ni siquiera en aquellos supuestos, como los de los conflictos internos, en las que los Estados se resisten a aplicar en toda su extensión el *ius in bello*— se sitúan en el punto de encuentro del Derecho humanitario y el Derecho de los derechos humanos²⁰. Como ha advertido Sylvie Junod al referirse a las cláusulas de suspensión de derechos en situaciones excepcionales contenidas en esos instrumentos internacionales, el núcleo irreductible de derechos no susceptibles de suspensión que está en la base de los derechos humanos constituye a la vez la protección mínima que procura garantizar el art. 3 común en los conflictos no internacionales, representando así ese punto de encuentro o “zona de convergencia” de los dos grandes sectores normativos²¹.

¹⁹ HCJ 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel & Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment versus Government of Israel et al.*, Judgment, 13 December 2006, párr. 21. Una posición diferente es la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en su sentencia de 29 de junio de 2006 en el asunto *Hamdan v. Rumsfeld* (Supreme Court of the United States, No. 05-184, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense, et al.*, on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, June 29, 2006) propugnando, en relación con el conflicto “atípico” entre los Estados Unidos y la red terrorista Al Qaeda, la aplicación del art. 3 común a los Convenios de Ginebra.

²⁰ Cfr. nuestro estudio “Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, 1997, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 315-393; p. 330.

²¹ Sylvie Junod, “Los derechos humanos y el Protocolo II”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 99, septiembre-octubre de 1983, pp. 262-263.

En lo que concierne precisamente a los conflictos armados no internacionales, parece obligado referirse al artículo 3 común y su juego en la determinación de los perfiles de estos conflictos —por abajo (umbral) y por arriba (techo)— en el contexto de esa clasificación dual a la que nos venimos refiriendo²².

La inserción en 1949, en los cuatro Convenios de Ginebra, de una disposición específica relativa a los conflictos armados internos es el discreto resultado de los esfuerzos por parte de la comunidad internacional de someter esos conflictos a algún tipo de reglamentación jurídico-humanitaria, aunque fuera mínima. Como explica Georges Abi-Saab, la toma de conciencia, finalizada la segunda guerra mundial, de la necesidad de interesarse por los conflictos armados internos acusó la influencia de la guerra civil española, de las atrocidades cometidas contra las minorías en el curso de la segunda guerra mundial, y del movimiento en favor de la protección internacional de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas²³. Entre dos opciones en juego, esto es, aplicar *in toto* los Convenios a los conflictos internos (siquiera a los equiparables, en cuanto guerras civiles caracterizadas, a los conflictos interestatales) o aplicarles tan sólo los principios fundamentales recogidos en los Convenios (solución que podía acomodarse con una definición vaga o incluso con la total ausencia de definición de conflicto armado interno), acabó prevaleciendo esta segunda opción²⁴, reflejada en la incrustación en cada uno de los cuatro Convenios de una disposición *ad hoc*, el artículo 3, para esta categoría de conflictos.

Ahora bien, sin dejar de reconocer que esta disposición supone un gran avance en la línea de la humanización de las guerras intestinas, sobre todo por asegurar la aplicación *ipso iure* a éstas de un mínimo de reglamentación jurídica humanitaria, plantea, como no ha de dejado de advertir el propio Abi-Saab, una serie de problemas derivados de ese mismo carácter automático de su aplicación combinado con su formulación vaga y muy condensada.

a) Uno de esos problemas es el del *umbral de la aplicación* de las reglas enunciadas en el precepto —calificado, según expresión convertida en lugar común, como un “convenio en miniatura”—, lo que suscita la cuestión de cuáles son, a falta de una referencia a un procedimiento objetivo de calificación, las condiciones mínimas que permiten constatar la existencia de un conflicto armado “sin carácter internacional” y distinguir los conflictos de este tipo de

²² Ver al respecto nuestro estudio “El art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 como expresión normativa del ‘poder de la humanidad’: algunas reflexiones”, *El Derecho internacional ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009, pp. 485-515; pp. 487-503.

²³ Georges Abi-Saab, “Conflits armés non internationaux”, en *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Pedone/Institut Henry Dunant/UNESCO, 1986, pp. 251-277; p. 254.

²⁴ Op. cit., pp. 254-255. Ver asimismo François Bugnion, *Le Comité International de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Comité International de la Croix-Rouge, Genève, 1994, pp. 375 y ss.

ciertas formas más reducidas de violencia —las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, que, según el apartado 2 del artículo 1 del Protocolo adicional II, “no son conflictos armados”—, siendo así que la dificultad residiría en determinar el “momento a partir del cual la existencia de un tal conflicto (interno) no puede ser negada, particularmente por el gobierno establecido”²⁵. Dicha dificultad, en la práctica, quedaría obviada si esa “determinación del momento” —en definitiva, la calificación jurídica de la situación— estuviera a cargo de una instancia externa facultada para decidir de manera imparcial si se cumplen los criterios de aplicabilidad del artículo 3 común o si, por el contrario, se está ante una situación de quiebra del orden público no calificable como conflicto armado. A falta de ello, se abandona a la buena voluntad del gobierno interesado la selección de las reglas internacionales aplicables, lo que, como se ha dicho atinadamente, “permite a los Estados eludir la aplicación del Derecho internacional humanitario en las situaciones de violencia interna con el pretexto de que se trata de simples operaciones de policía o calificando a los grupos armados opuestos como delincuentes comunes o terroristas, negándose a reconocer la existencia dentro de su territorio de un conflicto armado”²⁶.

Es verdad, no obstante, que los reproches de indefinición de la noción de conflicto no internacional y de falta de precisión del umbral de las hostilidades a partir del cual la violencia desencadenada en el seno de un Estado cae bajo el peso del artículo 3 común no son del todo fundados, si se tiene en cuenta que el campo de aplicación de dicho artículo deriva de su contenido, al tratarse de una reglamentación *mínima* aplicable a *todas* las situaciones de conflictos armados no internacionales²⁷. Ahora bien, ello exige precisar la noción misma de conflicto armado no internacional —cosa que la Conferencia internacional de 1949 no hizo— en la medida en que sólo la interpretación más extensa de dicha noción en el sentido del artículo 3 común es compatible con el carácter normativo mínimo de este artículo²⁸. A ello se aplicó en 1962 una comisión de expertos reunida por el Comité Internacional de la Cruz Roja, la cual consideró que la existencia de un conflicto armado, en el sentido del artículo 3 común, no puede ser negada si la acción hostil, dirigida contra un gobierno legal, presenta un carácter colectivo y un mínimo de organización, debiendo a este propósito tenerse en cuenta elementos como la duración del conflicto, el número y el encuadramiento de los grupos rebeldes, su instalación o su acción en una parte del territorio, el grado de inseguridad, la existencia de víctimas, los medios utilizados por el gobierno legal

²⁵ Georges Abi-Saab, op. cit., p. 257.

²⁶ Milena Costas Trascasas, *Violencia interna y protección de la persona. Una laguna jurídica del Derecho internacional*, Cruz Roja Española/Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 567.

²⁷ En este sentido, François Bugnion, op. cit., p. 378.

²⁸ Op. cit., pp. 378-379.

para restablecer el orden, etc.²⁹. En esta línea de análisis, François Bugnion señala que, “en la práctica, un gobierno no puede negar la existencia de un conflicto armado no internacional en el sentido del artículo 3 cuando se ve enfrentado a una acción armada colectiva que los medios ordinarios de represión, esto es, las fuerzas de policía y la aplicación ordinaria de la ley penal, no se bastan para sofofocarla”, precisando que “el recurso a las fuerzas armadas y la puesta en vigor de una legislación y unos procedimientos de excepción constituirán, en la mayoría de los casos, pruebas concluyentes de la existencia de un conflicto armado en el sentido del artículo 3.³⁰

b) Otro problema, no menos relevante, es el del *techo de la aplicación* del artículo 3 común. Como ha señalado Georges Abi-Saab, este problema, que no es otro que el de la distinción entre conflictos internos y conflictos internacionales, ha venido a revelarse urgente dada la naturaleza de la configuración estratégica y política de las relaciones internacionales con posterioridad a la segunda guerra mundial, que ha favorecido ciertos tipos de conflictos armados difíciles de situar según la clasificación binaria tradicional³¹. Este autor se refiere, en concreto, a la proliferación en el mundo de la posguerra de guerras limitadas que, pese a desarrollarse en principio en el territorio de un solo Estado, eran en realidad “guerras por procuración”, alentadas y apoyadas, de manera indirecta y a veces abierta, por los bloques en presencia³². Guerras de este cariz, que presentan características a la vez de los conflictos internos e internacionales, siguieron produciéndose desde el final del período de la guerra fría, como lo muestra la cadena de conflictos que vino desarrollándose en los Balcanes desde la década de los 90 del siglo pasado, para cuya ubicación en un grupo u otro de esa clasificación binaria los órganos internacionales (en concreto, la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia) se vieron en la precisión de aplicar, con ópticas diferentes, el criterio del control (externo) sobre la actuación de una o varias de las facciones en pugna. A los conflictos de este tipo cabe añadir ejemplos de otros conflictos ambiguos, como sedicentes “guerras de liberación nacional” de difícil encaje en los conflictos a los que se refiere el artículo 1 apartado 4 del Protocolo adicional I, guerras atípicas como la crisis del Líbano en el verano de 2006, acciones de “resistencia” a la ocupación extranjera aun cuando los ocupantes aparenten haber dejado de serlo para convertirse en “colaboradores” de las autoridades locales o constituirse en “fuerzas internacionales” de interposición, usos de la fuerza contra objetivos confusos en el contexto de la mal llamada “guerra contra el terrorismo”, etc.

²⁹ Commission d’experts chargée d’examiner la question de l’aide aux victimes des conflits internes, Genève, CICR, 1962, pp. 2-3. Apud François Bugnion, op. cit., p. 379.

³⁰ Op. cit., p. 379.

³¹ Georges Abi-Saab, op. cit., p.257.

³² Op. cit., pp. 257-258.

Con independencia de las consideraciones extraídas de la moderna poleología, cada vez menos partidaria de encasillar los variados tipos de conflictos armados que se producen en nuestros días dentro de una dicotomía rígida, se ha llegado a sostener, desde una óptica sustancialmente humanitaria, que, abstracción hecha del carácter internacional o interno del conflicto, debe reclamarse una sola y misma normativa jurídica internacional y, por tanto, abandonarse formalmente la distinción cuyo reflejo “legal” es la propia existencia por separado de los Protocolos adicionales I y II³³. Pero ello no deja de ser, hoy por hoy, un buen deseo que choca con la realidad. La realidad, esto es, la posición de los gobiernos con respecto a la posibilidad de aplicar reglas internacionales profusas y exhaustivas a las situaciones de violencia interna desde la perspectiva del *ius in bello*, es el contraste entre un cuerpo extenso de reglas destinadas a regular los conflictos internacionales y un conjunto reducido de reglas —cuya expresión convencional son el artículo 3 común y, para los conflictos de umbral elevado, el Protocolo adicional II— aplicables a los conflictos no internacionales. Ello obedece, a la postre, al hecho de que los Estados propenden a ver en toda revuelta civil un caso de rebelión o sedición que debe ser tratado bajo el rigor del Derecho penal nacional, y a excluir a la vez la posible injerencia de otros Estados en sus asuntos internos. De ahí que, a propósito de las garantías judiciales estipuladas en el artículo 6 del Protocolo adicional II en relación con la posible sanción de infracciones cometidas con ocasión de un conflicto armado sin carácter internacional, pueda sostenerse que dicho precepto no prohíbe la persecución judicial de las personas por el hecho de su participación en las hostilidades, pues una tal inmunidad sólo podría derivar del reconocimiento de un estatuto de prisionero de guerra para los combatientes capturados, estatuto no aplicable en principio en el contexto de los conflictos de esta naturaleza³⁴, salvo la posible aplicación por las partes de los acuerdos especiales a los que se refiere el artículo 3 común.

Es detectable, con todo, una clara tendencia a extender a los conflictos internos la aplicación, por vía consuetudinaria, de reglas humanitarias articuladas en principio en los Convenios de 1949 y en el Protocolo adicional I para los conflictos internacionales. Ello se manifiesta, en particular, en el terreno de la protección penal de personas y bienes en caso de conflicto armado. Así, diversos códigos penales nacionales, entre ellos el español a partir de 1995, declaran punibles los actos tipificados en ellos como delictivos en cuanto infracciones graves del Derecho internacional humanitario, cometidos por cualesquiera individuos con ocasión de un “conflicto armado”, abstracción hecha, pues, del carácter internacional o interno del conflicto, con independencia de que la base

³³ En este sentido, Cesáreo Gutiérrez Espada, “El Derecho internacional humanitario y los conflictos armados internos (aprovechando el asunto Tadic)”, *Revista Española de Derecho Militar*, nº 68, julio-diciembre 1996, pp. 13-36, en especial pp. 22-29.

³⁴ Georges Abi-Saab, *op. cit.*, p. 273.

jurídica de la sanción penal pueda tener su ubicación convencional, respecto de ciertos supuestos delictivos, en las reglas de los Convenios de 1949 previstas para los conflictos interestatales o en las contenidas en el Protocolo adicional I. Línea esta que se consolida en el plano internacional convencional en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 8 (“Crímenes de guerra”) incluye dentro de la competencia de la Corte *ratione materiae*, aparte de las violaciones graves del Derecho internacional aplicable en los conflictos internacionales, las violaciones del artículo 3 común y “otras violaciones graves” de las leyes y usos aplicables en los conflictos no internacionales (letra e) del apartado 2 de dicho artículo) cuya regulación, en los textos convencionales, aparecía referida en su origen al exclusivo plano de los conflictos internacionales³⁵.

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, a partir de su decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadic* de 2 de octubre de 1995, se ha preocupado en hacer ver cómo la distinción entre conflictos internacionales y conflictos internos va diluyéndose en la medida en que, sobre la base de una práctica progresiva de Estados e instituciones internacionales, ciertos principios generales y ciertas reglas (de origen consuetudinario) del Derecho de la guerra han ido extendiéndose a los conflictos armados internos³⁶.

³⁵ Es verdad, en todo caso, que el Estatuto de Roma acoge la posición tradicional de clasificar los crímenes de guerra de acuerdo con el carácter internacional o no internacional del conflicto armado en que se producen, y es verdad, asimismo, que, apartándose hasta cierto punto de la jurisprudencia del TPIY que ha recogido la existencia de un núcleo duro de Derecho internacional humanitario que es común a todo tipo de conflicto armado, los redactores del Estatuto de Roma se decantaron por tipificar un abanico de conductas bastante más amplio en relación con los conflictos armados de carácter internacional que en relación con los conflictos armados de carácter no internacional. Cfr. En este sentido Héctor Olásolo Alonso, *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Cruz Roja Española/Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, p. 68. Pero, aun dando por buenas estas apreciaciones, parece oportuno hacer una doble precisión: por un lado, no es posible negar la existencia de un núcleo duro de reglas humanitarias aplicable a cualquier tipo de conflicto armado (ver *infra*), lo que, entre otras cosas, tiene el efecto útil de asegurar una protección básica (ex cláusula Martens y artículo 3 común) a todos aquellos que sufren las consecuencias de la violencia bélica, sobre todo en situaciones de dudoso encaje en uno u otro grupo de la clasificación binaria tradicional; y, por otro lado, el hecho de que el “abanico de conductas” recogido en las letras c) y e) del apdo. 2 del artículo 8 del Estatuto de la Corte sea más reducido que el que figura en las letras a) y b) del mismo apartado, no quita para comprobar que algunas de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario incluidas en la letra e) traen su expresión convencional de reglas en principio referidas a los conflictos internacionales, sobre todo en lo que se refiere a la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades (ataques prohibidos) o a la prohibición de matar o herir a traición a un “combatiente adversario”.

³⁶ Entre esos principios y reglas cabe referirse, específicamente, a los relativos a la conducción de las hostilidades (prohibición de ataques contra personas y bienes civiles, precauciones en los ataques contra objetivos militares que puedan causar incidentalmente daños a civiles), a la protección de quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades, y a los medios y métodos de guerra (prohibición de la perfidia). Ver al respecto los párrafos 100 a 125 de la decisión de jurisdicción de 1995, ICTY, Appeals Chamber, Case No. IT-94-1AR72, *The Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a “Dule”*, Decision on Jurisdiction, 2 October 1995.

3. LA NECESIDAD DE REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS MEDIANTE DESARROLLOS NORMATIVOS COMPLEMENTARIOS

Aunque el Derecho internacional humanitario en su estado actual sigue siendo un marco jurídico apropiado para regular la conducta de las partes en los conflictos armados —por lo cual todo intento que se haga para fortalecer el régimen jurídico destinado a mejorar la suerte que corren las víctimas de estos conflictos se debería fundar en las normas existentes—, hay que reconocer con el Comité Internacional de la Cruz Roja que, *en la actual fase de su evolución, el Derecho internacional humanitario no es perfecto en todos los aspectos y es necesario potenciarlo en ámbitos específicos, sobre todo en relación con los conflictos armados no internacionales, en los cuales la insuficiencia de la regulación se hace más ostensible*. En efecto, en palabras del CICR “un *statu quo* normativo resultaría claramente insatisfactorio”³⁷. De ahí la necesidad de desarrollar las normas vigentes mediante la introducción de reglas complementarias convenidas en el propio terreno del Derecho internacional humanitario sobre la base de la práctica general de los Estados o traídas desde el terreno del Derecho internacional de los derechos humanos.

El valor de esta rama del Derecho internacional como instrumento normativo para potenciar o fortalecer el Derecho aplicable a los conflictos armados ha sido encarecido por el propio CICR, que considera en este sentido que “es esencial evitar que haya, inútilmente, nuevas normas de derecho humanitario que dupliquen las normas vigentes de derecho internacional, en particular el derecho de los derechos humanos”, reconociendo, no obstante, que este Derecho, incluso en su aplicación a los conflictos armados no internacionales, no resuelve todos los problemas de índole humanitaria en la práctica, pues sólo es de obligado cumplimiento para los Estados³⁸.

La necesidad de desarrollar mediante esas reglas complementarias el Derecho internacional humanitario se hace particularmente perentoria en lo concerniente a la protección de las personas privadas de libertad como consecuencia de un conflicto armado, sobre todo si éste es de naturaleza no internacional. La privación de libertad en este contexto puede revestir las forma del internamiento (detención administrativa por razones de seguridad) o de la detención a efectos de iniciar un procedimiento penal. En lo que se refiere al internamiento —o a la figura homóloga de la residencia forzosa—, cuya situación parece conllevar una especial vulnerabilidad de la persona privada de libertad, las insuficiencias

³⁷ CICR, estudio citado en nota (15).

³⁸ Estudio citado, “Introducción”. No obstante, en nuestra opinión los grupos no estatales participantes en los conflictos de este tipo, aparte de tener obligaciones en el terreno estricto del Derecho humanitario, no se hallan exentos, en la medida de sus capacidades, de respetar ciertas normas del Derecho de los derechos humanos concurrentes con aquél, como en el caso de la captura y detención de personas pertenecientes a la parte adversa.

normativas se hacen patentes sobre todo en el ámbito de los conflictos armados no internacionales, particularmente en lo tocante a las condiciones de detención y a las garantías procesales. En cuanto a las condiciones de detención, sobre todo en los conflictos que se rigen por el art. 3 común, urge “elaborar disposiciones específicas en relación con los diversos aspectos que conforman un régimen de detención para que las partes detenedoras, tanto estatales como no estatales, conozcan y respeten las normas mínimas para el trato humano de los detenidos”, en particular para atender las necesidades de las personas especialmente vulnerables³⁹. Y, en cuanto a las garantías procesales, es de deplorar que, a diferencia de lo que ocurre con los conflictos armados internacionales, a los que se aplican diversas normas contenidas en el cuarto Convenio de Ginebra, no existen disposiciones convencionales sobre las garantías que deberían amparar a las personas internadas en los conflictos armados no internacionales, lo que, según el CICR, supone que “el problema humanitario que se plantea debido a la ausencia de reglamentación jurídica se podría describir, sencillamente, como detención arbitraria”⁴⁰, debido entre otras cosas a que en la práctica los detenidos no son informados debidamente de los motivos de su detención y no existe un proceso para recurrir de entrada la legalidad de la detención y en su caso lograr la excarcelación si no hay una causa o si la causa ha prescrito. En la realidad, el art. 3 común no contempla ninguna disposición que regule el internamiento, aparte del requisito del trato humano, y el Protocolo adicional II, que sí menciona el internamiento en los arts. 5 y 6, no especifica cómo se debe organizar.

Desde el entorno del CICR se ha propuesto unas normas mínimas por las que debería regirse el internamiento, sobre todo en lo que se refiere a las garantías procesales (derecho a ser informado de los motivos del internamiento, derecho a ser inscrito en un registro *ad hoc* y a permanecer en un lugar de internamiento oficialmente reconocido, derecho a impugnar sin demora la legalidad de la detención, examen de la legalidad del internamiento por un organismo independiente e imparcial, derecho a la asistencia jurídica, derecho a que se examine periódicamente la legalidad del mantenimiento de la decisión de detención, derecho a comunicarse con los familiares y recibir su visita, derecho a la asistencia médica que requiera el estado de salud de la persona internada, derecho a presentar solicitudes y quejas ante la potencia detenedora relativas al trato recibido y a las condiciones de detención) así como el acceso por parte del CICR y de otras instituciones pertinentes a las personas objeto de detención administrativa⁴¹. Con

³⁹ Estudio citado, “Protección de las personas privadas de libertad”.

⁴⁰ Estudio citado, *ibid*.

⁴¹ Ver Jelena Pejic, “Procedural principles and safeguards for internment/administrative detention in armed conflict and other situations of violence”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, Number 858, June 2005, pp. 375-391 (el texto en español, “Principios y garantías procesales relativos al internamiento o detención administrativa en conflictos armados y otras situaciones de violencia interna”, puede consultarse en *Revista Internacional de la Cruz Roja, Selección de artículos 2005*, pp. 355-377). Dicho estudio figura como posición del CICR en el Anexo 1 al informe de 2007 del CICR citado *supra* en nota (7).

vistas a garantizar estos derechos en los conflictos armados no internacionales, el CICR, mediante la formulación de esas normas mínimas, ha propugnado aplicar a estos conflictos, por extensión, las garantías recogidas en el cuarto Convenio de Ginebra para los conflictos armados internacionales —entre ellas las relacionadas con los lugares de detención (art. 143), la reconsideración por un tribunal o consejo administrativo competente de la decisión relativa al internamiento (art. 43), la obligación de adoptar las decisiones siguiendo un procedimiento legítimo que prevea el derecho de apelación de los interesados (art. 78), la asistencia médica a las personas internadas (arts. 81, 91 y 92), las peticiones y quejas en lo que atañe al régimen al que estas personas se hallan sometidas (art. 101), etc.—, así como hacer entrar en juego normas de los tratados internacionales de derechos humanos, resoluciones de órganos internacionales y textos de *soft law*, como en lo tocante al deber de proporcionar información sobre las razones por las que se ha privado de libertad a una persona (art. 9.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, resolución 43/173 de 9 de diciembre de 1988 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, principios 10, 11 y 12 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión) o en lo tocante a la obligación de registrar los datos de los detenidos y la prohibición de disimular una detención (arts. 17 y 18 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006, principios 12 y 16 del Conjunto de Principios citado, principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias)⁴².

Así pues, aparte de la posibilidad de transponer al ámbito de los conflictos armados no internacionales las disposiciones pertinentes de los Convenios de Ginebra aplicables en principio a los conflictos armados internacionales (y los principios y reglas de índole consuetudinaria como los que bajo la rúbrica de “garantías fundamentales” se recogen en el art. 75 del Protocolo adicional I), las aportaciones normativas provenientes del campo de los derechos humanos resultan particularmente indicadas para complementar las normas del Derecho internacional humanitario⁴³. En su opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las *consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la Corte Internacional de Justicia, refiriéndose a las relaciones entre el *ius in bello* y los

⁴² Jelena Pejic, estudio citado, pp. 384, 385 y *passim*.

⁴³ Ello sea dicho con la reserva de que el Derecho de los derechos humanos no se basta para dar respuesta a todas las cuestiones que pueden plantearse en relación con la detención de personas en conflictos de este tipo, habida cuenta de que en casi todos ellos la parte no estatal carece del aparato adecuado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones correlativas a esos derechos; sin olvidar, por otra parte, las dificultades que, en el caso de conflictos no internacionales “multinacionales”, pueden derivar del hecho de que no todos los Estados que participan en una coalición están vinculados por los mismos tratados de derechos humanos, o de la propia indefinición del alcance extraterritorial del Derecho de los derechos humanos en operaciones en el extranjero.

derechos humanos, ha señalado que “algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el Derecho internacional humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el Derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del Derecho internacional”⁴⁴. Partiendo de esta base, se ha podido decir que “los derechos de las personas internadas por razones de seguridad en conflictos armados —internacionales o no internacionales— pertenecen a la categoría de derechos que, en términos de la CIJ, ‘pueden estar contemplados’ en ambas ramas del Derecho. Habida cuenta de la mencionada falta de normas relativas al internamiento de personas en conflictos armados no internacionales, es preciso recurrir al derecho de los derechos humanos a la hora de constituir una lista de principios y garantías procesales para regular el internamiento en esos conflictos”⁴⁵. Bien entendido que las reglas de uno y otro sector del Derecho internacional pueden concurrir con contenidos coincidentes en la regulación de diversos aspectos, de modo que, por ejemplo, la lista de los derechos a un juicio equitativo (*due process*) es casi idéntica en el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos, ordenamientos éstos a los que debe ajustarse a su vez el Derecho interno del Estado. En lo que respecta al Derecho internacional humanitario, aun reconociendo que el art. 3 común, contrariamente a lo que ocurre con los Convenios de Ginebra tercero (art. 84, arts. 99 a 108) y cuarto (art. 43, arts. 66 a 78, art. 126), no contiene garantías específicas en materia judicial fuera de la referencia genérica a un “juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados”, está ampliamente aceptado que el art. 75 del Protocolo adicional I puede considerarse como una norma de Derecho consuetudinario aplicable en todo tipo de conflicto armado, y, por lo demás, puede decirse que el Derecho internacional humanitario refuerza las correspondientes disposiciones de derechos humanos, puesto que no autoriza derogación alguna del derecho a un juicio equitativo en las situaciones de conflicto armado⁴⁶.

⁴⁴ Párr. 106 de la opinión consultiva. Ver al respecto nuestro trabajo “Ius in bello, ius ad bellum y derechos humanos (a propósito de la opinión de la Corte Internacional de Justicia sobre el muro)”, Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos, Tomo I, Universidad Autónoma de Madrid/Eurolex, 2005, pp. 479-498; pp. 492-496.

⁴⁵ Jelena Pejic, “Procedural principles and safeguards...”, cit., pp. 377-378.

⁴⁶ En este sentido, CICR, “El derecho internacional humanitario y los desafíos...”, doc. cit. supra en nota (9), p. 18. Por otra parte, en los conflictos no internacionales, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y los artículos 5 y 6 del Protocolo adicional II señalan unas normas mínimas aplicables en caso de internamiento a las que pueden superponerse, 1) en el caso del artículo 3 común, otras normas establecidas en esos Convenios para los conflictos internacionales, en virtud de “acuerdos especiales” que pueden concertar las partes contendientes, y 2) en el caso de las citadas disposiciones del Protocolo adicional II, otras normas procedentes del campo de los derechos humanos con base en la referencia que se hace en el párr. 2 del preámbulo de este Protocolo a que “los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental”, instrumentos en los que, según el CICR, se incluyen el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la Convención contra la tortura así como los tratados regionales de derechos humanos (Comentario del Protocolo adicional II, CICR/Plaza & Janés, Colombia, 2000, párrs. 4428-4430).

4. LA NECESIDAD DE REFORZAR EL RESPETO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A TRAVÉS DE MECANISMOS Y PROCEDIMIENTOS APROPIADOS

Una preocupación constante del CICR reflejada en sus sucesivos informes sobre los desafíos o retos de los conflictos armados contemporáneos y canalizada mediante la organización de reuniones *ad hoc* de expertos, es la de mejorar el respeto del Derecho internacional humanitario buscando reforzar las estructuras de control existentes y en su caso crear nuevas estructuras. En el contexto de la obligación de los Estados de “hacer respetar” las normas humanitarias contenidas en los Convenios de Ginebra (artículo 1 común) y en el Protocolo adicional I (artículo 1 apartado 1), se ha puesto especial énfasis en garantizar un mejor acatamiento del Derecho internacional humanitario por las partes en conflictos armados no internacionales.

Entre las medidas de implementación que deben ser tomadas a tal fin figuran ante todo las medidas nacionales, algunas de las cuales deben ponerse en práctica ya en tiempo de paz. Basadas en la obligación genérica que a los Estados partes impone el artículo 80 del Protocolo adicional I de adoptar “sin demora todas las medidas necesarias para cumplir las obligaciones que les incumben” en virtud de los Convenios y del propio Protocolo, destacan de entre ellas las medidas de ejecución de naturaleza legislativa, sobre todo las que resulten necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren o dieran orden de cometer cualquiera de las infracciones graves recogidas en los Convenios o en el Protocolo adicional I (artículos 49 y 50 del I Convenio, 50 y 51 del II Convenio, 129 y 130 del III Convenio y 146 y 147 del IV Convenio, artículo 85 del Protocolo adicional I), o aquéllas que tengan por objeto impedir o reprimir abusos en la utilización del emblema (artículos 53 y 54 del I Convenio y 43-45 del II Convenio).

Otras medidas nacionales que deben adoptarse responden igualmente a los compromisos convencionales contraídos por los Estados, entre ellas: difundir lo más ampliamente posible el contenido de los Convenios y de los Protocolos adicionales (artículos 47, 48, 127 y 144, respectivamente, de los cuatro Convenios, artículo 83 del Protocolo adicional I, artículo 19 del Protocolo adicional II), formar personal calificado para facilitar la aplicación de dichos instrumentos (artículo 6 apartado 1 del Protocolo adicional I), exigir a los jefes militares que impidan, repriman o denuncien infracciones que puedan cometer sus subordinados (artículo 87 del Protocolo adicional I), cuidar de que, cuando proceda, se disponga de consejeros jurídicos que asesoren a los comandantes militares acerca de la aplicación de las normas convencionales (artículo 82 del Protocolo adicional I), adoptar “medidas preparatorias” para reforzar la protección de ciertos bienes culturales —preparación de inventarios, planificación de medidas de emergencia, traslado de bienes culturales muebles o suministro en su caso de una

protección adecuada *in situ*, designación de autoridades que se responsabilicen de la salvaguardia de esos bienes— (artículo 5 del segundo Protocolo facultativo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado).

En lo que se refiere a la represión de las infracciones, procede poner énfasis en la responsabilidad —expresada *inter alia* en una obligación de indemnizar— del Estado “que violare las disposiciones de los Convenios o del (...) Protocolo”, responsabilidad que, sin perjuicio de la que a título individual pueda corresponderles en el orden penal a los autores materiales de las violaciones, se extiende a “todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas” (artículo 91 del Protocolo adicional I)⁴⁷. En el plano de las medidas nacionales, la reparación de los daños sufridos por las víctimas en el contexto de los conflictos armados, incluidos los no internacionales, requeriría en la práctica una mayor adecuación de los sistemas judiciales estatales a las exigencias derivadas de la necesidad de garantizar una respuesta efectiva a las reclamaciones de las víctimas⁴⁸. Desde una perspectiva internacional, no parece que por ahora pueda sostenerse que un derecho individual a las reparaciones (restitución, satisfacción, resarcimiento de daños, rehabilitación de la víctima, garantías de no repetición) forme parte, sobre todo en el caso de los conflictos armados no internacionales, del Derecho consuetudinario⁴⁹.

Aparte de las medidas nacionales, y más allá de ellas, la garantía de respeto del Derecho internacional humanitario requiere hacer uso de mecanismos y procedimientos internacionales de control del cumplimiento de sus normas. Algunos de esos mecanismos y procedimientos ya existen, si bien una falta de

⁴⁷ De una manera más genérica, los Convenios (artículos 51 del I Convenio, 52 del II, 131 del III y 148 del IV) se refieren a las “responsabilidades” en que pueda haber incurrido cualquiera de las partes contratantes a causa de las infracciones previstas en el correspondiente Convenio, señalando que ninguna de dichas partes contratantes podrá exonerarse, ni exonerar a otra, de esas responsabilidades.

⁴⁸ Hoy por hoy, los Estados siguen mostrándose reacios a atender estas reclamaciones, siendo constatable la propensión de los tribunales nacionales a desestimar las demandas de las víctimas y, en concreto, a rechazar la invocación por éstas de disposiciones convencionales como el artículo 3 de la cuarta Convención de La Haya de 1907 o el artículo 91 del Protocolo adicional I de 1977 en apoyo de su petición de reparación. Ver al respecto Liesbeth Zegveld, “Remedies for victims of violations of international humanitarian law”, IRRC, Vol. 85, No. 851, September 2003, pp. 497-527; pp. 507-513.

⁴⁹ Cfr. Toni Pfanner, “Various mechanisms and approaches for implementing international humanitarian law and protecting and assisting war victims”, IRRC, Vol. 91, No. 874, June 2009, pp. 279-328; pp. 287-289. En el terreno del soft law, el autor no deja de referirse a principios o guidelines recogidos en resoluciones de órganos internacionales como la resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en el plano del Derecho convencional y por referencia a la actuación de instancias jurisdiccionales internacionales, cita a título excepcional la posibilidad de las víctimas de obtener reparación ante la Corte Penal Internacional ex artículo 75 de su Estatuto; sin perjuicio de apuntar otras posibles vías, entre ellas las de mecanismos de reparación establecidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, decisiones de tribunales internacionales regionales de derechos humanos o acuerdos interestatales como el acuerdo sobre refugiados y personas desplazadas anexo a los Acuerdos de Dayton sobre el conflicto de Bosnia-Herzegovina.

voluntad política de los Estados viene coartando severamente su efectividad. En las ya citadas reuniones *ad hoc* de expertos organizadas por el CICR, hubo unanimidad en cuanto a que los mecanismos de aplicación del Derecho internacional humanitario existentes adolecen de falta de uso y de falta de eficacia, lo que suscita dudas entre optar por su revitalización o crear nuevos mecanismos. Para algunos, esta última opción no conduciría necesariamente al incremento de la eficacia del Derecho internacional humanitario, considerando el peligro potencial de fragmentación de este sector del ordenamiento internacional derivado de la proliferación y dispersión de estructuras de control así como el riesgo de duplicar las tareas que eficazmente cumple el CICR⁵⁰. En cuanto al posible recurso a órganos de supervisión de otras ramas del Derecho internacional, como el Derecho internacional de los derechos humanos, si bien hay acuerdo en que esos órganos, en particular los regionales, han sido útiles en su consideración del Derecho internacional humanitario, su falta de competencia explícita para examinar cuestiones que en cierta medida quedan fuera del ámbito jurídico en que se inscribe su actuación —los tratados internacionales de derechos humanos— ha llevado a algunos a desaconsejar el alentar activamente la práctica creciente de esos órganos de tomar en consideración principios y normas de Derecho humanitario siquiera para reforzar la *ratio* de sus decisiones⁵¹.

En lo que se refiere a los mecanismos y procedimientos propios del Derecho internacional humanitario, el principal problema es la escasa o nula disposición de los Estados de recurrir a ellos, teniendo en cuenta que la activación de los mismos depende a la postre del consentimiento de las partes en un conflicto armado, con el problema añadido de que en el caso de los conflictos armados no internacionales se requiere el concurso o implicación de actores no estatales participantes en el conflicto⁵².

Aunque no es éste el lugar para analizar las causas del relativo fracaso de los mecanismos establecidos por el Derecho internacional humanitario para asegurar el acatamiento de sus normas, sí procede constatar que algunos de ellos —así,

⁵⁰ Cfr. CICR, “El derecho internacional humanitario y los retos...”, informe citado supra en nota (6), pp. 26-27.

⁵¹ Cfr. CICR, informe citado, p. 26. Ver sobre esto nuestro trabajo “La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del Derecho internacional humanitario”, Foro (nueva época), No. 4, 2006, pp. 1335.

⁵² Por otro lado, y salvo el recurso por las partes en conflicto a “acuerdos especiales” (artículo 3 común) en los que convengan utilizar mecanismos como los previstos en los Convenios para los conflictos armados internacionales, ni el artículo 3 común ni el Protocolo adicional II hacen referencia a mecanismo alguno de supervisión, como no sea la alusión a la posibilidad de que organismos humanitarios imparciales como el CICR o las sociedades de socorro ofrezcan sus servicios “para el desempeño de sus funciones tradicionales en relación con las víctimas del conflicto armado” (artículo 18 del Protocolo adicional II).

los procedimientos de conciliación⁵³ y encuesta⁵⁴ y el recurso a la Comisión Internacional de Encuesta creada en virtud del artículo 90 del Protocolo adicional I— nunca han sido utilizados en la práctica, en tanto que otros como el recurso a las “Potencias protectoras” han funcionado en contadas ocasiones y de manera incompleta o sujeta a controversia⁵⁵. Excepción debe ser hecha del CICR, verdadero custodio de la legalidad humanitaria al amparo de su derecho convencional de iniciativa que con carácter comprensivo le otorgan los tratados y que él utiliza ponderadamente a través de diversas actuaciones de verificación, asistencia y supervisión, apoyadas en un diálogo constante con las autoridades (incluidos los jefes de los grupos rebeldes en los conflictos internos) dentro de lo que cabe calificar de ejercicio de “diplomacia discreta”⁵⁶.

Sin perjuicio de propugnar la revitalización de los mecanismos existentes, entre los que al lado del CICR destaca por su potencialidad la citada Comisión Internacional de Encuesta⁵⁷, se viene debatiendo la posibilidad de instaurar mecanismos nuevos, algunos de ellos equivalentes o parecidos a los que ya existen en el campo de los derechos humanos, con la precisión de que, a fin de remediar la debilidad de las estructuras creadas por los tratados de Derecho humanitario, cualquier nuevo mecanismo que puedan adoptar los Estados debería ser neutral e imparcial, debería constituirse de manera que pudiera operar eficazmente, debería estar en condiciones de actuar sin el consentimiento de las partes (es decir, tener facultades obligatorias) y debería tener en cuenta los costos y las cargas

⁵³ Este procedimiento, regulado en los Convenios de Ginebra (artículo 11 común a los tres primeros y artículo 12 del cuarto), más que de conciliación es de simple mediación o “buenos oficios” consistente básicamente en proponer a las partes en conflicto una reunión de sus representantes.

⁵⁴ En el marco de este procedimiento, la encuesta sobre “toda alegada violación del Convenio” deberá iniciarse a solicitud de una de las partes en conflicto, debiendo todas ellas llegar a un acuerdo sobre las modalidades de la encuesta y el procedimiento a seguir, con la indicación de que, una vez comprobada la violación, las partes “harán que cese y la reprimirán lo más rápidamente posible” (artículos 52, 53, 132 y 149 de los respectivos Convenios).

⁵⁵ Ver en este sentido François Bugnion, *The International Committee of the Red Cross and the Protection of War Victims*, ICRC/MacMillan, Geneva, 2003, pp. 860-901. El autor registra cinco casos en que se aplicó este sistema.

⁵⁶ Ver nuestro trabajo “El Derecho internacional humanitario en busca de su eficacia”, cit. supra en nota (3), p. 348. Ver en general la obra de François Bugnion citada en la nota anterior.

⁵⁷ Según su descripción en el artículo 90 del Protocolo adicional I, se trata de un órgano de investigación que a su competencia básica de determinación de los hechos ve añadida la de mediación en el sentido de “facilitar, mediante sus buenos oficios, el retorno a una actitud de respeto de los Convenios y del presente Protocolo (apartado 2, c) del artículo 90. Hasta ahora, 73 de los 173 Estados partes en el Protocolo han hecho la declaración unilateral reconociendo la competencia de la Comisión para proceder a una investigación sobre las denuncias que puedan presentarse; pero en la práctica la Comisión sigue sin estrenarse, bien por haberse negado alguna de las partes en conflictos recientes a acudir a ella, bien so pretexto del carácter no internacional del conflicto, pese a haberse declarado dispuesta la Comisión a actuar en relación con conflictos de esta naturaleza. Afianzar este mecanismo requeriría entre otras cosas que la Comisión pudiera emprender una investigación motu proprio o a petición de una cualquiera de las partes en el conflicto sin necesidad de contar con el consentimiento de las demás partes, o en virtud de una decisión de un órgano como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

administrativas que pudieran recaer sobre los Estados⁵⁸. Entre las propuestas presentadas al respecto, figuran las de crear un “foro diplomático” integrado por un comité de Estados o un comité de expertos en Derecho internacional humanitario, una Comisión de Derecho Internacional Humanitario (trasunto de la extinta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o de su sucesor el Consejo de Derechos Humanos), una Oficina de un Alto Comisionado para el Derecho Internacional Humanitario que se instituiría como un “órgano convencional” de los Convenios y los Protocolos adicionales, u otros mecanismos similares. Según los expertos, los diversos mecanismos avizorados podrían encargarse de nuevas funciones para controlar el respeto del Derecho internacional humanitario: recepción y valoración de informes presentados por los Estados, conocimiento de denuncias individuales, misiones de encuesta, examen cuasi judicial de las violaciones, entre otras posibilidades⁵⁹.

Puesto que no parece que la situación actual sea propicia para establecer procedimientos de supervisión más apremiantes, las propuestas se orientan preferentemente a poner en pie un sistema de presentación de informes gubernamentales similar al que en las Naciones Unidas aparece regulado en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (artículo 40) y en otros tratados de derechos humanos suscritos en dicho ámbito⁶⁰. Se ha encarecido la utilidad de este sistema en cuanto, por un lado, incentiva una función de auto-control (*self-monitoring function*) que permite al Estado concernido analizar, evaluar y en su caso corregir la orientación de su práctica, y, por otro lado, proporciona la ocasión para que actores “externos” (otros Estados u órganos especializados) entablen un diálogo con ese Estado con vistas a identificar vías para mejorar el grado de cumplimiento del Derecho⁶¹. En el marco del Derecho internacional humanitario, se suscitan cuestiones sobre cuál deba ser el alcance de la función supervisora (que parece debería ceñirse a las obligaciones contraídas en virtud de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos adicionales), el carácter (voluntario o preceptivo) y la tipología de los informes, su periodicidad, la naturaleza del órgano receptor de la información (comité de expertos independientes, comité intergubernamental, grupos rotatorios de Estados partes, reunión de Estados partes, revisión por Estados integrantes de un grupo de trabajo como el

⁵⁸ CICR, informe citado supra en nota (6), p. 27.

⁵⁹ Ver CICR, “Fortalecimiento de la protección de las víctimas.”, cit. supra en nota (15), p. 19. Incluso se ha llegado a proponer la creación de un tribunal internacional de Derecho internacional humanitario; ver al respecto Toni Pfanner, “Various mechanisms...”, cit., p. 306.

⁶⁰ Fruto de una iniciativa conjunta del gobierno helvético y el CICR para dar efecto a la Resolución 1 adoptada en la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja celebrada en Ginebra en diciembre de 2011, se vienen celebrando reuniones de Estados sobre las vías practicables para fortalecer el acatamiento del Derecho internacional humanitario, girando sobre todo en torno a la propuesta de instauración de un sistema de informes periódicos. Ver al respecto Federal Department of Foreign Affairs (Switzerland)/ICRC, “Reporting and Thematic Discussions on IHL and Overview of a Meeting of States”, Background Document, Geneva, November 2013, 48 pp.

⁶¹ Doc. cit., 2.1.1 (“Purpose”).

del procedimiento de “examen periódico universal” de las Naciones Unidas, el CICR...), entre otras cuestiones⁶².

Un lugar destacado dentro de los mecanismos de supervisión lo ocupa la determinación de los hechos. Como queda dicho, los procedimientos de investigación o encuesta, incluido el recurso a la Comisión Internacional de Encuesta, establecidos por los tratados de Derecho humanitario no han sido utilizados hasta ahora, si bien es cierto que, en relación con los conflictos armados no internacionales, algunos de los “acuerdos especiales” suscritos con base en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (así, el acuerdo concertado en 1992 entre las partes involucradas en el conflicto de Bosnia-Herzegovina, el suscrito en 1995 entre el gobierno de la República de Filipinas y el National Democratic Front of Philippines, o el alcanzado en 2002 entre el gobierno sudanés y el Sudan People’s Liberation Movement) prevén que las partes, o en su caso el coordinador de una misión de verificación creada en virtud del acuerdo, decidan abrir una investigación sobre la base de informaciones de alegadas violaciones graves del Derecho internacional humanitario⁶³.

Contrarrestando las deficiencias de las estructuras del Derecho internacional humanitario, las Naciones Unidas y algunas organizaciones regionales no han dejado de utilizar el instrumento del *fact-finding* en orden a deslindar las respectivas responsabilidades de las partes en conflictos internacionales o no internacionales por violación de normas humanitarias.

En lo que se refiere a las Naciones Unidas, el recurso al procedimiento de investigación ha estado en la base de la creación de tribunales penales internacionales *ad hoc* por el Consejo de Seguridad o de la sustanciación de los “procedimientos especiales” (sucesores de los procedimientos públicos especiales de la resolución 1235 (XLII) del ECOSOC) basados en investigaciones realizadas por órganos básicos de información (relatores, representantes especiales, grupos de trabajo *ad hoc*, grupos especiales de expertos) en la esfera del Consejo de Derechos Humanos, el cual utiliza en sus conclusiones como marco de referencia normativo no sólo la Declaración Universal de Derechos humanos y otras Declaraciones y textos convencionales sobre derechos humanos adoptados en el marco de las Naciones Unidas, sino también los instrumentos convencionales de Derecho internacional humanitario oponibles a los Estados investigados⁶⁴. Por otra parte, el Consejo de Seguridad, actuando bajo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, ha procedido a crear comisiones de investigación (así, la relativa a los sucesos de Darfur establecida en virtud de la resolución 1564

⁶² Doc. cit., 2.1.2, 2.2, 2.3, 2.4.

⁶³ Ver al respecto Pascal Bongard y Jonathan Somer, “Monitoring armed non-state actor compliance with humanitarian norms: a look at international mechanisms and the Geneva Call Deed of Commitment”, IRRC, Vol. 93, No. 883, September 2011, pp. 673-706; pp. 682-683.

⁶⁴ Ver al respecto Concepción Escobar Hernández, “La protección internacional de los derechos humanos (I)”, en Manuel Díez de Velasco, Instituciones de Derecho Internacional Público, 18ª edición coordinada por la autora, Tecnos, Madrid, pp. 663-696; pp. 687-690 y *passim*.

(2004)) que, a diferencia de los órganos del sistema de Derecho internacional humanitario, no necesitan contar con el consentimiento de los Estados afectados.

El objeto de la actividad de los órganos de encuesta puede diferir en cuanto a su alcance en los diferentes casos. En uno de ellos, el de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el conflicto de Gaza, creada por resolución S-9/1 de 12 de enero de 2009 del Consejo de Derechos Humanos, el órgano investigador interpretaba su mandato en el sentido de que incluía una calificación de los hechos que debía tener consecuencias jurídicas en la práctica. Y así, en su informe relativo a las operaciones militares realizadas en la franja de Gaza entre el 27 de diciembre de 2008 y el 18 de enero de 2009⁶⁵, además de hacer un recuento de las violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario cometidas por las partes en el conflicto —sobre todo por el gobierno de Israel, sin perjuicio de referirse también a ciertos actos atribuibles a los grupos armados palestinos y a las propias autoridades de Gaza—, considera en sus conclusiones que de entre esas violaciones las calificadas como graves (asesinatos, tortura y tratos inhumanos, ataques indiscriminados, destrucción de bienes) generan responsabilidad penal individual y en consecuencia recomienda que el Consejo de Seguridad establezca un comité de expertos en Derecho internacional humanitario y Derecho de los derechos humanos a fin de supervisar las medidas legales y de otro tipo que debe adoptar Israel en relación con las investigaciones reflejadas en el informe, y que, en caso de que dicho comité constatare la no adopción de esas medidas en un plazo de seis meses, refiera la situación en Gaza al Fiscal de la Corte Penal Internacional de conformidad con el artículo 13, b) del Estatuto de la Corte.

En otros casos el informe del órgano de investigación puede no ir tan lejos y limitarse a evaluar los medios de los que dispone el sistema nacional de justicia del Estado “investigado” y elaborar fórmulas practicables para ayudar al gobierno a identificar los mecanismos apropiados —en un plano de justicia transicional— que permitan tratar las consecuencias de las violaciones registradas en cuanto al esclarecimiento de la verdad, la justicia, las reparaciones y la reforma. Tal es en esencia el cometido del “Proyecto Mapping” gestionado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que con el concurso de un equipo de especialistas elaboró y publicó en agosto de 2010 un extenso informe sobre las violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario cometidas entre marzo de 1993 y junio de 2003 en el territorio de la República Democrática del Congo⁶⁶. En dicho informe, al definirse el objetivo del Proyecto,

⁶⁵ United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict, “Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories”, A/HRC/12/48, 15 September 2009. Disponible en http://www.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A-HRC-12-48_ADVANCE1_sp.pdf

⁶⁶ Haut Commissariat des Nations Unies pour les Droits de l’Homme, “Rapport du Projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l’homme et du droit international humanitaire commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo”. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Countries/ZR/DRC_MAPPING_REPORT_FINAL_FR.pdf

se precisa que “no era establecer o intentar establecer la responsabilidad penal individual de ciertos actores”, contrariamente a aquellas comisiones de investigación cuyo mandato sí requiere la identificación de los responsables a fin de asegurar que respondan por sus actos, sino más bien “proporcionar a las autoridades congoleñas elementos para ayudarles a decidir sobre el mejor enfoque a adoptar para hacer justicia a las numerosas víctimas y combatir la impunidad” de los culpables⁶⁷.

Con respecto a situaciones de crisis prolongadas suelen concurrir las actuaciones de varios órganos internacionales, como en el caso del conflicto palestino-israelí, que, en la esfera de las Naciones Unidas, ha dado y sigue dando lugar a intervenciones coordinadas del Consejo de Seguridad, la Asamblea General, el Consejo de Derechos Humanos (apoyado en las indagaciones de distintos relatores especiales como el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados desde 1967), el Secretario General (por mandato del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General y a través de sucesivos informes y del envío de representantes personales), diversos organismos de las Naciones Unidas operantes en el ámbito de la ayuda humanitaria e incluso la Corte Internacional de Justicia (opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre el *Muro*); intervenciones todas ellas en que los derechos humanos y el Derecho humanitario sirven de punto de referencia básico. En el caso de la actual crisis en Siria —verdadera guerra civil—, junto al despliegue de acciones de supervisión a cargo de una Comisión Internacional Independiente de Encuesta⁶⁸, se ha llevado a cabo en 2014 una investigación por un equipo de tres juristas, antiguos responsables de fiscalías de tribunales penales *ad hoc*, por encargo del gobierno de Qatar, que ha dado lugar a un informe en el que, sobre la base de elementos de prueba (fotografías) creíbles, se constata la comisión de actos de tortura y asesinatos sistemáticos de personas detenidas por parte de los agentes del gobierno sirio, lo que conlleva la atribución a éste de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra⁶⁹. En lo que se refiere a las organizaciones internacionales regionales, cabe citar aquí la tarea realizada por la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre el Conflicto en Georgia (IIFFMCG en sus siglas inglesas) establecida por decisión de 2 de diciembre de 2006 del Consejo de la Unión Europea “as a political and diplomatic follow-up to the conflict”⁷⁰, que en su informe sobre lo sucedido aquel año aplica concurrentemente pautas del *ius ad bellum* y del Derecho internacional

⁶⁷ Informe citado, pp. 6 y 9, párrs. 8 y 15.

⁶⁸ Ver “Report of the independent international commission of inquiry on the Syrian Arab Republic”, Human Rights Council, A/HRC/21/50, 15 August 2012. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-50_en.pdf

⁶⁹ “A Report into the credibility of certain evidence with regard to Torture and Execution of Persons Incarcerated by the current Syrian regime”. Disponible en <http://static.guim.co.uk/ni/1390226674736/syria-report-execution-tort.pdf>

⁷⁰ Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, “Report”, September 2009. Disponible en <http://www.ceiig.ch/Report.html>

humanitario para deslindar las respectivas responsabilidades de las dos partes en el conflicto.

Especial dificultad revisten los intentos de desarrollar mecanismos y procedimientos de supervisión en el caso de conflictos armados no internacionales, habida cuenta de la resistencia de los gobiernos, no ya sólo a soportar intervenciones de órganos externos de control en los conflictos de esta naturaleza, sino incluso a reconocer que un conflicto bélico está teniendo lugar en el territorio del Estado que gobiernan⁷¹.

Dejando aparte las propuestas para lograr una involucración de los grupos armados no estatales en el desarrollo del Derecho aplicable a este tipo de conflictos armados⁷², se han realizado esfuerzos por activar mecanismos de revisión, verificación e información sobre la conducta de esos actores no estatales. Tales mecanismos se basan, bien en tratados multilaterales, bien en acuerdos humanitarios, bien en decisiones de órganos de las Naciones Unidas, bien, incluso, en iniciativas de instituciones no públicas (como, en este caso, el *Deed of Commitment* para la prohibición total de las minas antipersonal lanzado por la ONG de base suiza “Geneva Call”)⁷³. Cabe citar al respecto diversas comisiones *ad hoc* del tipo de las ya aludidas sobre Darfur y Gaza o ciertos mecanismos de supervisión temáticos relativos a la conducta de los actores no estatales en conflictos internos (niños soldados, violencia sexual, entre otros aspectos), sin olvidar los mecanismos que, creados en virtud de algunos de los “acuerdos especiales” del artículo 3 común, tengan por objeto supervisar, mediante técnicas de encuesta o de otro tipo, la actuación de esos actores. A propósito de esto, parece oportuno señalar cómo el recurso en la práctica a esos “acuerdos especiales” así como a otras “herramientas jurídicas” como las declaraciones unilaterales de intención o los códigos de conducta de los grupos armados comprometiéndose a respetar el Derecho internacional humanitario, las referencias a este Derecho en los acuerdos de alto el fuego o de paz o las concesiones de amnistía por la simple participación de esos grupos en las hostilidades, ha sido valorado positivamente por el CICR como un medio idóneo para alentar a las partes en los conflictos armados no internacionales a que mejoren el respeto del Derecho humanitario, y, en lo que se refiere a los actores no estatales participantes en dichos conflictos, para capitalizar su compromiso de acatamiento de las normas, facilitando en su caso las acciones de seguimiento en lo concerniente a las violaciones, y para

⁷¹ En el conflicto de Chiapas, el gobierno mexicano rehusó reconocer la situación sobrevenida en esa región en 1994 como de conflicto armado. En el caso de Colombia, el reconocimiento de la existencia de un conflicto armado en el país no se produjo hasta la promulgación de la Ley No. 1448, de 10 de junio de 2011, “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”, conocida como Ley de Víctimas.

⁷² Ver en esta línea: Sophie Rondeau, “Participation of armed groups in the development of the law applicable to armed conflicts”, IRRIC, Vol. 93, No. 883, September 2011, pp. 649-672.

⁷³ Ver sobre esos distintos mecanismos Pascal Bongard y Jonathan Somer, “Monitoring armed non-state actor compliance...”, cit. supra.

proporcionar a los miembros de los grupos armados un incentivo para respetar el Derecho internacional humanitario y contribuir al proceso de reconciliación nacional posconflicto (en el caso concreto de las amnistías)⁷⁴.

5. A MODO DE RECAPITULACIÓN

El Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados ha experimentado un notable desarrollo en el plano de las reglas sustantivas, a pesar de las dificultades que presenta la aplicación de algunas de esas reglas en ciertos tipos de conflictos “híbridos” o en el contexto de las guerras asimétricas o de aquéllas, como las “ciberguerras”, en que se recurre a nuevas tecnologías. La determinación precisa del concepto de “objetivos militares”, ciertos aspectos de la conducción de las hostilidades, la especificación de la noción de “participación directa en las hostilidades” en su referencia a los civiles, la protección jurídica de las personas privadas de libertad o sujetas a residencia forzosa, son algunas de las cuestiones que precisan nuevos desarrollos en este plano.

Y en el plano operativo e institucional, el Derecho internacional humanitario está necesitado de aún más resueltos desarrollos. La obligación de los Estados partes en los Convenios de Ginebra y en sus Protocolos adicionales de “hacer respetar” el Derecho internacional humanitario debe traducirse, no sólo en un deber de cooperación recíproca para asegurar el respeto de ese Derecho por las personas sujetas a su jurisdicción y por los otros Estados, sino también en la puesta en pie de mecanismos de control y garantía. A lo largo de estas páginas se ha hecho alusión a aquellos que son privativos del Derecho internacional humanitario, desvelando sus debilidades o carencias, con la excepción del papel clave que desempeña el CICR en lo concerniente a la protección y la asistencia a las víctimas. Los vacíos operacionales son más ostensibles en la regulación de los conflictos armados no internacionales, salva la posibilidad de colmarlos a través de “acuerdos especiales” que puedan concertar las partes en conflicto. Por otra parte, aspectos como la reparación a las víctimas debe ser objeto de desarrollos legales e institucionales apropiados (vías de recurso eficaces ante órganos internos o internacionales, creación de fondos de reparaciones como el Fondo Fiduciario contemplado en el artículo 79 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). En lo que se refiere a las sanciones aplicables a los contraventores del Derecho, la percepción general es que resultan ineficaces o insuficientes, debido, entre otras cosas, a la falta de voluntad política de los Estados y a la ausencia de pautas claras sobre la distribución de competencias entre las distintas instancias, nacionales e internacionales, con vocación para actuar, incluidas cuestiones

⁷⁴ Ver las consideraciones del CICR al respecto, ilustradas con una rica casuística, en “El derecho internacional humanitario y los desafíos...”, doc, cit. supra en nota (13), epígrafe V (“Los conflictos armados no internacionales”) y Anexo 3 (“Mejorar el respeto del Derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales”).

como la de la aplicación del principio de la jurisdicción universal reconocido en el Derecho internacional humanitario o la de las relaciones entre los órganos judiciales nacionales y los tribunales penales internacionales⁷⁵.

Teniendo en cuenta las deficiencias del sistema del Derecho internacional humanitario en el plano operativo e institucional, el recurso a órganos y procedimientos pertenecientes a otros sistemas, en particular el del Derecho internacional de los derechos humanos, parece una vía adicional pertinente para reforzar el cumplimiento de las normas aplicables en los conflictos armados, y ello a pesar de la oposición suscitada en ciertos sectores doctrinales y políticos contra la tendencia a examinar los distintos aspectos de la conducción de la guerra a través de mecanismos de derechos humanos⁷⁶.

En cualquier caso, los mecanismos y procedimientos creados en el seno de las Naciones Unidas han contribuido en la práctica a reforzar por vía colateral el sistema de eficacia del Derecho internacional humanitario, a despecho de los riesgos de politización que conlleva el recurso a instancias en las que los intereses de los Estados cobran especial patencia. Entre otros mecanismos de supervisión, el de los informes gubernamentales y el de los “procedimientos especiales” con sus diversos órganos de investigación pueden ser de gran utilidad en tanto persista la situación de inopia del sistema del Derecho internacional humanitario, de modo que puede decirse que el Derecho de Nueva York viene en ayuda del Derecho de Ginebra en el doble plano de la protección de las víctimas de la guerra y de la depuración de responsabilidades por violaciones graves de las normas humanitarias. En esta tarea no deja de tener relevancia la actuación de los tribunales penales internacionales en lo tocante a la responsabilidad de los individuos —incluidos los altos responsables políticos y militares—, y, en lo tocante a la responsabilidad de los Estados, la jurisprudencia progresiva de la Corte Internacional de Justicia tanto en vía contenciosa (asuntos del *canal de Corfú*, *Nicaragua* o *actividades armadas sobre el territorio del Congo*) como en vía consultiva (asuntos de las *armas nucleares* o del *Muro*).

A las puertas del tercer milenio, siguen existiendo vacíos jurídicos y carencias institucionales en la aplicación del Derecho de los conflictos armados. La superación de esta situación depende en buena parte —ya se ha convertido en un tópico el decirlo— de la dosis de voluntad política que estén dispuestos a poner los Estados. Un aspecto que puede contribuir a una mejor aplicación de las reglas del juego es su difusión en el seno de cada Estado (en las fuerzas armadas, los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado y la propia sociedad civil)⁷⁷.

⁷⁵ Ver en torno a estas cuestiones Xavier Philippe, “Sanctions for violations of international humanitarian law: the problem of the division of competences between national authorities and between national and international authorities”, *IRRC*, Vol. 90, No. 870, June 2008, pp. 359-370.

⁷⁶ Cfr. Toni Pfanner, “Various mechanisms...”, cit., p. 313.

⁷⁷ Ver nuestro estudio “El Derecho internacional humanitario en busca de su eficacia”, cit., pp. 343-345, 347.

Esa voluntad política se refleja ante todo en la disposición de adherirse a los distintos instrumentos convencionales, en especial los básicos, del Derecho internacional humanitario, y la consiguiente incorporación de las normas contenidas en ellos al ordenamiento interno, en un proceso de “nacionalización” de dichas normas que propicie su correcta aplicación.

Valga esta última consideración para referirnos al caso español. Puede afirmarse que España tiene sus deberes hechos para con el Derecho internacional humanitario, quitando algunas deficiencias en el terreno de la aplicación (protección cautelar de bienes culturales, jurisdicción universal, difusión del DIH en los programas de las academias militares).

España está incorporada al conjunto de los tratados internacionales de Derecho humanitario y de Derecho penal internacional. Es parte en el Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre en su versión prístina de 1899, en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, en los dos Protocolos adicionales de 1977 y en el Protocolo adicional III, de 2005, sobre un signo distintivo adicional (“tercer emblema”), en el Convenio de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus dos Protocolos de 1954 y 1999, en la Convención sobre los derechos del niño de 1989 y su Protocolo facultativo de 2000 sobre la participación de niños en conflictos armados. En materia de armas, es parte en el Convenio de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción, en la Convención de 1980 sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados y sus cinco Protocolos, en la Convención de 1993 sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y su destrucción, en la Convención de Oslo de 1997 sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, en la Convención de Dublín de 2008 sobre municiones de racimo. En el ámbito del Derecho penal internacional, es parte en los Estatutos de los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda y de la Corte Penal Internacional, aunque por razones técnicas relacionadas con la aplicación del principio de legalidad no es parte en la Convención de las Naciones Unidas de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad⁷⁸. Por lo demás, pende la ratificación de algunos instrumentos, como las enmiendas al Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobadas en la conferencia de revisión celebrada en Kampala en 2010 y el Tratado sobre el comercio de armas hecho en Nueva York el 2 de abril de 2013, si bien en este caso están

⁷⁸ Los textos de esos distintos tratados y las correspondientes referencias de su publicación oficial pueden consultarse en Nila Torres Ugena, *Textos normativos de Derecho internacional público*, 13.ª edición, Civitas/Thomson Reuters, 2012, epígrafes 11, 13 y 14.

avanzados los trámites parlamentarios para la autorización del consentimiento de España en obligarse.

En el plano interno, sobre todo legislativo, es preciso reconocer que, en cumplimiento de sus compromisos internacionales⁷⁹, el Estado español ha dado igualmente pasos importantes. En lo que se refiere al *ius puniendi* en relación con las violaciones graves y “actos contrarios” al DIH, debe destacarse la incorporación al Código penal en 1995, en virtud de la Ley Orgánica 10/1995, de un nuevo capítulo (Capítulo III del Título II del Libro II, artículos 608 a 614) en que se venían a tipificar los “delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” —es decir, los actos descritos como crímenes de guerra en los Convenios de Ginebra y en el Protocolo adicional I, con independencia del carácter internacional o interno del conflicto en que hayan sido perpetrados (“el que, con ocasión de un conflicto armado...”)—, en una relación de actos que, en dos posteriores modificaciones del Código en 2003 y 2010⁸⁰, se enriqueció con nuevas tipificaciones que venían requeridas por la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional y de otros tratados internacionales en el ámbito del Derecho internacional humanitario, entre ellos el Protocolo sobre la participación de niños en conflictos armados y algunos convenios sobre la prohibición del empleo de ciertas armas. El resultado es la incorporación en el ordenamiento español de una incriminación que en su introducción en 1995 se presentaba como pionera en el Derecho comparado, y que con las citadas modificaciones de 2003 y 2010 puede considerarse completa y modélica. Es de hacer notar, por otra parte, que con esta reforma de la legislación penal ordinaria el Código penal militar devenía obsoleto en la regulación de estos aspectos, de manera que en el actual proceso de reforma en curso de este cuerpo legal se proyecta hacer una: remisión *in toto* a las tipificaciones del Código penal.

⁷⁹ Junto a los compromisos derivados de la incorporación de España a los tratados internacionales, cabe mencionar las “promesas” hechas por el gobierno español ante las Conferencias internacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, en concreto las XXX y XXXI Conferencias celebradas en Ginebra en 2007 y 2011, sobre diversos aspectos de la aplicación del DIH (difusión, protección de bienes culturales, niños soldados, etc.).

⁸⁰ Tras la aprobación del nuevo texto del Código penal por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE de 24 de noviembre de 1995), las Leyes Orgánicas 15/2003, de 25 de noviembre (BOE de 26 de noviembre de 2003) y 5/2010, de 22 de junio (BOE de 23 de diciembre de 2010) aportaron, en efecto, diversas modificaciones al texto legal incluyendo nuevos tipos delictivos, al incorporar en el Capítulo V del Título XXII sobre tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos referencias a nuevas armas (minas antipersonas y municiones de racimo), introducir en el Título XXIV un Capítulo II bis sobre delitos de lesa humanidad y añadir a la lista del Capítulo III de dicho Título nuevas incriminaciones (requisa indebida de bienes, protección de los niños, protección reforzada de los bienes culturales, protección del personal de las Naciones Unidas, infracción de garantías judiciales, incriminación de las violencias sexuales, protección del signo del “cristal rojo”, etc.). Es de señalar, en fin, que en el proyecto de Ley Orgánica que apunta a introducir una tercera modificación a la Ley Orgánica 10/1995 del Código penal y que se está sustanciando actualmente en las Cortes Generales (ver BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, No. 66-1, 4 de octubre de 2013), se incluyen las armas nucleares y radiológicas dentro de la tipificación penal de los delitos de tenencia y depósito de armas, municiones o explosivos contenida en el Capítulo V del Título XXII.

Por otra parte, en diversas leyes orgánicas se contienen referencias a los principios de actuación y las responsabilidades de quienes tienen a su cargo la defensa nacional, las operaciones de paz en el exterior o el mantenimiento de la seguridad pública en situaciones de conflicto armado o de perturbación grave del orden público en el plano interno. Son de citar al respecto la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional⁸¹ y la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas⁸², en las que se contienen referencias de interés a las reglas esenciales del comportamiento de los militares en conflictos armados o en misiones fuera del territorio nacional no directamente relacionadas con la defensa de España, entre ellas las relativas al deber de ajustar su conducta “al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados” (artículo 6.1 de la Ley Orgánica 9/2011), a los límites de la obediencia y a la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad en el uso legítimo de la fuerza. También se contienen indicaciones útiles desde, la perspectiva del DIH en otras leyes orgánicas, como la 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio⁸³ y la 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁸⁴. Por lo demás, en el proyecto de Ley Orgánica de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas de España, actualmente en tramitación parlamentaria, se introduce la novedad de la tipificación como faltas disciplinarias militares de “infracciones del Derecho internacional aplicable en los conflictos armados”, al sancionarse la inobservancia por imprudencia de las normas humanitarias y el incumplimiento por el superior de su deber de garante de la conducta de sus subordinados.

En esta misma línea se sitúan las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero⁸⁵, en las cuales se incluyen sustanciales indicaciones sobre las responsabilidades penales en relación con los delitos contra el DIH, el principio de proporcionalidad, la obligación de ajustar la conducta a las normas de los tratados de Derecho internacional humanitario (artículos 56, 84 y 85) y un conjunto de deberes específicos bajo el título de la “ética en operaciones” (capítulo VI, artículos 106 y siguientes), entre ellos los de protección de heridos y enfermos, trato a los prisioneros o detenidos, protección de las personas y bienes civiles y en general de la población civil, protección especial de personas “indefensas o desvalidas” (vulnerables), prohibición del empleo de medios o métodos de combate prohibidos por el DIH, etc. En un plano transversal, pueden encontrarse indicaciones aprovechables para el DIH en la Directiva de Defensa Nacional 2012 “Por una defensa necesaria, por una defensa responsable”⁸⁶.

⁸¹ BOE de 18 de noviembre de 2005.

⁸² BOE de 28 de julio de 2011.

⁸³ BOE de 5 de junio de 1981.

⁸⁴ BOE de 14 de marzo de 1986.

⁸⁵ BOE de 7 de febrero de 2009.

⁸⁶ Presidencia del Gobierno, “Directiva Defensa Nacional 2012”, Madrid, julio de 2012.

En lo que se refiere al Derecho penal internacional, son de reseñar las Leyes Orgánicas 15/1994, de 1 de junio⁸⁷ y 4/1998, de 1 de julio⁸⁸, de cooperación con los tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, y la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional⁸⁹.

En materia de armas, referencia especial debe ser hecha a la Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar⁹⁰, sobre cuya modificación se está debatiendo actualmente en las Cortes con vistas a unificar el tratamiento normativo de las minas antipersonal, las municiones de racimo y otros tipos de armas convencionales.

En no pocas de las iniciativas, legislativas o de otro tipo, que guardan relación con el Derecho internacional humanitario, ha desarrollado una encomiable labor de estudio y consejo la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores, por lo que es de justicia reconocer su relevante participación en los procesos de recepción y aplicación en España de las normas de este importante sector del Derecho internacional. Con base en una iniciativa que, partiendo de una propuesta de Cruz Roja Española, recibió todo el apoyo de dicha Asesoría, se creó en 2007 la Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario⁹¹, compuesta por representantes de varios Ministerios, de comunidades autónomas y de Cruz Roja Española así como por expertos en DIH, la cual tiene entre sus competencias las de elaborar “propuestas dirigidas al Gobierno para la preparación de iniciativas legislativas o aprobación de reglamentos u otras medidas que sea preciso adoptar en el ordenamiento jurídico interno o en el ámbito internacional”, asesorar acerca de “la difusión y la formación en Derecho internacional humanitario” en los diversos ámbitos castrenses y civiles y estimular la acción de los órganos de las Administraciones Públicas y otras organizaciones e instituciones para la aplicación del Derecho internacional humanitario (artículo 2 del Real Decreto de creación de la Comisión). Todo un programa de acción que resume cabalmente el interés de un Estado democrático por humanizar la guerra y proteger lo más ampliamente posible a las personas y las colectividades en situaciones excepcionales de emergencia como las de conflicto armado, cualesquiera que sean sus causas, su origen o su naturaleza.

⁸⁷ BOE de 2 de junio de 1994.

⁸⁸ BOE de 2 de julio de 1998.

⁸⁹ BOE de 11 de diciembre de 2004.

⁹⁰ BOE de 6 de octubre de 1998. Sobre el debate parlamentario del proyecto de Ley de modificación, ver, entre otros documentos parlamentarios, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, No. 61-1, 20 de septiembre de 2013, y BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, No. 61-2, 13 de diciembre de 2013 (enmiendas).

⁹¹ Real Decreto 1513/2007, de 16 de noviembre, por el que se crea y regula la Comisión Española de Derecho Internacional Humanitario. BOE de 26 de noviembre de 2007.

LA REGULACIÓN DE LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA EN EL SISTEMA PENAL INTERNACIONAL. DE LA CARTA DE NUREMBERG AL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO

*General Consejero Togado
Director del CEDIH de la Cruz Roja*

1. PÓRTICO

El problema de la justificación o valor exculpativo de la obediencia jerárquica o debida en relación con la comisión de crímenes internacionales ha constituido (y aún constituye) uno de los problemas de mayor relevancia en el ámbito del Derecho Penal Internacional. En efecto, a lo largo de la historia de los postconflictos armados, en los juicios de la criminalidad de guerra, ha sido constante la invocación de las órdenes de los superiores para tratar de eximir de responsabilidad a los subordinados por su conducta criminal. Por otra parte, las normas, jurisprudencia y doctrina ius-internacional y jurídico-penal nos pueden aportar, al abordar la solución de este problema, uno de los mecanismos más eficaces para la lucha contra la impunidad de los autores de los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional.

El epígrafe de este trabajo pone de relieve la evolución de la obediencia “jerárquica”, término de mayor amplitud que el de “debida” que pudiera interpre-

tarse como ligado a una causa de justificación de la conducta. Si queremos tomar un sólido punto de partida podemos fijarnos en la llamada “Carta de Nuremberg” y estudiar el tratamiento de la obediencia jerárquica hasta la regulación en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, que le dedica el artículo 33 de modo independiente de las restantes causas de exención de la responsabilidad criminal. Y la regla general es que, en principio, la obediencia no exime de responsabilidad penal al subordinado.

2. ANTECEDENTES: EVOLUCIÓN DESDE “LA CARTA DE NUREMBERG”

El Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 (la Carta de Nuremberg), al finalizar la segunda guerra mundial, en su artículo VIII, al pronunciarse sobre la responsabilidad criminal de los subordinados por los crímenes de la competencia del Tribunal Militar Internacional, denegó la exención de responsabilidad de los subordinados por obedecer órdenes de su Gobierno o de sus superiores, admitiendo de modo excepcional que el Tribunal pudiera tenerla en cuenta como circunstancia atenuante de la responsabilidad¹ si la justicia así lo requiere. El mismo principio fue proclamado en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (artículo 6) y por los llamados Principios de Nuremberg, que recogieron los criterios de interpretación derivados de la jurisprudencia del mencionado Tribunal².

Posteriormente se mantuvo esta norma en los sucesivos borradores del Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad (1951, 1954, 1986 y 1991) elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, con ligeras variantes de redacción.

Por otra parte, el artículo 2 de la Convención de Nueva York de 1984 contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, establece que: *No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.*

Además, el artículo 7, apartado 4, del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, aprobado por Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el 22 de febrero de 1993, contiene una norma similar a la de la Carta de Nuremberg para excluir la exención de responsabilidad penal por haber actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o un superior. En el mismo sentido se regula en el artículo 6 (4) del Estatuto

¹ Ver en El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y textos complementarios, edición de F. PIGNATELLI MECA, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, p. 60.

² Confirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, Resolución nº 95 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946. OTTO TRIFFTERER, “Superior orders and prescriptions of law”, en Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers. Notes. Article by article, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Germany, 1999, p. 574 y ss..

del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de 1994, en el artículo 6 (4) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona de 2002 y en el Reglamento n° 2000/15 de la UNTAET para Timor Oriental.

También en el Informe del Comité Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional (Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 1996), figuraba el artículo Q (orden superior) con la siguiente redacción:

1. *El hecho de que una persona actúe con arreglo a una orden emitida por un gobierno o un superior (sea éste militar o político) no eximirá a esa persona de responsabilidad penal (si la orden parece ser manifiestamente ilícita) (y la persona, a riesgo de correr mayor peligro, no tiene otra alternativa que obedecer, o no tiene otra opción moral).*
2. *Si la persona ha actuado en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior en las circunstancias que se describen en el párrafo 1, se podrá reducir la sentencia teniendo en cuenta la circunstancia (este hecho podrá considerarse circunstancia atenuante si la Corte determina que así lo exige la equidad).*

Más tarde, el Informe del Grupo de Trabajo sobre los Principios Generales de Derecho Penal de fecha 18 de diciembre de 1997 (Documento A/AC.249/1997/L.9/ Rev. 1), presentaba una redacción más próxima a la que aprobó el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998, de la forma siguiente: *Órdenes superiores y prescripción legal. El hecho de que una persona actúe con arreglo a una orden emitida por un gobierno o un superior (sea éste militar o civil) (no) eximirá a esa persona de responsabilidad penal (si) (a menos que) (se supiere que) la orden (era ilícita o) pareciera ser manifiestamente ilícita. El autor o cómplice de un genocidio (o un crimen de lesa humanidad) (o un...) no quedará exento de responsabilidad penal por el solo hecho de haber actuado en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, o de acuerdo con una ley o un reglamento nacional.*

En definitiva, como se puede observar por los términos entre paréntesis no existía el necesario consenso antes de la conferencia Diplomática de Roma de 1998, en la que se aprobó el artículo 33 del Estatuto, relativo a las órdenes superiores y disposiciones legales.

Durante el desarrollo de la Conferencia Diplomática de Roma (15 de junio a 17 de julio de 1998), el Informe del Grupo de Trabajo sobre los principios generales de derecho penal de 2 de julio de 1998 (A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.2) ya presentaba un texto (entonces artículo 32) muy similar al definitivamente aprobado en el Estatuto como artículo 33. Aunque no prosperó una propuesta de los Estados Unidos de América de fecha 16 de junio de 1998, la redacción definitiva se fue consensuando a lo largo de la Conferencia Diplomática y se consolidó en el Informe del Comité de Redacción de 14 de julio de 1998 (A/CONF.183/C.1/L.65/Rev.1).

3. LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA COMO CAUSA DE EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Escribe H.H. Jescheck³ que toda la actividad del Estado se realiza mediante órganos que ordenan y órganos que ejecutan, al encontrarse el personal (militar o funcionario) en una relación jerárquica de la que deriva la potestad de mando y su correlativo deber de obediencia. Ahora bien, el deber de obediencia descansa en la existencia de mandatos vinculantes (órdenes) y al emanar la orden del superior competente, el mandato goza de la presunción de juridicidad. De forma que la orden vincula al subordinado hasta donde llega esta presunción, aunque sea un mandato antijurídico.

Es evidente que, para un mandato vinculante, la orden debe reunir una serie de requisitos formales (competencia del superior y forma adecuada) y materiales (no violar manifiestamente el ordenamiento jurídico ni imponer una conducta contraria a la dignidad humana o al derecho internacional humanitario). En el Derecho español estos requisitos son recogidos por los artículos 19 y 21 del Código Penal Militar⁴, artículo 6, apartado 1, número 11º de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, artículo 45 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, artículo 5 de la L.O. 2/1986 y artículo 410.2 del Código penal.

Una posición doctrinal sostiene que hay mandatos antijurídicos obligatorios, porque la ley (en casos poco importantes) valora más el deber de obediencia del subordinado que el deber de respeto al resto del ordenamiento jurídico⁵ y, en consecuencia, si el cumplimiento de la orden constituye un delito, el mandato vinculante se convierte para el subordinado en una causa de justificación, aunque el contenido de la orden vinculante sea antijurídico.

Sintetizando podemos afirmar que el deber de obediencia del subordinado nace de un mandato vinculante y, al ejecutarlo, el inferior (o subordinado) actúa conforme a derecho porque se encuentra obligado a obedecer, incluso si la orden es contraria al ordenamiento jurídico administrativo.

Sin embargo, un mandato sin fuerza vinculante sólo puede tener efectos exculpatorios, porque el subordinado que cumple una orden contraria al ordenamiento jurídico penal obra típica y antijurídicamente, aunque crea (erróneamen-

³ Hans-Heinrich JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducción y adiciones por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1978, pp. 538 y ss. Ver también la traducción de la 4.ª edición alemana por J.J. MANZANARES SANMANIEGO, Granada, 1992, pp. 353 y ss. Posteriormente, H-H. JESCHECK y Thomas WEIGEND, Lehrbuch des Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin, Duncker & Humboldt, 1996.

⁴ E. CALDERON SUSIN, "El concepto de orden" y "Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes", en Comentarios al Código Penal Militar, coord. Por R.BLECUA FRAGA y J. L. RODRIGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 346 y ss y pp. 409 y ss.

⁵ J. M.ª RODRIGUEZ DEVESA y A. SERRANO GOMEZ, Derecho Penal Español. Parte General, ed. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 535 y ss.

te) en el carácter vinculante del mandato que recibe. De forma que responde penalmente cuando el subordinado advierte que la ejecución constituye delito o cuando resulta evidente⁶ según sus conocimientos. Así pues, el militar o funcionario no resulta exculpado si la antijuricidad penal de los actos de cumplimiento de la orden es evidente, manifiesta o palmaria, lo que sucede cuando esta contrariedad al ordenamiento jurídico puede ser advertida por cualquier persona⁷.

La posición mayoritariamente sostenida por la jurisprudencia⁸ es que las órdenes de cometer un crimen internacional no pueden justificar la conducta del subordinado, pero existe la posibilidad de la exención de responsabilidad a través de la coacción o el error.

En todo caso no hay base para la exculpación si no se han cumplido los requisitos formales de la orden (emanar de un superior, referirse al servicio y revestir la forma adecuada) o si el inferior sabe que faltan los requisitos materiales de la orden vinculante porque su ejecución entraña un delito. En resumen, los límites del efecto exculpatorio de una orden no vinculante radican en que sólo puede eximir de responsabilidad si el subordinado creyó que la orden era vinculante y era posible considerarla así.

Finalmente, también el miedo insuperable, la coacción o la amenaza graves, pueden exculpar al subordinado que ejecuta un mandato antijurídico constitutivo de un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional, según el apartado d) del párrafo 1 del artículo 31 del Estatuto de Roma, al que nos referiremos más adelante (estado de necesidad coactivo).

Concluye Nuno Brandão⁹, después de estudiar con detalle la doctrina española, alemana y portuguesa, criticando las teorías de los mandatos antijurídicos obligatorios y de la inexigibilidad, que la “obediencia indebida exculpante” es perfectamente compatible con la teoría del error fundada en la dicotomía error de conocimiento/error de valoración y evita las aporías de una “obediencia indebida exculpante” identificada con el error sobre la ilicitud del artículo 37 del Código penal portugués.

Escribe C. Pérez del Valle¹⁰ que la tesis mayoritaria en la doctrina española es la consideración de la obediencia debida como una causa de justificación, por lo que las órdenes legales son un problema de la eximente de cumplimiento de un

⁶ Nuno Brandao, “A obediencia desculpante no direito penal militar português e comparado”. Ver en www.defensasociale.org. Se trata de una comunicación al XV Congreso Internacional de Defensa Social, El Derecho penal entre la guerra y la paz, Ed. U. Castilla La Mancha, Cuenca 2009, pp. 287 y ss.

⁷ H-H. JESCHECK, Tratado de Derecho penal. Parte General, traducción MANZANARES, ob. Cit. pp. 448 y ss. Ver también H-H. Jescheck y Th. Weigend, ob. Cit.

⁸ OTTO TRIFFTERER, “Superior orders and prescriptions of law”, ob. Cit. p. 579.

⁹ Nuno Brandao, “A obediencia desculpante no direito penal militar...”, ob. Cit. pp. 290 y ss.

¹⁰ C. PEREZ DEL VALLE, “La desaparición de la obediencia debida en el Código penal y su efecto en el Código Penal Militar”, en la obra El Derecho Penal y Procesal Militar ante la Reforma de las normas comunes, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 251 y ss. Del mismo autor, “Aproximación a los problemas dogmáticos de la obediencia en el Derecho Penal Militar, en Revisita Española de Derecho Militar, nº 68 (1996), pp. 39 y ss.

deber. Y ello ha conducido a la supresión de la clásica eximente de obediencia en el Código penal de 1995. Para esta tesis existe el deber de cumplir una orden antijurídica, lo que lleva al subordinado a una colisión entre el citado deber de obediencia y el deber general de evitar lo delictivo o ilícito. Si en este conflicto prevalece el deber de obedecer, el subordinado actúa justificadamente, pues el superior es autor mediato detrás del instrumento (el subordinado) que actúa de conformidad con el ordenamiento jurídico.

Por el contrario, para otro sector de la doctrina penal, sólo son obligatorias las órdenes que son conforme a derecho, por lo que no existen los mandatos antijurídicos obligatorios y sólo se puede producir la exculpación por la creencia errónea en la obligatoriedad de una orden por parte del subordinado que la recibe y cumple.

Así podríamos afirmar, desde un punto de vista doctrinal, que una actuación ilícita en cumplimiento de una orden se construye como una causa de exculpación de naturaleza autónoma y se concreta en una regla especial del error de prohibición.

Desde luego no responde a los criterios de justicia material que los poderes públicos exijan a los militares y a los funcionarios, por un lado una obediencia incondicional, inmediata y completa al recibir las órdenes del Gobierno o de sus superiores y, por otra parte, no establezcan la correspondiente protección dentro del ordenamiento jurídico penal para tomar en cuenta estas características de la relación jerárquica. En particular, si el subordinado se equivoca o confía erróneamente en la legalidad de las órdenes que ejecuta prontamente, debido al hábito adquirido de cumplirlas sin discutir las u objetarlas.

4. TRATAMIENTO DE LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Derecho y legislación extranjera

La causa de exención de obediencia jerárquica, por otra parte, ha sido tradicionalmente rechazada en el enjuiciamiento de los crímenes internacionales¹¹, particularmente en el castigo de los crímenes de guerra¹². Así únicamente se puede aplicar la eximente de obediencia en el caso de órdenes que no sean manifiestamente ilegales

¹¹ F. BUENO ARUS, "Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la corte Penal Internacional", en Creación de una jurisdicción penal internacional, Colección Escuela Diplomática nº 4, Madrid, 2000, pp. 123 y 124. Ver también, OTTO TRIFFTERER, "Superior orders and prescriptions..." ob. Cit., pp. 574 a 578. W.A SCHABAS, "Principios generales de Derecho Penal", en El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, U. Externado de Colombia, pp. 312 y 313.

¹² CHARLES GARRAWAY, "Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied", en International Review of Red Cross, vol. 81, nº 836, December 1999, pp. 785 y ss. El autor trata de demostrar que el precepto del Estatuto de Roma no solo refleja de hecho la interpretación tradicional del derecho, sino que es absolutamente coherente con las intenciones de los redactores del Estatuto de Nuremberg (p. 786).

o en supuestos de error de prohibición, respecto de crímenes internacionales (violaciones del derecho internacional humanitario), en los códigos o leyes penales de Italia, Bélgica, R.F. de Alemania, Canadá, Brasil, Yugoslavia, Dinamarca, Grecia, Finlandia, Irán, Irlanda, Noruega, Holanda, Rusia, Suecia, Suiza, Estados Unidos de América y España¹³. La obediencia jerárquica puede ser apreciada como atenuante en Argentina, China, Reino Unido y Estados Unidos de América, así como en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

No se debe olvidar la posición crítica de J. Verhaegen¹⁴ cuando, después de criticar la admisión de beneficios tales como “el móvil de servicio” (para el autor de una infracción), se lamenta de que en ocasiones se atribuya a la obediencia jerárquica a una orden criminal valor de justificación objetiva.

Resulta de gran interés para la materia el análisis de André Andries en su citado Informe sobre las leyes y procedimientos nacionales en caso de violaciones del Derecho de los Conflictos Armados¹⁵. Escribe este autor, en relación con la causa de justificación o excusa de orden de un superior, que es difícil establecer una clasificación jurídica común de las causas eximentes de la responsabilidad penal existentes en los diferentes países. No obstante, constata la existencia de causas de justificación, excusas atenuatorias, excusas absolutorias, circunstancias atenuantes y causas de inimputabilidad. Concluye que la orden de un superior de cometer un crimen internacional parece que no puede ser nunca una causa de justificación en los países que examina. Puede, sin embargo, constituir una causa de exclusión (o excusa) si la orden no es manifiestamente ilegal en Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Grecia o Italia. O si el acusado pudo creer de buena fe razonable que la orden era legal (excluyendo la exención si conocía la ilegalidad) como en Alemania, Canadá, Dinamarca, España, Finlandia, Irán, Irlanda, Noruega, Países Bajos, Rusia, Suecia, Suiza y Estados Unidos de América.

Síntesis de la legislación de determinados Estados

a) República Federal de Alemania

En el Código Penal Internacional de la República Federal de Alemania de 26 de junio de 2002, parágrafo 3 y bajo el epígrafe *Actuar bajo órdenes y disposi-*

¹³ Ver “Propuesta de modificación del ordenamiento penal español, como consecuencia de la ratificación por España de los Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949”, en Revista Española de Derecho Militar, n.º 56-57 (1990-1991) pp. 709 a 713 y 773 y ss. Ver también, Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Sistema romano-germánico, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1997. Ver especialmente, ANDRÉ ANDRIES, “Lois et procédures nationales. Rapport general”, en Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre, n.º XXXVII, 1-2-3-4, Bruxelles 1998, pp. 201 a 203. Se trata del Rapport general del Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra celebrado en Atenas (10-15 de mayo de 1997).

¹⁴ J. VERHAEGEN, “Obstáculos jurídicos a las acciones penales contra las infracciones del derecho humanitario”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, n.º 84, noviembre-diciembre 1987, p. 648.

¹⁵ ANDRÉ ANDRIES, “Lois et procédures nationales. Rapport general”, art. Cit. , pp. 201 a 203.

ciones, se establece que: *Actúa sin culpabilidad quien cometa un hecho descrito en los párrafos 9 a 13 en cumplimiento de una orden militar o una disposición de efecto vinculante objetivo comparable, en tanto el autor no conozca que la orden o disposición es antijurídica y su antijuricidad no sea evidente.*

La Ley Penal Militar alemana (Wehrstrafgesetz, WStG)¹⁶, párrafo 5 (1), actuación en cumplimiento de una orden, dispone: *A un inferior que, cumpliendo órdenes recibidas, realice un hecho antijurídico que cumple el tipo de una ley penal, se reputará culpable sólo cuando sea consciente de que se trata de un hecho antijurídico o que esto es evidente atendidas las circunstancias por él conocidas.*

En el mismo párrafo, párrafo (2), se añade que: *Cuando, dada la especial situación en que el inferior se encontraba al ejecutar la orden, su culpabilidad es mínima, el Tribunal puede atenuar la pena conforme al párrafo 49 párrafo 1 del StGB o, en caso de falta, no imponerla.*

b) Bélgica

En materia de obediencia jerárquica, la Ley de 16 de junio de 1993, modificada por Ley de 10 de febrero de 1999 y posteriormente integrada en el Código penal belga por Ley de 5 de agosto de 2003, dispone en su artículo 5, párrafo 2, que el hecho de que el acusado actúe bajo una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no le exime de responsabilidad si, dadas las circunstancias concurrentes, la orden puede manifiestamente entrañar la perpetración de un crimen de genocidio o de un crimen contra la humanidad, tal como están definido en la presente ley, o de una infracción grave a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y su primer Protocolo adicional de 8 de junio de 1977.

c) Brasil

Conforme a lo dispuesto en el Código Penal Militar de 1969 (Decreto-Lei 1001-1969)¹⁷ la obediencia a una orden manifiestamente ilegal no es una exigencia válida.

d) Canadá

La regulación está contenida en la Ley de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, en aplicación del Estatuto de Roma, que se limita a reproducir la normativa sobre la obediencia debida. Así, el artículo 14 dispone que no constituirá un medio de defensa contra una acusación fundada en los artículos 4 a 7 el hecho de que el acusado haya recibido de un gobierno o de un superior —militar o civil— la orden de cometer

¹⁶ Ver E. CALDERÓN SUSIN, “La Ley Penal Militar alemana de 1974. Comentarios y notas”, en Cuadernos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, 8-1984, pp. 137 y ss.

¹⁷ Kathia Martín-Chenut, “Les Tribunaux militaires et juridictions d’exception du Brésil”, en Jurisdictions militaires et Tribunaux d’exception en mutation. Perspectives comparées et internationales (direc. Elizabeth Lambert Abdelgawad), EAC, Paris, 2007, p. 50.

una acción u omisión que le sea reprochable, a menos que: a) El acusado no tenga obligación de obedecer las órdenes del gobierno o del superior en cuestión. b) El acusado no haya sabido que la orden era ilegal. c) La orden no fuera manifiestamente ilegal. La orden de cometer un genocidio o un crimen contra la humanidad es manifiestamente ilegal.

e) Francia

En su artículo 122-4 dispone el Código penal francés, aprobado por leyes 92-683, 92-684, 92-685 y 92-686, todas ellas de 22 de julio de 1992, que no son responsables penalmente quienes realizan una acción impuesta o autorizada por disposiciones legislativas o reglamentariamente. Tampoco son responsables penalmente los que realizan una acción ordenada por una autoridad legítima, salvo si ésta fuere manifiestamente ilegal.

f) Italia

El Código penal italiano, en su artículo 51-3 establece que, además del superior, responde del delito cualquiera que ha ejecutado la orden, salvo que, por error de hecho, hubiera entendido que obedecía a una orden legítima. En este precepto se regula una situación de error sobre los presupuestos de una causa de justificación que constituye, según la doctrina, un régimen especial del error en materia de obediencia, determinando la exclusión de la culpa o imprudencia en contraposición con el régimen general (artículo 59-4 del Código penal), del que resulta únicamente la exclusión de la conducta dolosa.

g) Países Bajos

Como novedad legislativa, la Ley de 19 de junio de 2003, sobre crímenes internacionales, dispone en su Sección 11 que un subordinado que cometa un crimen previsto en esta ley ejecutando una orden de un superior, no será responsable criminalmente si la orden fue entendida de buena fe por el subordinado y ha sido dada legalmente dentro del ámbito de sus competencias. Una orden de cometer genocidio o un crimen contra la humanidad se considera manifiestamente ilegal.

h) Portugal

De acuerdo con el artículo 271, n.º 3 de la Constitución de 1976 y el artículo 12 del Estatuto de los Militares de las Fuerzas Armadas (Decreto-Lei n.º 236/99, de 25 de Junho), se determina la no obligatoriedad de una orden que conduzca a la práctica de un crimen. De forma que la obediencia no es debida cuando el cumplimiento de la orden implique la práctica de un hecho penalmente relevante¹⁸.

Sin embargo, el artículo 37 del Código penal portugués establece una causa de exclusión de la culpabilidad (obediencia indebida exculpante), pues obra sin

¹⁸ Nuno Brandao, "A obediencia desculpante no direito penal militar português e comparado", Ver en www.defensesociale.org . ob. Cit. p. 287 y ss.

culpa el funcionario que cumple una orden sin conocer que conduce a la práctica de un crimen, no siendo ello evidente en el cuadro de las circunstancias por él representadas.

i) Síntesis de la legislación comparada

En definitiva, a la vista de las legislaciones penales de los Estados, la obediencia jerárquica como causa de exclusión de la pena sólo queda suprimida cuando el subordinado conoce el carácter delictivo de la orden o cuando éste es manifiesto y tal desconocimiento le sería reprochable. Las legislaciones nacionales establecen regulaciones muy diversas y valoran la obediencia como causa de justificación, como causa de inculpabilidad, como atenuante o como excusa absoluta.

4.3. Las reglas del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario

De singular importancia son las Normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario del Comité Internacional de la Cruz Roja¹⁹. En efecto, la Norma 154 dispone que: “*Los combatientes tienen la obligación de desobedecer una orden que es manifiestamente ilícita*. La práctica de los Estados ha establecido esta norma aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como no internacionales. La obligación de desobedecer tales órdenes se deriva del examen de numerosos Manuales Militares (Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Países Bajos y Reino Unido, entre otros), la legislación nacional (Alemania, Bélgica, España y Sudáfrica), práctica de la India, declaraciones de Israel e Italia y jurisprudencia nacional (Bélgica, Chile, Colombia, Estados Unidos, Israel, Italia y Países Bajos). Estos principios se aplican, según las citadas normas, tanto a las fuerzas armadas del Estado como a los grupos armados de oposición.

Y añade la Norma 155 del citado estudio²⁰: “*La obediencia a la orden de un superior no exime a un subordinado de su responsabilidad penal si sabía que el acto ordenado era ilícito o debería haberlo sabido porque su ilicitud era manifiesta*”. Por lo que se refiere a los crímenes de guerra, esta Norma se deriva de la práctica de los Estados y es aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales. La práctica, que también se asienta en multitud de normas convencionales, se recoge en Manuales Militares (Alemania, Estados Unidos, Sudáfrica, Suiza y Yugoslavia) y legislación (Alemania, Egipto, Irak, Países Bajos, Polonia y Suiza, entre otros). En la legislación de otros Estados, como Brasil, España, Francia, Israel o Países Bajos, se excluye la eximente de

¹⁹ El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, CICR, Buenos Aires, 2007, pp. 637 y ss.

²⁰ El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, ob. Cit. pp. 639 y ss.

obediencia debida en situaciones en el que el acto fue manifiestamente ilícito, sin mencionar un elemento psicológico particular. Se destaca en el referido estudio que no existe ninguna práctica contraria por lo que respecta a actos manifiestamente ilícitos.

A mayor abundamiento puede fundamentarse una extensa práctica estatal que determina que el hecho de cometer un crimen de guerra obedeciendo una orden recibida puede tomarse en consideración para atenuar la pena si el tribunal decide que es de justicia. Se citan en el estudio²¹ diversos Manuales Militares, legislaciones nacionales y declaraciones oficiales. En contra, prohíbe expresamente esta atenuación el artículo 21 del Código Penal Militar de España.

4.4. Una aportación doctrinal: El proyecto de principios sobre la Administración de Justicia por los Tribunales Militares

Una aportación destacada sobre la materia es la redacción del Principio número 18, en su apartado a) que forma parte del contenido del Proyecto²² de Principios sobre la Administración de la Justicia por los Tribunales Militares (Documento E/CN. 4/2006/58, de 13 de enero de 2006), presentado por M Enmanuel Decaux en la Comisión de Derechos Humanos (Administración de Justicia) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, con el siguiente contenido:

Principio n.º 18. Obediencia debida y responsabilidad del superior

- a) *La obediencia debida no puede ser invocada para exonerar a un militar de su responsabilidad penal individual contraída en razón de la comisión de graves violaciones de derechos humanos, tales como las ejecuciones extrajudiciales, las desapariciones forzadas y la tortura, los crímenes de guerra o los crímenes contra la humanidad.*

4.5. Consideraciones generales derivadas del estudio del ordenamiento jurídico español

En consecuencia, tanto los partidarios de elaborar la obediencia (jerárquica o debida) como causa de justificación o como causa de exculpación, acaban reconociendo que la regulación de tal eximente se debe construir en sede del error de prohibición (art. 14 del Código penal), pues la consideración de la obediencia debida como eximente de obrar en cumplimiento de un deber (causa de justificación) se debe completar en el marco del error (vencible o invencible) de prohibición (causa de inculpabilidad)²³. Acaso la solución pueda encontrarse en la elaboración de una

²¹ El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, ob. Cit. p. 641.

²² E. LAMBERT ABDELGAWAD (direct.), Jurisdictions militaires et Tribunaux d'exception. Perspectives compares et internationales, EAC, Paris, 2007.

²³ C. PEREZ DEL VALLE, "La desaparición de la obediencia debida...", ob. Cit. pp. 277 a 279.

causa de exculpación específica (particularmente en el Derecho penal militar), próxima al error de prohibición²⁴, donde se especifiquen sus límites y se establezca una presunción “*iuris tantum*” en favor del que actúa en virtud de obediencia jerárquica²⁵.

5. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 33 DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Determinaciones previas

La evolución expuesta²⁶ ha llevado al Estatuto de Roma a regular en su artículo 33 la eximente de obediencia jerárquica bajo el epígrafe de “Órdenes superiores y disposiciones legales”, mientras que el legislador penal español suprimía tal circunstancia de exención del Código penal de 1995. Concretamente su contenido es el siguiente:

Artículo 33. Ordenes superiores y disposiciones legales

1. *Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:*
 - a) *Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;*
 - b) *No supiere que la orden era ilícita; y*
 - c) *La orden no fuera manifiestamente ilícita.*
2. *A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.*

Es de destacar que la rúbrica del artículo 33 del Estatuto no se pronuncia sobre la naturaleza de la causa de exención de la responsabilidad penal, como causa de justificación o exculpación, limitándose a regular las “órdenes superiores” y haciendo una alusión genérica a las “disposiciones legales” que sólo sirve para enturbiar la interpretación del precepto.

La norma estatutaria parte del cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, que entrañe la comisión de un cri-

²⁴ Es obligada la cita de los párrafos 5 y 22 de la Ley Penal Militar alemana de 1974. Ver E. CALDERÓN SUSIN, “La Ley Penal Militar alemana de 1974. Comentarios y notas”, art. Cit. , pp. 137 y 143.

²⁵ El problema de la “carga de la prueba” es tratado por CH. GARRAWAY en su trabajo “Superior orders and International Criminal Court”, cit. p. 791. Para K. AMBOS es decisivo quien soporta la carga de la prueba sobre la ilicitud manifiesta de la orden, concluyendo que deberá probar el Fiscal (“Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”, en Revista de Derecho Procesal, 1999, p. 122.

²⁶ PER SALAND, “International Criminal Law Principles”, en The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results, (coord. R. LEE), Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999, pp. 210 a 213.

men de la competencia de la Corte²⁷. Así, la superioridad jerárquica puede tener virtualidad suficiente para eximir de responsabilidad criminal sin que baste con la remisión a la correspondiente causa de justificación (obrar en cumplimiento de un deber), puesto que el tratamiento de la obediencia jerárquica en el Estatuto se inscribe en su consideración como causa de inculpabilidad o exculpación muy próxima al error de prohibición. Tan próxima que el propio artículo 32 del Estatuto (error de hecho o error de derecho), al regular el error de derecho para concederle la consideración de eximente, en uno de los supuestos se remite expresamente a la regulación de la obediencia jerárquica (“... o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto”)²⁸.

Algunos penalistas alemanes, escribe J. Cerezo Mir²⁹, han partido de la base de que el Estatuto de Roma se inspira en el Common Law y, por tanto, no queda margen para el reconocimiento de la relevancia del error de prohibición, salvo en la regulación de la eficacia de la obediencia debida, justamente en el artículo 33. Por el contrario, los penalistas españoles (J. M. Gómez Benítez, Alicia Gil Gil) —añade éste autor— han tratado de llegar a interpretaciones más acordes con el Derecho penal continental a propósito de conceder la mayor relevancia al “error de prohibición”.

Hay que resaltar que la virtualidad exculpatoria de la obediencia jerárquica en el Estatuto es excepcional. Y ello porque, en primer lugar, se formula una regla general³⁰ de forma negativa (“Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximida de responsabilidad penal...”) seguida de una excepción (“...a menos que...”) condicionada a la existencia de los tres requisitos que detalla. En segundo término porque, en la práctica³¹, la eximente sólo será aplicable a los crímenes de guerra (o al “non nato” crimen de agresión), puesto que el mismo precepto en su número 3 se encarga de establecer una presunción legal (*iuris et de iure*) de que “las órdenes para cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”, lo que impide la concurrencia en tales crímenes del tercer requisito exigido por la norma: Que la orden no fuera manifiestamente ilícita³².

²⁷ O. TRIFFTERER, “Superiors orders and prescription...”, ob. Cit. pp.580 a 582.

²⁸ K. AMBOS, “Sobre el fundamento jurídico de la Corte...”, ob. Cit. pp. 572 y 573. Ver en particular M. MELENDO PARDOS, Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la dogmática penal continental, Ed. Atelier, Libros Jurídicos, Barcelona. 2008.

²⁹ J. CEREZO MIR, en el Prólogo del libro de M. MELENDO PARDOS, Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional..., ob. Cit. p. 16..

³⁰ O. TRIFFTERER, “Superiors orders and prescription...”, ob. Cit. p. 581.

³¹ Y aún así será de alcance muy limitado según razonamientos de CH. GARRAWAY (“Superior orders and the International...”, ob. Cit. pp. 791 y 792), quien concluye que este artículo proporciona un equilibrio satisfactorio entre los intereses de la justicia y las obligaciones del soldado.

³² F. BUENO ARUS critica la expresión “manifiestamente ilícitas”, que considera un concepto jurídico indeterminado y una presunción legal perjudicial para el autor material (“Perspectivas de la teoría general del delito...”, ob. Cit. p. 124). Ver también, O. TRIFFTERER, “Superior orders and prescription...”, ob. Cit. p. 586.

5.2. La rúbrica del artículo

En todo caso el epígrafe del artículo (*Ordenes superiores y disposiciones legales*) no contiene la expresión “obediencia debida o jerárquica”, que solo aflora en el apartado 1, letra a) del precepto, donde se determina como primera condición para la exención que la obligación de obedecer esté establecida en la ley. Presupone una obligación general³³ de obedecer las órdenes procedentes del gobierno o un superior de acuerdo con el derecho interno aplicable.

5.3. Crítica de la presunción “*iuris et de iure*”

El precepto que analizamos, artículo 33 del Estatuto de Roma, establece en su párrafo 2 que: *A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.*

Una interpretación muy compartida es que tal presunción alcanza la categoría de “*iuris et de iure*” (es decir: No admite prueba en contrario) y si así se interpretara³⁴ el artículo 33 sería en cierto modo contradictorio, pues la frase inicial “Una persona que haya cometido un crimen de la competencia de la Corte...” comprende los crímenes de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra (y, en su caso, el crimen de agresión), mientras que la presunción “*iuris et de iure*” excluye radicalmente a dos de ellos.

En opinión de O. Triffterer³⁵ el propósito del párrafo 2 del artículo 33 es excluir la excepción contenida en el apartado 1 del mismo precepto, al establecer la presunción (*iuris et de iure*) de que el elemento descrito en el apartado c) es evidente cuando los crímenes de genocidio y lesa humanidad se cometan cumpliendo una orden. En suma, no es admisible la prueba de que en una concreta situación la orden puede no ser manifiestamente ilegal. Ahora bien, sólo el genocidio y los crímenes de lesa humanidad caen bajo tal presunción y, por el contrario, puede probarse que la orden de cometer determinados crímenes de guerra no es manifiestamente ilegal. Esto es sorprendente pues algunos crímenes de guerra no difieren mucho de los crímenes contra la humanidad. Para el autor la razón es que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos por cualquier persona, mientras que los crímenes de guerra y crímenes contra la paz son típicamente realizados por militares o paramilitares y su protección es la razón de ser del precepto. No podemos compartir tal argumentación, pues en el Estatuto de Roma no se califica (salvo cuando se apruebe la agresión como un crimen de líderes) el sujeto activo de los

³³ O. TRIFFTERER, “Superiors orders and prescription...”, ob. Cit. p. 580.

³⁴ K. AMBOS escribe que en caso de comisión de genocidio y crímenes contra la humanidad se presume la antijuricidad manifiesta de la orden respectiva (“Sobre el fundamento jurídico de la Corte...”, ob. Cit. p. 122). Ver también, O. TRIFFTERER “Superior orders and prescription...”, ob. Cit. p. 587. Asimismo para último autor la consecuencia es que el artículo 33 es solo aplicable a los supuestos de crímenes de guerra y de agresión.

³⁵ O. TRIFFTERER, “Superiors orders and prescription...”, ob. Cit. p. 587.

crímenes, por lo que “militares o paramilitares” pueden ser autores, indistintamente, de genocidios, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

A mayor abundamiento, no hay razones válidas que avalen la distinción que se establece entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, a efectos de la manifiesta ilicitud de las órdenes superiores para cometerlos. Basta leer el apartado xxi), letra b), número 2 del artículo 8 del Estatuto (“Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado...”) y comparar estos crímenes de guerra con las acciones idénticas que se tipifican en el artículo 7.1.g) como crímenes de lesa humanidad, para concluir que carece de sentido estimar que una orden para cometerlos debe presumirse manifiestamente ilícita en un supuesto y no en otro casi exacto³⁶.

Podemos encontrar un ejemplo claro en la deportación o traslado forzoso de población (crimen de lesa humanidad y también crimen de guerra). En estos casos nos toparemos con preceptos casi idénticos, en los que no deja de presentar fundadas dudas la proclamación de una presunción “*iuris et de iure*” relativa a que todas las mandatos emitidos (ordenando la comisión de tal crimen de lesa humanidad) revistan el carácter de “manifiestamente ilícitas”, puesto que el propio precepto (artículo 7.2.d) del Estatuto de Roma) al definir la “deportación o traslado forzoso de población” se ha visto obligado a excepcionar la antijuricidad en algunos casos, añadiendo un elemento negativo del injusto de carácter normativo (“...sin motivos autorizados por el derecho internacional”). Son posibles pues órdenes no manifiestamente ilícitas cuando existan dudas sobre si determinados motivos para el traslado forzoso de población están o no autorizados por el derecho internacional.

No deja de carecer de racionalidad la distinción entre la gravedad de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, tantas veces rechazada por el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que aflora en otros preceptos del Estatuto como el criticable artículo 124 (Disposición de transición mantenida, sin embargo, en la Conferencia de Revisión de Kampala, 2010) y ha tratado de abrirse paso, con poco éxito ciertamente, en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*³⁷.

³⁶ F. BUENO ARÚS critica certeramente esta presunción, que considera razonable respecto de las conductas más graves pero que no parece tan evidente en los atentados menos graves a la libertad (“Perspectivas de la teoría general del delito...”, ob. Cit. p. 124). Por el contrario CH. GARRAWAY estima que se adoptó una solución sensata y práctica, reconociendo que la conducta constitutiva de genocidio o de crímenes contra la humanidad sería tan manifiestamente ilícita que, coherentemente con la norma de Nuremberg, se debía negar completamente la eximente (“Superior orders and the International...”, ob. Cit. p. 79).

³⁷ Así la sentencia de 26 de enero de 2000 de la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (asunto Dusko Tadic) afirma que no existe ninguna distinción entre la gravedad relativa de un crimen contra la humanidad y la de un crimen de guerra (Opinión individual del Presidente Juez Shahabuddeen, de acuerdo con la mayoría). En contra, la Opinión individual (minoritaria) del juez Cassese estima que un crimen contra la humanidad se debe considerar intrínsecamente más grave que un crimen de guerra.

Por último, la tradicional cautela con que un derecho penal culpabilista (que no puede prescindir del elemento intencional o “mens rea”) examina las presunciones “*iuris et de iure*” nos inclina por una decidida crítica del precepto al considerar que la presunción establecida en este artículo debería admitir prueba en contrario (presunción “*iuris tantum*”) para satisfacer las exigencias de un moderno Derecho penal y procesal penal garantista³⁸.

5.4. El párrafo 1 del precepto

5.4.1. La regla general

Este artículo comienza con una declaración de culpabilidad, que se formula con carácter general y previo: “...no será eximido de responsabilidad penal a menos que...”. Sólo después se regulan las excepciones a este principio general.

5.4.2. La limitación a los crímenes de guerra

A pesar de que el artículo 33 se refiere a quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte, a la vista de la presunción *iuris et de iure* establecida, el ámbito de la exención se reduce actualmente a los crímenes de guerra y, cuando se aprueben las correspondientes enmiendas del Estatuto (no antes del año 2017), al crimen de agresión, aunque en este caso pueden surgir dificultades a la vista de la Resolución RC/Res.6 de 11 de junio de 2010, aprobada en la Conferencia de Revisión de Kampala (Uganda, 2010), que lo define como un crimen de líderes y hace referencia a la violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

5.4.3. La definición de orden

El concepto de orden puede concretarse como todo mandato relativo al servicio que un superior (militar o civil) da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta. La primera condición de la orden es que debe tratarse de un mandato concreto y terminante, no de una mera observación o recomendación. La concreción del mandato distingue a la orden de una consigna general o instrucción genérica, cuyo incumplimiento entraña una infracción contra los deberes del servicio. Por el contrario el incumplimiento (o la negativa a cumplir) un mandato concreto supone un delito o falta contra la disciplina, al afectar a la relación jerárquica. Justamente, el segundo requisito de la orden es la existencia de una relación

³⁸ Afirma Otto Triffterer que la prueba de que en una concreta situación una orden puede haber sido “no manifiestamente ilícita” en el sentido del artículo 33, párrafo 1 c), no es admisible (“Superior orders and prescription...”, ob. Cit. p587)

de mando entre el superior (o el Gobierno) y el subordinado, situados en la escala jerárquica de la que se deriva el deber de obediencia.

Es importante la determinación de la existencia de la relación jerárquica. Así, la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia de 16-11-1998 (Zejnil Delalic, Zoravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo), en el caso del Campo de Celebici, estableció que la posición de mando no debe ser necesariamente un poder “*de iure*”, por lo que no se exige la estructura formal propia de las fuerzas armadas regulares. Se trataba de comandos no regulares integrados por personas que no estaban oficialmente bajo la autoridad de sus jefes o superiores, militares o civiles. Al derrumbarse las organizaciones legales en los conflictos desestructurados, el Tribunal entendió que basta una estructura informal, pero con un “umbral”: no responden estos superiores cuando “*de facto*” cesan en su control.

Para alguna opinión doctrinal³⁹ no tiene que exigirse una estructura formal (como las Fuerzas Armadas estatales o la Policía), porque en el Derecho penal internacional se admite que se trate de estructuras informales de mando, como una guerrilla (organización armada con estructura jerárquica) o, dentro de la Administración pública, donde exista un deber administrativo de obediencia. Se llega a afirmar que la fuerte implantación burocrática de las organizaciones empresariales las hace sustancialmente idénticas a los entes de la Administración civil y militar. Aseveración ciertamente dudosa pues no es lo mismo, para calibrar el deber de obediencia, que su incumplimiento se sancione penalmente (en el caso de los militares o funcionarios) o que suponga la imposición de una sanción laboral.

Por último, como aportación del Derecho Penal Internacional, también se afirma la responsabilidad penal de los mandos o eslabones intermedios de la cadena del mando militar, que reciben la orden de un superior jerárquico y la transmiten a sus subordinados. Podría pensarse que estos mandos se limitan a transmitir la orden criminal, pero la doctrina ha entendido que realmente añaden su propia contribución al delito pues utilizan una potestad propia al ordenar el cumplimiento del mandato a sus subordinados jerárquicos. Es clásica la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de Alemania sobre este tipo de responsabilidad en relación con los casos de los Guardias de Fronteras del “muro” de Berlín.

5.4.4. Los términos “Gobierno” o “superior”

Para el precepto comentado, las órdenes pueden ser emitidas por el Gobierno o un superior, militar o civil. De forma que quien da la orden es un miembro del

³⁹ P. Faraldo Cabana, “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español”, en UNED, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 16, 2005, . P. 48.

Gobierno o pertenece a algún órgano gubernamental⁴⁰ con poder de dirección sobre sus subordinados o ciudadanos, sean estos nacionales o personas que residan en territorios ocupados. El órgano competente debe estar formalmente legitimado para emitir órdenes y el funcionario, subordinado o ciudadano obligado –en general- a cumplirlas, aunque hay que precisar que no existe el deber de cumplir las órdenes cuya ejecución sea constitutiva de delito.

En condiciones normales el Gobierno remite estas órdenes a través de órganos o mandos intermedios y éstos a los órganos ejecutores, que las hacen cumplir por los destinatarios finales del mandato. Debemos añadir que también están comprendidas en éstas órdenes las emanadas de Gobiernos establecidos “*de facto*” en un territorio determinado.

La condición de lo que debe entenderse por superior, en el ámbito castrense⁴¹, viene referida al militar que, respecto a otro, ostente empleo jerárquicamente más elevado, o ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud del cargo o función que desempeñe como titular o por sucesión reglamentaria. Naturalmente la orden de un superior puede emanar de las más altas autoridades militares, del Ministerio de Defensa o de los mandos intermedios, así como provenir del superior inmediato, siempre dentro del ámbito de su competencia.

No tiene relevancia práctica, a los efectos del artículo 33 del Estatuto de Roma, que la orden provenga del Gobierno o de un superior, porque lo decisivo es que exista una relación jerárquica de subordinación.

Algún autor, como O. Triffterer⁴², excluye la subordinación dentro de una organización criminal, pero la incluye en el interior de las empresas civiles, donde exista la jerarquía y de cuyo contrato válido se derive la obligación de obedecer órdenes.

Recientemente, en el texto de la sentencia⁴³ de la Corte Penal internacional, que absolvió a Mathieu Ngudjolo, se afirma que los testimonios recibidos en la audiencia han permitido a la Sala medir la importancia de las costumbres locales (de Ituri, República Democrática del Congo) y el lugar que ocupan las relaciones familiares, pudiendo constatar que las nociones de jerarquía y de obediencia eran susceptibles de ser interpretadas de diferente forma a la vista del lugar ocupado por los fetichistas (hechiceros) y su rol en las sociedades locales.

En las normas de Derecho Internacional Humanitario, se consideran superiores, respecto de los prisioneros de guerra de los que un Estado sea potencia detenedora (III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949), los militares,

⁴⁰ O. TRIFFTERER, “Superior orders and prescription...”, ob. Cit. pp. 582.

⁴¹ E. CALDERON SUSIN, “El concepto de superior”, en Comentarios al Código Penal Militar, ob. Cit. pp. 271 y ss.

⁴² O. TRIFFTERER, “Superior orders and prescription...”, ob. Cit. pp. 583.

⁴³ Sentencia de 18 de diciembre de 2012, Le Procurater c. Mathieu Ngudjolo, Sala de 1ª Instancia de la Corte Penal Internacional, nº ICC.01/04-02/12. www.icc-cpi.int

cualquiera que fuere su empleo, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de tales cometidos.

5.4.5. Los conceptos de “ militar” o “personas civiles”

Conviene resaltar adecuadamente que el superior puede ser militar o persona civil, según la precisión que hace el artículo 33 del Estatuto de Roma, siendo necesario que éste superior tenga el control efectivo de las personas destinatarias del mandato, a las que se ordena cometer violaciones constitutivas de un crimen internacional. El precepto abarca desde las órdenes directas del Gobierno, de un superior militar o de un funcionario civil hasta aquellas emanadas de empresas u organizaciones industriales sobre sus empleados.

La postura adoptada por la Corte Penal Internacional ha sido interpretar en el caso Jean-Pierre Bemba Gombo⁴⁴ que el término “jefe militar” reagrupa a todas las personas que ejercen una responsabilidad de mando en el seno de las fuerzas armadas, cualquiera que sea el grado o escala y designa a quien puede ocupar la más alta posición en la cadena de mando o al que tiene únicamente algunos soldados a sus órdenes. En esta disposición, la noción de jefe militar abarca igualmente la figura del superior que no ejerce exclusivamente funciones militares.

5.4.6. Concurrencia de una relación de causalidad entre la orden y la conducta típica

El precepto objeto de comentario se refiere a quien hubiere cometido un crimen “en cumplimiento de una orden”, de forma que si se comete el crimen con independencia del mandato no es aplicable el precepto. Se trata de la concurrencia de una relación de causalidad entre la orden y la realización de la conducta incriminada. Es decir que el subordinado ejecute la conducta típica obedeciendo a la orden recibida.

Una consolidada postura de la doctrina⁴⁵ advierte que la orden no tiene por qué ser la única motivación para la actuación de la persona subordinada, siendo suficiente que el crimen se inicie o esté inspirado como reacción a una orden recibida. Conexión entre orden y crimen que, necesariamente, ha de ser valorada *ex post facto*. Ello nos lleva a relacionarlo con el artículo 30 del mismo Estatuto (*mens rea*), que establece que actúa intencionalmente, en relación con una conducta, quien se propone incurrir en ella y, en relación con una consecuencia, el que se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

⁴⁴ Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares II, relativa a los cargos, en el asunto Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, de 15 de junio de 2009, N° ICC-01/05-01/08, p. 151. www.icc-cpi.int

⁴⁵ O. TRIFFTERER, “Superior orders and prescription...”, ob. Cit. pp. 584 y 585.

5.5. Las condiciones establecidas en el Estatuto de Roma para la obediencia jerárquica

El precepto que analizamos (artículo 33 del Estatuto de Roma) exige para la exigente la concurrencia imprescindible⁴⁶ de tres requisitos.

a) La necesaria existencia de la obligación legal de obedecer derivada de la relación jerárquica

El requisito inicial es fundamentalmente formal y hace referencia a la relación jerárquica que debe existir entre el superior de quien emana el mandato y el subordinado en quien debe concurrir el deber de obediencia⁴⁷. De manera que la orden debe ser dada por un superior jerárquico (es decir: El gobierno o un superior, sea militar o civil), dentro de la esfera de su competencia y en relación con asuntos del servicio (que implica que la orden se encuentre dentro de las atribuciones que legalmente correspondan al superior, pues fuera de ellas no existe deber de obediencia jerárquica). Además es necesario que se comunique el mandato en la forma adecuada (normalmente se puede exigir por escrito si la ejecución de la orden compromete la responsabilidad del subordinado) y es preciso que se trate de una orden concreta (para llevar a cabo u omitir una actuación específica) y de un mandato inequívoco y terminante (algo distinto al mero asesoramiento o consejo)⁴⁸. Finalmente es imprescindible que el deber de obediencia derivado de la relación jerárquica se encuentre establecido por ley, es decir por una norma jurídica de adecuado rango.

La exigencia de que la persona que haya cometido el crimen estuviera obligada por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o superiores, no hace referencia a la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, pues no se pronuncia sobre el contenido de la orden (conforme o no al ordenamiento jurídico), sino que se limita al aspecto formal consistente en la preexistencia de una relación jerárquica de subordinación de la que se derive la genérica obligación del subordinado de obedecer las órdenes emanadas del gobierno o de sus superiores.

b) Los requisitos del mandato: Desconocimiento de la ilicitud de la orden

La condición segunda se adentra ya en el contenido del mandato⁴⁹, puesto que es necesario que el subordinado “no supiera que la orden era ilícita”, lo que describe un clásico e invencible error de prohibición. A este requisito se refería, con ancestral terminología, el derogado Código de Justicia Militar español cuando excluía la

⁴⁶ F. BUENO ARUS, “Perspectivas de la teoría general...”, ob. Cit. p. 124. Ver también, CH. GARRAWAY para quien el umbral de exigencia de la norma es alto pues los tres requisitos son acumulativos, no disyuntivos (“Superior orders and the International...”, ob. Cit. p. 791)

⁴⁷ O. TRIFFTERER, “Superior orders and prescription...”, ob. Cit. pp. 585 y 586.

⁴⁸ Para el concepto de orden, ver E. CALDERON SUSIN, “Trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación”, en La Jurisdicción Militar, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, pp. 312 y ss. Ver también O. TRIFFTERER, “Superior orders and...”, ob. Cit. p. 582.

⁴⁹ O. TRIFFTERER, “Superior orders and...”, ob. Cit. p. 586.

eximente de obediencia debida si se había prestado “con malicia”⁵⁰. En definitiva, el subordinado que sabe que la orden recibida es ilícita (no se exige que conozca su evidente carácter delictivo, sino que basta con que sea consciente de su clara contradicción al ordenamiento jurídico), aunque estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores, no puede ampararse en la eximente de obediencia jerárquica pues su exculpación se puede basar únicamente en el error de prohibición. Y como consecuencia podemos decir que no se le puede imponer el deber de obediencia respecto al cumplimiento de tales órdenes (ilícitas), sino que, por el contrario, al negarle la exención de responsabilidad penal si las ejecuta, realmente se le obliga a desobedecer las que constituyan delito. Esta conclusión se deduce, por otra parte, de la antes citada Norma 154 del Estudio sobre el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario elaborado por el Comité Internacional de la Cruz Roja⁵¹.

c) La legalidad aparente del mandato: Orden no manifiestamente ilícita

Sin embargo, no es suficiente para la apreciación de la eximente que el sujeto estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes de sus superiores, ni que no supiera que la orden era ilícita, además es preciso (y éste es el tercer requisito que establece el precepto) que la orden no fuera manifiestamente ilícita⁵². El adverbio “manifiestamente” (es decir, con claridad y evidencia, descubiertamente) es la clave del precepto y confiere cierto carácter objetivo a la calificación de la orden (frente a la ignorancia del sujeto sobre la ilicitud del mandato). Ahora sí se elimina la posibilidad de un error de prohibición puesto que, en todo caso, ese error sería vencible ante la manifiesta ilicitud de la orden. A parecida solución llegó el artículo 21 del Código Penal Militar español (y otros muchos en el panorama del Derecho comparado, entre los que destaca la Ley Penal Militar alemana de 1974) cuando rechaza la exención o atenuación de la obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución. En el Código penal español de 1995, estas cuestiones deben resolverse mediante la aplicación del artículo 14.3, que regula el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal⁵³.

6. LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA COMO CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Apartándose de lo que disponían los antecedentes históricos (desde el artículo VIII de la Carta de Nuremberg de 1945 hasta el Informe Preparatorio sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional de 1996), el

⁵⁰ J. M. RODRIGUEZ DEVESA, “La obediencia debida en el Código Penal Militar español de 1985”, en *Revista de Derecho Público*, nº 103 (1986), pp. 273 y ss.

⁵¹ El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas, ob. Cit. pp. 639 y ss.

⁵² O. TRIFFTERER, “Superior orders and...”, ob. Cit. p. 586.

⁵³ G. RODRIGUEZ MORULLO, *Comentarios al Código Penal*, ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 68 a 71.

artículo 33 que analizamos no contempla expresamente la posibilidad de que el Tribunal castigue con una pena atenuada los supuestos de cumplimiento de una orden que supongan la comisión de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional. Con sobrada razón, la doctrina⁵⁴ señala que el precepto no excluye la aplicación del artículo 78.1 del Estatuto, que establece los criterios de individualización de la pena de acuerdo con la gravedad del crimen y las circunstancias personales del perpetrador, que pueden aportar razones suficientes para la atenuación de la pena.

A mayor abundamiento la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (aprobadas por la Asamblea de los Estados Parte de conformidad con el párrafo 1 del artículo 50 del Estatuto de Roma) establece como factores pertinentes para la graduación de la pena⁵⁵, entre otras, las atenuantes y las circunstancias del condenado y las del crimen. La Corte tendrá en cuenta como factores para la individualización penal la índole de la conducta ilícita, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad y las circunstancias de modo de comisión del delito, entre las que bien podría ponderarse el hecho de que ha sido ejecutado obedeciendo una orden del Gobierno o de sus superiores.

En consecuencia, la mencionada regla califica, en su párrafo 2, apartado a), letra i) como atenuantes las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad criminal. Se trata de las denominadas eximentes incompletas, caracterizadas por la ausencia de alguno de los requisitos necesarios para que concurra la exención completa. Hay que tener en cuenta que la obediencia jerárquica (órdenes superiores y disposiciones legales) no puede dejar de calificarse como una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, aunque lo sea de forma muy limitada, como claramente se deduce *a contrario sensu* de la expresión “no será eximido de responsabilidad penal a menos que...” Por lo que es preciso concluir que si no llega a constituir causal de exoneración (por ejemplo por faltar alguno de los requisitos establecidos en el precepto) se podría apreciar la concurrencia de una circunstancia atenuante. Ello es bien claro si analizamos el apartado b) del párrafo 1 del artículo 33 (*No supiera que la orden era ilícita*), que se puede presentar en la realidad como un error vencible de prohibición. En todo caso este error puede servir para atenuar la pena si lo relacionamos con el elemento de intencionalidad requerido (artículos 30 y 32 del propio Estatuto de Roma).

⁵⁴ O. TRIFFTERER, “Superior orders and...”, ob. Cit. pp. 580 y 585.

⁵⁵ J. L. RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “El sistema de penas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en Estudios de Derecho Internacional y Derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, Tomo I, pp. 1222 y ss.

7. LA APLICACIÓN DE LA EXIMENTE DE ESTADO DE NECESIDAD COACTIVO

No se debe olvidar en esta materia la relación existente entre la eximente de obediencia jerárquica, con las limitaciones que hemos analizado, como causa de exculpación y otras causas de inculpabilidad como el miedo insuperable, la coacción o, para decirlo con precisión convencional, el estado de necesidad coactivo. Se trata la valoración jurídico-penal del cumplimiento de una orden evidentemente constitutiva de un crimen grave, cuando el subordinado que la ejecuta se encuentra en una situación extrema, en la que el incumplimiento flagrante de la orden hace peligrar su propia vida por la reacción del superior que la imparte. La cuestión que se plantea es si la obediencia en tales circunstancias justifica o exculpa la conducta del subordinado, o simplemente atenúa su responsabilidad criminal.

La doctrina y jurisprudencia internacional se concreta en el caso *Drazen Erdemovic* y en la sentencia⁵⁶ de la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Se juzgaba a un militar acusado por un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra consistente en dar muerte a personas “inocentes”, personas civiles desarmadas y detenidas en poder de la parte que había decidido ejecutarlas sin previo juicio. Drazen Erdemovic formaba parte de un pelotón militar que debía ejecutarlas y, en principio, expresó a su mando la negativa a cumplir una orden que le parecía manifiestamente delictiva. Cuando el superior amenazó inequívocamente a Erdemovic con darle muerte por desobedecer una orden emitida en tiempo de conflicto armado, éste accedió a formar parte del pelotón y ejecutó a las personas civiles indefensas.

En efecto, la sentencia de la Sala de 1.^a Instancia aceptó que el acusado cometió el delito (violación de las leyes y costumbres de la guerra), aún siendo amenazado de muerte. Esta Sala estimó que había existido un riesgo real de que el acusado pudiera ser ejecutado si hubiera desobedecido la orden. Expresó su oposición, pero al fin cumplió la orden. No concurría una elección libre: *El debía matar o ser muerto*. En la sentencia de la Sala de Apelación se acordó, por todo ello, que la coacción sufrida por el acusado debía ser tenida en cuenta sólo por la vía de atenuar la pena. La prueba práctica reveló la excepcionalidad de la situación padecida por el acusado, pero no se aplicó la eximente completa de coacción.

Revistió notoria relevancia la Opinión separada de los magistrados Mc Donald y Vohrah. Entendieron estos jueces que las órdenes superiores y la coacción son cuestiones conceptualmente diferentes, aunque que concurren a menudo en las mismas circunstancias y particularmente en caso de conflicto armado. Por

⁵⁶ Ver sentencia de apelación “The Prosecutor v. Drazen Erdemovic” de 7 de octubre de 1997, Case No. IT-96-22-A, en El derecho internacional humanitario consuetudinario, Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, ob. Cit. Vol. II, pp. 3852 y ss

tanto suscriben el punto de vista de que la obediencia a las órdenes superiores no equivale a una eximente *per se*, pero es un elemento de hecho que debe tenerse en consideración, en unión de otras circunstancias del caso, al evaluar como deben entenderse las eximentes de coacción o error de hecho.

La doctrina jurisprudencial contenida en esta sentencia de 1997 era conocida por los redactores del Estatuto de Roma (Conferencia Diplomática de 15 de junio a 17 de julio de 1998), que tomaron buena nota de la insatisfactoria solución a que llegó el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia. Así, el artículo 31, apartado 1, párrafo d) del Estatuto de Roma dispone que no será penalmente responsable quien:

- d) *Hubiese incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esta amenaza podrá:*
 - i) *Haber sido hecha por otras personas; o*
 - ii) *Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.*

En definitiva, la conducta que analizamos no puede ser justificada por el derecho y, en consecuencia, es inaplicable el artículo 33 del Estatuto (órdenes superiores y disposiciones legales) al tratarse de una orden manifiestamente ilícita. Ahora bien, al presunto culpable el derecho no puede exigirle una conducta distinta, porque sería imponerle la realización de un hecho heroico: Exponer con alto riesgo su vida al negarse a cumplir la orden ilegal de sus superiores. Por ello la solución, a la vista del artículo 31.1.d) del Estatuto de Roma es apreciar la concurrencia de una causa de exculpación de la responsabilidad criminal. El hecho sigue siendo antijurídico pero debe producirse la absolución por ausencia de culpabilidad al concurrir la eximente de estado necesidad coactivo.

