

## V. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

Selección y coordinación a cargo de:  
Esther BARBÉ IZUEL  
Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ  
y Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

### A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

#### 1. MONTENEGRO: BIENVENIDO, ESTADO NÚMERO 192

El 28 de junio de 2006 la República de Montenegro era aceptada como el estado miembro número 192 de las Naciones Unidas (resolución 60/264 AGNU), previa recomendación, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Carta, del Consejo de Seguridad (resolución 1691, de 22 de junio de 2006). Se consolidaba así, en el plano internacional, el nacimiento de un nuevo Estado en el corazón de los Balcanes, de 13.812 km<sup>2</sup> de extensión y una población de 670.000 habitantes.

Las aspiraciones de independencia de Montenegro, unido a Serbia desde el fin de la guerra que desintegró el territorio de lo que un día fue Yugoslavia, se hicieron realidad gracias al referéndum celebrado el 21 de mayo de 2006 en el que se formuló a la población la siguiente pregunta: *¿Desea que la República de Montenegro sea un Estado independiente con plena legitimidad conforme al Derecho Internacional?* El 55 por 100 de los ciudadanos apoyó este resultado; en concreto, participaron 419.236 de los 484.718 montenegrinos con derecho a voto (es decir, un 86,49 por 100), obteniendo los soberanistas 230.711 votos, frente a 184.954 de los unionistas pro serbios (Fuente: Diario *El Mundo* 23 de mayo de 2006).

La independencia se proclamó oficialmente el 3 de junio por el Parlamento de Montenegro. Por su parte, el Parlamento Serbio proclamaba el 5 de junio la independencia de Serbia y concedía un plazo de 45 días para iniciar todos los procedimientos necesarios para la transferencia de competencias a Montenegro y para la resolución de los problemas que cualquier sucesión de Estados plantea.

La independencia de uno (más) de los pueblos que habitan la conflictiva zona de los Balcanes ha despertado, me atrevería a afirmar que por partes iguales, el recelo entre aquellos que temen una Europa desequilibrada por los nacionalismos y sus anhelos independentistas y el entusiasmo de quienes ven en Montenegro un ideal a seguir y una esperanza de futuro. Más allá de estos sentimientos, lo que está claro es que el proceso de independencia montenegrino ha suscitado numerosas dudas y a esforzarnos por resolver algunas de ellas dedicaremos esta Nota.

1. *¿La existencia del Estado de Montenegro tiene base histórica?*

Es decir, ¿gozó en algún momento del pasado de la condición de Estado soberano e independiente?

Es en el siglo XVIII cuando se puede hablar, por vez primera, de la existencia de Montenegro como Estado, bajo el reinado de Pedro I, que incluso dotó al país en 1798 de un texto constitucional. Hasta esa fecha, la región, incorporada al Imperio Romano en el siglo II a. C., estuvo bajo el dominio del Imperio Bizantino y, con posterioridad, de varios Estados (Serbia, Bulgaria, Venecia). En el siglo XI se creó el reino de Zeta, fecha en la que la Iglesia ortodoxa se asienta y en la que se sitúan los primeros intentos, no consolidados, de emancipación. Los siglos posteriores se caracterizaron por el inicio de continuas revueltas y levantamientos contra el Imperio Otomano. Desde 1516, la familia Petrovic controló la región, bajo la influencia del Imperio Austriaco. El reinado de Pedro I, además, de asentar la estatalidad de Montenegro, inició un largo período, de casi dos siglos en los que continuaron las luchas con el Imperio Otomano, deseoso de conquistar el único territorio balcánico que se le resistía. La independencia de Montenegro como Estado, obtenida con este soberano, se consolidó bajo el reinado de Nicolás I (1860-1918) por los tratados de San Stefano y Berlín. Antes de la Primera Guerra Mundial se alió con Grecia, Bulgaria y Serbia contra Turquía, para liberar el resto de los Balcanes, aún bajo dominio turco. Las potencias europeas reconocieron formalmente su independencia en el Congreso de Berlín de 1878, a consecuencia de lo cual se convirtió, en 1905, por fin de manera oficial, en reino.

Durante la Primera Guerra Mundial tomó partido en contra del Imperio Austrohúngaro, lo que provocó su invasión y el exilio del rey. En 1918 se fundó el reino de los serbios, croatas y eslovenos, que comprendía a Serbia, Montenegro, Eslovenia, Croacia, Eslavonia, Bosnia y Herzegovina y que en 1929 pasó a denominarse Yugoslavia. En 1945 se proclamó a Yugoslavia república popular federal, integrada por seis repúblicas (Eslovenia y Croacia al noroeste; Serbia, al este; Bosnia-Herzegovina y Montenegro al centro y Macedonia al sur, a los que se unieron dos provincias autónomas, Voivodina y Kosovo).

Después de la descomposición de Yugoslavia y de las guerras que asolaron la región de los Balcanes (1991-1996) permaneció unida a Serbia, formando desde abril de 1992 la República Federativa de Yugoslavia. En 2002, en virtud de los acuerdos de Belgrado, de 14 de marzo, modificó su denominación por la de Confederación de Serbia-Montenegro, pero Montenegro seguía anhelando su independencia.

El repaso histórico de los hechos deja entrever que la existencia de Montenegro como Estado se limita a períodos determinados de la Historia, pero quienes abogaban por la independencia se han aferrado a ellos cual clavo ardiendo. Los montenegrinos proclaman orgullosamente hechos que demuestran que su existencia como Estado se remonta a siglos atrás, tales como que fueron el único pueblo en la zona que resistió las invasiones otomanas o que felicitaron, como un Estado más, a Estados Unidos en 1776 por su recién ganada independencia ([www.abc.es](http://www.abc.es), 24 de mayo de 2006). El mismo Djukanovic, Primer Ministro montenegrino desde 2002 hasta noviembre de 2006 y principal impulsor de la independencia, afirmaba unos días antes del referéndum que «Montenegro tiene 1000 años de historia y somos la única nación de la región que no sucumbió al dominio turco» (información publicada en el *Financial Times* el 2 de mayo de 2006 y recogida por el periódico *El País* el 19 de mayo).

Más allá de estos hechos, que no dejan de ser meramente anecdóticos, lo que resulta innegable es que Montenegro existió en el pasado como Estado, aun si esta circunstancia se dio en períodos limitados, pero también lo es que han sido sobre todo otros los factores (fundamentalmente, de orden político y social) los que han determinado su independencia. La realidad es que Montenegro viene actuando *de facto* como estado independiente (al menos, *ad intra*) desde hace algunos años. En 2004 se dotó de himno nacional, fiesta nacional y bandera; el idioma no es el serbo-croata, sino el montenegrino y su moneda no es el dinar, sino el euro. Es más, el

Acuerdo de 2002 por el que la República Federativa de Yugoslavia pasó a denominarse Serbia-Montenegro recogía expresamente la existencia de dos *Estados* (no provincias, regiones o términos similares), Serbia por un lado y Montenegro por otro, que componían la Confederación de Serbia-Montenegro. Si en el orden interno el funcionamiento de la Confederación fue relativamente sencillo (en el plano político, un sistema compuesto por un Presidente, un Gobierno de cinco miembros y una asamblea parlamentaria y, en el plano económico, el establecimiento de un mercado interior común), las dificultades para actuar de forma unida *ad extra* han sido especialmente complicadas en los últimos tiempos. Baste un hecho bastante revelador del clima que se vivía en la calle: Serbia-Montenegro renunció a participar en la última edición del festival de Eurovisión ante la imposibilidad de elegir un candidato común, tras el escándalo que estalló cuando se comprobó que el grupo montenegrino que había ganado la preselección interna había triunfado gracias a que sus paisanos del jurado sólo votaron a montenegrinos, basándose en circunstancias claramente ajenas a las cualidades vocales y artísticas de los participantes (<http://www.elpais.es>, 19 de mayo de 2006).

2. *¿El ejercicio del derecho de libre determinación por los pueblos coloniales se ha visto modificado?*

La respuesta, pese a que muchos nacionalistas se hayan hecho *ilusiones* al respecto, es negativa, y justificarla exige detenernos con el fin de reconsiderar el concepto y el contenido del principio, aunque sea de manera somera y limitándonos al derecho del que disponen los pueblos no coloniales, que al fin y al cabo es el que nos interesa en relación con Montenegro.

La proliferación de nuevos Estados de la que ha sido testigo Europa en los últimos años (sobre todo, desde la caída del comunismo y el desmembramiento de la URSS y la antigua Yugoslavia) ha sido la espada blandida por quienes querían ver satisfechas sus demandas de independencia. El resultado del referéndum montenegrino y su conversión en Estado independiente se han convertido en una oportunidad (quizás la última) de reclamar sus aspiraciones en el plano internacional, pero aquellos que se envalentonaron con el resultado han olvidado, en medio de la ofuscación, las características especiales de las que se ha revisto la independencia montenegrina, que impiden aplicarla a otros casos, conexos quizás, pero no equiparables.

El Derecho Internacional, sabido es, no niega a los pueblos no coloniales el derecho a la libre determinación, pero sí le confiere un contenido sustancialmente diferente: si para los pueblos coloniales el derecho se identifica con *independencia*, para los no coloniales consiste en el derecho a no ser perseguidos o preteridos en forma alguna por el Gobierno por razones de raza, religión, lengua o costumbres; es decir, a que el Gobierno del Estado en el que se asientan represente a la totalidad de los pueblos que en él habitan, sin discriminación alguna entre ellos. La secesión, por tanto, no es en principio defendida por el Derecho Internacional cuando de pueblos no coloniales se trata, a no ser, en congruencia con lo que acabamos de afirmar que un pueblo esté sometido por el Gobierno a una persecución o discriminación sistemática, sea marginado en relación a otros o se atente, por ejemplo, contra su identidad o contra los derechos humanos fundamentales de quienes lo integran.

¿Ha sido este el caso de Montenegro? Desde luego que no. Montenegro se ha convertido en Estado independiente porque esa posibilidad se contemplaba expresamente en un acuerdo al que llegó con Serbia. En efecto, como sabemos, el 14 de marzo de 2002 se firmaba el *Acuerdo de principios de las relaciones entre Serbia y Montenegro dentro la unión del Estado* (disponible en [http://www.mfa.gov.yu/Facts/const\\_scg.pdf](http://www.mfa.gov.yu/Facts/const_scg.pdf)) que contemplaba el cambio de denominación de la República Federativa de Yugoslavia a la República de Serbia y Montenegro, que incluye una cláusula que permite a los Estados iniciar el procedimiento para un cambio en el estatuto del Estado una vez transcurrido el período de tres años desde su entrada en vigor (es decir, en 2006). *La Carta Constitucional de la Unión de Estados de Serbia y Montenegro* (y su ley de aplicación) de 2003 concreta en su artículo 60 esa cláusula («*Upon the expiry of a*

*three-year period the member state shall have the right to initiate the procedure for a change of the state status, i.e. for withdrawal from the State Union of Serbia and Montenegro»), recogiendo además la posibilidad de celebrar un referéndum para decidir, si la población así lo decide, la independencia.*

Quizás una de las razones que más han contribuido a dilatar en el tiempo la decisión ha sido la oposición inicial de la UE (suavizada después), temerosa de que el ejemplo cundiera en una zona considerada todavía un polvorín, sobre todo en Kosovo, cuyas peculiaridades son, como veremos, radicalmente distintas. Fue la UE, convencida de la imposibilidad de paralizar el proceso, quien impuso en 2005 una enmienda a la Carta Constitucional obligando a que la legislación sobre dicho referéndum fuera acorde con los estándares democráticos internacionales (art. 60). El encargado de verificarlo fue la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), creada en 1990 como órgano asesor de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. La Comisión, siguiendo la línea de la conocida decisión del Tribunal Supremo de Canadá de 1998 (que establecía los términos según los cuales, en su caso, Québec podría separarse de Canadá), recomendó un consenso previo entre el Gobierno (que apoyaba la independencia) y la oposición (pro serbia) sobre la mayoría que legitimaría la decisión de los ciudadanos (dictamen de 19 de diciembre de 2005, Op. núm. 343/2005, doc CDL-AD (2005) 041, párr. 64, disponible en [www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-AD\(2005\)041-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-AD(2005)041-e.asp), respaldado por el Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores de la UE, ses. núm. 2706, Bruselas, 30 y 31 de enero de 2006, Comunicado de Prensa, doc. C/06/22/5565/06). De acuerdo con la UE se aceptó, para considerar válido el referéndum, la participación de al menos un 55 por 100 de los electores. Otra cuestión difícil se resolvió también de acuerdo con los criterios de la Comisión de Venecia (párrs. 43-47): el Ministerio de Administración Pública de la República de Serbia había propuesto, por medio de una carta enviada a la Comisión, que se reconociera el derecho de voto a los ciudadanos montenegrinos que vivían en Serbia, lo que suponía aumentar el censo en 260.000 ciudadanos que, sin duda, determinarían que la balanza se inclinase, casi con toda seguridad, del lado de la continuidad. La Comisión, con buen criterio, se limitó a aplicar con rigor la legislación electoral vigente montenegrina que en ese momento exigía la residencia durante 24 meses anteriores a las elecciones (art. 8 Ley sobre el Referéndum de la República de Montenegro y 11 de la Ley sobre elección de representantes de la República de Montenegro).

Serbia, además, nunca se opuso a la independencia de Montenegro sino que era muy consciente de que podía, tal y como de hecho ha ocurrido, tener lugar. Los dos Estados, en definitiva, han visto el proceso como el resultado natural del cumplimiento de un pacto (y constitucional, nada menos) previamente establecido. Como prueba de la buena voluntad serbia y de la aceptación de los hechos, varios acuerdos de colaboración entre los dos países se firmaron tras la declaración de independencia de Montenegro.

En definitiva, la independencia de Montenegro no puede considerarse una modificación del principio de libre determinación de los pueblos no coloniales (como tampoco lo supuso en su día ni siquiera los casos de Eslovenia, Croacia, Macedonia y Bosnia-Herzegovina, pero esta es otra cuestión en la que no entrare aquí) por la sencilla razón de que el proceso ha sido resultado, no del ejercicio de tal derecho de acuerdo con el Derecho Internacional, sino de un pacto interno, exteriorizado en un referéndum en el que la población se ha decantado por la secesión. Montenegro ha sido, simplemente la última ficha en caer de todo el proceso, porque una serie de factores, de carácter político y de oportunidad retrasaron el momento más de lo deseado por los montenegrinos.

### 3. *¿Se han sentado precedentes peligrosos?*

El referéndum y la posterior independencia de Montenegro se han convertido en la oportunidad que movimientos nacionalistas de diversos Estados europeos esperaban como agua de

mayo para volver a insistir en el derecho que, según ellos, les ampara de acuerdo con el Derecho Internacional (libre determinación). Ese ha sido el caso español, donde las declaraciones de los representantes de algunos partidos políticos de carácter nacionalista no se hicieron esperar. El Gobierno vasco, sin ir más lejos, enviaba el día de celebración de la consulta montenegrina una delegación presidida por el Secretario de Acción Exterior, Iñaki Aguirre, con el fin de conocer de primera mano cómo se desarrollaba el proceso y el lehendakari Ibarretxe afirmó públicamente en los días previos que, si se aplicaba en Europa con toda normalidad la capacidad de decisión del pueblo de Montenegro esperaba que no fuera ningún problema el que, en su momento, se hiciera lo propio en la sociedad vasca, esperando incluso que este derecho fuera amparado por la Unión Europea (*El País*, 17 de mayo de 2006; algo similar afirmó el portavoz de Batasuna, Arnaldo Otegi, *El Mundo*, 23 de mayo de 2006).

Olvidaba el Sr. Ibarretxe varias cuestiones que ya hemos apuntado: que la UE se mostró al principio claramente contraria al proceso, no porque el Derecho Internacional no lo permitiera, sino porque quería evitar a toda costa la creación de un nuevo Estado en una Europa ya suficientemente dividida. Olvidaba también que, como hemos señalado, la independencia de Montenegro no ha tenido lugar porque el Derecho Internacional expresamente lo permita, sino porque un Estado (que ya había sido considerado como tal en otras épocas, lo que no ha ocurrido con el País Vasco) decidió, amparándose en su legislación interna, de carácter constitucional y aprobada por consenso con la otra parte afectada (Serbia) consultar a la población acerca de su condición futura. Y es que el Derecho Internacional, como se ha afirmado, no propicia, pero tampoco prohíbe que los Estados concedan a sus pueblos el derecho de autodeterminación (Bermejo García, R., y Gutiérrez Espada, C., *Las guerras y la disolución de la antigua Yugoslavia*, EUNSA, Pamplona, 2007, capítulo final del libro y Declaración del Tribunal Supremo de Canadá, *Reference re secession of Quebec, august 20 1998*, párr. 140, disponible en <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1998/1998rcs2-217/1998rcs2-217.pdf>). Y eso es precisamente lo que ha ocurrido en Montenegro. Pretender equiparar lo allí sucedido con la situación española sólo puede calificarse, y prefiero recurrir para expresarlo con toda claridad a las palabras del Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE, Javier Solana, en una comparecencia ante la prensa tras una reunión entre el Comité Político y de Seguridad de la UE y el Consejo de la OTAN, como de *delirium tremens* (*El Mundo*, 23 de mayo de 2006). La única posibilidad, hoy por hoy, de que los nacionalismos que habitan el territorio español puedan optar por la independencia sería, por tanto, posible si dos circunstancias concurrieran: en primer lugar, que así se decidiera en el marco constitucional lo que, a la vista de la redacción actual de la Constitución de 1978, resultaría imposible a menos que se procediera a su reforma y, en segundo lugar, que se celebrara un referéndum en el que una mayoría considerable de la población así lo decidiera. Es más, previsiblemente, la participación en este referéndum debiera ser reforzada (recordemos que en Montenegro fue de un 55 por 100) y, además, y si nos decantamos por la aplicación del razonamiento de los tribunales de un Estado que, cogiendo el toro por los cuernos, ya se enfrentó a la cuestión (Tribunal Supremo de Canadá, Declaración de 20 de agosto de 1998), sería toda la población española y no sólo la vasca o la catalana (o la gallega e, incluso, al ritmo que van las cosas, la andaluza) la que, por afectarle la decisión, debiera participar en la consulta (p. 5 de la sentencia y párrs. 91 y 104).

#### 4. ¿Quién frenará ahora la independencia de Kosovo?

Esta es la pregunta que persiste, pese a haber reiterado que Montenegro era un caso especial y no un precedente aplicable a otros casos, y es que la situación pendiente que se vive en este pequeño territorio en el Estado de Serbia es, quizás y esperémoslo así, la única cuestión sin resolver tras la desintegración yugoslava. Como antes afirmamos, el derecho a la libre determinación de los pueblos no coloniales sólo podría admitirse en el caso en que uno de esos pueblos se viera discriminado respecto de otros que conviven en el territorio de un Estado. La

persecución sistemática a la que fue sometida la población albano-kosovar por el Gobierno serbio se aproxima en gran medida a la excepción admitida para el principio de integridad territorial de los Estados. Pese a que el Derecho Internacional defiende este principio a capa y espada, el caso kosovar parece reunir todos los requisitos exigidos para la excepción y ser, por tanto, merecedor *a priori* de la concesión de independencia. Sin embargo, arrastra un pesado lastre del que, casi con toda seguridad, le será difícil zafarse: la oposición política, sobre todo en el seno de la UE a que la independencia se lleve a cabo, oposición que ha quedado clara en el curso de las actuaciones que sobre el futuro del territorio han tenido lugar tras el bombardeo de la OTAN en 1999 que pretendió frenar los ataques serbios contra la población kosovar. Europa no puede permitirse un desgarrar más en su mapa y en Kosovo quizás pagarán justos por pecadores. La resolución 1244, de 10 de junio de 1999, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas marcó el camino que políticamente, y en aras de la estabilidad del continente, se decidió para Kosovo: una administración provisional en manos de Naciones Unidas, que permitiría al pueblo kosovar disfrutar de una «autonomía sustancial» (no independencia) dentro de la República Federativa de Yugoslavia (párr. 5. Anexo II de la resolución 1244).

La recientemente adoptada Constitución serbia, de 8 de noviembre de 2006, lo confirmaba al declarar la indivisibilidad del territorio de la República de Serbia (art. 8, disponible en [http://www.srbija.sr.gov.yu/cinjenice\\_o\\_srbiji/ustav.php](http://www.srbija.sr.gov.yu/cinjenice_o_srbiji/ustav.php)) considerando expresamente a Kosovo como provincia autónoma junto a Voivodina (art. 182), sin que esta afirmación haya despertado comotario alguno en la UE, partidaria como sabemos de la integridad territorial serbia. De hecho, la Unión ha declarado la necesidad de contar, en el más que hipotético caso de un referéndum a favor de la independencia, con la opinión de la población kosovar de origen serbio, lo que significa adoptar la interpretación del derecho de libre determinación de los pueblos no coloniales que en su día desarrolló en la línea de lo defendido en su día por el Tribunal Supremo canadiense respecto de Québec.

¿Ha comenzado por tanto a desdibujarse el perfil de la excepción al principio de libre determinación (sí a la independencia en caso de discriminación de un pueblo)? Puede que sí. O puede que el de Kosovo sea un caso aislado, motivado por unas circunstancias muy concretas. Como hemos repetido hasta la saciedad, los criterios políticos pesan (para bien a veces, para mal en otras) a menudo más que los jurídicos y Kosovo es el claro ejemplo, lo que no quiere decir que si el futuro depara una situación en la que nuevamente se plantee el dilema, no sea la independencia la solución propuesta.

##### 5. *¿Cómo ha nacido a la vida el nuevo Estado?*

El 5 de junio el Parlamento serbio proclamó la independencia de Serbia, dando un plazo al Gobierno de 45 días para dar los pasos pertinentes con el fin de adaptarse a la nueva situación y proceder a la transferencia de competencias.

Serbia se ha erigido en la sucesora oficial de la antes República de Serbia y Montenegro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 de la Carta Constitucional de Serbia y Montenegro, que contemplaba expresamente que, en el caso en que Montenegro se separara de la unión estatal con Serbia, los instrumentos internacionales aplicables a la República Federativa de Yugoslavia, y en concreto la resolución del Consejo de Seguridad 1244 (la relativa a Kosovo), «corresponderían y se aplicarían en su totalidad a Serbia como sucesor». Se precisaba, además, que cualquier cuestión discutible sobre los estatutos del Estados sucesor y aquel que declare su independencia se ajustarían a un procedimiento específico como, se hace constar, fue el caso de la antigua República Socialista Federal de Yugoslavia (lo que, en otro orden de cosas, nos permitiría confirmar el poco apego que siguen demostrando los Estados a los Convenios que en teoría deberían regular este tipo de cuestiones, el *Convenio sobre sucesión de Estados en materia de tratados de 1978* y sobre *sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas de 1983*, el primero en vigor, pero con escaso número de Estados parte y el segundo ni

siquiera en vigor). En consecuencia, Serbia ha heredado la pertenencia a Naciones Unidas y los tratados internacionales ratificados en su día por Serbia-Montenegro.

Ha sido, pues, Montenegro, el Estado al que ha correspondido iniciar todos los trámites necesarios para convertirse de manera oficial en Estado y ser operativo en el plano internacional. La Declaración sobre las Relaciones con la República de Serbia tras la obtención de la independencia de 13 de abril de 2006 (disponible en <http://www.vlada.cg.yu/biblioteka/1145008014.doc>) insiste en su preámbulo en el respeto a lo establecido en el artículo 60 del texto constitucional. Además, se concretan una serie de derechos para los ciudadanos de origen serbio que residen en Montenegro, como por ejemplo, el respeto de sus derechos y libertades en las mismas condiciones que a los montenegrinos, el respeto del derecho de propiedad, el reconocimiento de derechos de cuidado de salud, el derecho a pensiones y la posibilidad de elección entre la ciudadanía montenegrina o la doble ciudadanía a los ciudadanos serbios que tengan intención de vivir en Montenegro.

La República de Montenegro aprobó, además, un *Plan de acción para el funcionamiento como Estado independiente* (en <http://www.vlada.cg.yu/biblioteka/1147696444.doc>) de 6 de abril de 2006 en el que se preveían tres fases: la fase 0 (hasta la celebración del referéndum); la fase I (desde el 21 de mayo al 15 de julio) y la fase II (hasta el 1 de noviembre). El Plan contempla las actividades prioritarias para que el Gobierno empiece a funcionar, siendo la mayoría competencia del Ministro de AAEE (comunicación con otros Estados), Ministro de Interior (circulación de ciudadanos) y de Economía (fondos, presupuestos). En cada fase se desarrollan las actividades concretas que deberán acometerse, siendo la fase II aquella en la que Montenegro se fijó empezar a funcionar como auténtico Estado en el plano internacional, contemplándose de manera expresa el proceso de reconocimiento y el establecimiento de relaciones diplomáticas, la admisión en organizaciones internacionales, el establecimiento de misiones diplomáticas y consulares de Montenegro, el ingreso en organizaciones sectoriales y la concertación de acuerdos con otros estados, entre otras cuestiones.

Tras la Declaración de independencia de Montenegro de 3 de junio, el Ministro de Asuntos Exteriores de Montenegro enviaba diferentes comunicados a los Estados miembros de la UE, a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, a los Estados vecinos y a los países de mayor peso en la sociedad internacional solicitando su reconocimiento, en los que se hacía constar expresamente la voluntad de respetar los principios del Derecho Internacional, de ingresar en las Organizaciones internacionales más relevantes y de respetar las libertades tradicionales y la democracia (<http://www.vlada.cg.yu/eng/mininos/index.php?akcija=vijesti&id=13796>) La lista de Estados que han reconocido a Montenegro es ya considerable (puede consultarse en <http://www.vlada.cg.yu/eng/mininos/>), siendo Italia el primer Estado en hacerlo de manera oficial el 15 de junio (día en que también se producía el reconocimiento de Serbia).

En lo que respecta a España, el Consejo de Ministros aprobó el 16 de junio de 2006 un Acuerdo por el que se toma conocimiento de la continuación de las relaciones diplomáticas de España con la República de Serbia y se autoriza el reconocimiento de Montenegro y el establecimiento de relaciones diplomáticas a través del intercambio de cartas entre los Ministros de Asuntos Exteriores de los dos países.

España también ha tomado nota de la condición de Serbia como Estado sucesor y, por citar un ejemplo gráfico, en el Acuerdo entre España y Serbia y Montenegro hecho el 17 de mayo de 2005 pero publicado en *BOE* de 12 de julio de 2006, al final, se hace constar lo siguiente: «El presente Acuerdo firmado con la República de Serbia y Montenegro, entra en vigor, para la República de Serbia, como continuadora de la personalidad jurídica de la Unión estatal de Serbia y Montenegro (de acuerdo con la resolución del Parlamento serbio de 5 de junio, comunicada por nota verbal de 6 de junio y aceptada por acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de junio, por el que se toma conocimiento de las relaciones diplomáticas del Reino de España con la República de Serbia), el 30 de junio de 2006.

## 6. ¿Tiene abiertas las puertas de la Unión Europea?

La esperanza de convertirse en miembro de la UE ha sido uno de los factores decisivos para que Montenegro optara por la independencia. Ir de la mano con Serbia significaba retrasar e, incluso, paralizar esa admisión, pues la UE ya había mostrado su descontento por la escasa cooperación demostrada con el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia y en la persecución de criminales de guerra (con Mladic a la cabeza). Libre de Serbia, el futuro de Montenegro era, en principio, mucho más prometedor. De hecho, la UE ya ha mostrado su disposición a firmar con él un Acuerdo de Estabilización, diferente al serbio, que previsiblemente, entrará en vigor el primer trimestre de 2007 ([www.gom.cg.yu/eng/mininos/index-php?akcija=vijesti&id\\_16596](http://www.gom.cg.yu/eng/mininos/index-php?akcija=vijesti&id_16596)).

Sin embargo, son muchos aún los deberes pendientes antes de que Montenegro toque con la punta de los dedos el sueño europeo: consolidación de sus instituciones, reforma judicial, lucha contra la delincuencia organizada y la corrupción, reformas administrativas, reformas económicas, mejora de la libre competencia, etc... (así se reflejan en la *Estrategia de ampliación y principales retos 2006-2007*, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, doc (COM) 2006, 649 final, 08.11.2006, pp. 12, 43-44). Además, a la luz de la línea restrictiva que en materia de ampliación ha adoptado la Unión Europea en los últimos meses (sugerida por la Comisión en la mencionada Estrategia y aceptada por el Consejo Europeo de Bruselas de 14-15 de diciembre de 2006), según la cual se observará, a partir de ahora, que los Estados candidatos cumplen escrupulosamente todos los requisitos exigidos y que, además, su incorporación no será un obstáculo al desarrollo de la Unión y la puesta en práctica de sus políticas, parece que ese día se adivina cada vez más lejano o, cuanto menos, complicado.

## 7. Conclusión.

En definitiva, Montenegro ha sido el último de los Estados europeos en declarar la independencia y, de momento, también el último. Su incorporación a la sociedad internacional como un miembro más no ha supuesto, frente a lo que muchos han defendido, una modificación del principio de libre determinación de los pueblos no coloniales: Montenegro gozó en el pasado del status de Estado independiente y su independencia de Serbia no ha resultado en absoluto un proceso traumático ya que, en definitiva, se trataba de una posibilidad que las partes venían barruntando desde hacía años. La existencia del artículo 60 del texto constitucional y la circunstancia de que en los últimos años Montenegro hubiera actuado *de facto* en múltiples aspectos como un Estado simplificado, qué duda cabe, las cosas.

No será fácil el trabajo que espera a Montenegro en los próximos meses y el nuevo Gobierno (las primeras elecciones parlamentarias permitieron a Zeljko Sturanovic, aliado de Djukanovic salir elegido nuevo Primer Ministro, según recogía la prensa de 11 de septiembre de 2006), tiene muchas tareas pendientes que resolver: un alto índice de desempleo, un aparato administrativo complejo, una población con una renta mensual media de 250 euros, un complicado mosaico étnico (43,2 por 100 de montenegrinos, 32 por 100 de serbios, 11,8 por 100 de musulmanes, 5 por 100 de albaneses, 1 por 100 de croatas y 0,5 de gitanos) y un ingreso en la Unión Europea que se encuentra en la cuerda floja tras haber anunciado ésta su intención de mostrarse muy rígida en la aceptación de nuevos candidatos.

Por su parte, Serbia ha sido la gran perdedora en este proceso. Objetivamente, la independencia de Montenegro no le interesaba, por varias razones, pero fundamentalmente porque debía despedir a la zona más estable de la Confederación y enfrentarse sola a la peliaguda cuestión de Kosovo y porque, lo que quizás sea más importante, de esta manera perdía su salida al mar Adriático, con las desventajas económicas y estratégicas que esto supone. Pero, ¿acaso le quedaba otro remedio? Las circunstancias del caso, que favorecían la independencia, el respaldo de la UE y, claro está, el consentimiento de la propia Serbia, sabedora de que con tener a Montenegro era imposible, han sentenciado el proceso. A Serbia le resta ahora el difícil



reto de enfrentarse, esta vez sola, al futuro, bastante lejano, ingreso en la UE, a quien aún debe rendir muchas cuentas.

María José CERVELL HORTAL

## 2. EL CONSEJO DE MINISTROS APRUEBA LA REMISIÓN A LAS CORTES GENERALES DEL PROYECTO DE LEY GENERAL DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA PARA SU TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

A punto de cumplirse cuatro años de la catástrofe del «Prestige», el 3 de noviembre de 2006, el Consejo de Ministros decidió aprobar el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima acordando en ese mismo momento su remisión a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria (vide [http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/\\_2006/refc20061103.htm#Navegación](http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2006/refc20061103.htm#Navegación)).

La base de la que se partió para alcanzar el texto final fue la «*Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima*» elaborada por una Sección Especial constituida en el seno de la Comisión General de Codificación a iniciativa del Ministerio de Justicia. Según la *Exposición de Motivos* del referido Anteproyecto, el Proyecto de Ley que se presenta a debate trata de llevar a cabo una reforma global del Derecho Marítimo español en sentido amplio, tanto Público como Privado, para la realización de un triple objetivo. En primer lugar, este Proyecto de Ley pretende dotar al ordenamiento jurídico español de la necesaria homogeneidad con respecto al Derecho Marítimo Internacional uniforme, entendiendo por tal el aceptado por la generalidad de los países marítimos de nuestro entorno geográfico y económico (principalmente, los países de la UE y la OCDE). Un segundo objetivo consistiría en proporcionar seguridad jurídica al sector de la navegación marítima través del perfecto engarce entre la dispersa legislación española que regula la materia con la normativa internacional y europea. En tercer lugar, este Proyecto de Ley pretende reflejar la realidad práctica actual del transporte marítimo, teniendo en cuenta las consecuencias económicas y de todo orden que pueden derivarse de las modificaciones que pretende introducir. Asimismo, el objetivo uniformador que persigue este Proyecto de Ley conecta con el proceso de desarrollo de una política marítima europea que pretende reforzar la legislación existente en materia de navegación, especialmente en el ámbito del control por el Estado del puerto, supervisión del tráfico marítimo, responsabilidad de los Estados de abanderamiento, investigación de accidentes marítimos y responsabilidad de los propietarios de los buques, como ha sido puesto de relieve recientemente por la Comisión Europea [ver Comunicación «*Tercer paquete de medidas legislativas para la seguridad marítima en la Unión Europea*», COM (2005) 585 final].

El texto del Proyecto de Ley se estructura en un Título Preliminar y nueve Títulos con un total de 541 artículos, cinco Disposiciones adicionales, una Disposición transitoria, otra derogatoria y cuatro Disposiciones finales. La Propuesta que se presenta se postula como un «*macro Proyecto de Ley*» que unifica en un solo Código las normas de Derecho Público y Privado relativas a la navegación (al estilo de la *Merchant Shipping Act* inglesa). Ahora bien, abordar el tema de la navegación marítima en términos generales resulta una labor imposible en un trabajo de esta naturaleza, cuyo objetivo no es otro que informar sobre las cuestiones más relevantes en materia de navegación marítima que contiene esta propuesta normativa y, en segundo lugar, aportar algunas reflexiones en torno a los aspectos que entendemos deben ser revisados en fase parlamentaria. Por tanto, nuestro estudio se centra en el análisis y la valoración del régimen de las relaciones jurídico-públicas que surgen de la navegación, objeto de tratamiento de los Títulos Preliminar y Primero de este Proyecto de Ley, sin entrar en el examen de los aspectos jurí-

dico-privados más vinculados a la navegación comercial (contratos de utilización del buque, sujetos de la navegación, seguro marítimo), los cuales también han experimentado grandes cambios en la propuesta legislativa.

Con el objetivo de establecer las «zonas españolas de navegación» a las que serán de aplicación las normas de policía de la navegación, el Título Preliminar define y delimita los espacios marítimos españoles por donde la navegación se desenvuelve y a los que el Derecho del Mar tradicionalmente le ha asignado un distinto régimen jurídico (aguas interiores, mar territorial, zona contigua y ZEE), limitándose a trasladar las definiciones ya efectuadas en normas específicas como la *Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante* de 1992 (en adelante, LPEMM), la *Ley 10/1977, sobre Mar Territorial* y la *Ley 15/1978, sobre Zona Económica Exclusiva*. En tal sentido, el Proyecto de Ley distingue correctamente entre «aguas marítimas interiores» y «aguas continentales interiores», con lo cual se corrige el incomprensible error generado por el artículo 7.1 de la LPEMM, disposición que incluía dentro de las aguas interiores españolas «los ríos, lagos y las aguas continentales», y cuya modificación es la razón de la Disposición Final segunda. Así, el Proyecto de Ley excluye de su ámbito de aplicación espacial la navegación que se lleve a cabo «por aguas continentales interiores, no costeras ni de transición» (art. 2), que se regirá por la legislación reguladora del dominio público hidráulico, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas.

El Título I, dedicado a la ordenación administrativa de la navegación (arts. 9 a 106 del Proyecto), recoge una regulación básica, sistemática y completa de las normas de policía que regulan la navegación por las zonas españolas, incluidas las relativas a la competencia de la jurisdicción española sobre los buques extranjeros. Su contenido, estructurado en torno a diez Capítulos, está declaradamente inspirado en el DI General codificado en la *Convención sobre Derecho del Mar* de 1982 (CNUDM), así como también en las disposiciones de otros tratados internacionales sobre seguridad de la navegación y prevención de la contaminación causada por buques que han sido ratificados por España, singularmente los Convenios multilaterales adoptados en el seno de la OMI.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el Proyecto de Ley configura un régimen jurídico de la navegación de origen interno pero de general aplicación para los buques españoles y extranjeros, en atención al doble criterio de territorialidad (quedan sujetos a la Ley todos los buques que estén en zonas españolas de navegación) y del pabellón (quedan sujetos todos los buques españoles dondequiera que se encuentren). Todo lo anterior sin perjuicio de las especialidades que correspondan a los buques de Estado, sean nacionales (art. 10.2) o extranjeros (objeto del Capítulo X). A tal efecto, el artículo 8 del Proyecto de Ley excluye de su ámbito de aplicación a los buques o embarcaciones de Estado, incluidos los buques de guerra, con las salvedades establecidas en la Ley.

Por su parte, el Capítulo II se ocupa «*Del régimen de estancia en aguas interiores y en puerto*» sobre la base del principio de soberanía del ribereño en estas aguas, lo que determina la atribución a las autoridades españolas de plenas competencias para regular la navegación en esta zona. A este respecto, el texto legal ha optado por seguir el principio general permisivo, habitual en la práctica legislativa de otros Estados, en virtud del cual todos los buques que no sean de Estado, sea cual sea su pabellón, quedan en libertad para navegar por las aguas interiores españolas, ya sea para atravesarlas sin entrar en puerto (navegación lateral), ya sea para hacer escala en ellos (navegación vertical). No obstante, dicho régimen de libertad queda condicionado a la autorización de la Administración marítima en cumplimiento de la legislación española en materia de seguridad, pesca, contaminación del mar, contrabando e inmigración. Especial mención merece el régimen de acceso de los buques extranjeros a los puertos españoles abiertos al tráfico marítimo internacional. Conforme a la práctica internacional, el Proyecto de Ley parte de la plena soberanía española para promulgar leyes y reglamentos y aplicarlos en cualquiera de sus puertos así como para intervenir, administrativa y judicialmente, sobre los

buques mercantes que atraquen en los mismos, sin perjuicio del derecho de acceso que tienen los buques con pabellón comunitario en aplicación de las libertades comunitarias de circulación de mercancías y de personas. En cambio, para los buques de Estado se exigirá autorización, mientras que para la estada en puerto de los buques de propulsión nuclear la propuesta legislativa se remite al régimen dispuesto en la *Ley 25/1964 de Energía Nuclear*. Por supuesto, estas competencias incluyen el ejercicio de la jurisdicción civil y penal por parte de los órganos jurisdiccionales españoles mientras el buque extranjero permanezca en los puertos o demás aguas interiores, incluso si los han abandonado y se encuentran en el mar territorial español, en ejercicio del derecho de persecución (art. 20). Por su parte, el artículo 21 recoge la excepción consagrada en la práctica internacional denominada «*la paz del puerto*», en cuya virtud el Estado rector del puerto se abstendrá de intervenir sobre los buques extranjeros cuando el hecho cometido a bordo afecta exclusivamente al orden interior del buque y a ciudadanos extranjeros. No obstante, esta excepción no puede ser invocada frente al ejercicio por las autoridades marítimas españolas de sus competencias de control, inspección y detención de buques por razones de seguridad de la navegación o de la protección del medio marino pues, en estos ámbitos, el Estado del puerto podrá adoptar todas las medidas administrativas necesarias para impedir que los buques mercantes extranjeros zarpen de sus puertos (art. 19 del Proyecto en relación con el art. 219 de la CNUDM). Sobre estas bases ha sido elaborado el Capítulo II, cuyas disposiciones se ocupan del régimen y condiciones de entrada en los puertos españoles (arts. 13 a 15), de estancia (arts. 16 a 29) y salida de los mismos (el despacho de buques de los arts. 30 y 31), y otros problemas específicos de la práctica cotidiana como el polizonaje (art. 17), los buques inactivos o abandonados (arts. 25 y 26) y la indemnización por daños causados al demanio marítimo y portuario (art. 28).

Resulta novedoso lo referente al tratamiento de los polizones. En efecto, según el artículo 17 el capitán de un buque que se dirija a puerto español en el que se encuentren polizones deberá informar con antelación suficiente de su presencia a la Administración marítima pues, salvo por razones humanitarias, los polizones no podrán ser desembarcados en puerto español, debiendo quedarse en el buque hasta su entrega a las autoridades competentes en materia de inmigración (art. 17.1). Ahora bien, en ningún caso podrá obligarse al capitán a retenerlos a bordo ni a repatriarlos al puerto de origen, salvo que se trate de buques dedicados exclusivamente al transporte de pasajeros (párf. 2). En cambio, se establece la obligación solidaria a cargo del naviero y el consignatario del buque que transporte polizones para satisfacer el coste de su manutención, alojamiento y repatriación, pudiendo la Administración marítima ordenar la prestación de garantía suficiente (incluida la retención del buque en puerto). Estas obligaciones se entienden «sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal del capitán u otros miembros de la dotación cuando hubiera connivencia en el embarque de polizones» (art. 17.4). Queda patente, por tanto, el refuerzo del control portuario sobre la inmigración ilegal que representa el polizonaje, evitando así que el polizón que llegue a puerto no tenga una especie de derecho de acceso a territorio español, y para ello se responsabiliza a los capitanes tanto de la vigilancia en el embarque de polizones como de la necesidad de proporcionarles un trato digno durante su estancia en el buque. Claro que la prohibición de desembarco puede desembocar en prácticas que faciliten la llegada a puerto del polizón, bien instándole a que salte al agua a pocas millas de la costa o que el trato dado al polizón suscite las «razones humanitarias» que obliguen a las autoridades portuarias a admitir el desembarco. Situaciones que no son desconocidas por las mafias que se dedican al tráfico de inmigrantes y sobre las que deberán arbitrase soluciones en trámite parlamentario.

De otra parte, a través del Capítulo III (arts. 32 a 40) se agrupan una serie de normas que, si bien tienen naturaleza heterogénea, se dirigen a regular la navegación por las distintas zonas españolas. Con carácter general, el artículo 32 enuncia el principio de la libertad de navegación, modulado por lo dispuesto en el artículo 33, que introduce ciertas excepciones, algunas

de las cuales (actividades ilícitas y tráfico prohibidos) ya habían sido contempladas por la LPEMM. Por su parte, el artículo 35 regula la obligación de exhibición del pabellón como signo externo de la nacionalidad del buque, y la obligación de los submarinos de navegar en superficie en las aguas interiores o en el mar territorial español. El artículo 37 se refiere a las especialidades que plantea la navegación de buques pesqueros, limitándose a efectuar una amplia remisión a la legislación pesquera, mientras que los arts. 38 y 39, se ocupan, respectivamente, de las actividades de los buques dedicados a la investigación científica y de su cese, estableciendo un régimen de general aplicación a todas las zonas españolas de navegación que pretende ser plenamente conforme con la Convención de 1982. De conformidad con este último régimen convencional, se ha establecido el régimen jurídico de la navegación en la zona contigua (art. 36). Este régimen no puede ser otro que el vigente para las aguas de superposición, esto es, el que rige en la ZEE española, pero con la particularidad de que en la zona contigua, además, las autoridades españolas tienen la potestad de adoptar las medidas de fiscalización necesarias para prevenir las infracciones de las leyes y reglamentos en determinadas materias (aduaneras, fiscales, de inmigración o sanitarias) o para prevenir los expolios (la retirada sin su autorización de objetos arqueológicos o históricos del lecho y subsuelo de su zona contigua es considerada una infracción, según prevé el 36.2 en relación con el art. 303.3 de la CNUDM).

Por otro lado, el Capítulo IV, titulado «*Del Derecho de paso inocente por el mar territorial*», lleva a cabo una reglamentación general del derecho que tiene cualquier buque extranjero, sea mercante o de Estado, a navegar por el mar territorial español siempre que dicha actividad sea constitutiva de un paso inocente. Aunque este *derecho de paso inocente* ya había sido reconocido, de forma indirecta y en relación a los buques de guerra, en la *Orden 15/1985*, del Ministerio de Defensa (sobre la misma puede verse el trabajo de Díez-Hochleitner, J., «Régimen de navegación de los buques de guerra extranjeros por el mar territorial español y de sus escalas en puertos españoles», *REDI*, vol. XXXVIII (1986), núm. 2, 543-569, pp. 546-549), el Proyecto de Ley recoge los requisitos, prohibiciones y matizaciones que comporta el paso inocente por el mar territorial español así como las reglas sobre competencia de los órganos jurisdiccionales españoles respecto a los buques que naveguen por nuestro mar territorial. Así, por ejemplo, el paso inocente no contempla el fondeo y la detención, salvo en la medida en que constituyan incidentes normales de la navegación (averías) o sean impuestos al buque por fuerza mayor o dificultad grave, o bien se realicen con el fin de prestar auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro (art. 34 de la Ley en relación con el art. 18.2 de la CNUDM). Por supuesto, las autoridades españolas no deben permitir el comportamiento ofensivo (espionaje, actos hostiles, etc ...) al amparo del paso inocente, estando el Gobierno facultado para suspender el paso en «determinadas zonas» del mar territorial cuando sea necesaria para la defensa del interés nacional y la seguridad de la navegación, dándole la debida publicidad internacional (art. 46). En cambio, el texto del Proyecto exige la autorización respecto al sobrevuelo de las aeronaves extranjeras por las aguas interiores y el mar territorial español, de conformidad con las leyes aeronáuticas y los tratados que regulan esta materia. En suma, examinando el régimen de paso inocente por el mar territorial que establece el Proyecto, entendemos que la aplicación del mismo a las diferentes categorías de buques contempladas en los artículos 41 (mercantes y de Estado) y 44 (los que contemplan riesgos especiales) no plantea problema alguno, pues tal régimen no se aparta del régimen general de paso inocente aplicable a todos los buques extranjeros.

Respecto al ejercicio de la jurisdicción civil sobre los buques extranjeros, el Proyecto se limita a incorporar literalmente lo establecido en el artículo 28 de la CNUDM en relación con las personas que se hallen a bordo del buque. Sin embargo, por lo que respecta al ejercicio de la jurisdicción penal de los órganos españoles, el artículo 48 establece una doble remisión al disponer que el ejercicio de aquella se regirá por las normas de la LOPJ, sin perjuicio de lo que

puedan establecer los tratados internacionales en la materia. No se entiende, en cambio, el tenor del artículo 49, cuya redacción obliga a una labor interpretativa adicional pues, según este precepto, los órganos jurisdiccionales españoles podrán proceder a una instrucción preliminar (a petición del capitán, representante diplomático o consular), en relación «con delitos previstos en el artículo anterior», el 48, el cual no menciona expresamente delito alguno, por lo que dicha previsión debe ser entendida por remisión a lo dispuesto en el artículo 27 de la CNUDM. Esta redacción confusa que remite de manera genérica a normas internacionales sin especificarlas debería ser clarificada en fase parlamentaria.

Por lo que se refiere a la seguridad de la navegación marítima, el Capítulo V introduce por vía interna una reglamentación sobre seguridad relativa a los peligros exógenos al buque y a su carga inspirada en el Convenio SOLAS/74 (en particular, en el Capítulo V de su Anexo), y que resulta extensiva en su aplicación a cualquier buque, pertenezca o no a un Estado parte en dicho Convenio. Por lo demás, el Capítulo VI se ocupa exclusivamente de la contaminación procedente de buques o artefactos navales, como corresponde a una Ley de navegación marítima. Queda, por tanto, al margen de esta regulación la llamada contaminación «telúrica» (desde tierra hacia el mar) así como la contaminación efectuada desde las «aguas continentales interiores», que se regirán por la legislación reguladora del dominio público hidráulico.

Desde la perspectiva de la protección del medio marino español contra la contaminación, el Proyecto de Ley configura un marco general aplicable a la contaminación causada por buques que es expresión de la CNUDM (en concreto, de su Parte XII) y, muy especialmente, de las reglas y estándares internacionales aceptados de manera general y recogidos en los convenios multilaterales más relevantes adoptados en el seno de la OMI. Esta regulación convencional se hace visible, por ejemplo, a la hora de definir la prohibición general de contaminación y sus excepciones (art. 67); o cuando se distingue entre varias formas de contaminación, ya sea de carácter operacional, cuya definición se toma directamente del *Convenio MARPOL 73/78* (art. 64); ya se trate de contaminación por vertidos, inspirada en el *Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias* de 1972 (Convenio LDC/72); o bien de contaminación accidental, de tanta significación en el caso de hidrocarburos y específicamente regulada por el *Convenio sobre intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos* de 1969; así como, en otros aspectos, por el *Convenio sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos* de 1990 (Convenio OPCR/90), completado por el Protocolo de 2002. Precisamente, es el Convenio OPCR/90 el instrumento que inspira las obligaciones básicas contenidas en los artículos 71 a 74 (elaborar planes de preparación contra la contaminación, de emergencia a bordo, obligación de los capitanes de notificar actos de contaminación a la autoridad competente, medidas de colaboración internacional, entre otras) y las hace extensibles a todos los buques que naveguen por las zonas españolas destinadas al efecto.

En cuanto a la responsabilidad civil por contaminación, la regulación interna otorga preferencia a la aplicación de los convenios más relevantes en la materia ratificados por España, a saber, el *Convenio CLC* de 1969, que regula la responsabilidad civil por daños por hidrocarburos, y el *Convenio sobre constitución de un fondo de indemnización por hidrocarburos* de 1971 (Convenio del Fondo), enmendados por última vez en 1992. Estos convenios establecen un esquema de responsabilidad civil estricta, objetiva o sin culpa, que recae sobre el propietario del buque o titular del uso del artefacto (arts. 452 y 453), con obligación de seguro obligatorio al respecto (art. 456). Así, fiel a su objetivo armonizador el Proyecto introduce el régimen previsto en los *Convenios CLC* y del *Fondo* exclusivamente para los supuestos de contaminación por hidrocarburos o productos peligrosos no regulados en los convenios de referencia.

Como es tradicional en el Derecho Marítimo, el Título VII contempla las reglas relativas a la limitación de responsabilidad ante las reclamaciones nacidas de un mismo accidente siempre que los titulares de este derecho lo invoquen ante los órganos jurisdiccionales españoles

(*forum limitationis*). A la hora de elegir un modelo para introducir el derecho a limitar por vía interna, se ha prescindido del régimen de los Convenios de Bruselas de 1924 y 1957 (denunciados por España en marzo de 2005, tal como se recomienda en la *Memoria introductoria* que acompaña al Anteproyecto, p. 84), a favor del *Convenio internacional sobre limitación de responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo* de 1976 y su Protocolo modificativo de 1996 (LLMC/76/96), éste último recientemente ratificado, en atención al criterio de que se trata del régimen convencional que goza de mayor aceptación entre los países de nuestro entorno socioeconómico y ofrece mayor seguridad jurídica (pues sigue el sistema objetivo de baremo o tarifa). Al propio tiempo, se han previsto las reglas procesales específicas para limitar la responsabilidad por créditos marítimos, facultad que el Convenio LLMC/76/96 deja a los Estados, y que es objeto de todo el Título IX. En lo que atañe a la búsqueda y salvamento de vidas, el Capítulo VII recoge principalmente el régimen internacional contenido en el *Convenio sobre búsqueda y salvamento marítimos* de 1979 (Convenio SAR/79), del cual España también es parte.

Por otro lado, a través del Capítulo VIII se sistematizan las potestades ejecutivas que corresponden a las autoridades españolas en materia de interceptación, inspección y detención de buques, bien sea en su condición de Estado del pabellón (buques nacionales) o bien en la de Estado ribereño o del puerto (buques extranjeros). En relación con estos últimos, debe destacarse las «Medidas generales y especiales de intervención» previstas en la Sección 1.<sup>a</sup>, las cuales parecen legitimar ciertas interferencias a la navegación en la ZEE española. En efecto, según el artículo 82 del Proyecto, España podrá adoptar todas las medidas pertinentes a los efectos de salvaguardar la seguridad de la navegación, de prevenir la contaminación en sus zonas de navegación (lo que incluye también la ZEE) y de velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos aplicables, incluyendo la visita, inspección, el apresamiento y la incoación de procedimientos judiciales. A tal efecto, la Administración marítima podrá obligar al buque infractor a cumplir las medidas coercitivas que resultaren necesarias y proporcionales, pudiendo acceder a bordo del buque; con este fin, la Administración marítima podrá solicitar la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, quienes, a su vez, podrán emplear incluso el «uso de las armas» (art. 83.4), facultad de dudosa compatibilidad con la libertad de navegación en la ZEE y con la prohibición del uso de la fuerza que rige en el DI contemporáneo. La Sección 2.<sup>a</sup>, por su parte, recoge el «derecho de persecución» previsto en el artículo 111 de la CNUDM y extiende su aplicación a todas las zonas españolas de navegación, especialmente cuando sea en respuesta a una infracción de las normas relativas a la protección de los recursos marinos y a la lucha contra la contaminación (art. 88.3); mientras que la Sección 3.<sup>a</sup> impone obligaciones a navieros y capitanes de buques españoles por diversas causas de interés social, perfeccionando lo previsto en el artículo 83.2 de la LPEMM, que se deroga. En particular, se mantiene la posibilidad del salvamento obligatorio de vidas, así como la colaboración de navieros y capitanes en operaciones de salvamento de bienes o de lucha contra la contaminación, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan (art. 91). El Capítulo IX, en fin, actualiza el régimen jurídico de la remoción de buques, derogando el previsto en el artículo 107 la Ley de Puertos del Estado. Entre sus novedades figura la propia definición de remoción, que se identifica con la extracción de interés general de buques naufragados o de bienes hundidos para remover un peligro o inconveniente de la navegación (art. 92), la remoción de buques o bienes no identificados (art. 98), y el carácter absolutamente privilegiado del crédito de titularidad pública que nace de la remoción (art. 97.2).

Por su parte, el Capítulo X ofrece una regulación uniforme sobre el régimen de los «buques extranjeros de Estado» sobre la base del principio de inmunidad soberana, pues esta categoría de buques quedan sujetos únicamente a la jurisdicción del Estado de su pabellón (art. 101). Ahora bien, aunque los buques de Estado, y especialmente los de guerra (definidos en el art. 8.3) gozan de inmunidad, deben respetar las prescripciones del ribereño relativas al paso

por el mar territorial español. Caso contrario, serán invitados a su cumplimiento y, de no hacerlo, a abandonar inmediatamente el mar territorial (art. 105 en relación con el art. 30 de la CNUDM). Además, el Estado del pabellón incurrirá en responsabilidad internacional por cualquier pérdida o daño que sufra el ribereño como resultado del incumplimiento por uno de estos buques de leyes y reglamentos españoles relativos al paso inocente. En este sentido, los submarinos y cualesquiera otro vehículo sumergible deberán navegar en superficie y enarbolar su pabellón (art. 104). En cualquier caso, la plena soberanía del ribereño en sus aguas interiores no se ve afectada ante los buques de Estado, lo que justifica las autorizaciones previstas en el artículo 102 del Proyecto de Ley.

Sin embargo, las novedades más importantes respecto a la situación normativa actual se refieren al Salvamento Marítimo, materia regulada por la *Ley 60/1962 de auxilios, salvamentos, hallazgos y extracciones marítimas de 24 de diciembre*, que se inspira directamente en el Convenio sobre Salvamento de 1910. En lugar de seguir la regulación prevista en este último Convenio (denunciado recientemente por España), el Proyecto ha optado por incorporar a nuestro ordenamiento la regulación del *Convenio sobre salvamento marítimo* de 1989, ratificado en 2005 (y en vigor desde marzo de 2006), especialmente significativa en un país que cuenta con una de las costas más peligrosas y transitadas del planeta. Así, conforme al Convenio de 1989, en materia jurisdiccional el Proyecto atribuye competencia plena a la jurisdicción civil española para conocer de las reclamaciones por salvamento (salvo los bienes abandonados en el mar o de propiedad desconocida y los expedientes que estén tramitándose a la entrada en vigor de esta Ley, cuya resolución seguirá rigiéndose por el procedimiento administrativo de la Ley de 1962). Además, constituyen mejoras técnicas relevantes la articulación de un amplio concepto de salvamento (aunque no se considera tal el realizado en «aguas continentales no marítimas»), la habilitación del capitán y naviero para celebrar contratos de salvamento en nombre del propietario de los bienes transportados (art. 420.2), o la alteración de la regla tradicional de que es el naviero el deudor del premio del salvamento para dar entrada a las demás partes responsables como el naviero y el cargador, en la cuota que les corresponda a cada uno (art. 424). Sin embargo, estas mejoras no alcanzan la trascendencia de la introducción del «interés público» en la conservación del medio ambiente como elemento operativo del salvamento, hasta ahora ignorado en la Ley de 1962. La presencia e influencia de ese interés público es constante en el Proyecto (véase, entre otros, los arts. 420, 422, 423 y 424), gracias a su consideración como un elemento que incrementa, en su caso, el premio a percibir por los salvadores cuya pericia haya evitado o reducido el daño ambiental [art. 425 b)]. Al mismo tiempo, se reconoce legislativamente la figura de la «compensación especial» (pagadera por el naviero y el propietario hasta un tope máximo del 100 por 100 de los gastos efectuados por el salvador), para incentivar operaciones de salvamento que de otro modo podían no emprenderse por falta de recompensa a sus esfuerzos (art. 429). Además, y con independencia de la posibilidad de recurrir al embargo preventivo de buques y bienes [art. 537, c)], se establece el derecho de retención del salvador sobre dichos bienes en tanto no se le garantice adecuadamente el premio que pudiera corresponderle (art. 433). En este orden de cosas, el Proyecto propone la creación de las Juntas Arbitrales Marítimas dedicadas a conocer los premios por salvamento y de las remuneraciones por remolques de fortuna, salvo que los interesados prefieran la jurisdicción civil ordinaria. En cualquier caso, ese interés público está presente a lo largo de todo el Proyecto de Ley. Sirva de ejemplo el artículo 250, precepto que concede primacía al «criterio profesional» del capitán a la hora de tomar decisiones en materia de seguridad marítima y de protección del medio marino con el fin de hacer primar estos últimos intereses frente a los estrictamente comerciales, poniendo al capitán al abrigo de posibles represalias del naviero (sanciones o despido); o en la posibilidad de realizar remociones en la ZEE por razón de la protección de los recursos naturales o del medio marino (art. 93).

En términos generales, la propuesta legislativa que se presenta a tramitación parlamentaria es conforme con el DI convencional en cuanto pretende que nuestra legislación se armonice con los contenidos de los principales convenios marítimos ratificados por España. Por ello, al final de la *Memoria introductoria* que acompaña al Anteproyecto, y por vía de «recomendación adicional», se instaba a la Administración española para que denunciara hasta cinco convenios y ratificara otros cinco (lo que ha sucedido en parte, entre febrero de 2004 y mayo de 2005, con tres denuncias y dos ratificaciones). En definitiva, la regulación que se propone a las Cortes para su tramitación permitirá una mayor intervención de la Administración española en la defensa de los intereses medioambientales y costeros (lo que resulta lógico después de catástrofes como las que provocaron en su día el hundimiento del *Erika* o el *Prestige*), debido a la especial relevancia que en la misma cobra la seguridad de la navegación y la protección del medio ambiente en las zonas españolas abiertas a la navegación.

Millán REQUENA CASANOVA

### 3. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA BIOPROSPECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS DE LOS FONDOS OCEÁNICOS FUERA DE LOS LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL

Los avances de la ciencia y la tecnología facilitan la aparición de nuevos usos de los océanos y, como resultado, provocan un desarrollo continuo del Derecho del mar. Un ejemplo reciente de nuevo uso de los océanos es la llamada *bioprospección* marina. Desde un punto de vista jurídico, una de las cuestiones más controvertidas es la de garantizar el uso sostenible y equitativo de los recursos genéticos situados en los fondos marinos fuera de los límites de la jurisdicción nacional (la Zona). Si bien la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CNUDM) no se ocupa específicamente de los recursos genéticos de mares y océanos, incluye disposiciones para la protección del medio ambiente marino en general y de los recursos vivos marinos y otras formas de vida marina en particular. La CNUDM constituye un marco jurídico general para regir todas las actividades en los océanos y es en ese marco en el que debe desarrollarse el régimen aplicable a la actual investigación científica marina –incluida la *bioprospección*– y la futura exploración y explotación de los recursos genéticos. Es importante subrayar, también, la naturaleza complementaria de las disposiciones de la CNUDM y del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) en torno a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica marina y costera.

En las zonas situadas dentro de la jurisdicción nacional, las disposiciones de la CDB se aplican tanto a los «componentes de la diversidad biológica» –incluidos los recursos genéticos–, como a los «procesos y actividades que pueden tener repercusiones adversas en la diversidad biológica». Sin embargo, en zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional –Alta mar y Zona– las disposiciones del CDB sólo se aplican a actividades y procesos llevados a cabo dentro de la jurisdicción o control de un Estado parte que pueden tener repercusiones adversas en la diversidad biológica. Puesto que carecen de soberanía o jurisdicción sobre los recursos, las Partes no tienen obligación directa respecto de la conservación y utilización sostenible de componentes específicos de la diversidad biológica en zonas fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Por lo tanto, el CDB subraya la necesidad de que haya cooperación entre las Partes «en lo que respecta a las zonas no sujetas a jurisdicción nacional... para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica» (art. 5, CDB).

A pesar de que una aplicación conjunta de las disposiciones de la CNUDM y del CDB pudiera ser satisfactoria en relación con la conservación y utilización sostenible de la biodiver-



sidad marina, hay una importante laguna legal en torno a las actividades orientadas hacia fines comerciales relativas a los recursos genéticos marinos en la Zona, es decir, su explotación económica y comercial (vide Doc. UNEP/CBD/SBSTTA/8/INF/3/Rev.1).

Entre los distintos enfoques que pueden seguirse para dar una respuesta a la actual incertidumbre jurídica en torno al estatuto jurídico de los recursos genéticos de la Zona lo que proponemos es que sean incluidos en el patrimonio común de la humanidad, es decir, dentro del ámbito de aplicación de la Parte XI de la CNUDM y del Acuerdo relativo a su aplicación de 1994 (el Acuerdo de 1994), con las consecuencias normativas e institucionales que se derivarían de ello: la no apropiación o ejercicio de soberanía o derechos soberanos sobre los recursos genéticos (art. 137); su exploración y explotación en beneficio de toda la humanidad, teniendo especialmente en cuenta los intereses de los Estados en desarrollo (art. 140) y según el sistema de exploración y explotación diseñado en la Parte XI y el Acuerdo de 1994; su utilización por todos los Estados con fines pacíficos (art. 141); y la protección del medio marino frente a las actividades en la Zona (art. 145). En el plano institucional supondría que las actividades en la Zona serán organizadas y controladas por los Estados partes a través de la Autoridad internacional de los fondos marinos (la Autoridad), la cual dispondrá la distribución equitativa de los beneficios económicos y otros beneficios derivados de las actividades de explotación (arts. 157 y 140).

La ampliación del ámbito de aplicación de la Parte XI –negociada bajo el presupuesto de que el único interés comercial de los fondos oceánicos era la explotación de los recursos minerales, especialmente los nódulos polimetálicos– para incluir otros recursos como los recursos genéticos –organismos vivos– plantea numerosas cuestiones cuyo análisis excede con mucho del objeto del presente escrito, por lo que nos centraremos en las siguientes: 1) La calificación de los recursos descubiertos como recursos genéticos y la cuestión de su estatuto jurídico –excluidos de la definición de recursos de la Zona–; 2) Los problemas de delimitación de la Zona a los efectos de la ubicación de los recursos genéticos dentro o fuera de la jurisdicción nacional; 3) La identificación de las actividades comprendidas dentro del concepto de *bio-prospección* y la competencia de la Autoridad al respecto.

1) Según la comunidad científica, los avances en el sector de la biotecnología marina permitirán que muchos microorganismos que se encuentran en entornos marinos puedan proporcionar nuevos productos y procesos para su utilización en numerosos sectores. La biomasa de bacterias constituye un prometedor depósito de moléculas que puede utilizarse en los ámbitos de la salud, la farmacología, la cosmetología, el medio ambiente y la química (Doc. A/60/63/Add.1, párr. 79).

Por lo que se refiere a la cuestión de la calificación de los microorganismos descubiertos en la Zona como «recursos genéticos» podemos tomar como referencia las definiciones que aporta el CDB. Según el artículo 2 los recursos biológicos comprenden «los recursos genéticos, organismos o partes de ellos, poblaciones, o cualquier otro componente biótico de los ecosistemas que tengan una utilización o valor real o potencial para la humanidad». Los recursos genéticos, en particular, se definen como «material genético de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo con valor real o potencial»; y, por material genético se entiende «todo material que contenga unidades funcionales de la herencia». Habida cuenta de los últimos avances en el campo de la genética, se sabe ahora que cada célula de cada organismo vivo contiene «unidades funcionales de la herencia». Cabría entonces llegar a la conclusión de que los recursos genéticos pueden comprender semillas, gametos de animales, esquejes u organismos, así como ADN extraído de una planta, animal o microbio, como un cromosoma o un gen, que, por sus características genéticas tienen valor real o potencial para los seres humanos. Los organismos vivos –sedentarios o no sedentarios– hallados en los fondos oceánicos a los que hemos hecho referencia entrarían, por tanto, dentro de la definición de recursos genéticos marinos.

En cuanto al estatuto jurídico de los recursos genéticos de la Zona, es bien sabido que no se encuentran sujetos al régimen que se establece en la Parte XI y el Acuerdo de 1994, cuyas disposiciones se aplican a «todos los recursos minerales sólidos, líquidos o gaseosos *in situ* en la Zona, situados en los fondos marinos o en su subsuelo» [art. 133 (a) CNUDM]. Al tratarse de organismos vivos y al encontrarse fuera de la jurisdicción nacional de los Estados ribereños cabría afirmar la aplicabilidad de la Parte VII de la CNUDM relativa a la alta mar, en consecuencia, la libertad de la alta mar sería aplicable a los recursos genéticos de los fondos marinos. Por tanto, se aplicarían las disposiciones de la Sección 2.<sup>a</sup> relativas a la conservación y utilización de los recursos vivos de la alta mar. Esta solución no nos parece apropiada por lo que la posición que aquí defendemos es que los recursos genéticos de la Zona, por motivos que expondremos a continuación, deben ser considerados como parte del patrimonio común de la humanidad.

En primer lugar, el artículo 136 de la CNUDM considera que «la Zona y sus recursos son patrimonio común de la humanidad». En tanto en cuanto la Zona como espacio geográfico y no sólo sus recursos (minerales) es patrimonio común, deberían incluirse en esta especial naturaleza jurídica todos los recursos naturales que se encuentran en contacto físico con ella, susceptibles de explotación comercial, incluidos los microorganismos. Esta opinión encuentra su fundamento en la relación simbiótica existente entre, por ejemplo, los respiraderos hidrotermales –donde se localizan organismos vivos de alto valor comercial–, los recursos minerales que allí se originan y los ecosistemas que nacen asociados a los mismos. Es sabido que cualquier actividad de investigación científica marina, prospección, exploración o explotación de los recursos minerales que se encuentran en los respiraderos hidrotermales afecta irremediablemente a los recursos genéticos y viceversa. Un régimen jurídico integral que tenga en cuenta de forma conjunta todas las actividades de prospección, exploración y explotación que se lleven a cabo en la Zona garantizará de forma más efectiva el equilibrio entre la conservación de la diversidad biológica y la explotación comercial de los recursos.

En segundo lugar, el proceso de negociaciones de la CNUDM demuestra que la referencia exclusiva a recursos minerales en el artículo 133 de la CNUDM se debe a la falta de interés comercial en aquel momento por otro tipo de recursos, en consecuencia, su lenguaje debería adaptarse a las nuevas circunstancias. Pero además existen otros motivos para defender la consideración de todos los recursos de la Zona –recursos minerales y recursos vivos sedentarios o no– como patrimonio común de la humanidad. Es obvio que la libertad de pesca, tal y como se entiende tradicionalmente y como ha sido codificada en la Parte VII de la CNUDM en relación con los peces, crustáceos o mamíferos, no resulta apropiada para la adquisición y utilización de recursos genéticos, especialmente los microbios, por razones de su propia naturaleza y las técnicas y equipos utilizados. Por otro lado, la afirmación de una nueva libertad de la alta mar al amparo del artículo 87 CNUDM no garantizará el objetivo de una explotación justa y equitativa de esos recursos genéticos. La historia se repite y, como ocurría en los años sesenta con los nódulos polimetálicos, sólo un grupo de Estados altamente industrializados poseen la capacidad tecnológica y financiera para acceder directamente y explotar lo que ha sido denominado «*the next grant prize in the global race for natural resources*» (vide BROAD, W. J., «Hot Bugs, Minerals and Other Deep-Sea Riches», *International Herald Tribune*, 18 November 1993). Cabe expresar hoy el mismo temor que manifestara Arvid Pardo en 1967 ante la Asamblea General de las Naciones Unidas porque el rápido progreso tecnológico en los países desarrollados permitiera que ciertos recursos del fondo del océano, bajo las aguas no comprendidas en la jurisdicción nacional, «fuesen en forma progresiva y competitiva objeto de uso y apropiación nacionales» (Doc. A/6695, párrs. 2-3).

Una solución sencilla, pero políticamente controvertida, sería enmendar el artículo 133 siguiendo el modelo de la redacción del párrafo 4 del artículo 77 de la CNUDM. Del mismo modo que al definir los recursos naturales sobre los que el Estado ribereño ejerce derechos

soberanos en su plataforma continental la CNUDM incluye a «los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias, es decir, aquellos que en el período de explotación están inmóviles en el lecho del mar o en su subsuelo o sólo pueden moverse en constante contacto físico con el lecho o el subsuelo», tal referencia podría ser incluida en la definición de recursos de la Zona. Sin embargo, esta solución no resuelve el problema del estatuto jurídico de los organismos vivos no sedentarios que estarían sometidos al régimen de la alta mar, produciéndose una fragmentación en el régimen aplicable al conjunto de los recursos genéticos de la Zona. Sería necesario, por tanto, ir más allá e incluir en la definición de recursos de la Zona «todos los recursos con posibilidad de explotación comercial».

3. A la incertidumbre en torno al estatuto jurídico de los recursos genéticos de la Zona, se suma la dificultad de determinar la naturaleza jurídica del espacio geográfico en el que éstos son hallados, en muchas ocasiones entre la plataforma continental de un Estado ribereño y la Zona.

Según el artículo 1 de la CNUDM la Zona comprende «los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional». Bajo el régimen convencional la jurisdicción nacional termina en el límite exterior de la zona económica exclusiva –200 millas– y de la plataforma continental –200 millas o hasta 350 millas–, con la excepción de las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia, que no tienen derecho a zona económica exclusiva y plataforma continental, coincidiendo la línea divisoria con el límite exterior del mar territorial –12 millas– (arts. 57, 76.1, 121.3, CNUDM). Como es sabido la CNUDM utiliza dos criterios alternativos para delimitar la plataforma continental: la prolongación natural y la distancia de 200 millas marinas (art. 76.1 CNUDM). En este último supuesto, el Estado ribereño deberá, únicamente, depositar cartas e información pertinente en poder de los Secretarios Generales de las Naciones Unidas y de la Autoridad (arts. 76.9 y 84.2 CNUDM). Por el contrario, el Estado ribereño no puede establecer de forma obligatoria, es decir oponible a terceros Estados, el límite exterior de su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas sin tomar como base las recomendaciones de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC) (art. 76.8 CNUDM).

Al interpretar las complejas disposiciones del artículo 76, la CLPC ha indicado que la CNUDM exige una «prueba de pertenencia» que consiste en la demostración del hecho de que la prolongación natural de su territorio continental hasta el borde exterior del margen continental se extiende más allá de una línea trazada a una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial (art. 76.4 CNUDM). Si un Estado puede demostrar a la CLPC que la prolongación natural de su masa continental sumergida hasta el borde exterior de su margen continental se extiende más allá de las 200 millas marinas establecidas con arreglo al criterio de la distancia, el límite exterior de su plataforma continental podrá trazarse mediante la aplicación del complejo conjunto de normas descrito en los párrafos 4 a 10 del artículo 76. Por el contrario, si un Estado no lo demuestra a la CLPC, el límite exterior de su plataforma continental se traza automáticamente hasta la distancia de 200 millas marinas. En este caso, los Estados ribereños no tienen obligación de presentar información sobre los límites de la plataforma continental a la CLPC, ni esta última está autorizada por la CNUDM a hacer recomendaciones sobre esos límites (vide Doc. CLCS/11, 13 de mayo de 1999 y Doc. CLCS/11/Add.1, 3 de septiembre de 1999).

El artículo 4 del Anexo II a la CNUDM exige al Estado ribereño que presente las características del límite exterior de su plataforma continental, junto con información científica y técnica de apoyo lo antes posible, y en todo caso dentro de los 10 años siguientes a la entrada en vigor de la CNUDM respecto de ese Estado. Para los Estados ribereños que habían ratificado o se habían adherido a la CNUDM antes de su entrada en vigor el plazo finalizó en el 2004. Para el resto de los Estados partes, entre ellos, la mayoría de los Estados industrializados, el plazo finaliza entre el 2004 y el 2008. Se calcula que las zonas que sobrepasan las 200 millas

marinas ocupan 14.9 millones de km<sup>2</sup> y sólo 7 de las 29 zonas afectan a un sólo Estado (COOK, P. J./CARLETON, Ch. M. (eds.), *Continental Shelf Limits. The Scientific and Legal Interface*, Oxford University Press, 2000, p. 68).

Actualmente, los Estados ribereños están realizando los estudios necesarios para aplicar el artículo 76, sobre todo encaminados a obtener datos geofísicos y geológicos relativos al margen continental. Solamente la Federación de Rusia (2001), Brasil (2004), Australia (2004), Irlanda (2005) y Nueva Zelanda (2006), han presentado su demanda ante la CLPC. España, Francia, Irlanda y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte son los primeros Estados ribereños que han presentado una solicitud conjunta para establecer los límites exteriores de su plataforma continental en el área del Mar Céltico y el Golfo de Vizcaya que se encuentra más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de cada Estado a partir de las cuales se mide la anchura de sus respectivos mares territoriales (vide el sitio de la CLPC: [http://www.un.org/Depts/los/clcs\\_new/clcs\\_home.htm](http://www.un.org/Depts/los/clcs_new/clcs_home.htm).)

Como consecuencia, y por el momento, los límites de la Zona se encuentran en proceso de delimitación, proceso que puede durar años, dificultando así en determinadas áreas controvertidas la tarea de determinar si las actividades de *bioprospección* de recursos genéticos en los fondos marinos profundos se regulan por las legislaciones nacionales de los Estados ribereños o se encuentran sin regular (régimen internacional).

4. Junto a la cuestión del estatuto jurídico de los recursos genéticos de la Zona, y la delimitación de este espacio oceánico, quedaría por definir la naturaleza de las actividades de *bioprospección* a fin de determinar la competencia de la Autoridad. Ni la CNUDM ni la CDB utilizan o definen el término *bioprospección*. Dicha expresión se utiliza frecuentemente para abarcar gran número de actividades que tienen por objeto la exploración de la diversidad biológica en busca de recursos genéticos y bioquímicos con valor comercial y para referirse al proceso de reunión de datos de la biosfera sobre la composición molecular de los recursos genéticos para el desarrollo de nuevos productos comerciales (Doc. UNEP/CBD/COP/5/INF/7). En la mayoría de los casos los recursos genéticos se recogen y analizan en el marco de proyectos de investigación científica ejecutados por alianzas entre las instituciones científicas y la industria. Es en una etapa posterior cuando el conocimiento, la información y los materiales útiles extraídos de esos recursos pasan a explotarse comercialmente. Por lo tanto, la diferencia entre la investigación científica y la *bioprospección* parece basarse en la utilización del conocimiento y los resultados de esas actividades, más que en la naturaleza práctica de las propias actividades (Doc. A/60/63/Add.1, párr. 202.) Desde un punto de vista jurídico la pregunta queda en el aire: ¿la *bioprospección* marina puede ser considerada como una forma de investigación científica marina aplicada o se puede asimilar a la prospección de recursos minerales?

Los artículos 143 y 256 de la CNUDM regulan la investigación científica marina en la Zona y representan un delicado equilibrio entre opiniones contrapuestas sobre si la investigación científica en la Zona debería o no estar sometida a la jurisdicción y el control de la Autoridad. Finalmente, según el artículo 256 «todos los Estados, cualquiera que sea su situación geográfica, así como las organizaciones internacionales competentes, tienen derecho, de conformidad con las disposiciones de la Parte XI, a realizar actividades de investigación científica marina en la Zona». El artículo 143 de la Parte XI no contiene otro límite a ese ejercicio de libertad que su realización exclusivamente con fines pacíficos y en beneficio de toda la humanidad, de conformidad con la Parte XIII y teniendo razonablemente en cuenta las actividades en la Zona, es decir, la exploración y la explotación de los recursos minerales (arts. 143.1 y 147.3 CNUDM). Como contrapartida, los Estados tienen el deber de promover la cooperación internacional en la investigación científica marina en la Zona. Si bien es cierto que la Autoridad no es competente para organizar y controlar dichas actividades, está facultada para realizar directamente investigaciones científicas marinas relativas a la Zona y sus recursos, y

celebrar contratos a ese efecto. Pero además, tiene la función de promover e impulsar la realización de actividades científicas y coordinar y difundir los resultados obtenidos, haciendo especial hincapié en las investigaciones relativas a los efectos ambientales de las actividades realizadas en la Zona (art. 143.2. CNUDM).

La principal dificultad del régimen previsto para la investigación científica marina en la Zona es que no se distingue entre la investigación científica fundamental y la investigación científica aplicada –por ejemplo la *bioprospección*– como sí ocurre en la Zona económica exclusiva y en la Plataforma continental (vide párrafo 5 del artículo 246 y artículo 251 CNUDM).

Por lo que se refiere a las actividades de prospección, la Parte XI de la CNUDM y el Acuerdo de 1994 atribuyen poderes a la Autoridad casi tan extensos como los que ejerce en materia de exploración y explotación de los recursos. La Autoridad tiene el mandato de fomentar la realización de prospecciones en la Zona y para su organización, adoptará y aplicará normas, reglamentos y procedimientos elaborados y aprobados siguiendo el mismo procedimiento que los relativos a la exploración y la explotación. Al no conferir la prospección derecho alguno sobre los recursos, no se exige al prospector la conclusión de un contrato con la Autoridad, bastará una notificación con los límites aproximados del área o las áreas en que vaya a realizar la prospección junto con un compromiso satisfactorio por escrito de que el futuro prospector cumplirá la CNUDM, así como las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad concernientes a la cooperación en los programas de capacitación en ciencia marina y técnica y a la protección del medio marino. El control por parte de la Autoridad se limita a verificar el cumplimiento de dicho compromiso [reglas 2.2 y 2.1.b)]. Con el fin de proteger el medio ambiente marino ciertas áreas han sido excluidas de las actividades de prospección de nódulos polimetálicos «si existen indicios de que pueda producirse un daño grave al medio marino» (regla 2.2).

Debido a las diferencias que existen entre los ecosistemas de los depósitos de nódulos y los de sulfuros y cortezas en el contexto de un régimen de gestión de los fondos marinos sostenible, la Comisión Jurídica y Técnica de la Autoridad (Comisión) ha hecho mucho más hincapié en la protección y conservación del medio ambiente marino en el proyecto de reglamento sobre prospección y exploración de sulfuros polimetálicos y cortezas de ferromanganeso con alto contenido de cobalto en la Zona (Doc. ISBA/10/WP.1/Rev.1), que en el de los nódulos polimetálicos (Doc. ISBA/6/A/18).

5. En suma, y para concluir, ante la ausencia de un régimen jurídico específico aplicable (o ante la falta de consenso al respecto), las actividades de *bioprospección* de recursos genéticos de la Zona se están llevando a cabo, en aplicación del principio de libertad, bajo la legislación nacional del Estado del pabellón de los buques de investigación científica. Ahora bien, hay que tener en cuenta la obligación de los Estados de asegurar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional (art. 3 CDB). Es importantísimo apelar a la responsabilidad de los Estados del pabellón por las actividades de *bioprospección* que se están llevando a cabo en la Zona. Por este motivo, la Conferencia de las Partes del CDB ha invitado a las Partes y «a otros Estados» (no Partes en el CDB) a «determinar las actividades y procesos bajo su jurisdicción o control que pudieran tener un impacto perjudicial significativo en los ecosistemas y especies de los fondos marinos profundos más allá de los límites de la jurisdicción nacional» (Decisión VII/5, párr. 56).

Por lo que se refiere a las funciones que puede desempeñar la Autoridad, en la medida en que los recursos genéticos forman parte de la diversidad biológica de la Zona, resulta de aplicación el artículo 145 de la CNUDM según el cual la Autoridad tiene la responsabilidad de proteger y conservar el medio ambiente marino (incluida la diversidad biológica). Entendemos que la Autoridad tiene la obligación de proteger los ecosistemas oceánicos de los que forman parte los recursos genéticos. Por tanto, habrá que armonizar la libertad de *bioprospección* con

las funciones de conservación de la Autoridad. Por otro lado, la Autoridad tiene la obligación de promover e impulsar la realización de investigaciones científicas marinas en la Zona y coordinar y difundir los resultados de tales investigaciones y análisis cuando estén disponibles (art. 143). Es necesario conocer mejor el medio marino de los fondos oceánicos profundos para lograr una ordenación eficaz de sus recursos. Por consiguiente, consideramos que la Autoridad es una organización competente a los efectos del artículo 5 del CDB, es decir, como mecanismo a través del cual las Partes Contratantes pueden cooperar en materia de conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica de la Zona. En el marco de esta cooperación, y en tanto en cuanto la comunidad internacional acuerde un régimen jurídico aplicable a la explotación comercial de los recursos genéticos de la Zona, sería preciso que las medidas que se adopten sigan un enfoque basado en los ecosistemas y en el principio de precaución, así como examinar la posibilidad de establecer áreas marinas protegidas en la Zona, especialmente en los respiraderos hidrotermales. Estos son instrumentos que se consideran apropiados para garantizar un equilibrio entre la conservación, por un lado, y la utilización sostenible de la diversidad biológica, por otro. Ahora bien, en nuestra opinión, estos principios no son suficientes para garantizar la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos con fines comerciales, y menos aún para facilitar la participación de los países menos desarrollados en las actividades de explotación; en este sentido sería conveniente considerar los recursos genéticos como patrimonio común de la humanidad, con las consecuencias normativas e institucionales mencionadas *supra*.

Esther SALAMANCA AGUADO

#### 4. LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL APRUEBA, EN PRIMERA LECTURA, UN PROYECTO DE ARTÍCULOS SOBRE EL DERECHO DE LOS ACUÍFEROS TRANSFRONTERIZOS

##### I

1. En su 58.º período de sesiones, y tras haber dedicado tan sólo cuatro años de trabajo al tema de los «Recursos naturales compartidos», la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI), ha aprobado, en primera lectura, un «proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos» (2885.ª sesión, celebrada el 9 de junio de 2006). Dicho proyecto ha sido transmitido a los Gobiernos de los Estados, con el fin de que éstos presenten sus comentarios y observaciones antes del 1 de enero de 2008.

##### II

2. Pese a la importancia cuantitativa de las aguas subterráneas, ya que su volumen global representa cerca del 96 por 100 de las aguas dulces existentes, excluidas las congeladas (UNESCO, *Water a Shared Responsibility. The United Nations World Water Development Report*, Paris-New York, 2006, p. 128), la Convención sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de mayo de 1997 (en adelante, CCAI), incluyó en su ámbito de aplicación sólo a aquéllas de las mismas que formaran parte de un curso de agua internacional (art. 2); quedaron, por tanto, excluidas, las aguas subterráneas

que no están relacionadas con las de superficie, los denominados por la CDI «acuíferos subterráneos confinados».

3. Ello tuvo como consecuencia que la CDI incluyera, en su programa de trabajo a largo plazo, el tema de los «Recursos naturales compartidos de los Estados». Dicha inclusión fue bien recibida por varias delegaciones estatales en la Sexta Comisión de la Asamblea General (en adelante, SC), y por ello, en la primera parte de su 54.º período de sesiones (año 2002), la CDI incluyó en su programa de trabajo el tema de los «Recursos naturales compartidos», y nombró al que fuera el presidente del Grupo de Trabajo Plenario de la SC encargado de la elaboración de la CCAI, Ch. Yamada, Relator Especial (en adelante, RE). Ese mismo año el RE adelantó que, en el contexto del tema, iba a tratar las aguas subterráneas confinadas transfronterizas, el petróleo y el gas natural, y propuso hacerlo según un programa de trabajo por etapas, que iniciaría estudiando las aguas subterráneas.

4. Al año siguiente el RE, atendiendo al programa propuesto, presentó ya su primer informe sobre el tema de los «Recursos naturales compartidos» (A/CN.4/533 y Add. 1). Las dudas y preocupación que, tanto en el seno de la CDI como en la SC, se expresaron entonces en torno a los términos «recursos compartidos» y a la aplicabilidad del concepto de «compartidas» a las aguas subterráneas transfronterizas, llevaron al RE a concentrarse en el subtema de las «aguas subterráneas transfronterizas» (sin emplear el término «compartidas»), y a dedicar a las mismas, en exclusividad, su segundo informe; en el mismo, el RE proponía ya un «proyecto de convención sobre el derecho de los sistemas acuíferos transfronterizos» (fueran, o no, confinados), formado por siete proyectos de artículos, así como un marco general para la redacción de los mismos, en el que venía a reproducir el de la CCAI (A/CN.4/539, p. 4). La presentación de dicho informe ante la CDI tuvo como consecuencia que la misma acordara, en su 56.º período de sesiones celebrado en el año 2004, el establecimiento de un Grupo de Trabajo (en adelante, GT) sobre las aguas subterráneas transfronterizas, presidido por el propio RE, y la transmisión a gobiernos y organizaciones internacionales de un cuestionario sobre el tema (A/59/10, p. 81).

5. Antes de abrir su 57.º período de sesiones, el 26 de abril de 2005, la CDI ya dispuso de los comentarios y observaciones que 20 Estados y 3 Organizaciones internacionales rápidamente enviaron en respuesta al cuestionario; de los mismos, cabe destacar que todos coincidieron en afirmar que existían acuíferos en su Estado que se extendían más allá de la frontera nacional, y en negar que existieran arreglos o acuerdos con sus Estados vecinos sobre el uso u ordenación de dichos acuíferos (A/CN.4/555). Esta falta de práctica internacional no fue un impedimento para que el RE, un par de meses antes (en su tercer informe), hubiese ya propuesto un «proyecto de convención sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos», formado por 25 proyectos de artículos (A/CN.4/551); dicho informe, que no recogía referencia alguna a la práctica, advertía que las «referencias importantes a la práctica de los Estados y los instrumentos internacionales» se consignarían en una adición al mismo, adición que fue presentada al mes (A/CN.4/551, Add. 1).

6. La CDI examinó el tercer informe en su 57.º período de sesiones, en el que también estableció un segundo GT (presidido por E. Candioti, A/CN.4/L.681), con miras a que, teniendo en cuenta el debate habido en la CDI, presentara un texto revisado; éste concluyó su labor en mayo del 2006, de forma que en la 2878.ª sesión de la Comisión, celebrada en 18 de mayo de 2006, el Presidente del GT presentó el informe del mismo, que contenía en su anexo 19 proyectos de artículo revisados. La CDI, tras examinar el informe del GT, remitió los proyectos de artículo al Comité de Redacción. El examen del informe del Comité de Redacción tuvo lugar en la 2885.ª sesión de la CDI (9 de junio de 2006), cuando ésta aprobó en primera lectura el proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos, que comprendía 19 proyectos de artículo; en sus sesiones 2903.ª, 2905.ª y 2906.ª, celebradas del 2 al 4 de agosto, aprobó los comentarios a los mismos.

## III

7. A continuación haremos una breve referencia a los aspectos más relevantes del «proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos» aprobado por la CDI en primera lectura (A/91/10, párr. 75 y ss.), formado por cinco partes.

8. La Primera Parte consta de dos artículos. El artículo 1 trata del ámbito de aplicación, y dispone que el proyecto se aplica a la utilización, protección, preservación y gestión de los acuíferos y sistemas de acuíferos transfronterizos, y a otras actividades que puedan impactar en los mismos; excluidos pues, de dicho ámbito, lo están, tan sólo, los acuíferos nacionales, ya que el proyecto incluye a todo acuífero transfronterizo. Del artículo 2, dedicado a los términos empleados, destaca la importante definición de «acuífero» (formación geológica subterránea permeable portadora de agua, sustentada en una capa menos permeable y el agua contenida en la zona saturada de la formación), y su caracterización como «transfronterizo» cuando algunas de sus partes se encuentren en distintos Estados; también se definen las zonas de un acuífero (recarga y descarga), y se determina quién sea «Estado del acuífero».

9. En la Segunda Parte del proyecto, y núcleo de éste, los arts. 3 a 8 recogen los «Principios Generales»:

- en el artículo 3 se afirma la soberanía de todo Estado del acuífero transfronterizo sobre la parte del mismo ubicada en su territorio;

- en el artículo 4, el derecho-obligación de los Estados de utilizar todo acuífero transfronterizo con arreglo al «principio de la utilización equitativa y razonable», presentado a la CDI, por el Presidente del Comité de Redacción, como «the overarching principle» («Statement of the Chairman of the Drafting Committee» 9 June 2006). Los factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable, son los enumerados en el artículo 5: la población que depende del acuífero en cada Estado, las necesidades económicas y sociales de los Estados involucrados, las características naturales del acuífero, su utilización actual y potencial, y los efectos que pudiera producir, la existencia de alternativas respecto de una concreta utilización, y la protección y conservación del acuífero, junto con la función que éste desempeñe en el ecosistema con él relacionado; la determinación de qué constituye una utilización equitativa y razonable resultará de la consideración y ponderación conjunta de los factores pertinentes en cada caso, debiendo prestarse especial atención a «las necesidades humanas vitales». Advertimos que la CCAI también se refiere a éstas en su artículo 10, y en la Declaración de Entendimiento sobre la misma se indica que «al determinar las «necesidades humanas esenciales» se ha de prestar especial atención al suministro suficiente de agua para sostener la vida humana, incluidas el agua potable y el agua necesaria para la producción de alimentos a fin de impedir la hambruna» («Informe de la Sexta Comisión constituida como Grupo de Trabajo», Doc. N. U. A/51/869, párr. 8).

- la «obligación de no causar daño sensible a otros Estados del acuífero» (art. 6), obligación de comportamiento que supone que los Estados han de ejercer la debida diligencia al utilizar un acuífero, esto es, han de adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir que se cause un daño sensible a otros Estados del acuífero; cuando, no obstante, se cause daño sensible, los Estados implicados han de consultarse para ver cómo eliminar o mitigar el daño, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones de los proyectos de arts. 4 y 5.

- la «obligación general de cooperar», para lograr una utilización razonable y equitativa y una protección adecuada de los acuíferos transfronterizos (art. 7); y

- el deber de los Estados del «intercambio regular de datos e información» (art. 8), concretado a los datos geológicos, hidrogeológicos, hidrológicos, meteorológicos y ecológicos, que se encuentren fácilmente disponibles, o de hacer todo lo posible por reunirlos y producir-



los; pues una de las dificultades para establecer una cooperación internacional efectiva es la imprecisión de los conocimientos científicos acerca de los acuíferos transfronterizos.

10. La Tercera Parte, que comprende los arts. 9-13, está dedicada a la «Protección, Preservación y Gestión». En cuanto a la primera cuestión, el artículo 9 establece que los Estados protegerán y preservarán los ecosistemas, adoptando medidas para garantizar la calidad y cantidad del agua retenida en los acuíferos, así como la vertida en las zonas de descarga. Por su parte, el artículo 10, dedicado a las «zonas de recarga y descarga», obliga a los Estados a identificarlas y protegerlas, y a adoptar medidas especiales que reduzcan al mínimo los impactos perjudiciales. La obligación de los Estados de prevenir, reducir y controlar la contaminación del acuífero que pueda causar daños sensibles a otros Estados del mismo, que es una aplicación específica de los principios generales enunciados en los arts. 4 y 6, y de actuar atendiendo a un criterio de precaución, se encuentra recogida en el artículo 11.

11. En cuanto a la gestión de los acuíferos, el artículo 12 recoge el deber de vigilancia de los Estados, indispensable para gestionar adecuadamente los mismos, y anima a que las actividades de vigilancia se realicen conjuntamente; además, y con el fin de que éstas sean eficaces, se establece que los Estados han de acordar o armonizar los criterios y metodologías de vigilancia. El artículo 13, titulado «Gestión», enuncia la obligación individual de cada Estado de elaborar y ejecutar planes para la adecuada gestión de su acuífero transfronterizo, dispone que los Estados entablarán consultas sobre la misma, y prevé la eventual creación de un órgano mixto de gestión.

12. La «Parte IV», «Actividades que afecten a otros Estados», incluye un solo artículo 14, dedicado a las «actividades proyectadas» que puedan afectar a un acuífero transfronterizo y causar un efecto negativo sensible a otro Estado, y comienza obligando a todo Estado que las proyecte, sea o no del acuífero, a evaluar los posibles efectos de dicha actividad. Si la evaluación fuese negativa, el Estado deberá notificar sus conclusiones a los Estados interesados, junto con los datos técnicos y toda información disponible. La falta de acuerdo sobre el posible efecto de las actividades proyectadas, obliga a los Estados a celebrar consultas y negociaciones.

13. La última parte («Parte V»), contiene, como indica su título, «Disposiciones Diversas» (arts. 15-19), en las que se tratan distintos temas:

- La cooperación científica y técnica con los Estados en desarrollo (art. 15).
- Las situaciones de emergencia, definidas como aquellas que resultan súbitamente de causas naturales, o de un comportamiento humano, y que constituyen una amenaza inminente de daño grave para cualquier Estado, sea o no del acuífero. Cuando se produzca una de éstas, el Estado en cuyo territorio se origine ha de notificarla, rápidamente, a los demás Estados, así como adoptar inmediatamente toda medida que pueda mitigarla o eliminarla, y estos últimos han de cooperar con aquél; además, en algunos casos, la emergencia crea un régimen de excepción, pues se dispone que «cuando una emergencia constituya una amenaza para las necesidades humanas vitales, los Estados del acuífero, no obstante lo dispuesto en los proyectos de artículos 4 y 6, podrán adoptar las medidas que sean estrictamente necesarias para responder a esas necesidades» (art. 16).
- La protección en tiempo de conflicto armado (el art. 17 recuerda que los acuíferos y las instalaciones u obras gozarán de la protección que les confieren los principios y normas del Derecho Internacional aplicables en caso de conflicto armado).
- La protección de los datos e información relativos a la defensa o la seguridad nacionales (art. 18).
- Los acuerdos y arreglos bilaterales y regionales que, para gestionar un determinado acuífero, los Estados del mismo han de procurar concertar (art. 19); con dicha disposición se constata que, a diferencia de lo sucedido con las aguas de superficie, reguladas por multitud de

acuerdos bilaterales y regionales, «en relación con las aguas subterráneas ese tipo de medidas colectivas internacionales están aún en fase embrionaria, por lo que se debe preparar adecuadamente el marco de cooperación» (A/91/10, p. 275).

#### IV

14. Tras haber repasado el proceso codificador llevado a cabo por la CDI, siguiendo la cronología elemental de éste, a continuación pasaremos a realizar un análisis sistemático del mismo. Desde esta perspectiva, consideramos que son cuatro los temas o cuestiones que merecen ser destacados: el tiempo que lleva abierto el proceso codificador y el título del tema mismo, el ámbito de aplicación del proyecto provisionalmente aprobado y, finalmente, la cuestión esencial de la aptitud del tema para ser objeto de codificación oficial.

15. Si comenzamos con el elemento temporal, lo primero que cabe resaltar es la rapidez con la que se ha actuado, ya que la CDI incluyó en el año 2002 el tema de los «Recursos naturales compartidos» en su programa de trabajo y, tan sólo cuatro años después, en el año 2006, ya ha aprobado, en primera lectura, un «proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos». Dicha celeridad, además, contrasta con lo sucedido en otros procesos codificadores ya concluidos, pues la CDI ha necesitado, en otras ocasiones, entre 8 y 45 años para aprobar provisionalmente un proyecto de artículos (para los temas de las inmunidades diplomáticas y de la responsabilidad del Estado, respectivamente); en el concreto caso de los cursos de agua internacionales, que es el que guarda más semejanzas con el que ahora analizamos, fueron necesarios 21 años para que pudiera ser aprobado, en primera lectura, un proyecto de artículos.

16. Si bien no puede afirmarse relación alguna entre el tiempo empleado por la CDI en un determinado tema y el éxito o fracaso de su obra codificadora, y por ello la rapidez no ha de ser, *per se*, una nota negativa, ello no obsta a que, en este concreto caso, consideremos que, *ratione materiae*, ha sido escaso el tiempo empleado. Dado que vamos a terminar esta nota refiriéndonos al tema o materia de este proceso codificador, ahora sólo queremos constatar la apresurada manera de actuar del RE y su ímpetu por cumplir con su programa de trabajo, junto con su hábito de presentar, cada año y puntualmente, un informe, aunque éste fuera breve e incompleto; por ello, todos sus informes han tenido que ir seguidos de una adición, lo que resulta especialmente criticable en el caso del tercero, en el que propone ya un «proyecto de Convención» pero lo hace sin referencias a la práctica de los Estados. Nada que ver con aquellos informes que sobre los cursos de agua internacionales presentaron otros RE, como S. M. Schwebel o S. C. McCaffrey, informes extensos y bien documentados, que recogían toda la práctica internacional existente sobre los proyectos de artículos que proponían. Nos parece que si la CDI ha empleado sólo 4 años en llegar a esta primera lectura los motivos hay que buscarlos *intuitu personae*, pues el RE Ch. Yamada ya se caracterizó por sus «prisas» cuando presidió el Grupo de Trabajo Plenario de la SC encargado de la elaboración de la CCAI, que recordemos no ha entrado en vigor; lo que criticó más de un Estado al considerar que dicha «convención se negoció con precipitación, falta de diligencia incluso y una actitud partidista», sin buscar el consenso y con el consecuente recurso constante a la votación (Doc. N. U. A/51/PV.99, p. 8).

17. Por otro lado, el tema del proceso codificador que estamos analizando lleva por título «Recursos naturales compartidos»; ello no obstante y por los motivos arriba apuntados, la CDI decidió centrarse en el subtema de las «aguas subterráneas transfronterizas», y por eso el proyecto provisionalmente aprobado se titula «proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos». No es ésta la primera vez que la CDI, debido a la oposición mani-

festada por los Estados en la SC, ha tenido que obviar la noción de «recurso natural compartido», pues ya en 1980 los representantes estatales se opusieron a utilizar la misma en el tema de los cursos de agua internacionales, por considerar que el concepto de «recurso natural compartido era controvertido o carecía de relación con el tema», y que el mismo era «demasiado novedoso en la práctica internacional» como para que la CDI lo hiciera suyo, ya que ello dificultaría aún más su labor (*Documentos Oficiales de la AG, trigésimo quinto período de sesiones, Sexta Comisión*, 54.ª sesión, párs. 45 y ss). La preocupación que el empleo de este concepto ha vuelto ahora a causar en los Estados (en el año 2003 en la SC), nos lleva a constatar que el atractivo concepto de «recursos naturales compartidos» sigue siendo hoy tan encomiado por gran parte de la doctrina como censurado en la práctica de los Estados.

18. En cuanto al ámbito de aplicación espacial del proyecto provisionalmente aprobado, ya arriba indicamos que éste finalmente incluye a todo acuífero transfronterizo, y no sólo a los denominados por la CDI «acuíferos subterráneos confinados», que fueron los únicos excluidos del ámbito de aplicación de la CCAI. La ampliación del ámbito inicialmente propuesto vino motivada por los problemas que a los hidrogeólogos les planteaba la expresión jurídica «acuífero subterráneo confinado», pues el término «confinado», que fue empleado por la CDI en 1997 en el sentido de «no relacionado» o «no conectado» con las aguas de superficie, en Geología tiene un significado distinto (estado hidráulico en el que las aguas se almacenan bajo presión). Con el fin de evitar esta tensión entre la Geología y el Derecho, en el año 2004 el RE optó por ampliar el ámbito de aplicación del proyecto, e incluir a todo acuífero transfronterizo (A/CN.4/539, párs. 10 y ss), opción relativamente bien acogida en la CDI (A/59/10, pár. 107), pero que, queremos destacar aquí, a la vez que solucionaba un «problema científico», creaba un nuevo «problema jurídico»: una situación de doble aplicación, ya que, a los acuíferos transfronterizos conectados con cursos de agua internacionales, ahora les serán de aplicación tanto las disposiciones del proyecto provisionalmente aprobado, como las de la CCAI. Por ello, si finalmente el proyecto propuesto adoptara la forma de tratado internacional, resultaría necesario un precepto que, de alguna manera, solucionara dicha situación.

19. Nos queda, para terminar, abordar la última de las cuestiones anunciadas, y a la vez la más relevante: si el tema de los «recursos naturales compartidos», o el subtema de las «aguas subterráneas transfronterizas», son aptos u apropiados para ser objeto de codificación oficial, para que la CDI pueda elaborar proyectos de convenciones sobre los mismos. Nuestra respuesta, adelantamos, es la siguiente: la ausencia o inexistencia de práctica internacional impide que, en estos ámbitos, pueda llevarse a cabo una labor de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, por lo que creemos que fracasará todo intento de adoptar una convención universal.

20. La inexistencia de práctica internacional es algo que ha sido puesto de manifiesto, a lo largo de este proceso, por todo el que en el mismo ha intervenido. Así, los Estados, en sus repuestas al cuestionario, coincidieron en negar haber celebrado arreglos o acuerdos con sus Estados vecinos sobre el uso u ordenación los acuíferos transfronterizos, y sólo alguno de ellos pudo referir algún tratado o convenio que, aunque centrado sobre las aguas superficiales, podría ser aplicable a dichos acuíferos (A/CN.4/555). La CDI, por su parte, insistió en esta falta de práctica año tras año: en el 2004, ya se expresó la opinión de que la CDI debía determinar el objeto de su labor, y se señaló que el proceso que ésta había emprendido no parecía consistir en la codificación de la práctica de los Estados ni en el desarrollo progresivo del Derecho internacional, sino que era más bien de carácter legislativo (A/59/10, pár. 109); varios miembros volvieron a referirse al tema al año siguiente, para poner en duda que la práctica de los Estados fuera suficiente para que la CDI pudiera realizar una labor de codificación, por lo que consideraron que el Derecho, en esta esfera, se hallaba aún en un estado embrionario, y opinaron que la labor del proyecto se situaría en el marco del desarrollo progresivo o se realizaría por analogía, tomando como punto de partida la CCAI (A/60/10, pár. 51). Pero es que

además, el propio RE, que tan sólo pudo incluir un instrumento jurídicamente vinculante y específicamente concebido para las aguas subterráneas entre las fuentes que citó en apoyo del proyecto de convención que propuso —el Acuerdo de 1977 sobre la protección, utilización y recarga del acuífero francosuizo de Ginebra—, y que tuvo que fundamentar el mismo recurriendo a disposiciones de los tratados sobre cursos de agua internacionales, al Derecho Comunitario y a diversos instrumentos no vinculantes (A/CN.4/551/Add. 1), reconocía, en el comentario que acompañaba al proyecto de artículo que dedicaba a los arreglos bilaterales y regionales, que en el ámbito de las aguas subterráneas éstos se encontraban, todavía, en una fase embrionaria (A/CN.4/551, párr. 12).

21. Dado que la inexistencia de práctica internacional en el caso que nos ocupa podía suponer un obstáculo insalvable para la adopción de una convención universal, en la CDI se pasó a considerar otras opciones o posibilidades: así, se planteó que si no existía suficiente práctica de los Estados que sirviera de base, un proyecto de convención no sería aceptable para los Estados, por lo que sería preferible elaborar directrices con recomendaciones para la elaboración de convenios bilaterales o regionales; además, se subrayó la importancia que había que atribuir a los acuerdos regionales, los cuales permitan tener en cuenta las especiales características de cada región; por todo ello, se decidió dejar la cuestión de la forma definitiva que habría de adoptar el producto final de la CDI para más adelante, (A/59/10, párs. 122, 144-145, y A/60/10, párs. 97-98). Consecuencia de todo lo anterior es que la CDI, al presentar el proyecto provisionalmente aceptado, comienza advirtiendo que se ha utilizado el término «proyecto de artículos» independientemente de la forma final que adopte el texto, trátase de un convenio o de otro instrumento, y puntualiza que la cuestión de dicha forma tendrá que ser considerada en su momento (A/61/10, p. 218).

22. Así pues, consideramos que el tema de los «recursos naturales compartidos» y el de «aguas subterráneas transfronterizas» no son apropiados para ser considerados por la CDI, para ser objeto de codificación oficial, y por ello mismo dudamos que el proyecto que hoy comentamos llegue a ser, algún día, un convenio general.

Adela M. AURA Y LARIOS DE MEDRANO

## 5. EL CONFLICTO ENTRE ARGENTINA Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY POR EL ESTABLECIMIENTO DE PLANTAS DE CELULOSAS SOBRE EL RÍO URUGUAY

Para guiar al lector en su aproximación a este conflicto, el primer hecho que debemos resaltar es la estrategia de producción forestal, centrada en la plantación de eucaliptos con miras a la producción de celulosa, promovida y fomentada en varias zonas de América de Sur, con el respaldo del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo durante los años 80, y fundamentalmente a partir de la década de los 90. Esta estrategia ha conducido a que alrededor de un 40 por 100 de los 10 millones de hectáreas de plantaciones de árboles de rápido crecimiento existentes en el mundo corresponda a las plantaciones localizadas en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay.

Actualmente, *Argentina* cuenta con 1,0 millones de pinos y eucaliptos —concentrados principalmente en las provincias de Corrientes, Entre Ríos y Misiones— con 10 plantas de celulosa y una producción que ronda los 0,8 millones de toneladas. Por su parte, *Uruguay* tiene unas 800.000 hectáreas de plantaciones de eucaliptos con la previsión de alcanzar a medio plazo los 3 millones de hectáreas. La explotación forestal en Uruguay se ha convertido en una cuestión

económica de interés creciente, sobre todo, desde el 2 de diciembre de 1987, fecha en la que el Gobierno adoptó la *Ley de forestación con fines industriales*.

En 1990, la Empresa Nacional de Celulosas de España (en adelante ENCE) se establece en Uruguay a través de su filial Eufores, quien en 1997 adquiere la estancia M' Bopicuá, construyendo en 1999 un complejo de transporte —la Terminal Logística M' Bopicuá S. A.—, emplazado a la altura del km 108 del río Uruguay, a 12 kms, río arriba de la ciudad de Fray Bentos.

Tras quince años de actividad, ENCE decidió emprender la construcción de una *planta de fabricación de pasta de celulosa* —denominada «Celulosa M' Bopicuá (en adelante “CMB”)»— en los alrededores de la ciudad de Fray Bentos. A tal efecto, en julio de 2002, ENCE comunica a la *Dirección Nacional de Medio Ambiente* el proyecto de instalación de la planta para producir 500.000 toneladas de pasta anuales. En octubre de 2003, el *Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente* concede a ENCE la autorización ambiental previa, después de que la empresa española realizara una serie de estudios sobre impacto ambiental y el Gobierno uruguayo convocase una audiencia pública para que la población de Fray Bentos planteara las preocupaciones ambientales suscitadas por la instalación de la referida planta.

Ese mismo mes de octubre, la *Empresa finlandesa Oy Metsä AB* (en adelante «Botnia») anuncia la instalación de otra planta de fabricación de pulpa de celulosa a 4 Km de Fray Bentos, con una estimación de producción cifrada en un 1 millón de toneladas al año. Al igual que en el caso anterior, Botnia comunica a la *Dirección Nacional de Medio Ambiente* el proyecto, obteniendo año y medio después la correspondiente autorización previa.

Ambos proyectos suponen una inversión total de 1.800 millones de dólares, de los cuales el *Banco Mundial* financiará hasta 400 millones. Su puesta en funcionamiento —estimada para CMB en junio de 2008 y para Botnia en agosto de 2007—, supondrá para Uruguay el incremento del 1,8 de su PIB. Las dos inversiones crearán unos 12.000 puestos de trabajo directos e indirectos.

Ante la imposibilidad de realizar aquí un análisis exhaustivo de todos los ingredientes medulares de este conflicto, lo primero que me interesa destacar desde la vertiente del *Derecho Internacional* es el hecho de que nos encontramos ante la construcción en territorio uruguayo, cerca de la ciudad de Fray Bentos —fronteriza con la ciudad argentina de Gualaguaychú— de dos plantas de fabricación de pasta de celulosa sobre un *curso de agua internacional*: el río Uruguay, que en buena parte de su recorrido marca la frontera entre Argentina y Uruguay, conformando así un *espacio transfronterizo* que requiere, un tratamiento compartido e integrado que garantice la utilización óptima y sostenible del río dentro de un espíritu de buena vecindad, cooperación y concertación a nivel central, regional y local.

Sin embargo y contrariamente, se ha generado un conflicto diplomático y social entre ambos países, calificado como «la guerra de la celulosa», que ha llevado a la *República Argentina* a presentar una demanda ante el *Tribunal Internacional de Justicia* (en adelante TIJ), reclamando por la instalación de las referidas plantas, en violación de las disposiciones comunes que regulan la utilización y aprovechamiento del río Uruguay, y a la *República Oriental del Uruguay* a recurrir primero al *sistema arbitral del MERCOSUR* para plantear la presunta violación argentina del derecho de libre circulación en contravención de la normativa MERCOSUR, y más tarde a presentar una demanda contra Argentina ante el TIJ, por las acciones y movilizaciones llevadas a cabo por movimientos organizados de la población de Gualaguaychú, que han provocado el constante bloqueo y corte de las rutas y de tres de los cuatro puentes internacionales que unen a Argentina con Uruguay con la evidente pasividad del Gobierno argentino.

A la vista de un panorama como el descrito, vamos a continuación a valorar el conflicto entre Argentina y Uruguay por el establecimiento de las plantas de celulosas sobre el río Uruguay a la luz del *Derecho Internacional*, siendo de relevante interés en este punto atender, tal

como ya he indicado, al hecho de que nos encontramos ante la construcción de dos plantas de fabricación de pasta de celulosa sobre un *curso de agua internacional*, cuya utilización y aprovechamiento común esta sujeto a un *marco jurídico-internacional* constituido por el *Tratado de Límites del río Uruguay entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina*, de 7 de abril de 1961, y por el *Estatuto del río Uruguay*, de 26 de enero de 1975.

El *Tratado de Límites del río Uruguay*, aparte de regular la libertad de navegación en el tramo del río que delimita, establece en su artículo 7 que el uso del río se acordará a través de un Estatuto, el cual contendrá, entre otras disposiciones, las relativas a la conservación de los recursos vivos y las destinadas a evitar la contaminación de las aguas.

En cumplimiento de este artículo 7, Argentina y Uruguay concluyen catorce años después el *Estatuto del río Uruguay* por el que establecen el régimen jurídico para la utilización común del mencionado río.

Por lo que respecta al caso que nos ocupa, dicho Estatuto reconoce en su artículo 27 el derecho de cada Parte de aprovechar las aguas del río, dentro de su jurisdicción, para fines domésticos, sanitarios, industriales y agrícolas. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de la aplicación del procedimiento previsto en los arts. 7 a 12 cuando tal aprovechamiento sea de cantidad suficiente para afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas.

El artículo 7 consagra la *obligación de información y consulta previas* a cargo del Estado ribereño que se proponga emprender una obra o utilización en el curso de agua internacional, susceptible de producir alteraciones o daños sensibles a otro Estado ribereño. Además, en virtud del artículo 13 esta obligación se extiende «a todas las obras... sean nacionales o binacionales, que cualquiera de las Partes proyecte realizar, dentro de su jurisdicción, en el río Uruguay fuera del tramo definido como río y en las respectivas áreas de influencia en ambos tramos».

El artículo 7 fija un plazo máximo de 30 días para que la *Comisión Administradora del río Uruguay* (en adelante CARU), una vez recibida la comunicación del Estado que proyecte realizar la obra, determine si la misma es susceptible de causar un daño sensible a la otra Parte.

Se pronuncie o no la CARU al respecto, el Estado que proyecte realizar la obra, deberá notificar a la otra Parte por conducto de la Comisión, acompañando dicha notificación de todos los datos técnicos y la información disponibles que permitan al Estado notificado evaluar los efectos posibles de la obra proyectada.

A continuación los arts. 8 a 12 regulan el desarrollo del *procedimiento de información y consulta previas* ante la CARU. De acuerdo con este procedimiento, la Parte notificada tendrá un plazo de ciento ochenta días para pronunciarse sobre el Proyecto. En el supuesto de que la documentación aportada por la Parte que proyecte la ejecución de la obra resulte insuficiente, la Parte notificada dispondrá de treinta días para hacérselo saber a aquella, por intermedio de la Comisión.

Si la Parte notificada llega a la conclusión de que la ejecución de la obra puede causar un perjuicio sensible a la navegación, al régimen del río o a la calidad de sus aguas, lo comunicará, a través de la CARU, a la otra Parte dentro del plazo fijado de los ciento ochenta días, precisando, entre otras cuestiones, cuáles son los aspectos de la obra susceptibles de ocasionar un daño sensible.

A falta de acuerdo entre las Partes, el Estatuto del río Uruguay ofrece dos alternativas: el procedimiento conciliatorio previsto en los arts. 58 y 59 y la solución judicial contemplada en el artículo 60.

Además, el Estatuto de 1975 consagra en su artículo 41 la *obligación de proteger y preservar el medio acuático frente a la contaminación*. La violación por cualquiera de las Partes de esta obligación entraña en virtud del artículo 42 del Estatuto, la *responsabilidad internacional del Estado*.

Nos encontramos, por tanto, ante un conjunto de disposiciones articuladas «con el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del río Uruguay» (art. 1 del Estatuto). Más aun, frente a opiniones que las tachan de obsoletas, creo que resultan adecuadas para el logro del propósito manifestado en el artículo 1 del Estatuto. Y ello tal como por lo demás se exige en la *Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación* de 1997 —aprobada por Resolución 51/299 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, todavía no en vigor—. El Estatuto de 1975, al igual que el Tratado del Río de la Plata y su Frente de Marítimo, concluido entre Argentina y Uruguay el 19 de noviembre de 1973, además de contener normas en materia de contaminación con inclusión de una cláusula estableciendo la responsabilidad internacional del Estado —consideradas innovadoras en aquel momento—, consagran, a mi juicio, uno de los procedimientos más perfectos en materia de información y consulta previas.

Examinado el marco jurídico-internacional que define los derechos y obligaciones de Argentina y Uruguay en orden a garantizar la utilización, aprovechamiento, conservación y protección del río Uruguay, procede valorar ahora en qué medida ambos Estados ribereños se han ajustado al procedimiento previsto en el citado Estatuto de 1975.

A este respecto, hay que subrayar que muy avanzado el año 2002, Argentina tendrá conocimiento oficioso del proyecto de instalación de una planta de fabricación de pasta de celulosa en la margen izquierda del río Uruguay, siendo a partir de entonces cuando, en el seno de la CARU, solicite información sobre dicho proyecto, pese a no tener constancia formal de que Uruguay hubiera comunicado a la Comisión Administradora su intención de permitir la ejecución de un proyecto susceptible —a juicio de Argentina—, de producir un daño sensible a la otra Parte por afectar en este caso a la calidad de las aguas del río Uruguay.

El 16 de octubre de 2003, tras la autorización ambiental previa otorgada a ENCE por el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente uruguayo para emprender la construcción de la denominada planta «Celulosa M' Bopicuá», la delegación argentina en la CARU pide a este organismo la convocatoria de una *reunión extraordinaria*, exigiendo el cumplimiento del artículo 7 del Estatuto del río Uruguay y la puesta en marcha del procedimiento de información y consulta previas desarrollado en los artículos 8 a 12 del mismo Estatuto. En dicha reunión, celebrada al día siguiente, la delegación argentina cuestionó la autorización dada por el Ministerio uruguayo, limitándose la delegación uruguayaya a señalar que «siendo una obra nacional sobre la que Argentina no tiene autoridad para aprobar o no, solo existe el deber de informar y tomar las medidas necesarias para la protección ambiental».

Diez días más tarde, la Cancillería uruguayaya envió una nota a la CARU en la que adjuntaba la información sobre la planta de celulosa proyectada. Ese mismo día, el Ministerio de Relaciones Exteriores argentino comunicaba que la citada documentación era insuficiente para emitir una opinión técnica fundada sobre las bondades ambientales del proyecto, añadiendo además que el comunicado uruguayo guardaba silencio sobre los compromisos asumidos en el Estatuto del río Uruguay.

En el primer trimestre de 2004 ambos Gobiernos, al margen de la CARU, deciden emprender *negociaciones directas*, alcanzando el 2 de marzo un principio de acuerdo para poner fin al conflicto.

A mediados de mayo, tiene lugar otra reunión extraordinaria en la CARU, cuya acta asienta el plan de monitoreo de la calidad de las aguas del río Uruguay, acordado por ambas Partes, y a realizar por dicho organismo.

Un año después ambos Gobiernos deciden constituir un *Grupo Técnico Binacional de Alto Nivel* (GTAN) con la misión de discutir, analizar e intercambiar informaciones respecto de las posibles consecuencias derivadas de la puesta en funcionamiento de las plantas de celulosa en el ecosistema compartido del río Uruguay. El GTAN concluyó sus actividades el 30 de enero de 2006 sin haber alcanzado un consenso.

La nueva autorización otorgada por Uruguay para la construcción de un puerto de apoyo para las operaciones de la planta de Botnia, motivó que el Gobierno argentino presentase, el 14 de diciembre de 2005, una nueva protesta en la que dejaba constancia formal de que, en su opinión, *existía una controversia* entre ambos países, cuya base jurídica era las divergencias en torno a la interpretación del Estatuto del río Uruguay. Por tanto, ante la imposibilidad de llegar a una solución de compromiso, y habiéndose cumplido el plazo de 180 días previsto en el Estatuto a los fines de habilitar a cualquiera de las partes para recurrir al TIJ, Argentina decide —el 4 de mayo de 2006—, presentar una *demanda contra Uruguay* ante el *Tribunal Internacional de Justicia*, fundada en el hecho de que éste había violado las obligaciones que le incumben de acuerdo con el Estatuto de 1975 al autorizar la construcción y la eventual puesta en funcionamiento de dos plantas de celulosa sobre el río Uruguay, con referencia en particular a los efectos perjudiciales que las actividades de las citadas plantas tendrían sobre la *calidad de las aguas* del río y sus zonas de influencia.

Esta demanda se acompañó, asimismo, de una *solicitud de petición de medidas provisionales*, tendente a salvaguardar los derechos que el Estatuto de 1975 confiere a cada una de las Partes. En dicha solicitud, Argentina pedía al TIJ que Uruguay: 1) Suspendiese, de manera inmediata, tanto las autorizaciones concedidas a las CMB y Orion como los trabajos de construcción de Orion; 2) Se abstuviese de tomar más medidas unilaterales relativas a la construcción de las plantas en violación del Estatuto de 1975 y de las demás normas de Derecho Internacional necesarias para su interpretación y aplicación, así como cualesquiera otras medidas susceptibles de agravar, extender o hacer más difícil, la solución de la controversia, y 3) coopearse de buena fe con Argentina al objeto de garantizar la utilización racional y óptima del río Uruguay para proteger y preservar su medio acuático e impedir su contaminación.

El 13 de julio de 2006, el TIJ rechazó las medidas provisionales solicitadas por Argentina. En su decisión, el Tribunal, tras aplazar para la etapa de fondo del asunto, la cuestión de si Uruguay cumplió o no plenamente con las disposiciones del Capítulo II del Estatuto de 1975 al autorizar la construcción de las dos plantas, concluye que no existen fundamentos para dar lugar a las medidas provisionales solicitadas por Argentina, afirmando que «las circunstancias del caso no son de naturaleza tal que exijan el dictado de una medida cautelar ordenando a Uruguay suspender la autorización de construir las plantas de pasta de celulosa o suspender los trabajos de construcción propiamente dichos». Además, exhorta a las Partes a cumplir con sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional, subrayando la necesidad de que Argentina y Uruguay cumplan de buena fe los procedimientos de consulta y cooperación previstos en el Estatuto de 1975, teniendo a la CARU como el foro previsto al respecto; y a abstenerse de cualquier acción que pueda hacer más difícil la resolución de la presente controversia.

Por tanto, a la espera de que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto, lo cierto es que la agitación, los movimientos de protesta y los bloqueos de rutas y de puentes internacionales por parte de la población argentina continúan, sin que el Gobierno argentino tome medida alguna para impedirlos. Por su parte, la empresa española ENCE anunció su decisión de trasladar la construcción de la planta de celulosa a otra localidad uruguaya en la que no se generen los problemas que existen ahora. Asimismo, el *Banco Mundial* avala a las futuras Plantas de celulosa, según se desprende tanto de su *Informe de Expertos Independientes sobre Estudio de Impacto Ambiental* que afirma que las emisiones de las Plantas no tendrán efectos perjudiciales en la calidad de las aguas del río Uruguay ni en la costa argentina ni uruguaya. Tan solo podrá detectarse olor entre cuatro y diez veces al año en zonas próximas a las plantas, como de su *decisión* de otorgar a la empresa Botnia un crédito de 170 millones de dólares.

Con este telón de fondo y en el marco de la *XVI Cumbre Iberoamericana* celebrada en Montevideo los días 4 y 5 de noviembre de 2006, el Presidente argentino Kirchner solicitó la mediación de la Corona española.



En pocas palabras y a la vista de lo hasta aquí expuesto cabe hacer algunas reflexiones. La primera se centra en la pretendida violación por parte de Uruguay del capítulo II del Estatuto de 1975. Pienso que si bien inicialmente Uruguay intentó eludir la aplicación de los mecanismos de información y consulta previas contemplados en el Estatuto del río Uruguay, lo cierto es que, diez días después de la celebración de una reunión extraordinaria en el seno de la CARU, la Cancillería uruguaya envió una nota diplomática a dicho organismo en la que adjunta la información sobre la planta de celulosa proyectada. Además, como recuerda el TIJ en la decisión comentada, Uruguay al concluir el segundo turno de las observaciones orales reiteró expresamente, de una parte, «su intención de cumplir total y completamente con el Estatuto del río Uruguay de 1975 y su aplicación» y repitió «como una expresión concreta de esa intención [...] su oferta de realizar monitoreos conjuntos y constantes con la República Argentina» considerando las consecuencias ambientales de la futura operación de las plantas»; de otra parte, afirmó «su intención de respetar plenamente el medio ambiente y todos los derechos humanos de los uruguayos y los argentinos, a través de una conducta caracterizada por la transparencia, la buena fe y la voluntad de actuar de forma cooperativa y solidaria» y «reiteró expresamente que las dos plantas operarían respetando los estándares de la Unión Europea para esta industria, que entrarán en vigor en 2007».

Aun admitiendo que Uruguay inicialmente no haya cumplido las disposiciones del Capítulo II del Estatuto de 1975, al autorizar la construcción de las dos plantas, en particular su artículo 7, tampoco se puede desconocer que la obligación de información y consulta previas no confiere al Estado notificado (en este caso Argentina), ni un *derecho de veto*, ni el derecho de retardar indebidamente los planes de aprovechamiento del Estado consultado. La consulta se sitúa en el marco de las relaciones normales que existen entre ellos, tal como expresa la Resolución 3129 (XXVII), de 13 de diciembre de 1973, relativa a la cooperación en el campo del medio ambiente en materia de recursos naturales.

En todo caso, si bien el Uruguay tiene la obligación de tomar en consideración, de un modo razonable, los diferentes intereses en presencia del otro Estado ribereño, intentando conciliarlos con los suyos propios, ello no implica que se halle obligado a adoptar la propuesta de Argentina. Como indicó el Tribunal arbitral en el *asunto del Lago Lanos*, el Estado que proyecte ejecutar las obras «no está obligado a asociar en la elaboración de sus proyectos al Estado de aguas abajo [...]. Admitir que en una materia determinada no puede ejercerse ya más competencia que con la condición o por la vía de un acuerdo entre dos Estados, es aportar una restricción esencial a la soberanía de un Estado, y sólo podría ser admitida en presencia de una demostración precisa».

La finalidad de esta obligación de información y consulta previas no es paralizar las obras del Estado notificante sino evaluar de antemano las incidencias que las mismas pueden tener sobre el medio ambiente al objeto de convenir con el Estado consultado los medios y los métodos para evitar los daños sensibles, facilitando de esta manera a los Estados implicados un marco de actuación en orden a adecuar los proyectos de obras o actividades a la realidad de la vecindad que comparten.

No es la primera vez que Argentina cuestiona el cumplimiento del deber de información y consulta previas por parte de sus vecinos en relación con la utilización de cursos de agua internacionales. En este sentido, sobresalen los *asuntos de la construcción de la central hidroeléctrica de Itaipú* y del *llenado de la presa de Isla Solteira* respectivamente.

Por lo que respecta a la mediación de la Corona española en este conflicto no me parece prudente dado los intereses españoles en presencia. No olvidemos que ENCE sigue estando ahí. De momento no ha renunciado a su propósito de construir una planta de celulosa, barajando a tal efecto las localidades uruguayas de Nueva Palmira o Rocha.

Por último, es preciso tener en cuenta también que aunque, en general, el conflicto se ha planteado en términos ambientales. Lo cierto es que los aspectos medioambientales, a mi jui-

cio, se han relegado, a un segundo plano. Ya no se busca tanto compatibilizar equilibradamente el desarrollo económico con un medio ambiente lo más sano posible, sino que el conflicto se presenta como un *desentendimiento en materia integración* entre ambos países. Por ello, resulta no solo pertinente sino necesario que Argentina y Uruguay busquen, dentro del MERCOSUR y junto con los demás Estados Parte, la armonización de sus políticas forestales al amparo del «*Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR*» –aprobado por decisión del Consejo Mercado Común núm. 02/01–, cuyo objetivo básico es la *cooperación entre los Estados* Parte con vistas a lograr el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas y sociales, contribuyendo así a una mejor calidad ambiental y a la conservación de los recursos naturales al objeto de prevenir, controlar y mitigar los impactos ambientales en la zona mercosureña, con especial referencia a las áreas fronterizas.

María Teresa PONTE IGLESIAS

## 6. EL PROTOCOLO FACULTATIVO A LA CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

El *Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002 (A/Res/56/199), fue firmado por España el 13 de abril de 2005. Cuando, después de un trabajo de catorce años, el instrumento fue aprobado por la Asamblea General la votación fue de 127 votos a favor, 42 abstenciones y 4 votos en contra (Estados Unidos, Nigeria, Palau e Islas Marshall). El instrumento español de ratificación fue depositado el 4 de abril de 2006, a efectos de lo establecido por el artículo 27 del Protocolo. A su vez, habiéndose depositado el 23 de mayo de 2006 los instrumentos de ratificación de Bolivia y de Honduras, se cumplió el requisito exigido por el artículo 28 para su entrada en vigor, es decir: el depósito de veinte instrumentos de ratificación o adhesión. De ese modo, treinta días después, el 22 de junio de 2006 el Protocolo entró en vigor en general y para España y ese mismo día fueron publicados en el Boletín Oficial del Estado el instrumento de ratificación y el texto del propio Protocolo (BOE núm. 148 de 22 de junio de 2006, pp. 23537 y ss.).

En el momento actual son Partes en el Protocolo, (además de España) los siguientes 19 Estados: ocho europeos (Albania, Croacia, Dinamarca, Georgia, Malta, Polonia, Reino Unido y Suecia), siete de América Latina (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Honduras, México, Paraguay y Uruguay), tres de África (Liberia, Malí y Mauricio) y uno de Asia (Maldivas). Otros 35 Estados han firmado el Protocolo, entre ellos 21 Estados europeos (11 de ellos miembros de la Unión Europea, Austria, Bélgica, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, República Checa; y otros diez: Azerbaiyán, Islandia, Liechtenstein, Noruega, República Moldava, Rumania, Serbia y Montenegro, Suiza y Ucrania, a los que cabe añadir Turquía), 7 Estados africanos (Benín, Burkina Faso, Gabón, Guinea, Madagascar, Senegal y Togo), 3 de América Latina (Brasil, Chile y Guatemala), 2 asiáticos (Camboya y Timor-Oeste) y Nueva Zelanda.

El Protocolo establece (art. 27) que está abierto a la firma de los Estados que hayan firmado la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o degradantes de 1984 y abierto a la ratificación o adhesión de los Estados que la hayan ratificado o se hayan adherido a ésta. Se establece así un vínculo de interdependencia formal entre ambos instrumentos de modo que un Estado no puede ser Parte en el Protocolo sin serlo de la Convención. Ésta, en la fecha de hoy, ha sido formalmente aceptada por 132 Estados o territorios autóno-

mos y firmada por 12 Estados más. Conviene destacar que ni la India (el segundo país más poblado del mundo, que sí es firmante de la Convención) ni Pakistán la han ratificado. Tampoco lo han hecho determinados Estados del Próximo Oriente (Irán, Irak, Omán, Emiratos Árabes, Siria), de Asia del Sur y sureste (Brunei, Laos, Malasia, Myanmar, Papúa Nueva Guinea, Singapur, Tailandia y Vietnam), del círculo africano (entre los más poblados de los cuales se encuentran Sudán, Tanzania, Zimbabwe, Angola, Ruanda, República Centro Africana y República Democrática del Congo) y otros Estados de los círculos Caribeño (entre ellos Jamaica y Haití) y del Pacífico. Debe destacarse, por la contradicción que entraña, que en la página electrónica del ACNUDH ([unhcr.ch/pdf/reportsp.pdf](http://unhcr.ch/pdf/reportsp.pdf)) puesta al día a 10 de enero de 2003 y consultada en la fecha de 1 de julio de 2006, los Estados de Liberia y Maldivas no aparecen entre las Partes en la Convención de 1984 y, en cambio, sí constan entre las Partes en el Protocolo. Como quiera que sea, prácticamente todos los Estados más poderosos del mundo (con la excepción notable de la India) han aceptado la Convención y por ello pueden convertirse en Partes en el Protocolo. Ahora bien, éste es aún muy reciente y no parece probable no ya su ratificación sino ni siquiera su firma pronta por países como Estados Unidos de América, China o Japón.

La erradicación total de la *tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes* es uno de los más nobles objetivos de la civilización humana que la Comunidad internacional ha formulado como un principio general del Derecho de valor supremo. Ninguna razón, excusa o motivo puede «justificar» jurídicamente tales actos bárbaros, que degradan a sus autores al nivel de verdugos criminales y humillan y dañan física y moralmente a sus víctimas, de un modo tan grave que los daños recibidos nunca pueden ser plenamente reparados. Así, la conciencia jurídica de la Humanidad ha llegado a admitir que la tortura ya constituye un crimen internacional *individual* autónomo, además de poder configurar en su caso un crimen de guerra, un crimen contra la Humanidad o un acto de genocidio o de «limpieza étnica».

La prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos es hoy universal, inderogable e imperativa. Por ello, un Estado cualquiera, nunca puede lícitamente «legitimar» la tortura y los tratos inhumanos ni consentir en modo alguno su realización, legalizando dichos actos por ejemplo para «luchar contra el terrorismo», combatir a enemigos armados o no, proteger al Estado frente a situaciones que pudieran poner en peligro su existencia, proclamada como «estado de excepción», «estado de emergencia», etc. Un Estado que tolera, admite o practica la tortura o los tratos inhumanos, en especial si los actos se cometen de modo flagrante y sistemático, y no reprime penalmente a sus autores y cómplices, ya no es un Estado de Derecho sino un régimen que se enfrenta a la Comunidad Internacional civilizada y a las sociedades humanas violando sus valores más esenciales: la integridad física y moral de las personas, seres racionales y libres.

En síntesis cabe afirmar, pues que el Derecho Internacional Público establece la responsabilidad penal internacional individual de los responsables del crimen internacional de tortura y, simultáneamente, establece la responsabilidad internacional del Estado al que tales actos puedan ser internacionalmente imputados. Todo Estado está internacionalmente obligado a respetar la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos, a prevenir su realización, a reprimir y sancionar a los autores de tales actos y a establecer vías de reparación adecuada de los daños sufridos.

Por más que la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos esté recogida en todos los códigos penales del mundo, no siempre lo es de modo satisfactorio pues o bien quedan en ellos, vacíos o insuficiencias legales que se intentan explicar alegando importantes diferencias religiosas o culturales, por ejemplo la aplicación de ciertas penas corporales extremas (lapidación, mutilación); o bien las normas jurídicas internas permiten ciertas prácticas oficiales de «averiguación de la verdad» (así, ciertas formas de interrogatorio de detenidos), de privación de libertad o de castigo penal, que se «justifican» alegando que son necesarias para proteger

intereses vitales del Estado que realiza o tolera tales actos, o para escarmentar a detenidos o presos considerados especialmente réprobos y peligrosos.

Ahora bien, una parte sustancial de la lucha moral y jurídica contra la tortura y los tratos inhumanos reside en *prevenir* que ocurran. Desde el punto de vista de la protección de un interés esencial de la comunidad internacional, todos los Estados deben cooperar no sólo para dar eficacia a la prohibición y al castigo de los responsables de la tortura y de los demás tratos inhumanos: están obligados a prevenir esos actos y deben cooperar para ello.

Por medio del Protocolo facultativo ahora reseñado, la Comunidad internacional se ha dotado de un instrumento *universal* de prevención de la tortura y los tratos inhumanos, que se añade a instrumentos regionales también de prevención, ya en vigor en Europa y en América, particularmente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, de 1985, y la Convención Europea para prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 1987, con sus dos Protocolos adicionales. El Protocolo ahora examinado tiene como objetivo establecer un sistema de visitas periódicas, a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes, a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, bajo su jurisdicción y control (art. 1). La privación de libertad puede haberse producido por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito. A los efectos del Protocolo por «privación de libertad» se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente (art. 4.2). Los lugares de detención pueden ser, entre otros, destacamentos de policía, comisarías, lugares de detención preventiva, prisiones, centros de internamiento de menores o de inmigrantes, zonas de tránsito en aeropuertos internacionales, instituciones psiquiátricas, etc.

El Protocolo establece un sistema de control de «pilar doble». Esto significa que las visitas serán llevadas a cabo en primer lugar por un «Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes». Este órgano realizará su labor en el marco de la Carta de Naciones Unidas y se guiará por los propósitos y principios de ella así como por las normas de las Naciones Unidas relativas al trato de las personas privadas de su libertad. En segundo lugar el Protocolo establece que cada Estado parte establecerá, designará o mantendrá un «mecanismo nacional de prevención», es decir uno o varios órganos de visitas a nivel nacional para la prevención de la tortura y los tratos inhumanos.

Los diferentes artículos del Protocolo regulan en detalle la composición, procedimiento de elección y funciones del Subcomité. Su número de miembros será de 10, elegidos por cuatro años, pero llegará a ser de 25 cuando el número de Estados partes llegue a 50. En la composición del Subcomité se deberá tener en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros, la representación de diferentes formas de civilización y sistemas jurídicos de los Estados partes y la necesidad de una representación equilibrada de género (art. 5). Destacan en particular las precisiones sobre su mandato establecidas por normas que atribuyen al órgano poderes de visita y de dirigir Recomendaciones a los Estados partes en cuanto a la protección de las personas privadas de su libertad. Además, por lo que respecta a los mecanismos nacionales de prevención, el Subcomité podrá asesorar y ayudar a los Estados partes para establecerlos, mantener contacto directo con ellos y ayudarles y asesorarles en la evolución de sus necesidades y medidas a adoptar, además de hacer Recomendaciones y Observaciones a los Estados para reforzar la capacidad y el mandato de tales mecanismos nacionales. Con vistas a reforzar la confianza en sus relaciones con los Estados partes, se establece que tales Recomendaciones y Observaciones tendrán carácter confidencial y deberán ser comunicadas también al mecanismo nacional de prevención. El Subcomité publicará su informe si el Estado parte le pide que lo haga, y si éste hace pública una parte del informe el Subcomité podrá, a su vez, publicarlo en su totalidad o en parte. El Subcomité recibe el mandato de cooperar con los órganos y mecanis-

mos pertinentes de Naciones Unidas y con las instituciones u organizaciones internacionales regionales y nacionales competentes para el fortalecimiento de la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos inhumanos.

La terminología empleada que denomina a este órgano como «Subcomité» da a entender que se le considera vinculado con el Comité contra la Tortura. Pero realmente sus vínculos son escasos. Al margen de que, como ya se ha señalado, sólo las partes en la Convención contra la Tortura pueden serlo en el Protocolo, sólo cabe destacar en ese sentido la disposición del artículo 10.3, según la cual el Subcomité para la prevención y el Comité contra la Tortura celebrarán sus períodos de sesiones simultáneamente, al menos, una vez al año. Además, el artículo 16.2 establece que el Subcomité presentará un informe público anual sobre sus actividades al Comité contra la Tortura. Asimismo si un Estado parte se negara a cooperar con el Subcomité impidiéndole o restringiendo de algún modo la realización de sus actividades, o se negara a tomar medidas para atender las Recomendaciones del propio Subcomité, el Comité contra la Tortura podrá, a instancias del Subcomité, decidir por mayoría de sus miembros, después de que el Estado parte haya tenido oportunidad de dar a conocer sus opiniones, hacer una declaración pública sobre la cuestión o publicar el informe del Subcomité (art. 16.4).

Los Estados partes se comprometen a permitir sin restricción alguna las visitas de inspección del Subcomité a los lugares de detención. El Subcomité establecerá un programa de visitas periódicas que notificará a los Estados. Los Estados partes se comprometen a dar toda clase de facilidades para el desarrollo de las visitas, incluyendo toda la información necesaria para su éxito. Únicamente podrán objetar a una visita a un determinado lugar de detención por razones urgentes y apremiantes, de defensa nacional, seguridad pública, catástrofes naturales o disturbios graves, en el lugar que deba visitarse, que impidan temporalmente la realización de esta visita. No podrá hacerse valer la existencia de un estado de excepción como tal para oponerse a una visita. En el desarrollo de esas visitas a lugares seleccionados libremente, los «inspectores» podrán entrevistarse sin testigos con las personas privadas de libertad, después de haber recabado y recibido toda la información pertinente sobre ellas.

Por lo que se refiere a los «mecanismos nacionales de prevención», el Protocolo prevé que los Estados los establecerán, a más tardar, un año después de la entrada en vigor del Protocolo o de su ratificación o adhesión. Tales mecanismos podrán ser uno o varios en cada Estado y podrán haber sido establecidos en su caso por entidades descentralizadas. Entre ellos podrán encontrarse comisiones de derechos humanos, comités parlamentarios, defensorías del pueblo e incluso organizaciones no gubernamentales. Los Estados partes deberán garantizar la independencia funcional de tales mecanismos y de su personal. Se prevé expresamente no ya que se garantice que los expertos elegidos tengan las aptitudes y conocimientos profesionales requeridos, sino que en la composición de los órganos deberá tenerse en cuenta el equilibrio de género y la adecuada representación de los grupos étnicos y minoritarios del país. Se prevé también de modo expreso en el artículo 18.4 que al establecer los mecanismos nacionales de prevención, los Estados partes tendrán debidamente en cuenta los principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos, expresión que hace referencia, sobre todo, a los denominados «Principios de París», adoptados en 1991 por la Asamblea General.

Aunque a los Estados se les deja un cierto margen de discrecionalidad para decidir las facultades de los mecanismos nacionales de prevención, éstos deberán tener, como mínimo, ciertas facultades: examinar periódicamente el trato de las personas privadas de su libertad en lugares de detención, hacer Recomendaciones a las autoridades competentes con el objeto de mejorar el trato y las condiciones de las personas privadas de libertad y de prevenir la tortura y otros tratos inhumanos, tomando en consideración las normas pertinentes de las Naciones Unidas, entre ellos los denominados principios del Protocolo de Estambul adoptados por la Asamblea General en el año 2000, que son también utilizados por comités oficiales. Podrán también

hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación vigente o de los Proyectos de Ley en la materia. Es importante destacar que los Estados partes se comprometen a dar a los mecanismos nacionales de prevención acceso a todos los lugares de detención y a sus instalaciones y servicios, teniendo aquellos plena libertad para seleccionar los lugares que deseen visitar y las personas a las que deseen entrevistar, lo que podrán hacer sin testigos, personalmente o con la asistencia de un intérprete en caso necesario. También se les deberá dar acceso a toda la información relativa al número de las personas privadas de libertad, al trato que se les da, a las condiciones de su detención y al número de lugares de detención y su emplazamiento. El mecanismo nacional tendrá derecho a mantener contactos con el Subcomité, enviarle información y reunirse con él.

A diferencia de los informes del Subcomité, en el caso de los informes anuales de los mecanismos nacionales, los Estados Partes se comprometen a publicarlos y difundirlos (art. 23). Además las autoridades competentes del Estado parte interesado deberán examinar las Recomendaciones del mecanismo nacional y entablarán un diálogo con él acerca de las posibles medidas de aplicación. Medidas específicas de protección deberán ser adoptadas para quienes se comuniquen con el Subcomité o con el mecanismo nacional de prevención. Es notable que el artículo 35 prevea que a los miembros no ya del Subcomité sino también de los mecanismos nacionales de prevención, se les deberán reconocer las prerrogativas e inmunidades que sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones.

Determinadas disposiciones financieras del Protocolo se orientan a fortalecer la independencia del Subcomité, incluyendo la creación de un Fondo Especial para contribuir a financiar la aplicación de sus Recomendaciones después de una visita, Fondo que podrá estar financiado por contribuciones voluntarias de gobiernos, organizaciones internacionales y no gubernamentales y entidades privadas y públicas en general.

Entre las disposiciones procedimentales del Protocolo destacan la que excluye las reservas, la que establece explícitamente que las disposiciones del Protocolo serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna y la de que un Estado parte, después de ratificado el Protocolo, podrá declarar que durante un plazo de tres años, luego prorrogable por otros dos, aplazará el cumplimiento de sus obligaciones, bien con relación al Subcomité bien con relación al establecimiento de mecanismos nacionales de prevención.

Por último es destacable que el Protocolo se esfuerza por compatibilizar sus disposiciones con cualesquiera otras obligaciones que los Estados partes puedan haber contraído en virtud de una Convención regional que instituya un sistema de visitas a los lugares de detención, evitando duplicaciones. Además, por si hubiera dudas al respecto, el artículo 32 establece que las disposiciones del Protocolo no afectan a las obligaciones de los Estados partes, en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, ni a la posibilidad que tiene cualquier Estado de autorizar al Comité Internacional de la Cruz Roja a visitar los lugares de detención en situaciones no comprendidas en el Derecho internacional humanitario (art. 32).

La ratificación por España del Protocolo constituye un elemento importante no sólo para el reforzamiento de las garantías legales destinadas a lograr que en nuestro país la erradicación de la tortura y los tratos inhumanos sea total y efectiva, sino también para el realce de la imagen internacional del Estado español en un ámbito esencial de la salvaguardia de la dignidad básica de toda persona, mujer y hombre, niño y adulto, joven y anciano, civil y militar, nacional y extranjero, libre y detenido o en prisión. En la protección de los derechos y libertades fundamentales el contraste entre el tenor de las normas en vigor y su aplicación real es aún más acentuada que en los demás ámbitos sociales. Mecanismos internos independientes de todo poder oficial van a poder desde muy pronto vigilar con libertad la actividad de los órganos públicos en este difícil ámbito: deberán denunciar cualquier violación que conozcan y hacer

propuestas bien difundidas sobre mejoras legislativas y cualesquiera otras destinadas a lograr el noble fin de erradicar la tortura y los tratos inhumanos.

El sistema de doble pilar creado por este Protocolo constituye una importante novedad en el campo de los instrumentos protectores de derechos humanos, desde la perspectiva de la prevención de las violaciones. La creación de órganos nacionales completamente independientes, cuyas opiniones se hacen públicas en todo caso y que van a poder visitar con toda libertad cualquier lugar de privación de libertad que se encuentre en cualquier territorio bajo la jurisdicción o controlado de facto por un Estado parte, debería significar un progreso muy importante a escala universal hacia el continuo diálogo que debe existir entre la sociedad civil y los poderes estatales en cuanto atañe a la protección efectiva de los derechos fundamentales de la persona.

Fernando M. MARIÑO MENÉNDEZ

## 7. NUEVOS DESARROLLOS EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO (MONTREAL, 28 DE NOVIEMBRE A 10 DE DICIEMBRE DE 2005)

Debido a los pronósticos apuntados por los expertos y, ante la necesidad de ofrecer una respuesta al problema del cambio climático, la Comunidad Internacional adoptó el 9 de mayo de 1992, en Nueva York, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (CMNUCC), entrando en vigor el 21 de marzo de 1994, en la que hasta el momento hay 189 Estados Partes.

El principal objetivo de la CMNUCC está plasmado en su artículo 2: estabilizar las concentraciones de los gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas en el sistema climático, permitiendo una adaptación natural del ecosistema a los cambios y la continuación del desarrollo económico sostenible.

La Comunidad Internacional no tardó mucho en percibir que una convención marco no produciría el mínimo efecto útil para alcanzar una reducción en las emisiones de los gases de efecto invernadero. Se trata de una convención donde se insta a las Partes a cooperar para proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sin que puedan derivar del texto medidas imperativas o compromisos reales para lograr los objetivos firmados en la convención.

Conscientes de la necesidad de crear un nuevo instrumento jurídico en el que plasmar compromisos reales y objetivos determinados para la reducción de los gases de efecto invernadero, en la tercera Conferencia de las Partes celebrada en la ciudad de Kyoto (Japón), se adoptó en el 11 de diciembre de 1997 el Protocolo a la CMNUCC.

El Protocolo de Kyoto contiene los mismos objetivos y principios de la CMNUCC y fue creado con la intención de reforzar la lucha contra el cambio climático, adoptando en su texto obligaciones con contenidos reales que resultan jurídicamente vinculantes para las partes y mecanismos para alcanzar tales objetivos. En esa línea, el Protocolo establece las sustancias consideradas como gases de efecto invernadero, a saber: el dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>); metano (CH<sub>4</sub>); óxido nitroso (N<sub>2</sub>O); hidrofluorocarbonos (HFC); perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF<sub>6</sub>).

Las Partes que están presentes en el anexo I de la CMNUCC, los denominados países desarrollados, conforme al Protocolo de Kyoto deben reducir de forma individual, según objetivos asignados en su Anexo B, las emisiones de los gases de efecto invernadero para que, en su conjunto, alcancen al menos un 5 por 100 de reducción con respecto a los niveles de 1990 en el período de compromiso 2008-2012.

La Unión Europea, por su acuerdo de reparto, ha decidido asumir un compromiso conjunto de reducción del 8 por 100 de emisiones de los gases de efecto invernadero a los niveles de 1990 en el período 2008-2012 y, en concreto, España, conforme a dicho acuerdo, podría aumentar sus emisiones en un 15 por 100.

Aprobado el Protocolo de Kyoto, éste ha sido objeto de numerosas críticas, debido fundamentalmente a que constituía un compromiso internacional que implicaba obligaciones individuales jurídicamente vinculantes para las Partes. Una de estas críticas se centra en la existencia de un número exacto para las reducciones, principalmente por parte de los Estados Unidos de América, principal emisor de dióxido de carbono a la atmósfera.

Han sido necesarios aproximadamente ocho años para que el Protocolo de Kyoto entrara en vigor. Una vez cumplidos los dos requisitos para su entrada en vigor, esto es, la adhesión de no menos de 55 Partes de la CMNUCC, cuyas emisiones totales representen por lo menos el 55 por 100 del total de las emisiones de dióxido de carbono de las Partes del Anexo I de la CMNUCC correspondiente a 1990.

Concretamente el Protocolo de Kyoto pasó a ser un instrumento jurídico en vigor el 16 de febrero de 2005, contando actualmente con 157 Partes contratantes. En esos casi ocho años, algunos episodios merecen ser comentados, a saber: el Plan de acción de Buenos Aires y los Acuerdos de Marrakech.

El Plan de Acción de Buenos Aires se adoptó en la cuarta Conferencia de las Partes de la CMNUCC en noviembre de 1998, celebrada en la ciudad de Buenos Aires (Argentina). El plan contemplaba los primeros preparativos para la puesta en marcha del Protocolo de Kyoto y fijó la fecha del año 2000, en la sexta Conferencia de las Partes, como límite para que todas las cuestiones operacionales para poner en funcionamiento el Protocolo de Kyoto estuviesen resueltas, aguardando sólo su entrada en vigor.

Pero una vez más, los planes de finalizar las medidas para el funcionamiento del Protocolo de Kyoto en el año 2000 no pudieron ser cumplidos. Por falta de acuerdos de las Partes, las negociaciones se postergaron para ser finalmente resueltas en la séptima Conferencia de las Partes celebrada en noviembre de 2001 en la ciudad de Marrakech (Marruecos), donde se aprobaron los denominados Acuerdos de Marrakech.

Nuevamente con la finalidad de abrir el camino para la puesta en marcha del Protocolo de Kyoto, se aprobaron los Acuerdos de Marrakech, que constituyeron un paquete de decisiones donde se abordan detalles de funcionamiento del Protocolo como: los mecanismos flexibles, el uso de las tierras, el cambio en el uso de la tierra y la silvicultura, y la observancia del Protocolo, para que una vez que entren en vigor, dichas medidas fuesen adoptadas en la primera Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes del Protocolo de Kyoto.

Sólo en febrero de 2005, después de la ratificación por parte de la Federación Rusa, entró en vigor el Protocolo de Kyoto. Recientemente se ha celebrado la undécima Conferencia de las Partes de la CMNUCC (CP 11), y la primera Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto (CP/RP1), celebrada en la ciudad de Montreal (Canadá), entre los días 28 de noviembre y 10 de diciembre del 2005.

Con gran expectativa por ser la primera reunión de las partes después de la entrada de vigor del Protocolo de Kyoto, la CP 11 y la CP/RP1 reunió cerca de 9.500 participantes, incluyendo 2.800 representantes oficiales de los gobiernos, más de 5.800 representantes de órganos y agencias de las Naciones Unidas, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, así como 817 acreditaciones para los medios de prensa.

El ambiente de expectativa y la cantidad de asistencia fueron tan grandes que la CP 11 y la CP/RP1 se extendió un día más de lo previsto, terminando el 10 de diciembre de 2005.

La CP 11, convocada de conformidad con el párrafo 4 del artículo 7 de la CMNUCC, se inauguró en el Palacio de Congresos de Montreal el 28 de noviembre de 2005, por el Sr. *Ginés*



*González García*, Ministro de Salud y Ambiente de la Argentina, presidente de la décima Conferencia de las Partes.

Después de realizada la ceremonia de bienvenida a todos los participantes por el Sr. *Gérald Tremblay*, Alcalde de Montreal, y el Sr. *Jean Charest*, Primer Ministro de Quebec y declarada su apertura oficial, la Conferencia de las Partes en su primer período de sesiones, a propuesta del Presidente saliente, eligió por aclamación como Presidente de la CP 11 y la CP/RP1 al Sr. *Stéphane Dion*, Ministro de Medio Ambiente de Canadá.

Una vez aceptada y asumiendo sus funciones, el Presidente señaló que los objetivos de la CP 11 y la CP/RP1, que se celebrarían en paralelo, podrían resumirse en tres conceptos básicos: aplicación, mejora e innovación. Esos tres conceptos fueron también denominados en inglés las tres «*ies*»: *implement, improve and innovate*.

Los tres conceptos son una alusión a la aplicación y el funcionamiento del Protocolo de Kyoto, una vez que ya está en vigor. A la introducción de mejoras en la CMNUCC y el Protocolo de Kyoto para que ambos sean más eficaces en la lucha contra el cambio climático. Y a la innovación, haciendo referencia a una mirada más allá del primer período de compromisos del Protocolo (2008-2012), y buscando, debatiendo y discutiendo, opciones para continuar la cooperación en la lucha contra el cambio climático, manteniendo los objetivos previstos en la CMNUCC.

Con los objetivos de la CP 11 y la CP/RP1 declarados, vamos a proceder a un análisis de los principales resultados y hacer un análisis conjunto entre los objetivos declarados por el Presidente y los resultados obtenidos después de trece días de negociación y de arduos trabajos.

Analizando los tres objetivos mencionados por el Presidente en el inicio de la Conferencia de las Partes, empezaremos con el primero, es decir, la aplicación. Con la finalidad de poner en marcha el Protocolo de Kyoto, la CP 11 y la CP/RP1 no tardaron en demostrar su eficiencia y luego en la tercera sesión de la CP/RP1, el día 30 de noviembre de 2005 se aprobó un paquete de 21 decisiones enviadas por la CP 11, más conocido como el Acuerdo de Marrakech, representando una gran victoria para todos los defensores del Protocolo de Kyoto pues, una vez aprobadas, esas medidas contienen las directrices y los reglamentos suficientes para que el Protocolo entre en funcionamiento, lo que quizás sea el mayor logro de las Conferencias.

Por su parte, ha quedado aplazada para la CP/RP3 la decisión sobre la adopción de una enmienda al Protocolo, propuesta por Arabia Saudita, para la aprobación de los mecanismos legales de cumplimiento, conforme el artículo 18 del Protocolo.

El segundo objetivo fue la mejora de la CMNUCC y del Protocolo de Kyoto. Se formaron varios grupos de contacto y se realizaron numerosas consultas, principalmente sobre el mecanismo de desarrollo limpio (MDL); la implementación conjunta; los mecanismos de financiamiento de la CMNUCC y del Protocolo de Kyoto, como el Fondo Especial para el Cambio Climático y el Fondo para la Adaptación; la transferencia de tecnología; los vínculos institucionales entre la Secretaría de la CMNUCC y las Naciones Unidas.

Menos éxito han tenido la CP 11 y la CP/RP1 en cuanto el objetivo relacionado con la mejora de la CMNUCC y del Protocolo de Kyoto. Después de tantos temas discutidos, principalmente sobre la continuidad del MDL, una vez concluya el primer período de compromisos del Protocolo de Kyoto, no se llegó a ninguno acuerdo de gran importancia en esos temas, aunque se adoptaron decisiones de importancia menor, tales como: la continuación del vínculo de la Secretaría de la CMNUCC y de las Naciones Unidas; la aprobación de la realización de algunos talleres de debates como: el del diálogo sobre la acción de cooperación contra el cambio climático y la transferencia de tecnología; la aprobación de una mayor agilidad en la aprobación de los proyectos del MDL, así como aumentar la gama de actividades de los proyectos; la aprobación de las actividades y los informes del Órgano Subsidiario de Implementación y el Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico.

Finalmente, el último objetivo, la innovación, constituye una buena muestra de la intención de las Partes, en un intento de debatir, mirando al futuro, los esfuerzos emprendidos para la lucha contra el cambio climático, una vez se culmine el período del Protocolo de Kyoto. Una discusión sobre los compromisos futuros, conforme a lo previsto en su párrafo noveno, artículo tercero.

Para las negociaciones de cara el futuro, la Conferencia decidió crear un Grupo de Trabajo *ad hoc*, pero sin imponerle ningún plazo específico para terminar o concluir sus deliberaciones. Un Grupo de trabajo en el que se insta a todas las Partes a participar en esas discusiones, para que no haya un hueco entre el primer período de compromisos del Protocolo de Kyoto y un probable segundo período, permitiendo que los países que no están en el anexo I de la CMNUCC puedan adoptar compromisos voluntarios.

Además, se aprobó un diálogo para una larga acción cooperativa destinada al combate del cambio climático enfocada en cuatro áreas: desarrollo sostenible, adaptación, tecnología y oportunidades de mercados. Con el objetivo de apoyar la práctica de las medidas previstas en la CMNUCC, tales como las acciones propuestas voluntariamente por los países en vías de desarrollo, dejando claro que la existencia del diálogo no implica la adopción de ningún nuevo compromiso para las Partes.

Observando los tres objetivos propuestos y los resultados alcanzados, se puede concluir que la CP 11 y la CP/RP1 han dado un paso adelante en la lucha contra el cambio climático, aunque sin importantes mejoras significativas.

Efectivamente ha supuesto un paso adelante, al aprobar las normas para el funcionamiento del Protocolo de Kyoto y al aceptarse por los Estados, especialmente los desarrollados, que el problema del cambio climático continuará mucho más allá del primer período de compromisos del Protocolo de Kyoto, siendo necesario empezar a planear el futuro desde el momento presente.

La CP 11 y la CP/RP1 han dado un paso importante al poner sobre la mesa y empezar a negociar la continuidad del reto de la lucha contra el cambio climático. Un futuro de muchas negociaciones y de muchos intereses en juego pero que ya está siendo discutido.

Dos decisiones pueden resumir la CP 11 y la CP/RP1: la capacidad de operar del Protocolo de Kyoto y la puesta en marcha de la discusión sobre el futuro del Protocolo, en el contexto más amplio sobre la continuidad en la lucha contra el cambio climático. En ese sentido, y de acuerdo con la Cumbre del Milenio de 2005, donde los Estados reconocieron la gravedad y el largo plazo para la lucha contra el cambio climático, ha quedado claro que no queda más tiempo para estar debatiendo sobre las causas y efectos del cambio climático, ni para deliberar acerca de hasta qué punto los expertos científicos pueden garantizar al 100 por 100 sus previsiones: el cambio climático es una realidad y ha llegado ya el momento de actuar.

La duodécima Conferencia de las Partes de la CMNUC y la segunda Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kyoto se celebrarán entre los días 6 a 17 de noviembre de 2006. Hasta el final de la CP 11 y la CP/RP1 no se ha confirmado el lugar de esta próxima reunión, aunque Kenya se ha ofrecido para abrigar la próxima Conferencia de las Partes.

Bruno Manoel VIANA DE ARAUJO

## 8. LA ILICITUD DE LA GUERRA DE IRAK SEGÚN EL TRIBUNAL SUPREMO ALEMÁN

La acción militar realizada por parte de los EEUU y del Reino Unido, junto con el apoyo de otros Estados, entre ellos España, dirigida contra Irak a partir del 20 de marzo de 2003 ha

suscitado los más airados comentarios de políticos, juristas, periodistas, y de la sociedad civil en general en todo el mundo. Seguramente no ha habido ningún otro suceso en el mundo desde el cambio de siglo en 2000 que haya provocado tanta polémica como los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, y la subsiguiente conducta abiertamente belicista de las mencionadas potencias culminada en la invasión de Irak. Sin embargo, sorprende observar el silencio que los órganos jurisdiccionales han mantenido en relación con estos hechos. Esta falta de implicación judicial se observa en el ámbito internacional, donde las partes implicadas en los conflictos (EEUU y los países árabes) no han reconocido la competencia ni de la CIJ ni de la CPI u otras cualesquiera que puedan conocer de la legalidad de las medidas adoptadas para iniciar y llevar a cabo esta guerra. Además, se observa también en el caso de los tribunales internos, donde su inactividad puede ser debida a la falta de un interés concreto en sustanciar pleitos por una presunta ilicitud de la guerra contra Irak, o por una insuficiente regulación de la competencia de los propios órganos judiciales domésticos en materia de control de la política exterior.

Ante este panorama poco alentador para la aplicación del Derecho es de saludar que el Tribunal Supremo Administrativo alemán, en su Sala Militar, asumió la tarea de declararse, al menos *obiter dicta*, sobre la ilicitud de la guerra contra Irak en general y la conducta ilícita al hilo de esta guerra por parte de la República Federal de Alemania en particular (ver Sentencia del Tribunal Supremo Administrativo alemán, 2.º Sala de lo Militar, del 21 de junio de 2005 –2 WD 12.04– TDG N 1 VL 24/03, publicada en *EuGRZ* 2005, 636-678). La generalmente correcta argumentación, fundamentación y documentación de estos *obiter dicta* justifican sobradamente su comentario en una revista jurídica española, dada además la particular posición que correspondía a España en el debate jurídico –y también político– que supuso este conflicto armado.

La sentencia respondía a la cuestión de si determinadas conductas de un soldado de las Fuerzas Armadas alemanas podían admitirse como ejercicio legítimo de la libertad de conciencia ante la presunta participación y colaboración por parte de Alemania en las actividades militares de EEUU y del Reino Unido contra Irak. El Tribunal Supremo admitió su competencia, en particular, para determinar si la cuestión de si la negativa del soldado de obedecer a la orden de continuar trabajando, y de garantizar que sus subordinados trabajaran, en el desarrollo y progresiva implantación de un programa informático de procesamiento de datos para la logística de todas las Fuerzas Armadas alemanas, que aumentaría incluso su interoperatividad con fuerzas armadas de otros países (*IT-Projekt SASPF*, ver sobre ello § 3.3 de la sentencia), constituye una objeción de conciencia válida. Por el contrario, no entró a revisar la decisión de instancia de que la objeción de conciencia era válida también en relación con unas manifestaciones del soldado durante una reunión de trabajo con sus subordinados el 27 de marzo de 2003, en que había afirmado que «se considera obligado a prohibir a los miembros del departamento (*Prozessmanagement HP Organisation*) la participación en la formación en deportes así como en el tiro de entrenamiento y de combate, y la actividad como personal operativo, puesto que estas actividades contribuirían al apoyo ilícito por parte de Alemania a una guerra ilícita de agresión contra Irak» (§ 3.1 de la sentencia), ya que el Tribunal no consideraba suficientemente sustanciado el recurso del abogado del Estado.

El estudio de la cuestión jurídica admitida por el Tribunal exigía entrar a conocer sucesivamente de diversas cuestiones jurídicas. Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, interesa el análisis que hace el Tribunal de las condiciones del ejercicio de la objeción de conciencia, aunque esto no va a ser objeto del presente comentario. Dicho sea sólo que en materia de objeción de conciencia este caso aporta un respiro a un panorama en el Derecho comparado bastante más restrictivo. En efecto, en los EEUU, Gran Bretaña, Israel y Australia no se reconocía la posibilidad de la objeción de conciencia selectiva por la ilegalidad de una guerra en que esté involucrado el respectivo país. Recientemente esto ha sido

confirmado por la condena de un soldado británico que objetaba a su estacionamiento en Basra (Irak) debido a la ilegalidad de esta guerra. La consecuencia fue una condena de ocho meses en prisión, el pago de una multa de 20.000 libras y el despido de su trabajo (ver el asunto *Flight Lieutenant Malcolm Kendall-Smith*, ante el *Court Martial Panel* de 13 de abril de 2006). En lugar de entrar en esta cuestión de la objeción de conciencia, el comentario se va a centrar en los aspectos del Derecho Internacional (DI) general que tienen que ver con el análisis que el Tribunal alemán hace de la ilicitud de la acción militar contra Irak por parte de los EEUU y del Reino Unido (I.), y la responsabilidad de Alemania por su colaboración en ella (II.).

## I

*Ilicitud de la acción militar contra Irak.* El Tribunal ha puesto de relieve que una razón en que un soldado puede basar el ejercicio de la objeción de conciencia es que la orden militar recibida fuera contraria a las «normas generales del DI», tal como vienen enunciadas en el artículo 25.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Alegar la antijuridicidad de una orden militar para ejercer la objeción de conciencia también puede hacerse en base a que la jurisprudencia constitucional alemana ha indicado que el propio ejercicio de la libertad de conciencia ha de hacerse estrictamente dentro del marco legal (vide para ello, y para más referencias, § 4.1.3.1.3 de la sentencia). La objeción de conciencia es, por tanto, un mecanismo de salvaguardia que ofrece el Derecho al individuo para que éste pueda abstenerse de realizar aquello que atente contra su propia conciencia, pero también contra la «conciencia general» plasmada en el ordenamiento jurídico vigente.

A partir de esta premisa se planteaba la necesidad de analizar si efectivamente hubiera elementos de juicio suficientes para afirmar que el soldado podría haber sostenido creíblemente su objeción. Para ello, el soldado se apoyaba en la idea de que las «normas generales del DI» prevalecen en todo caso frente a las leyes internas y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes de la República Federal de Alemania (art. 25.2 de la Ley Fundamental; vide sobre ello § 4.1.2.6 de la sentencia).

Ahora bien, el primer paso para el Tribunal fue determinar qué entiende la Ley Fundamental por «reglas generales» del DI. En efecto, la propia Ley Fundamental indica en su artículo 100.2 que la declaración vinculante sobre lo que constituyen estas normas la puede hacer el Tribunal Constitucional. Según su jurisprudencia consolidada se incluyen entre estas «normas generales» las normas de *ius cogens* en el sentido del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el Derecho consuetudinario así como los principios generales del DI en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) [vide, entre otras, Decisiones (*Beschlüsse*) del Tribunal Constitucional (BVerfG) del 30 de octubre de 1962 –2 BvM 1/60– *BVerfGE* 15, 25, en particular pp. 34-35; y del 14 de mayo de 1968 –2 BvR 544/63– *BVerfGE* 23, 288, en particular p. 317 y las referencias allí citadas].

Estas normas las distingue de las normas convencionales, que en principio no forman parte de las «normas generales» del DI, a no ser que en ellas se recogiesen las reglas jurídicas que han llegado a formar parte de las normas generales. Esta interacción se podría haber producido por el efecto declarativo, generador o cristizador de una norma de *ius cogens* o de una norma consuetudinaria a partir del texto convencional.

El propio Tribunal pone además de manifiesto que la Ley de Régimen del Personal Militar (*Soldatengesetz*) indica en su artículo 10.4 que las órdenes militares deben adoptarse de acuerdo con el «Derecho Internacional», lo que incluye también el Derecho convencional. No obstante, ésto no debería interpretarse –y el Tribunal así lo confirma– como una excepción al artículo 25 de la Ley Fundamental, puesto que las propias reglas del DIP sobre primacía y

derogación solucionan la prevalencia del *ius cogens* sobre cualquier otra norma internacional. Sólo en el ámbito de normas consuetudinarias con un carácter dispositivo podría haber un conflicto con un tratado con contenido distinto, pero en el presente asunto, a juicio del Tribunal, no se producía ninguna contradicción de esta naturaleza. En efecto, el tratado internacional que se debería aplicar a la situación de la invasión al Irak era la V Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907 sobre los derechos y los deberes de las potencias y de las personas neutrales en caso de guerra terrestre, que según la opinión mayoritaria de la jurisprudencia y de la práctica codifica normas consuetudinarias.

A este respecto también conviene hacer referencia a la definición que recoge este Tribunal de lo que entiende por normas consuetudinarias, y cómo deben probarse. Siguiendo a la definición generalmente aceptada de estas normas, el Tribunal exige que se pruebe la existencia de una práctica de un gran número de Estados provenientes de las diversas culturas jurídicas del mundo que sea fruto de la convicción de estar actuando conforme al DI (*opinio iuris*). Para probar estas normas consuetudinarias, hay que atender a la conducta de los órganos que con base en el DI o Derecho interno están autorizados a representar al Estado en las relaciones jurídicas internacionales. Junto con esto, puede también tomarse en consideración la conducta de otros órganos del Estado que sea relevante a efectos de la aplicación directa de normas internacionales o de dar contenido al margen de apreciación de los Estados. Con ello, el Tribunal emplea fórmulas muy similares sobre la relevancia y el tratamiento jurídico de la práctica internacional a como se hace por el Tribunal Constitucional español (vide *v.gr.* la Sentencia del TC español núm. 107/1992, del 1 de julio de 1992, *RTC* 1992\107, fundamento jurídico núm. 4).

Una vez, pues, admitido que cabe ejercer por parte de un soldado la objeción de conciencia ante una orden que fuera antijurídica de acuerdo con el DI general, el Tribunal debió determinar si había suficientes elementos de juicio para afirmar que el soldado pudo considerar con fundamento que existían «serias dudas» (*schwerwiegende Bedenken*) sobre la licitud de la acción militar de los EEUU y del Reino Unido. A partir de allí también se podría deducir la calificación de la presunta colaboración de Alemania en esta acción militar. No hacía falta probar más concretamente la ilicitud de estas acciones, ya que al existir «serias dudas» era suficiente para fundamentar la objeción de conciencia. Aún así, el Tribunal se ha esmerado en argumentar detalladamente la calificación jurídica de los sucesos, mucho más allá de lo que podría exigirse al propio soldado cuando éste analizara para sí los hechos. La guerra de Irak sin duda lo merecía por el interés que este juicio despierta más allá del caso concreto del presente soldado.

El Tribunal arranca su análisis jurídico de la conducta, calificada desde el principio como «guerra», a partir del principio estructural del DI de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza, consagrado en el artículo 2.4 de la Carta NU. En base a la jurisprudencia internacional (Asunto de las *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, *ICJ Reports* 1986, 14, en particular pp. 97 y ss., §§ 183 y ss.) y alguna doctrina, el Tribunal afirma que este principio forma parte del Derecho consuetudinario e incluso del *ius cogens*. Este dato le permite al Tribunal subsumirlo en el ámbito de aplicación de las «normas generales» del artículo 25 de la Ley Fundamental, y por tanto, aplicarlo como totalmente prevalente ante la legislación y práctica internos alemanes.

Pero el Tribunal advierte que la propia Carta NU admite dos causas de justificación para la amenaza o uso de la fuerza: *a)* que el Consejo de Seguridad determine, en base al artículo 39 de la Carta, una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, pudiendo adoptarse las medidas de los artículos 41 y 42, y que *b)* exista una previa agresión (ilícita) que dé lugar a la autodefensa conforme con el artículo 51 de la Carta.

Para descartar ambos supuestos, el Tribunal los analiza con detalle. Sobre todo el primero plantea algunos interrogantes, ya que ciertos sectores habían sostenido que los EEUU y el Reino

Unido contaban con una autorización del Consejo de Seguridad en base a las Resoluciones sobre Irak que se referían a la segunda guerra del Golfo, en particular las Resoluciones 678 (1990) y 687 (1991). El Tribunal opina que estas Resoluciones ya no eran aplicables en el año 2003, puesto que la situación que las había motivado en su momento había cambiado por completo (§ 4.1.4.1.1. de la sentencia). Lo mismo aplica a las demás Resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad después de 1991, y muy en particular para la Resolución 1441 (2002). Esta Resolución fijaba un marco temporal bastante preciso para el trabajo de la UNMOVIC y de los inspectores de la AIEA, aunque dejando completamente a oscuras cuáles fueran las «serias consecuencias» (apartado 13 de la Resolución) que tuviera un incumplimiento de las obligaciones impuestas a Irak. Además, el propio Consejo de Seguridad indicaba en esta Resolución (apartado 14) que él mismo quería seguir ocupándose de este asunto, lo cual automáticamente le reservaba cualquier poder para decidir las ulteriores medidas a adoptar. Además, sólo un mandato expreso para ejercer la fuerza en conformidad con el cap. VII de la Carta NU puede valer como excepción a la norma general del artículo 2.4 de la Carta NU, que condena toda amenaza o uso de la fuerza. El Tribunal explica también que no puede valer el argumento esgrimido por algunos según el cual ni los EEUU ni el Reino Unido hubieran votado a favor de la Resolución 1441 (2002) si en la redacción finalmente negociada y acordada no hubieran percibido suficiente margen de interpretación para poder justificar una intervención militar. Para interpretar un texto internacional hay que estar a su tenor literal y no pueden tenerse en cuenta las reservas mentales de los representantes gubernamentales que participan en su adopción.

El análisis de la posible cobertura legal de la guerra por el artículo 51 de la Carta NU conduce al Tribunal al mismo resultado que la otra excepción a la prohibición de la amenaza y uso de la fuerza. En particular, en el caso de Irak se echa en falta el «ataque previo» por parte del Estado agresor ante el cual habría que «defenderse». Ante el argumento de que en el mundo actual, en que la capacidad destructora de algunas armas es tal que no puede exigirse que los Estados esperen pacientemente su destrucción inmediata para después iniciar su autodefensa, deba reconocerse la posibilidad de una intervención preventiva, el Tribunal aplica estrictamente los criterios de determinación de normas consuetudinarias. Por eso afirma que aunque «algunos» gobiernos hayan alegado esta necesidad de intervención preventiva, jurídicamente aún no se puede afirmar que se haya consolidado una norma consuetudinaria al respecto, la cual en su caso podría vincular a este Tribunal interno. Aunque el Tribunal no lo menciona expresamente, se refiere entre otros a los propios EEUU, que incluyen la intervención preventiva en su estrategia de seguridad (tanto en la *National Security Strategy of the United States of America*, de septiembre de 2002, p. 6; como en la nueva versión de marzo de 2006, p. 23). El Tribunal incluso entra a analizar la «doctrina Webster» sobre la situación de peligro inminente e insuperable, que no deja lugar a considerar otras soluciones (*instant, overwhelming, leaving no choice of means and no moment for deliberation*). Conforme con las propias declaraciones de los gobiernos de los EEUU y del Reino Unido, no existía esta situación de inminente peligro en Irak, por lo cual este argumento caería por su propio peso.

Como conclusión a partir de este análisis, el Tribunal afirma que la acción militar de los mencionados Estados contra Irak debe calificarse de «acto ilegal», citando en su apoyo incluso un comunicado del propio Secretario General de las NU del 16 de marzo de 2003, en que éste expresa la misma opinión que el Tribunal.

## II

*Responsabilidad de Alemania por su colaboración.* Ahora bien, el soldado que había ejercido su derecho de objetor por razones de conciencia era alemán, por lo cual hacía falta determinar, en un segundo paso, si la República Federal de Alemania había colaborado en esta

guerra, la calificación jurídica de esta colaboración y si la acción concreta que tenía que realizar el soldado era adecuada para contribuir a esta ayuda alemana a una guerra ilegal.

En cuanto a los actos en que Alemania había ayudado a los EEUU y al Reino Unido, el Tribunal mencionó como generalmente conocidos el derecho de sobrevuelo, la autorización de que estos Estados usaran «sus» instalaciones ubicadas en Alemania (en particular, algunos aeropuertos en distintos lugares de Alemania), y de garantizar la seguridad de estas instalaciones para descargar de trabajo a los soldados estadounidenses. Además, Alemania había anunciado la continuación de los vuelos de supervisión por parte de la aviación alemana para controlar el espacio aéreo turco (vuelos con aviones AWACS, vide sobre ello § 4.1.4.1.2. de la sentencia).

Al elaborar la calificación jurídica de estas conductas de Alemania, el Tribunal aclara que para «participar» en una guerra no es necesario que los soldados tomen parte activamente en las hostilidades. Se recuerda al respecto que un acto ilícito internacional (aquí: participación en una guerra ilegal) se puede cometer tanto por una acción o, en caso de una obligación internacional de hacer, por una omisión. Además, la «colaboración» para cometer un ilícito internacional constituye por sí solo un acto ilícito internacional.

Estas afirmaciones las basa el Tribunal en tres fuentes jurídicas. En primer lugar, el artículo 3.f) de la Resolución de la Asamblea General de las NU 3314 (XXIX), que califica de «agresión» la ayuda de un Estado que permite que otro Estado lleve a cabo actos de agresión desde su territorio. Aunque la mencionada Resolución carece de valor vinculante, el Tribunal alemán considera que es expresión de un común sentir (*opinio iuris*) de la comunidad internacional, por lo cual ha de ser tenida en cuenta. Lo mismo ocurre con el artículo 16 del proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional del 26 de julio de 2001, que se ocupa más en general –aunque con el mismo resultado para este caso– de la cooperación para cometer un acto ilícito internacional. Como tercera y última base jurídica aduce el régimen jurídico de la neutralidad, y muy en particular las normas de la V Convención de La Haya, cuyas disposiciones han llegado a formar parte del DI consuetudinario, y que también han sido incorporadas al ordenamiento interno de Alemania (*Zentrale Dienstvorschrift 15/2*, de agosto de 1992). Según estas normas, un Estado que no participa en una guerra adquiere el estatuto de «neutral», lo cual a su vez crea derechos y obligaciones para este Estado, y también para los Estados beligerantes. En concreto, el Estado neutral no puede apoyar de ninguna manera a cualquiera de las partes en conflicto, incluido el tránsito de tropas, o de víveres o equipamiento, la autorización de comunicaciones de todo tipo a través de su territorio, o el uso de su espacio territorial, aéreo o marítimo para cualesquiera otros ejercicios militares. Esta prohibición para el Estado neutral llega tan lejos que debe emplear la fuerza para evitar que alguna de las partes viole su soberanía.

Siguiendo el modelo lógico de la regla-excepción, el Tribunal analizó si podría haber alguna norma internacional que justificara que Alemania, a pesar de su posición en principio neutral y a pesar del carácter ilícito de la guerra –calificable de agresión– llevada por los EEUU y el Reino Unido contra Irak, participara al lado de los EEUU. Desde un punto de vista jurídico surgen enseñadas dudas sobre esta manera de proceder por parte del Tribunal, puesto que en DI no puede haber razones más allá de la Carta NU para emplear –o ayudar a emplear– la amenaza y el uso de la fuerza. El propio artículo 103 de la Carta NU impide que a través de un tratado especial se disponga algo contrario al contenido de la Carta. Por eso, el análisis del Tribunal podría haber terminado aquí, pero se continuó estudiando el contenido de algunas normas que vinculan a Alemania en el marco de la OTAN. De todos modos, el Tribunal también reconoce que estas convenciones no han creado obligaciones jurídicas para Alemania que vayan en contra de las consagradas en la Carta NU.

El primero de los tratados que analiza el Tribunal es el Tratado constitutivo de la OTAN, adoptado en Washington el 4 de abril de 1949. Su artículo 1 directamente descarta toda ame-

naza o uso de la fuerza que fuera incompatible con los objetivos de las NU o del texto de la Carta NU. Además, el artículo 5 del Tratado de la OTAN tiene el objetivo de servir de complemento para la realización efectiva del artículo 51 de la Carta NU. Por esto, una acción militar contraria al artículo 51 de la Carta NU es *ipso facto* incompatible con el artículo 5 del Tratado de la OTAN. Todo esto a su vez es subrayado por el tenor literal inequívoco del artículo 7 de este último tratado.

A esto se añade una evaluación del Tribunal del ámbito de aplicación territorial del Tratado OTAN. No obstante este argumento, si bien el tenor literal limita la aplicación de la autodefensa colectiva al territorio de los Estados miembros en Europa y el Norte del Atlántico, ya se produjo una ampliación de su ámbito de aplicación porque fuerzas de la OTAN llevan a cabo acciones de pacificación y mantenimiento de la paz en Afganistán. Más importante para poner de relieve la inaplicabilidad del Tratado OTAN fue que las decisiones sobre la aplicación de este Tratado en el caso de Irak no habían sido tomadas por los órganos facultados para ello. Al respecto existen todavía algunas dudas, aunque la práctica (que se limita a la reacción ante los atentados del 11 de septiembre de 2001) y la doctrina confirman que cada Estado individualmente determinará ante un suceso concreto si existe un ataque en el sentido de los artículos 5 y 6 del Tratado OTAN [vide en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, Sentencia (*Urteil*) del 18 de diciembre de 1984 –2 BvE 13/83– *BVerfGE* 68, 1, en particular p. 93]. Posteriormente, esta decisión de cada Estado se traslada al seno del Consejo de la OTAN mediante una votación. En el caso de los atentados del 11 de septiembre, la opinión fue unánime. Por el contrario, en el caso de Irak en 2003 no había recaído ninguna decisión.

Como si estos argumentos fueran pocos, el Tribunal también recuerda que el Tratado de la OTAN contiene una cláusula (art. 11.1) que establece para su ejecución expresamente una reserva para el control constitucional por los diferentes Estados miembros, en el sentido de que ningún Estado puede ser obligado a realizar una decisión adoptada por la OTAN que fuera contraria a la Constitución de ese Estado. Curiosamente, esta cláusula había sido incluida en 1949 a instancia de los propios EEUU.

En segundo lugar, el Tribunal dirige su atención al marco jurídico creado por el Estatuto de Tropas de la OTAN del 19 de julio de 1951 y de su Protocolo Adicional del 3 de agosto de 1959.

El Protocolo Adicional regulaba los derechos de las tropas extranjeras estacionadas en Alemania, en sustitución del régimen de ocupación que había terminado su vigencia en 1955. Este Protocolo Adicional preveía amplias facultades de uso de las zonas de soberanía alemana –sobre todo en lo que se refiere a la libertad de sobrevuelo– pero que fueron derogadas en 1994, porque se comenzó a exigir una autorización expresa por el gobierno para la entrada y movimiento de tropas o partes de tropas, a no ser que mediara una autorización en base a otros acuerdos. No obstante, en el presente caso no había ningún otro acuerdo que podría haberse alegado. Por esto, el Tribunal descartó también esta posible base jurídica para la contribución alemana a la guerra contra Irak.

Otro hipotético fundamento es el Tratado sobre la Presencia de Fuerzas Armadas extranjeras en la República Federal de Alemania del 23 de octubre de 1954. Este tratado fue firmado con el objetivo de regular el tránsito de tropas de otros miembros de la OTAN por territorio alemán –pensando sobre todo en tropas norteamericanas y británicas que se desplazan hacia o desde Austria–. Dado que se trata de un tratado para regular meramente el tránsito de tropas entre Estados miembros de la OTAN, tampoco puede aplicarse a los hechos aquí enjuiciados.

En último lugar, el Tribunal hace referencia a la figura de los «tratados secretos», que según él podrían existir entre Alemania y los EEUU. Este tipo de tratados, según el Tribunal, son los no publicados por el Secretario General de NU de acuerdo con el artículo 102 de la Carta NU. Estos tratados no se podrían alegar ante los órganos de NU, y por tanto tampoco ante la CIJ si se llegara a sustentar un procedimiento ante este órgano para determinar la responsabilidad de Alemania. Además, aunque el Tribunal no hace referencia a ello, habría que añadir que esos tratados secre-



tos no se suelen publicar tampoco en el interior de los Estados, no siendo vinculantes entonces para los órganos judiciales internos. Del razonamiento del Tribunal se deduce que admitiría su validez al menos en teoría, y siempre respetando el filtro de las obligaciones prevalentes de la Carta NU conforme con su artículo 103. Por esto, en el presente caso, en que ya se ha puesto de relieve la infracción del artículo 2.4 de la Carta NU, puede descartarse desde el principio la aplicación de un tratado secreto para justificar la conducta litigiosa.

Todo parece indicar que el motivo por el cual el Tribunal se había dejado llevar a hacer este análisis exhaustivo de «otras» obligaciones asumidas por parte de Alemania frente a los EEUU fuera el contenido de un «informe de argumentación» (*Punktations-Papier*), que ya al inicio de la objeción de conciencia había sido elaborado y remitido al soldado por el Ministerio de Defensa, en que se afirmaba, entre otras cosas, que «la seguridad de Alemania había sido garantizada durante decenios gracias a la solidaridad mutua entre los miembros de la Alianza. De ahí ha nacido, también para Alemania, un fuerte compromiso a la solidaridad con los otros miembros de la Alianza. [...] Por esto, Alemania seguirá colaborando en el espíritu del Tratado de la OTAN y cumpliendo sus obligaciones políticas que de éste dimanar» (vide § 3.3 de la sentencia). Esta afirmación del Ministerio, que parece crear un estándar paralelo para las conductas de los Estados, al margen del DI, y que se basa en «obligaciones políticas» (*politische Verpflichtungen*), seguramente habrá causado inquietud al Tribunal, que intentó buscar esta base inexistente de un segundo plano de regulación, oculto quizás en algún resquicio de las amplias relaciones entre Alemania y los EEUU, para que sirva de base jurídica válida para afirmar una «alianza de vida y muerte» –quizás podría decirse– entre los dos países que iría más allá de la Carta NU. El Tribunal, procediendo con rigor en su argumentación, no encontró nada parecido. Es más, el Tribunal recordó que el gobierno federal está estrictamente vinculado al «Derecho y a la Ley» en base al artículo 20.3 de la Ley Fundamental, que crea un Estado de Derecho de carácter democrático (§ 4.1.4.1.3. de la sentencia). En definitiva, tuvo que dar la razón al soldado que había sugerido la ilicitud de la colaboración de Alemania en las actividades militares, confirmando al menos que existen «graves dudas de Derecho Internacional» (*gravierende völkerrechtliche Bedenken*) sobre su licitud (vide § 4.1.4.1.4. de la sentencia).

Finalmente, el Tribunal también se convenció de que para el soldado el conflicto de conciencia tenía la suficiente entidad para justificar su renuncia a obedecer órdenes militares que le obligaban a seguir colaborando en un proyecto de software de procesamiento de datos que según los directores del propio programa no se podía descartar que serviría también para aumentar la operatividad de las Fuerzas Armadas alemanas en las labores de colaboración con los EEUU y el Reino Unido en la guerra contra Irak. El Tribunal alemán ha dado aquí, por tanto, un ejemplo de lo que puede significar el correcto funcionamiento del Estado de Derecho para los ciudadanos, en este caso un soldado, que tienen la posibilidad de objetar por conciencia contra actos ilegales –por ser contrarios al DI– de sus gobiernos. Al mismo tiempo, la sentencia confirma, sobre todo en relación con las pruebas aportadas por el gobierno para justificar su postura, la complicidad que en el terreno de los hechos hubo entre Alemania y EEUU en cuestiones de la política exterior de este segundo país, a pesar de que ante los medios de comunicación se presenta una imagen de Alemania opuesta a la guerra de Irak. Esta conducta confirma el concepto de «vínculo transatlántico» forjado en el ámbito de la OTAN, en particular, desde la adopción del *Concepto Estratégico de la Alianza*, adoptado por esta organización en abril de 1999 (cfr. v.gr. el § 7 de este documento: «The Alliance embodies the transatlantic link by which the security of North America is permanently tied to the security of Europe»). Parece que para algunos gobiernos europeos priman todavía, en particular en cuestiones de tanta envergadura como la guerra de Irak, los compromisos políticos y estratégicos frente al cumplimiento o respeto del DI positivo.

