

## V. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

### A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

#### 1. PROYECTO DE RESOLUCIÓN SOBRE MORATORIA UNIVERSAL EN LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN EL 62.º PERÍODO DE SESIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: SOBERANÍA ESTATAL *VERSUS* DERECHOS HUMANOS

El pasado 15 de noviembre de 2007, tras una intensa actividad diplomática y a pesar de ciertas incertidumbres respecto del resultado final de la votación., la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un proyecto de resolución en el que, ante la preocupación por la continuada aplicación de la pena de muerte, pidió a los Estados la suspensión mundial de las ejecuciones de la pena capital. Se trata de un esperado y adecuado primer paso, insuficiente pero necesario para alcanzar el deseable objetivo final de abolición universal de la pena de muerte. Representa, por tanto, un paso instrumental en el laborioso camino del fomento de la dignidad humana y del desarrollo progresivo de los derechos humanos.

La mera presentación de la resolución y su posterior aprobación deben ser evaluadas positivamente por cuanto en anteriores períodos de sesiones del órgano plenario de las Naciones Unidas, proyectos de resolución similares no llegaron a ser presentados (en 1999, la Unión Europea retiró su propuesta en el último momento) o no fueron aprobados (en 1994, la iniciativa italiana de moratoria fue derrotada por un margen de ocho votos, con la abstención de 21 países europeos). En cambio, el 19 de diciembre de 2006, una Declaración, auspiciada por la Unión Europea, instando a la abolición de la pena de muerte y al establecimiento de una moratoria en las ejecuciones, fue apoyada por un total de 95 Estados de todos los grupos geográficos. Ya en 2007, con ocasión del Día Mundial contra la pena de muerte, se alcanzó la cifra crítica (96 votos) que permitía vislumbrar el éxito de una nueva propuesta al expresar cuatro Estados más su compromiso de votar a favor de una moratoria universal.

No obstante el éxito alcanzado, los resultados de la votación obligan a realizar ciertas consideraciones menos optimistas. El estrecho margen de la victoria (99 Estados a favor de la iniciativa, 52 en contra, 33 abstenciones y 8 ausencias en el momento de la votación) así como la presentación de casi una veintena de enmiendas y la tensión patente en los dos días de debate previo a la votación ponen claramente de manifiesto la falta de consenso y la persistencia de la división.

La cuestión de la pena de muerte aún despierta fuertes sentimientos contrapuestos resultado de posicionamientos enfrentados y del enconamiento de las posturas que defienden intereses divergentes. Esta tensa contraposición responde a la esencialidad de la cuestión subyacen-

te, esto es, la defensa de la soberanía del Estado frente al imparable impulso de los derechos humanos como limitadores del margen de discrecionalidad del Estado en el ejercicio de sus competencias soberanas. En este sentido, el mismo Secretario General de la Organización declaró, el 2 de enero de 2007, en relación con la ejecución de Saddam Hussein, que «*la existencia de la pena capital es una decisión que corresponde a cada Estado*», para afirmar poco después que todos los seres humanos tienen el derecho a vivir con dignidad, la tendencia creciente en el derecho internacional y en las prácticas de los Estados hacia una supresión gradual de la pena de muerte y su rechazo a la pena de muerte al considerarla una sanción incompatible con el valor de los derechos humanos y la inviolabilidad de las personas.

Además, resta por superar, en el mes de diciembre, el trámite pendiente del plenario de la Asamblea General, aunque lo previsible es que se mantenga el sentido de las votaciones. En caso de ser aprobada, a pesar de su carácter no vinculante, esta resolución representará la concreción de una *opinio iuris* y de una práctica modificativa de la norma en vigor de importancia máxima al constituir el punto de inflexión que hace primar la protección de los derechos humanos frente al ejercicio de las competencias soberanas del Estado. Si bien es cierto que en el estado actual del Derecho Internacional, algunos Estados han conservado la facultad de poner fin a la vida de sus ciudadanos ello no implica que pueda afirmarse la existencia a un derecho a la pena capital similar al derecho fundamental a la vida reconocido a todos los seres humanos.

En efecto, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, a nivel universal, como los diversos instrumentos regionales proclaman el derecho de toda persona a la vida y establecen la prohibición de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes si bien ninguno de ellos excluye, en determinadas circunstancias y para los delitos más graves, la imposición de la pena de muerte.

Por ello, con el reconocimiento internacional de los derechos humanos comenzó el laborioso camino hacia la eliminación de esta sanción máxima, estableciendo, por un lado, salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte y, por otro, afirmando distintos órganos de las Naciones Unidas, la conveniencia de abolir la pena capital. A estos objetivos responden los informes periódicos quinquenales que sobre la pena capital y la aplicación de salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a pena de muerte presenta el Secretario General ante el Consejo Económico y Social en cumplimiento de la resolución 1745 (LIV), aprobada por este órgano en mayo de 1973.

Asimismo, en la Observación General núm. 6 (1982) el Comité de Derechos Humanos afirmó en relación con el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que el derecho a la vida es el «*derecho supremo respecto del cual no se permite suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación*». Se trata de un derecho que no debe interpretarse en un sentido restrictivo. Por ello, la pena de muerte es considerada como una medida sumamente excepcional y todas las medidas encaminadas a su abolición deben ser consideradas como un avance en el disfrute del derecho a la vida. Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos de ONU, adoptó, desde 1997, una resolución anual en la que se pedía a los Estados que mantenían todavía la pena de muerte que establecieran una suspensión de las ejecuciones.

Igualmente, la Asamblea General de la ONU aprobó en las últimas décadas medidas importantes para abolir y limitar la pena de muerte. Ya, en 1977, en la resolución 32/61, reiteró que el principal objetivo que debía buscarse era restringir progresivamente el número de delitos por razón de los cuales pudiera imponerse la pena capital, con miras a la conveniencia de abolirla. El propio Consejo de Seguridad excluyó la pena capital en el establecimiento de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda a pesar de la gravedad de los crímenes que debían ser juzgados. Esta exclusión opera igualmente en el Tribunal Especial para Sierra Leona, en las Salas Especiales de Delitos Graves de Dili (Timor

Oriental) y en las Salas Especiales de los Tribunales de Camboya. Por otro lado, los tres asuntos planteados ante la Corte Internacional de Justicia en relación con condenados a muerte [Asunto de la *Aplicación del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares* (Paraguay c. Estados Unidos); Asunto *LaGrand* (Alemania c. Estados Unidos) y Asunto *Avena y otros nacionales mejicanos* (Méjico c. Estados Unidos)], tenían por objeto la violación por parte del demandado del Convenio de Viena de Relaciones Consulares (art. 36).

Por su parte, el Relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias priorizó como temas de especial interés en su labor, el de la pena capital (con la conveniencia de abolir la pena capital, la necesidad en todo caso de un juicio imparcial y las restricciones en la aplicación de la pena capital) junto al de la impunidad. Habida cuenta de que la pérdida de la vida es irreparable, el Relator Especial apoya decididamente las conclusiones del Comité de Derechos Humanos y subraya que la abolición de la pena capital resulta en extremo conveniente para lograr el respeto pleno del derecho a la vida.

Finalmente, uno de los argumentos más poderosos en favor de esta limitación del *ius puniendi* el Estado ha venido de la prohibición de la tortura. Así, en la Declaración conjunta con ocasión del Día Internacional de las Naciones Unidas en Apoyo de las Víctimas de la Tortura, del 26 de junio de 2007, el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, junto al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y otros organismos, se afirma que muchas de las cuestiones relativas a la aplicación de la pena de muerte, independientemente de si se considera lícita o no en virtud del derecho internacional, pueden contravenir las normas internacionales contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En este proceso, los avances más significativos se han producido con la sucesiva adopción y entrada en vigor de cuatro tratados internacionales, encaminados a abolir, de forma cada vez más completa, la pena de muerte. A nivel universal, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en 1989 por la Asamblea General de la ONU. Aspira a la abolición total de la pena de muerte si bien permite a los Estados que así lo deseen mantenerla en tiempo de guerra y cuenta, en octubre de 2007, con 64 Estados parte, y ocho firmas. A nivel regional, el Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado en 1990 y en vigor desde 1991, está redactado en términos similares. Sin embargo solo cuenta con 9 Estados parte de los 35 Miembros de la Organización de Estados Americanos. En el ámbito europeo, el Consejo de Europa adoptó, en 1982 y 2002 respectivamente, los Protocolos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El primero de ellos es un acuerdo para abolir la pena de muerte exclusivamente en tiempo de paz del que son parte 46 Estados europeos, siendo Rusia Estado signatario. El segundo, el único que establece la abolición total de la pena de muerte en cualquier circunstancia, incluidos los actos cometidos en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra, el Protocolo núm. 13, ha sido ratificado por 40 de los 47 Estados del Consejo de Europa y firmado por otros cinco. Entre estos últimos, cuatro miembros de la Unión Europea (España, Italia, Letonia y Polonia) junto a Armenia, faltando exclusivamente las firmas de Rusia y Azerbaiyán, que sin embargo es parte Segundo Protocolo al Pacto de los Derechos Civiles y Políticos.

Es de esperar que España preste en breve su consentimiento a la norma que proscribe con carácter absoluto la pena capital sobre todo teniendo en cuenta la intervención del Ministro de Asuntos Exteriores español en 62.º Debate General de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En ese foro, expresó su deseo de que se aprobara la resolución para abolir la pena de muerte o, cuando menos, que se aplique una moratoria universal en este período de sesiones y afirmó que la protección y promoción de los derechos humanos es un pilar fundamental de la política exterior española, que la condena a muerte es una violación de los derechos humanos, que su irreversibilidad la convierte en el caso más extremo de trato cruel, inhumano y degra-

dante que no opera como elemento disuasorio para prevenir el crimen sino como castigo cruel que legitima implícitamente el uso de la violencia.

También el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con 105 Estados parte, excluye la pena de muerte de los castigos que se pueden imponer a pesar de que la Corte tiene jurisdicción sobre delitos de una extrema gravedad, como crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra mientras que numerosos tratados internacionales prohíben condenar a muerte o ejecutar a menores de dieciocho años en el momento de la comisión del delito. Resulta igualmente relevante que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos pidiera, en noviembre de 1999, a todos los Estados de África que mantenían todavía la pena capital que consideraran la posibilidad de establecer una suspensión de la aplicación de la pena de muerte.

En este panorama mundial emerge como excepción la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam, adoptada por la Conferencia Islámica en 1990, que garantiza, en su artículo segundo, tanto la vida de todo ser humano como la integridad del cuerpo humano, sin que sea posible suprimir la primera ni violentar la segunda salvo por exigencias o mediando justificación en la *Sharía*. De ahí, las lapidaciones en Irán por actos de adulterio o las ejecuciones a puñaladas establecidas en sentencias de tribunales islámicos en Somalia y, en un contexto más amplio, los esfuerzos por negar el carácter universal y la indivisibilidad de los derechos humanos, como concepción occidental incompatible con la perspectiva islámica. En la votación de la Tercera Comisión de la Asamblea General, Irán y Estados Unidos coincidieron en su voto en contra de la resolución, aunque en este último país rige en la actualidad una moratoria de facto, en espera de la decisión de la Corte Suprema sobre la inyección letal, el método más común para la aplicación de la pena máxima.

Resaltar el esfuerzo conjunto de Estados de todas las regiones y de la sociedad civil organizada en torno a la Coalición pro abolición de la pena de muerte para lograr la aprobación de la resolución y afirmar el carácter global de la tendencia abolicionista, manifestado en las votaciones, no implica negar el papel protagonista desempeñado al respecto por la Unión Europea, acusada por algunos de los Estados contrarios a la propuesta (Singapur, Botswana y Egipto, entre otros) de prácticas colonialistas y de entrometerse en los asuntos internos de otros Estados.

Si se tienen en cuenta las directrices sobre la política exterior de la Unión Europea, aprobadas por el Consejo de Asuntos Generales de 29 de junio de 1998, las diversas resoluciones sobre la moratoria universal respecto a la pena de muerte del Parlamento Europeo (junio de 1998, mayo de 1999, octubre de 2003 y 1 de febrero de 2007), la decisión de enero de 2007 del Consejo de Europa y del Gobierno italiano de aunar esfuerzos para conseguir el mayor apoyo posible a la iniciativa en favor de una moratoria universal respecto de la pena de muerte con vistas a su abolición total y la decisión de junio de 2007 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la Unión Europea (UE) de presentar la moción de moratoria en la sesión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas que comenzaría en septiembre, resulta razonable considerar la aprobación de la resolución como un éxito europeo.

Sin embargo, pese al llamamiento del Parlamento europeo a la ratificación del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos ni Armenia, Letonia, Federación Rusa ni Polonia son todavía Estados parte del mismo. Tampoco lo es Bielorrusia, único país del continente europeo que mantiene la pena de muerte, candidato al Consejo de Europa y cuyo estatuto de invitado especial fue suspendido debido a su incumplimiento de los derechos humanos y de los principios democráticos. Por tanto, la mayoría de los Estados que han manifestado su consentimiento a este instrumento son europeos.

Por regiones, en Asia y Oceanía, solo Turkmenistán, Timor Oriental, Nepal, Australia, Nueva Zelanda son Parte del Protocolo mientras que Filipinas lo ha firmado, manifestando su intención de serlo en breve. Solo ocho Estados americanos lo han ratificado, siete de los cuales también son Parte del Protocolo regional. Canadá es parte del primero y no del segundo, mien-

tras que Brasil y Nicaragua lo son del regional pero no del universal. Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela ratificaron ambos Convenios. Sin embargo, desde 2003, el único país en el que se han producido ejecuciones ha sido en Estados Unidos. Finalmente, siete Estados del continente africano son parte en el Segundo Protocolo (Djibouti, Sudáfrica, Namibia, Mozambique, Liberia, Cabo Verde y Seychelles).

Frente a los 64 Estados que han prestado su consentimiento a este Segundo Protocolo, 88 han eliminado la pena de muerte para todo tipo de delitos en sus legislaciones internas, mientras que otros 10 la mantiene exclusivamente para delitos excepcionales como los previstos en códigos penales militares o los cometidos en circunstancias excepcionales, como es el tiempo de guerra. Es deseable que estos 34 Estados que han abolido o limitado la pena de muerte en sus legislaciones corroboren en breve dicha posición asumiendo el compromiso internacional de abolición establecido en el Protocolo.

La situación se presenta con tintes más optimistas si se tienen en cuenta los denominados países abolicionistas de hecho, es decir a aquellos que mantienen la sanción pero que no han ejecutado a ninguna persona en los últimos diez años. Se encuentran en esta categoría un total de 32 Estados entre los que se encuentra Rusia junto a una gran parte de los países africanos. Así, a lo largo de 2006, sólo hay constancia de ejecuciones en seis de los 53 países miembros de la Unión Africana. Ruanda, por su parte, su sumó, en julio de 2007, a la lista de los Estados que han abolido la pena de muerte en su legislación.

Los 62 Estados restantes son los «retencionistas», que mantienen la pena de muerte para delitos comunes. Este panorama de la situación de hecho concuerda básicamente con los resultados de la votación en la Tercera Comisión e implica que una buena parte de los países considerados abolicionistas de hecho se abstuvieron en la votación.

Si se toma en consideración que cuando, en 1948, se proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos sólo ocho Estados habían abolido la pena capital frente a los 98 de la actualidad; que el número de ejecuciones documentados en 2006 representó un descenso de un 25 por 100 y que únicamente 25 países las llevaron a cabo (si bien el 91 por 100 de las muertes tuvo lugar en sólo seis Estados, China, Estados Unidos, Irán, Irak, Pakistán y Sudán) resulta innegable la fuerza de los argumentos en favor de la abolición de la pena de muerte y la consideración de esta como violación de los derechos humanos.

Un motor esencial en favor de la abolición ha sido su consideración como tortura, incrementándose de forma paralela el rechazo y condena de ambas prácticas. El carecer irreversible de las penas, la posibilidad de error judicial, su imposición en juicios manifiestamente injustos, una aplicación discriminatoria centrada en los grupos, la falta de efecto disuasorio respecto a la comisión de delitos; los avances en las investigaciones policiales han demostrado el error en condenas pasadas e irreversibles, la ausencia de incidencia de su abolición en los índices de criminalidad son todos ellos factores que han contribuido a la paulatina proscripción de la pena de muerte en las legislaciones nacionales y facilitado la normativa internacional.

Así, la progresiva institucionalización y la humanización del Ordenamiento Jurídico Internacional ha comportado limitaciones al ámbito de decisión soberana de los Estado facilitando que, en efecto, todos los pueblos y naciones se esfuercen por alcanzar el ideal común proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, «*fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres*».

M.<sup>a</sup> Ángeles CANO LINARES  
Universidad Rey Juan Carlos

## 2. EL ACUERDO SOBRE LA PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES CELEBRADO POR ESPAÑA Y COLOMBIA: LA CONSOLIDACIÓN DE UNA NUEVA GENERACIÓN DE ACUERDOS EN LA POLÍTICA CONVENCIONAL ESPAÑOLA DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES

1. En septiembre del presente año se ha publicado en el *BOE* el acuerdo sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones (APPRI) celebrado por España con Colombia, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005 (*BOE* núm. 219, de 12 de septiembre de 2007). Por lo que se refiere al procedimiento de manifestación del consentimiento, el APPRI atravesó la fase de tramitación parlamentaria sin suscitar mayores discusiones (vide *BOCG*, Congreso, VIII Legislatura, Serie C, núm. 109-1, de 17 de junio de 2005; *BOCG*, Congreso, VIII Legislatura, Serie C, núm. 109-2, de 4 de octubre de 2005; DS, Congreso, VIII Legislatura, núm. 119, de 6 de octubre de 2005, pp. 5952-5953 y *BOCG*, Congreso, VIII Legislatura, Serie C, núm. 109-3, de 14 de octubre de 2005).

La entrada de inversiones en Colombia no cesa de incrementarse durante la última década, al calor de toda una serie de políticas de estabilidad macroeconómica impulsadas por este país latinoamericano. En este sentido, merece la pena destacar la reforma del mercado de trabajo operada en el año 2002 [vide International Monetary Fund, *Colombia: Selected Issues (Country Report núm. 05/162)*, Washington, 2005, pp. 4-7] y ciertas reformas en el sector de las empresas públicas [vide International Monetary Fund, *Colombia: Selected Issues (Country Report núm. 06/401)*, Washington, 2006, pp. 2-19]. Así las cosas, los flujos de inversión española se han elevado hasta los 383 millones de euros en el año 2004, según los datos oficiales de la Secretaría de Estado de Turismo y Comercio del Gobierno español, convirtiéndose nuestro país en el segundo inversor en Colombia, sólo por detrás de los Estados Unidos de Norteamérica.

A efectos de presentar una visión lo más completa posible del estado actual de la política convencional española sobre promoción y protección recíproca de las inversiones en Latinoamérica y de los avances introducidos por el APPRI con Colombia se utilizarán como parámetros de estudio otros APPRI celebrados por España con algunos Estados de esa misma zona geográfica como Argentina (*BOE* núm. 277, de 18 de noviembre de 1992), Chile (*BOE* núm. 67, de 19 de marzo de 1994), México (*BOE* núm. 32, de 6 de febrero de 1997), Venezuela (*BOE* núm. 245, 13 de octubre de 1997) y Costa Rica (*BOE* núm. 170, de 14 de julio de 1999). No obstante, como convenimos en una nota anterior publicada en esta misma Revista, se hace necesario analizar no sólo el contenido material de los APPRI, sino también ciertos aspectos jurídicos relevantes a la luz de algunos sectores normativos del Derecho internacional público. Así las cosas, en primer lugar, conviene examinar separadamente su ámbito de aplicación personal, temporal, espacial y material.

2. En cuanto al *ámbito de aplicación personal*, el artículo 1 del APPRI delimita los dos conceptos fundamentales ligados a las obligaciones de promoción y protección recíproca de las inversiones: el de inversor y el de inversión. Por lo que se refiere al primero, denominado en este APPRI como «inversionista», se consideran inversores aquellas personas físicas que posean la nacionalidad de alguna de las partes contratantes. Tan sólo el APPRI con Argentina, de entre los señalados *supra*, presenta una singularidad a este respecto, al exigir en su artículo 1.a) que la persona física no sólo fuera nacional de una contraparte, sino que además hubiera fijado su residencia en la misma.

En este orden de ideas, y de manera novedosa en los APPRI celebrados con los países latinoamericanos, el artículo 11.4 del APPRI con Colombia incorpora una norma de conflicto que resuelve los supuestos de doble nacionalidad del inversor, a través del régimen bilateral de extranjería reglamentado en el *Convenio de doble nacionalidad entre España y Colombia*,

de 27 de junio de 1979 (BOE núm. 287, de 29 de noviembre de 1980) y de su Protocolo Adicional, de tal suerte que el APPRI sólo se aplicará sobre las inversiones que se encuentren en el territorio del Estado respecto del cual un inversor no está ejerciendo de modo efectivo su nacionalidad.

En el concepto de inversor se incluyen aquellas personas jurídicas constituidas conforme a la legislación de una parte contratante y que tuvieran su domicilio en esa contraparte. En este vértice, la práctica convencional española con el resto de países latinoamericanos citados se presenta mucho más dispersa. En efecto, si bien los APPRI con Chile, México y Costa Rica reproducen fielmente los criterios establecidos por el APPRI con Colombia, no es menos cierto que el APPRI con Argentina combina los criterios del lugar de constitución y de la sede, mientras que el APPRI con Venezuela se atiene al lugar de constitución y al control efectivo de la sociedad. En cualquier caso, la enumeración de las diversas clases de personas jurídicas incorporada por el artículo 1.b) del APPRI con Colombia no puede considerarse exhaustiva. A esta conclusión también conduce una interpretación sistemática de los distintos APPRI celebrados por España con los países latinoamericanos, en los que se refleja una tipología abierta de entidades societarias.

Por lo que se refiere al concepto de inversión recogido en el APPRI con Colombia se incluye un elenco de activos, obligaciones, rendimientos y títulos en su artículo 1.2 que carece de carácter cerrado. Como resulta habitual en la práctica convencional española más reciente, el citado precepto extiende la aplicación del acuerdo sobre las «inversiones indirectas» e incorpora una cláusula que protege el carácter de las inversiones, aun cuando se hubiera producido una alteración lícita en la forma en que éstas se presentaran.

No obstante el carácter abierto del concepto de inversión recogido en el artículo 1.2 del APPRI con Colombia, su ámbito de aplicación queda restringido por una serie de excepciones contempladas en la letra c) de aquella norma. En efecto, siguiendo su tenor literal no se considerarán inversiones para los efectos del APPRI las operaciones de crédito externo que no cumplan con el ordenamiento de cada contraparte y las operaciones de deuda pública. De igual manera quedan excluidas aquellas reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de ciertos negocios jurídicos, como los contratos comerciales para venta de bienes o servicios convenidos por un nacional o empresa en el territorio de una contraparte con una empresa en el territorio de la otra contraparte, así como aquellos otorgamientos de crédito relacionados con una transacción comercial, cuyo vencimiento fuera menor a tres años. No debe considerarse éste como un fenómeno aislado en las relaciones convencionales con los países latinoamericanos, puesto que el APPRI con México también prevé algunas excepciones de idéntica naturaleza.

3. En cuanto al *ámbito de aplicación temporal*, el APPRI con Colombia rige sobre todas las inversiones legalmente efectuadas por los inversores de ambas contrapartes antes y después de su entrada en vigor (art. 11.1 del APPRI), si bien su aplicación general se gestiona conforme al principio de irretroactividad. Por esta razón, el APPRI no se invocará respecto de las controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor, ni tampoco frente a aquellas controversias basadas en hechos acaecidos antes de su entrada en vigor. Por lo que respecta a su duración en el tiempo, en línea con lo establecido por los APPRI con Costa Rica y Chile, el artículo 13.1 del APPRI con Colombia prevé un período de vigencia de diez años, transcurrido el cual continuará en vigor de manera indefinida salvo que hubiera mediado una notificación de denuncia por alguna de las contrapartes. En cualquier caso, el APPRI permanecerá en vigor respecto de aquellas inversiones realizadas con anterioridad al momento en que se hiciera efectiva la denuncia por otro período de diez años, contados a partir de la fecha de su terminación (art. 13.2 del APPRI).

Debe resaltarse la declaración desarrollada por el artículo 1.4 del APPRI respecto a su *ámbito de aplicación espacial*, en la que se incluye una enumeración de las zonas de soberanía territorial, marítima y aérea, así como de aquellos dos espacios marinos donde los Estados

parte extienden el ejercicio de su jurisdicción conforme al derecho interno y el Derecho internacional: la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Salvo en el caso del APPRI con Costa Rica, donde se reproduce esta completa enumeración, los APPRI con Chile, Venezuela y México no contemplan ninguna referencia al espacio aéreo, mientras que el APPRI con Argentina formula una alusión al mar territorial de manera implícita.

4. Por lo que se refiere al *ámbito material de aplicación*, los artículos 2 a 8 del APPRI con Colombia recopilan el conjunto de obligaciones dispuestas con el objeto de promover y proteger las inversiones exteriores. En este sentido, la obligación de promoción se dispone de manera genérica en el artículo 2.1 junto a la obligación de admisión, sin realizar ninguna referencia concreta al deber de información recíproca entre las partes; un mandato contemplado por el artículo II.2 del APPRI con Costa Rica y en el artículo 2.3 del APPRI con México.

El artículo 2.3 del APPRI con Colombia enuncia la obligación de protección por medio de la afirmación del principio del trato justo y equitativo. La ubicación de esta disposición junto a la obligación de promoción, al margen de las cláusulas de trato nacional (TN) y de Nación más favorecida (TNMF) plasmadas en el artículo 3, significa el reconocimiento de su alcance general. Así las cosas, sin perjuicio de que los inversores puedan invocar el principio de no discriminación consagrado por las cláusulas de TN y de TNMF, los Estados parte se comprometen a conceder a los inversores un trato justo y equitativo durante el proceso de preparación, admisión y desarrollo de la inversión [vide GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores (los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por España)*, Valencia 2005, p. 233]. En este sentido, como también sucede en el APPRI con Argentina, el APPRI con Colombia guarda silencio respecto al marco jurídico utilizado para invocar el trato justo y equitativo, por tanto el Derecho internacional y el derecho interno podrían operar como parámetros de referencia.

El APPRI con Colombia instituye una serie de excepciones al principio de no discriminación que pueden examinarse desde una vertiente subjetiva y objetiva. Desde la primera de estas perspectivas, siguiendo el tenor del artículo 3.2, la aplicación de aquel principio se limita para los beneficios resultantes de la participación de los dos Estados en alguna Organización económica regional o acuerdo internacional por el que se establezca una zona de libre cambio, unión aduanera, económica o monetaria.

Asimismo, se excluyen del régimen general de no discriminación las cuestiones afectas a la expedición de licencias obligatorias en el marco de la Organización Mundial del Comercio (art. 4.7), los asuntos de carácter tributario (art. 11.3) y las medidas adoptadas por los Estados parte en defensa del orden público (art. 11.2). En este último precepto el APPRI formula una novedosa precisión, al identificar como excepciones al principio de no discriminación las medidas adoptadas sobre las inversiones realizadas con «capitales o activos de origen ilícito». No cabe duda que detrás de este enunciado, respaldado por el principio de soberanía estatal, figura la voluntad de las contrapartes por impedir el blanqueo de capitales procedente de los delitos de carácter económico.

5. Una mención separada merecen las disposiciones que ordenan las modificaciones unilaterales en el estatuto jurídico de la inversión realizada por parte del Estado inversor, esto es, los *supuestos de expropiación, compensación por pérdidas y transferencias*. El artículo 4 del APPRI con Colombia contempla una consideración exhaustiva del concepto de expropiación y ordena su práctica en el marco de un procedimiento administrativo legal, sometido al principio de no discriminación y asentado en razones de interés social y utilidad pública. Así mismo, garantiza el pago de una indemnización al inversor que sufriera cualquier medida expropiadora conforme a la cláusula *Hull* y en moneda libremente convertible. Esta última precisión representa una ampliación del estándar de protección al inversor español en Latinoamérica, puesto que los APPRI con Argentina, Chile y México carecen de una referencia completa a la obligación de pago pronto, adecuado y efectivo.

Asimismo, resulta muy novedosa la referencia a la obligación de indemnizar la expropiación de activos de aquellas empresas constituidas en el Estado receptor que fueran participadas por inversores de la contraparte (art. 4.5 del APPRI), posibilidad hasta ahora sólo prevista por los APPRI con Costa Rica y Venezuela. En línea con lo anterior, por vez primera en este tipo de relaciones convencionales y con la patente finalidad de ampliar la protección de los inversores españoles, se ha dispuesto una cláusula que también asegura una indemnización pronta, adecuada y efectiva cuando el Estado receptor constituyera monopolios que privaran a un inversor del desarrollo de una actividad económica (art. 4.6 del APPRI).

La protección del inversor se extiende a los supuestos de pérdidas sufridas como consecuencia de un conflicto armado o fenómeno de similar naturaleza, por medio del principio de no discriminación afirmado en las cláusulas de TN y TNMF (art. 5 del APPRI). Pero, a diferencia de lo establecido por los también recientes APPRI con Moldavia y Macedonia, no se ha previsto ninguna norma específica para atribuir al Estado receptor, en virtud de las normas consuetudinarias sobre responsabilidad internacional, la conducta de «las fuerzas o autoridades» que requisaran o destruyeran, total o parcialmente, la inversión. Esta redacción más abstracta debe ser entendida a la luz de la situación de violencia interna que, aunque en retroceso, todavía afecta a Colombia [cfr. «Chronique des faits internationaux», *RGDIP*, vol. 104 (2000), 1003-1036, p. 1012; «Chronique des faits internationaux», *RGDIP*, vol. 105 (2001), 413-442, pp. 418-419; *Keesing's*, vol. 50, núm. 4 (2004), p. 45840; núm. 5, p. 45996; núm. 6, p. 46052; núm. 9, p. 46198; núm. 11, p. 46306; *Keesing's*, vol. 51, núm. 10 (2005), p. 46731; núm. 11, p. 46926; núm. 12, p. 46979; y *Keesing's*, vol. 52 (2006), núm. 1, p. 47034; núm. 2, p. 47089; núm. 3, p. 47141; núm. 4, p. 47196; núm. 6, p. 47304; núm. 10, p. 47509; núm. 11, p. 47569].

De entre el elenco de garantías que se conceden al inversor tampoco puede obviarse la garantía de libre transferencia de todos los pagos relacionados con la inversión (art. 6.1 del APPRI). Sobre este particular, como viene siendo habitual en la más reciente práctica convencional española con Latinoamérica, se reconoce excepcionalmente la posibilidad de restringir las transferencias ante la aparición de desequilibrios macroeconómicos que afectaran o amenazarán la balanza de pagos de las contrapartes [cfr. el art. 6.4 del APPRI con Colombia, con el art. 7.6 del APPRI con México; el art. VII.5 del APPRI con Costa Rica y el art. 2.d) del Protocolo anexo al APPRI con Argentina]. En cualquier caso, para hacer efectiva esta última o el resto de las excepciones a la obligación de transferencia previstas en el artículo 6.3 del APPRI con Colombia, se exige la observancia del principio de buena fe, de la equidad y del principio de no discriminación.

6. El APPRI con Colombia incorpora dos preceptos que potencian su aplicación flexible por las contrapartes. En primer lugar, el artículo 7 del APPRI deja en suspenso los criterios de la prioridad y la especialidad como parámetros reguladores de la sucesión de normas en el Derecho internacional público. En efecto, para los efectos de las relaciones jurídicas amparadas por este APPRI prevalece el principio *favor inversionis*, en virtud del cual las contrapartes podrían conceder preferencia sobre los APPRI a aquellos compromisos internacionales anteriores o posteriores, de carácter bilateral o multilateral, a la legislación interna y, eventualmente, al propio contrato de inversión. Asimismo, otro mecanismo de flexibilidad se dispone en el artículo 8 del APPRI, mediante el recurso a una cláusula de subrogación que, bajo ciertas condiciones tasadas, permite ocupar la posición procesal del inversor a un Estado parte y hacerse acreedor de cualquier pago que pudiera corresponderle a aquél, en el marco de un procedimiento jurisdiccional.

7. Para finalizar, se debe examinar el *sistema de arreglo de las controversias* previsto por el APPRI con Colombia para ventilar su interpretación y aplicación. Las controversias nacidas entre los Estados quedan sometidas a un procedimiento arbitral si no pudieran resolverse por cauces diplomáticos (art. 9.2 del APPRI). Mientras que aquellas que enfrentan a un Estado parte con un inversor de la contraparte, regidas por el artículo 10 del APPRI, se diluci-

dan en sede contenciosa si las partes no hubieran llegado a un acuerdo amistoso en un plazo de seis meses. Con carácter excluyente el inversor podrá iniciar la acción bien ante los tribunales internos del Estado receptor o también ante los órganos arbitrales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Importa precisar que el *Convenio de Washington* por el que se estructura el sistema jurídico del CIADI entró en vigor para España el 17 de septiembre de 1994 y para Colombia desde el 14 de agosto de 1997.

En este punto, debe subrayarse que el artículo 10 del APPRI con Colombia contiene una serie de párrafos de marcado carácter adjetivo que regulan formalmente la presentación de la reclamación por parte del inversionista y establecen un plazo máximo para presentarla de tres años contados a partir del momento en que el acto recurrido se hiciera definitivo. Dicho precepto también establece un procedimiento previo para excluir la responsabilidad del Estado receptor si ambas contrapartes conviniesen que la controversia fue originada por causa de una medida «prudencial, equitativa y no discriminatoria» (art. 10.7 del APPRI). Una solución que resulta de nuevo cuño en las relaciones convencionales con Latinoamérica, pues sólo se había explorado anteriormente en el Apéndice del APPRI con México.

8. A la luz de todas las anteriores observaciones, se debe insistir en la necesidad de utilizar las instituciones jurídicas ofrecidas por el Derecho internacional público para dotar de contenido material al derecho convencional surgido de los acuerdos sobre protección y promoción recíproca de las inversiones exteriores celebrados por España con otros sujetos. Pese a que el análisis del APPRI con Colombia pone de relieve la necesaria existencia de un cuerpo normativo autónomo en materia de inversiones, representado por ejemplo a través del principio *favor inversionis*, no cabe duda que el ordenamiento internacional resulta un instrumento necesario para vertebrar la aplicación e interpretación de los APPRI.

Más en particular, el estudio del APPRI con Colombia revela la consolidación del principio de soberanía del Estado como elemento vertebrador de las nuevas formulaciones normativas de la política convencional española de protección y promoción recíproca de las inversiones exteriores en Latinoamérica. Esta última consideración pone de relieve la necesidad de actualizar dicha política; una solución que parece la más adecuada para mantener y consolidar el protagonismo de nuestro país, en particular, y de la Unión Europea, en general, en un continente tan estrechamente vinculado a nuestra historia.

Francisco José PASCUAL VIVES

### 3. SOBRE LA CONTRIBUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A UN ACUERDO DEFINITIVO DE PAZ ISRAELO-PALESTINO

Éste, o uno muy parecido, es el título de la obra recientemente publicada por el Eurobask (Consejo Vasco del Movimiento Europeo) que ha sido galardonada con el *VI premio de investigación Francisco de Javier de Landaburu Universitas 2007*. Sus autores, los profesores José Luis de Castro (Director del grupo de trabajo), Romualdo Bermejo, Cesáreo Gutiérrez Espada y Alexander Ugalde han aprovechado la conyunta de año 2007 para reflexionar sobre la transcendencia del cincuenta aniversario de los tratados de Roma y hacer un análisis pausado, razonado y fundado en la historia, economía y la política de Europa en relación con la participación europea con en el desgraciado conflicto de Oriente Medio. Aprovechando esta conjuntar, los autores se centran también en el cuarenta aniversario de la Guerra de los Seis Días (1967), que ya, como expone el prologoista, «nunca una guerra tan corta en el tiempo sería tan larga en consecuencias».

Oriente Medio y la cuenca mediterránea en su zona oriental siempre suscitó un gran interés por parte de los países europeos, bien por cercanía geográfica, bien por intereses de diversa índole. Sin embargo, la evolución paralela de la incipiente Unión Europea en los años cincuenta al norte del Mediterráneo y el conflicto árabe-israelí, durante esos mismos años, pero al sur de tales mares, hace que los europeos tenga que involucrarse más y más en el conflicto de aquellos territorios vecinos para intentar mediar una solución pacífica y definitiva de paz. En sentido estricto no se puede hablar de una contribución de la Unión Europea a un acuerdo de paz definitivo en la zona más que a partir del establecimiento de la Política Exterior y de Seguridad Común creada por el tratado de Maastricht de 1992.

Para poder conocer el estado actual de la cuestión de Oriente Medio y los esfuerzos de la Unión Europea por alcanzar un acuerdo de paz es menester recordar el posicionamiento comunitario europeo ante el conflicto incidiendo en los acontecimientos más relevantes que han marcado su evolución.

Tras la II Guerra Mundial y a iniciativa de varios países árabes como la Liga de Estados Árabes, Arabia Saudí, Egipto, Irak, Líbano, Siria y Transjordania, la Asamblea General de las Naciones Unidas propuso, en sesión extraordinaria, estudiar cómo poner fin al mandato del Reino Unido en la administración del territorio palestino con la intención de que se llegase a la proclamación de su independencia. El 29 de noviembre de 1947 se adoptó la resolución 181 (II), que asumía la propuesta de la mayoría de miembros de partir el territorio creando, así, un Estado árabe y un Estado judío, mientras que la ciudad de Jerusalén permanecería bajo un régimen o estatuto internacional especial administrada por las Naciones Unidas. La mayoría de Estados europeos avalaron la partición, salvo el Reino Unido y Yugoslavia que se abstuvieron y Grecia que votó en contra. La antigua Unión Soviética y otros Estados socialistas europeos dieron todo su apoyo no sólo con los votos a favor de la partición, sino que además lo materializaron en el terreno militar. Entre 1948 y febrero de 1949 Checoslovaquia suministró armas a los organismos judíos y luego al gobierno de Israel –tras su constitución– además de formar a pilotos y paracaidista. Estas ayudas se mantuvieron hasta 1951. La total oposición palestina y árabe a la decisión de las Naciones Unidas se manifestó en contantes enfrentamientos desde finales de 1947, que cada vez iban tomando mayor envergadura y en consecuencia, suscitando mayores recelos y rencores en ambas partes. La retirada británica, la no materialización de las recomendaciones de las Naciones Unidas y sobre todo la proclamación del Estado de Israel en mayo de 1948 y la invasión del territorio de éste por unidades de los ejércitos de cinco países árabes llevaron a la primera guerra árabe-israelí. Al margen de las operaciones militares, los enfrentamientos se vieron reforzadas por el reconocimiento de Israel por los países europeos y el establecimiento de relaciones diplomáticas.

Sin embargo, la presencia europea en la zona, en particular del Reino Unido y de Francia, fue debilitándose tras la crisis del canal de Suez, tanto en los aspectos políticos como en los militares. El «retroceso europeo» ayuda a Estados Unidos a consolidarse como principal potencia extranjera en apoyo de Israel, mientras que la antigua Unión Soviética incrementará su apoyo militar a los países árabes. A ello se suma, los momentos más álgidos de la Guerra Fría, por lo que el enfrentamiento local superará toda expectativa. En este contexto de tensión política, nace en 1964 la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), iniciándose ciertos cambios en la actitud de algunos países árabes hasta que en 1967 estalla la Guerra de los Seis Días, que enfrentó a Israel a Egipto, Jordania y Siria. La contundente ofensiva israelí le permitió ocupar amplios territorios como la península del Sinaí, la franja de Gaza, la Ribera Occidental del Jordán, Jerusalén Oriental y los Altos del Golán. En este momento, la reacción es internacional, pero no especialmente europea. La Resolución 242 del Consejo de Seguridad obligó a Israel a retirarse de los territorios ocupados, a garantizar la protección de los habitantes, a poner fin a todas sus beligerancias y a respetar la soberanía e integridad territorial y política de todos los Estados del área. Será a partir de la guerra de 1973 cuando la «Europa de

los nueve», experimente contradicciones internas, ya que hasta entonces se había intentado mantener cierta neutralidad. Por ello, reproponen acortar distancias con los vecinos de la cuenca sur del Mediterráneo e inician a partir de 1975 un diálogo Euro-Árabe. Así a partir de esa fecha, se podría decir que el conflicto será tratado a diversos niveles: uno político e institucional, con el objetivo de alcanzar un acuerdo de paz definitiva y otro, también institucional pero de carácter económico, para consolidar nuevos intereses comunes que fueren el anhelado acuerdo político de paz.

La apuesta europea ante el desarrollo del conflicto político, militar y territorial de Oriente Medio experimentará un punto de inflexión en la Declaración de Venecia de 1980. En efecto, dicha declaración supuso un claro posicionamiento de la Comunidad Europea ante el conflicto, en la medida que asentó las bases para la eventual negociación. Su núcleo medular podría resumirse en : 1) apoyo a las resoluciones 242 y 338 del Consejo de Seguridad, de las Naciones Unidas; 2) defensa del derecho a la existencia de todos los Estados de la región, incluyendo a Israel con fronteras seguras, reconocidas y garantizadas; 3) reconocimiento de los derechos del pueblo palestino, entre ellos el ejercicio del derecho de autodeterminación; 4) solución de la cuestión de Jerusalén, sin ser aceptadas iniciativas unilaterales de las partes, y garantizándose el libre acceso a todos los santos lugares; 5) en cuanto a los territorios árabes ocupados se solicitaba la retirada de Israel de los obtenidos en 1967, a la vez que se consideran ilegales las colonias de asentamientos y modificaciones demográficas e inmobiliarias habidas en aquéllos; y 6) solicitud a las partes a renunciar a la fuerza y a crear un clima de confianza como uno de los elementos que contribuya a un arreglo global del conflicto, siendo necesario que, en las negociaciones de cara a lograr la paz, participe la OLP (p. 89). En los años siguientes se mantuvieron tales principios, aunque en la práctica no tuvieron incidencia real –a juicio del profesor Ugalde– dada la actitud del resto de actores, del marcado desacuerdo entre Israel y los europeos, las diferencias con los Estados Unidos y las críticas de los palestinos y demás países árabes de la zona. Sin embargo, los principios de la Declaración de Venecia se mantuvieron en la nueva Declaración de los Doce sobre Oriente Medio aprobada en Madrid en 1989, con algunas leves matizaciones que definieron aún más las principales líneas de la política comunitaria ante el conflicto: reafirmación del derecho de todos los Estados de la región a unas fronteras seguras, así como de los derechos legítimos del pueblo palestino; la búsqueda pacífica de una solución global, justa y duradera mediante negociaciones directas entre las partes en el marco de una Conferencia Internacional de Paz auspiciada por las Naciones Unidas, con la participación de la OLP; una mayor implicación de la Comunidad Europea y de sus Estados miembros en este proceso así como en el desarrollo económico y social de la zona

El profesor De Castro desarrolla en la segunda parte de esta obra (pp. 91-139) la apuesta europea, desde un punto de vista económico, institucional y amplio para intentar llegar a un acuerdo duradero de paz. Se centra en el diálogo Euro-Árabe de los años setenta que, a su juicio, será un diálogo irregular y poco eficaz dados los enfoques divergentes de ambas partes y por el hecho de estar a merced de las contingencias de Oriente Medio. Las relaciones económicas europeo-israelíes experimentan épocas de poca bonanza a pesar del Acuerdo de Cooperación comercial entre la Comunidad Económica Europea e Israel de 1975, completado con un Protocolo adicional de 1977 y la creación del Consejo de Cooperación CEE-Israel.

Habrà que esperar a nuevos cambios dentro y fuera de la Comunidad Europea para avanzar en este propósito de acercamiento entre los vecinos mediterràneos. Sólo a partir de la ampliación comunitaria a la «Europa de los Doce», de pasar de una comunidad de naturaleza fundamentalmente económica a una más amplia de carácter política y de seguridad, al tenor de los profundos cambios políticos en Europa Central y Oriental, la Comunidad Europea estará en condiciones de iniciar una nueva estrategia, la denominada «Política Mediterrànea Renovada». Esta idea se desarrolla a lo largo de diversos Consejos Europeos, Lisboa, Corfú, Essen, pero no dará el pistoletazo de salida hasta la reunión de Barcelona en noviembre de 1995. La Declara-

ción de Barcelona marca el inicio de una nueva concepción de la idea que Europa tiene de la política euromediterránea. Se podría sintetizar en que ya no es suficiente articular la relación entre países no sólo en ámbitos financieros y el intercambio comercial, sino que es necesario también la adopción de compromisos en el ámbito político y de seguridad, así como en el económico, social humano y cultural. De esta forma, el Proceso de Barcelona, a lo largo de las sucesivas Conferencias Euromediterráneas desde Barcelona I (1995) a Barcelona VIII (2006), introduce la multilateralización del diálogo, al incluir países «enemigos tradicionales» y por incluir en el ámbito de la discusión todo tipo de cuestiones, incluidas las políticas y las económicas. Los Acuerdos Euromediterráneos concluidos por la CE con Israel y la Autoridad Nacional Palestina, en el marco de una zona de libre comercio entre las dos orillas mediterráneas para el año 2010, son una muestra de este empeño de reforzar el acuerdo de paz mediante acuerdos más amplios, que abarcan –entre otros aspectos– una cláusula democrática por la cual se establece la posibilidad de suspender los acuerdos suscritos en caso de violación grave de los derechos humanos. Pero este acuerdo, como manifiesta el profesor De Castro (p. 121) es mucho más que un acuerdo de libre comercio entre Israel y la Unión Europea, puesto que ha permitido llevar a cabo una cooperación y un diálogo permanente entre las partes en un gran número de ámbitos diferentes: libertad de establecimiento, liberalización de servicios, reforzamiento de la cooperación económicas así como la cooperación en los ámbitos social y humano. Y todo ello, sin ignorar que esta Asociación Euromediterránea no puede acabar con el conflicto en Oriente Medio; antes bien, el enfrentamiento árabe-israelí, que dificulta enormemente el funcionamiento regular del proceso de Barcelona, pudiera incluso acabar con la Asociación en la hipótesis no deseable de un deterioro generalizado de la situación política en la zona» (p. 124). Ello no implica en su opinión ignorar los avances, por parciales que sean, que ha supuesto la Asociación en otros ámbitos, aunque sea más incierto, aunque no por ello menos deseable, que el Proceso de Barcelona pueda contribuir a superar las reticencias y desconfianzas que la actitud política europea ha generado en determinados sectores políticos israelíes. La actitud, no obstante, decidida y de un mayor protagonismo de la Unión en el conflicto de Oriente Medio se ha materializado en la Política Europea de Vecindad y como marco complementario de la acción comunitaria en Oriente Medio, conviene resaltar la «Asociación estratégica de la UE con el Mediterráneo y Oriente Próximo», adoptada en 2004. Esta iniciativa vienen a solidificar la inclusión de la cuestión de Oriente Medio en la agenda comunitaria (p.139), como lo demuestran sus tres grandes objetivos: 1) promover la reforma política, el buen gobierno, la democracia y los derechos humanos para lo cual se profundizará en el diálogo político con los países asociados; 2) estimular la cooperación comercial, la liberalización económica y los contactos entre las personas; y en concreto, se propone seguir dando pasos a favor del objetivo de alcanzar una zona de libre comercio euromediterráneo para el año 2010, y 3) promover la prevención y la resolución de conflictos en Oriente Medio así como combatir el terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva y la inmigración ilegal. Para alcanzar estos objetivos, y muy en particular, este último, el profesor De Castro señala que las autoridades comunitarias deberán reforzar la Política Exterior de Seguridad y Defensa. Precisamente, el pasado 13 de diciembre de 2007, la actual «Europa de Veintisiete» ha firmado el tratado de Lisboa. Este nuevo Tratado quiere responder a las necesidades de modernización y reforma de la Unión y, entre sus principales objetivos, pretenden alcanzar una UE más democrática, que responda a las elevadas expectativas ciudadanas de responsabilidad, apertura, transparencia y participación; y alcanzar una Europa eficaz y capaz de afrontar los retos del mundo de hoy, como el cambio climático, la *seguridad* y el desarrollo sostenible. Para reforzar realmente la seguridad, en y desde Europa se crea el nuevo cargo de Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y la Política de Seguridad, que será al mismo tiempo vicepresidente de la Comisión Europea y tendrá a sus órdenes un servicio de acción exterior. Asimismo, el nuevo tratado pretender ser más flexible y favorece la cooperación reforzada entre los Estado miem-

bros como otra vía para avanzar más en materia de seguridad e impulsar los objetivos, viejos y nuevos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración. Es más, se prevé que todas las cooperaciones reforzadas estarán abiertas permanentemente a todos los Estados miembros. Si la práctica futura secunda realmente el espíritu de esta reforma, Europa sí que se estaría dotando de mecanismos para desempeñar un mayor protagonismo también en el conflicto de Oriente Medio y ayudar a encontrar un acuerdo de paz definitivo.

El papel de la Unión Europea para la solución del conflicto palestino-israelí se refuerza considerablemente a partir de la Conferencia de Madrid, de 1991. Por ello, en la tercera parte de esta obra (pp.141-264), titulada «La Unión Europea y el conflicto israelo-palestino desde la Conferencia de Madrid hasta la actualidad» se analizan las distintas etapas del conflicto hasta el verano de 2006. Sus autores, los profesores Romualdo Bermejo y Cesáreo Gutiérrez denominan gráficamente a los últimos acontecimientos del verano del 2006, la guerra entre Israel y Hizbolá, como la «Guerra de Hizbolandia».

Uno de los factores que conviene resaltar del porqué es a partir de 1991 cuando la UE adquiere mayor relevancia, es sin duda, el entorno bélico de la zona y los cambios políticos internacionales de aquel momento en la antigua Unión Soviética. La primera guerra del Golfo supuso, en lo que aquí respecta, un leve acercamiento por primera vez en la historia, de Israel y algunos países árabes contra otro país árabe, mientras que los palestinos veían cómo Arabia Saudí, Kuwait y otros países del Golfo les miraban con recelo. Tal entorno fue propicio y estuvo bien aprovechado para convocar una conferencia de paz que facilitó un primer acercamiento ente palestinos e israelíes. Esta Conferencia de Madrid culminaría con los Acuerdos de Oslo de 1993. Del preámbulo y la filosofía de la Declaración de Oslo se desprende que se quiere poner fin a décadas de confrontación y conseguir una paz justa y duradera: Israel reconoce a la OLP como representante del pueblo palestino, mientras que la OLP reconoce el derecho de Israel a vivir en paz y seguridad. Algunas de las consecuencias de este renovado espíritu se plasman no sólo en el proceso de Barcelona, sino también en otros acuerdos posteriores como por ejemplo el acuerdo de Paz entre Israel y Jordania de 1994, el acuerdo del El Cairo de mayo de 1994 sobre Gaza y Jericó; el acuerdo de agosto de 1994 sobre la transferencia de poderes y responsabilidad a la Autoridad palestina o el acuerdo denominado Oslo III de 1995 por el que se concede a la Autoridad Nacional Palestina la jurisdicción sobre el 31 por 100 de territorio de Cisjordania, incluyendo las principales ciudades, pero excluyendo Jerusalén y parte de Hebron.

Con el asesinato del primer ministro israelí, Isaac Rabín, se desvanecen las esperanzas, iniciándose así primero una etapa de «desconfianza» con Netanyahu (p. 152) y otra después de «ocasiones desaprovechadas» con Barak (p. 156). El famoso paseo desafiante de Sharon en la explanada de las mezquitas en septiembre de 2000 desencadenó la segunda Intifada. Pero aquel incidente fue el detonante final de una situación insostenible de ataques terroristas suicidas palestinos contra autoridades israelíes y acciones defensivas de las fuerzas armadas israelíes, en muchas ocasiones contra la población civil, dejando fuera de duda su superioridad militar. Fue precisamente durante los dos años que duró esta Intifada cuando el Alto Representante de la Política Exterior, Javier Solana mantuvo estrechos contactos con Sharon con el fin de acercarlo a Arafat. El ambiente de negación era casi nulo y de máxima tensión, aunque no faltaron intentos negociadores, sobre todo por parte de la entonces administración Clinton, en Camp David, o como con posterioridad al informe de la Comisión Mitchell, hasta que Estados Unidos sugiere que sea el Cuarteto de Madrid quien establezca un programa de acción para resolver el conflicto. Dicho Cuarteto estaba formado por los Estados Unidos, las Naciones Unidas, Rusia y la Unión Europea. Ahora sí, parece que la vieja Europa tiene un protagonismo como algunos habían anhelado. La denominada «Hoja de Ruta» adoptada por inactiva europea fue asumida por el Consejo de Seguridad en su resolución 1.515 de noviembre de 2003. Todas estas cuestiones son analizadas con rigor y sistemática en esta obra, así como también otras

cuestiones relativas a violaciones sistemáticas del derecho internacional humanitario por parte de Israel en los territorios ocupados. Ahora bien, a este respecto, se analizan tanto la tesis de Israel como la Palestina en torno a sus respectivas apreciaciones del conflicto durante la Intifada. Israel parte del hecho de que no se le puede considerar potencia ocupante sobre los territorio –denominadas habitualmente territorios ocupados– donde residen la mayoría de la población palestina, porque el control efectivo había sido transferido a la Autoridad Palestina. Por su parte, los palestinos sostienen que tienen derecho a combatir una ocupación ilegal de sus territorios e invocan para ello el derecho de autodeterminación y subrayan cómo dicho derecho también había sido reconocido por Israel, ya que uno de los objetivos del proceso de paz era precisamente establecer un Estado palestino. Ante este panorama, los autores de esta parte sostienen que aquella segunda Intifada no suponían simples disturbios, sino que era algo más», que en realidad era un conflicto armado de difícil calificación jurídica, polarizado por las posiciones irreconciliables de las partes enfrentadas.

Llegado a estas cuestiones resulta obligado hacer referencia a la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de junio de 2004. Pues en ella se trae a colación muchos de los grandes problemas de fondo el conflicto de Oriente Medio. La Opinión es objeto de un interesante análisis específico sobre la delimitación del territorio y la famosa línea verde; el *status* de potencia ocupante o no, y por tanto la obligación de Israel de respetar el Derecho internacional humanitario y las normas del derecho internacional de los derechos humanos tanto en tiempos de paz como durante el conflicto «armado», así como la cuestión medular de la proporcionalidad en el uso de la fuerza y la proporcionalidad de la construcción del muro como medida de seguridad, según la tesis israelí (pp. 219-239). El desarrollo de estas cuestiones es certero, profundo y agudo.

La muerte de Arafat en noviembre de 2004 supone un nuevo hito histórico en la búsqueda de un acuerdo de paz. El nuevo gobierno palestino de Abu Mazen, apoyado por Estados Unidos y la Unión Europea no logra los resultados esperados y aunque fracasó rotundamente en su lucha contra las fracciones radicales palestinas al no poder contener los atentados terroristas suicidas fue considerado como demasiado blando por Israel, e incluso como una especie de colaborador de los planes israelíes. A pesar de que Israel no encuentra un interlocutor válido se aparcan las previsiones de la Hoja de Ruta y surge el «plan unilateral de desconexión de Gaza» aprobado en junio de 2004, pero que no se haría efectivo hasta agosto de 2005. Este plan hace hincapié en la voluntad pactada anteriormente de convivencia de dos Estados, Israel y el palestino, sin descartar seguir retirándose de otras zonas de Cisjordania, pero recordando la obligación de la Autoridad Palestina de erradicar los grupos radicales terroristas. Esta desconexión fue iniciativa de Israel con el total apoyo de los Estados Unidos pero sin la más mínima participación de la Unión Europea en la decisión. Las operaciones de desconexión no fueron totalmente pacíficas, sino que hubo resistencia por parte de los propios colonos, pero el plan se llevó a término y con éxito, por lo que parece ser que así se sigue avanzando en la nueva hoja de ruta. Ahora, tras estos acontecimientos, la Unión pasa de ser «*payers*» a ser además, «*players*» (p. 244), participando en una misión de observadores de la UE compuesta por 70 agentes de seguridad y aduana de cinco países europeos con el fin de supervisar y controlar la frontera entre Gaza y Egipto. El alcance positivo de esta misión se debe, entre otros factores, a los esfuerzos de mediación del Alto Representante para la Política Exterior de la Unión. Todo este procedimiento arroja, como resultado positivo, un nuevo principio jurídico, el de paz por territorio, aunque la realidad es que la paz no llegó Gaza, sino más bien todo lo contrario, pues aún hoy sigue incrementándose la violencia.

Por último, los profesores Bermejo y Gutiérrez Espada analizan las cuestiones jurídicas planteadas por el conflicto entre Hizbolá e Israel en verano de 2006, incluidas las consecuencias jurídicas que se derivan de la resolución 1.701 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Al analizar la cuestión de la legítima defensa de Israel frente a los ataques de Hizbolá,

los autores subrayan algo clave en el debate al recordar que, de conformidad con el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, no está predeterminado que el ataque armado debe proceder de un Estado, por lo cual la magnitud de aquel conflicto bélico, tal y como se detalla en las pp. 252-256, equivaldría a su juicio a un uso serio de la fuerza similar al que padecieron años atrás las tropas francesas en Costa de Marfil. Si aquéllos recurrieron al derecho de legítima defensa para destruir completamente la aviación atacante, los profesores Bermejo y Gutiérrez Espada se pregunta «¿acaso Israel sería diferente?» (p. 257). El Consejo, por su parte, al adoptar la resolución 1.701 y crear una nueva fuerza parece que tiene una clara voluntad de corregir las deficiencias de lo que se ha venido en denominar UNIFIL I, dándoles un carácter más militar, consciente de que sólo así se podrá garantizar el establecimiento de una paz duradera. Y como es sabido, la participación militar europea, y en concreto la española, ha sido decisiva para la desaparición de amenazas en la zona norte de la llamada línea azul.

A modo de conclusión es bueno recordar la que la Unión Europea lleva implicada, de una forma u otra, décadas en la resolución del conflicto en la región. Y que en un futuro próximo, como aconsejan los autores de esta obra, si realmente se quiere seguir avanzando en esta materia, la Unión deberá replantear y reformar sus capacidades militares para poder ser un instrumento eficaz en la estabilización de la zona.

Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ

Profesora titular de Derecho Internacional  
y Relaciones Internacionales

Universidad de Navarra

#### 4. EL INCIDENTE DEL «ARCA DE ZOÉ», EL TRÁFICO DE NIÑOS Y LA CRISIS DEL CHAD: APUNTES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO

1. **Aspectos en presencia.**—El incidente provocado por la detención de los miembros de la ONG «El Arca de Zoé», los periodistas franceses, el piloto belga y los tripulantes españoles de la aeronave fletada por aquella para desarrollar una supuesta misión humanitaria de rescate de menores víctima del conflicto de Darfur en el Chad constituye un interesante caso para poner de manifiesto la incidencia de diferentes sectores del ordenamiento jurídico internacional (y del Derecho comunitario europeo) involucrados en el desarrollo de la situación, así como sus entresijos políticos. Por otro lado, no menor importancia cobran los aspectos de Derecho internacional privado presentes en el supuesto al constituir el núcleo del incidente la tentativa de trasladar irregularmente menores desde el país africano con objeto de facilitar su adopción o acogimiento por parte de familias francesas y españolas, revelando el lado oscuro del humanitarismo practicado por algunas ONGs.

Ha de empezarse advirtiendo, que el tratamiento informativo del tema adoleció desde el primer momento —particularmente en nuestro país— de inequívocos prejuicios rayanos con el racismo, al cuestionarse la regularidad y la competencia misma de las autoridades chadianas para intervenir en el asunto— ¿Será acaso necesario recordar las notas de exclusividad, plenitud y oponibilidad que caracterizan el ejercicio de la soberanía territorial por parte de todo Estado, así como el consiguiente poder para enjuiciar los delitos presuntamente cometidos? ¿Cómo cuestionar que un Estado, parte además en la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, no afronte las exigencias que se derivan del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, para con los menores presentes en su territorio y objeto, cuando menos, de un traslado irregular? Por otro lado, los medios de comunicación se expla-

yaban en las infrahumanas condiciones de detención arrostradas por los europeos, así como en las supuestas irregularidades que caracterizarían todo el desarrollo de la instrucción y el proceso posteriores.

En otro orden de cosas, el incidente se producía en un momento en que se planteaba el despliegue de fuerzas europeas en el área –el dispositivo EUFOR CHAD/RCA establecido por la Acción común 2007/677/PESC, de 15 de octubre– como apoyo de transición a la misión MINURCAT, creada por el Consejo de Seguridad en su Resolución 1778 (2007), de 25 de septiembre, con el objetivo de «ayudar a crear las condiciones de seguridad necesarias para el regreso voluntario, seguro y sostenible de los refugiados y los desplazados, ... contribuyendo a la protección de los refugiados, los desplazados y los civiles en peligro, facilitando la prestación de asistencia humanitaria en el este del Chad y el nordeste de la República Centroafricana y creando condiciones favorables a la reconstrucción y el desarrollo económico y social de esas zonas». Por otra parte, en el dispositivo europeo, integrado sustancialmente por tropas francesas, participa nuestro Estado con un exiguo contingente. Todas estas circunstancias han debido de tener alguna trascendencia en la evolución de la crisis (si no en su mismo origen).

Desde la perspectiva española, el incidente también ponía de manifiesto la limitada capacidad de nuestra acción exterior en el continente africano. En este sentido, basta recordar que el bien alardeado Plan África sitúa a Chad como unos de los países objeto de «especial seguimiento» por parte de nuestra diplomacia en razón «tanto de su potencialidad a medio plazo como de su inestabilidad interna que puede constituir un riesgo para la paz y la seguridad regionales» señalándose a este respecto hechos tales como el gran número de refugiados centroafricanos y sudaneses que viven en él, el hecho de ser zona de paso y de acción de varios movimientos rebeldes y su inestabilidad política crónica (Ministerio de AAEE y Cooperación, Dirección General de Comunicación Exterior, *Plan África 2006-2008*, Madrid, junio de 2006, pp. 45 y 133). Pese a tales designios, para encarar tal situación nuestro Estado se limitaba a mantener relaciones diplomáticas –establecidas en 1975– a través de la multirrepresentación asignada a la Embajada de España en Yaundé (Camerún) y a disponer de un Vicecónsul honorario en Yamena, pese a que el precitado Documento estratégico planteaba reforzar la cooperación con este Estado (ibíd., pp. 133-134) aunque sin llegar a desarrollos como los emprendidos con los países del África occidental –origen de los flujos migratorios irregulares con destino a nuestro país y beneficiarios por ello de diferentes acuerdos y programas de cooperación. De hecho, los medios limitados empleados por nuestro Estado en el curso de la crisis y la consiguiente debilidad de las acciones desarrolladas en abierto contraste con la «grandeur» exhibida por el narcisista Presidente de la República francesa, N. Sarkozy–, que protagonizaba el 4 de noviembre una mediática visita relámpago a la capital del Chad –saldada con la liberación de las azafatas españolas y los periodistas franceses– siendo aquéllas incluso transportadas a Madrid en el avión presidencial francés, eran objeto de aceradas críticas en los medios de comunicación (al respecto, Cfr. GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Estados, ONG's, personas (A propósito del Arca de Zoé)», Diario *La Verdad* (Murcia), 10 de noviembre de 2007; accesible en <<http://www.laverdad.es/murcia/20071110/opinion/estados-personas-20071110.html>>). Bien es cierto que, dejando de lado el personalismo y sensacionalismo con el que el Presidente francés intervenía en la situación, el Estado español difícilmente podría actuar más eficazmente en un país sobre el que Francia viene ejerciendo un estrecho control desde el tiempo de su «independencia».

En todo caso, lo que sí es cierto es que con sus reducidos medios las autoridades españolas parecían adoptar las medidas oportunas a lo largo de la crisis. En este sentido, de acuerdo con las fuentes del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, desde el jueves 25 de octubre por la tarde, cuando se tuvo conocimiento de los hechos, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación» puso en marcha un dispositivo para prestar la perceptiva asistencia consular a los siete ciudadanos españoles, garantizada por el bien conocido artículo 36

del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 1963. Por otra parte, en la reunión mantenida en Madrid por el Ministro de Asuntos Exteriores con los familiares de los españoles detenidos en Chad, así como con representantes de la empresa GIRjet –propietaria de la aeronave y empleadora de los tripulantes retenidos en Chad– y del sindicato SEPLA, el responsable ministerial destacaba, que «pese a la delicadeza de la situación» (*sic*) se estaban desarrollando «múltiples gestiones políticas ... al más alto nivel... para conseguir la pronta liberación de todos ellos», garantizando que en el interin los tripulantes aún en prisión «seguirían recibiendo toda la atención consular necesaria» (Cfr. MAAEE, Nota de Prensa 262, 6 de noviembre de 2007, en < <http://www.mae.es/es/MenuPpal/Actualidad/Notas+de+Prensa/262NP20071106.htm>>). De hecho, el traslado de agentes diplomáticos españoles al Chad –incluida la Embajadora– para asistir a nuestros ciudadanos y desarrollar las gestiones oportunas– confirmaba la disposición de nuestras autoridades, pese a que indudablemente nuestros connacionales se beneficiaban de la «protección por afinidad» proporcionada por los agentes consulares franceses presentes en el territorio chadiano, en aplicación de la previsión establecida en el artículo 20 TCE (Cfr. JIMÉNEZ PIERNAS, C., «Estatuto de ciudadano y derecho de asistencia a los ciudadanos de la Unión Europea», en Derecho internacional y Tratado constitucional europeo (F. M. MARIÑO MENÉNDEZ, dir.; C. J. MOREIRO GONZÁLEZ, coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 459).

Finalmente, el desarrollo de la instrucción por parte de los órganos jurisdiccionales chadianos (y, a buen seguro, las gestiones políticas) lograba la liberación del resto de los españoles detenidos, que eran eximidos de los cargos inicialmente presentados en tanto que el procesamiento de los inculpados –todos ellos de nacionalidad francesa y miembros de la ONG «El Arca de Zoé»– se desarrollaba con una sorprendente celeridad, hasta el punto de que a finales del mes de diciembre eran sentenciados y apenas un día más tarde eran trasladados a Francia para cumplir las condenas impuestas en ejecución de las previsiones contenidas en el artículo 29 del Acuerdo en materia judicial entre el Gobierno de la República francesa y el Gobierno de la República de Chad firmado el 6 de marzo de 1976 (*JORF*, 30 de abril de 1978, p. 1919; texto accesible en <<http://www.entraide-civile-internationale.justice.gouv.fr/conventions/tchad.pdf>>), como confirmaba el portavoz del Ministerio de AAEE francés (Cfr. <[http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/les-francais-etranger\\_1296/conseils-aux-familles\\_3104/adoption-internationale\\_2605/actualites\\_3230/arche-zoe-situation-au-27-decembre-2007\\_49970.html](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/les-francais-etranger_1296/conseils-aux-familles_3104/adoption-internationale_2605/actualites_3230/arche-zoe-situation-au-27-decembre-2007_49970.html)>). De hecho, a salvo lo que pueda deparar el desarrollo de las actuaciones judiciales emprendidas paralelamente en Francia contra los miembros de la ONG, el cumplimiento efectivo de las condenas –adaptado a las especificidades de la legislación penitenciaria francesa, con la consiguiente supresión de los trabajos forzados inicialmente impuestos, de conformidad con el artículo 30 del Acuerdo– se revela sumamente dudoso al planear la sombra de un arreglo político entre Francia y Chad que posibilitaría –transcurrido un plazo prudente con miras a tranquilizar a la opinión pública (sensiblemente hostil en el caso chadiano)– el otorgamiento del indulto por parte del Presidente del Estado africano, I. Déby, dado que de conformidad con el artículo 32 del Acuerdo de 1976 el ejercicio del derecho de gracia es competencia del Estado al que pertenece la autoridad judicial de condena (Sobre el particular, Cfr. Diario *El País*, 29 de diciembre de 2007, p. 12).

El casi feliz desenlace de la crisis no puede hacer olvidar el perverso papel protagonizado por una ONG, animada de unos objetivos aún no suficientemente aclarados, revelando con ello una faceta más del «lado oscuro» del «humanitarismo» evocado por D. Kennedy y poniendo de manifiesto cómo la hipostasiada acción de estos agentes de la sociedad civil internacional no se ve ayuna de comportamientos reprochables ética y jurídicamente; no por casualidad, tanto antes como al hilo de la crisis se iban revelando en nuestro país otras tantas actuaciones irregulares de otras ONGs que ponían en entredicho la confianza depositada en algunos de estos actores.

2. **El tráfico de niños y las adopciones internacionales.**—El intento de traslado de 103 menores desde el Chad a Francia, reabre el debate sobre las adopciones internacionales obtenidas a través del tráfico de niños. Según la versión oficial, los menores fueron separados de sus familias mediante engaños con la finalidad de ser adoptados en Francia, mientras que, según la versión del Presidente de la asociación (en una carta que puede consultarse en [www.france-info.com](http://www.france-info.com)), fueron entregados por los «jefes de los poblados» como niños carentes de familia para ser dados, inicialmente, en acogimiento a familias francesas voluntarias en un programa de cooperación humanitaria que Arca de Zoé había difundido en Francia. Un cúmulo de circunstancias (entre ellas, una posible denuncia del secuestro por uno de los miembros de la asociación a las autoridades del Chad) hizo que finalmente los niños no llegaran a salir del país y que, ahora, el tema se debata en el campo estrictamente penal. Sin embargo, esto no evita la reflexión sobre cómo se hubieran desarrollado los hechos de haberse consumado el traslado, lo que lleva a analizar las garantías que establecen la regulación sobre adopción internacional para evitar que éstas se logren por medios ilícitos, particularmente cuando no existe un instrumento convencional que vincule en esta materia a los Estados de origen y de acogida.

El primer dato importante a tener en cuenta es que la propia presencia de los menores en el Estado de acogida implica tener que asumir medidas de protección sobre aquéllos, sobre todo cuando su repatriación no puede realizarse con las garantías necesarias. Son conocidas situaciones de este tipo en el marco del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y la imposibilidad en el caso concreto de restitución del menor. El supuesto todavía es más preocupante cuando, como ocurre con el Chad, no existe instrumento convencional que garantice la pronta restitución de los menores al Estado de origen, lo que la hubiera dificultado enormemente, dejándola en el terreno de la diplomacia y en el marco general de la cooperación que abre el Protocolo Facultativo, de 25 de mayo de 2000, de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del que son partes Francia y Chad. De hecho, las autoridades francesas hubieran tenido que tomar medidas de protección sobre los menores que podrían devenir en definitiva si transcurre un tiempo prolongado hasta la repatriación o se entiende que ésta no puede realizarse con garantías para aquéllos. De este modo, el «interés del menor» podría acabar «subsanando» en el ámbito civil una ilicitud inicial. Por este motivo, es aconsejable que las garantías para evitar adopciones «ilícitas» actúen antes del traslado del menor, si este traslado tiene como fin declarado la constitución o el reconocimiento de la adopción en el Estado de acogida, o antes de la constitución de la adopción, si la entrada del menor en el Estado de acogida no se ha producido con el objetivo inicial de ser adoptado.

La valoración global del asunto Arca de Zoé en relación con la, aparente, pretensión de constituir adopciones internacionales no hubiera cambiado incluso aunque el traslado se hubiera justificado en razones humanitarias y se pudiera reconocer en Francia el estatuto de refugiado (objetivo explicitado por la asociación). De hecho, el caso del Chad muestra los riesgos subyacentes en la adopción de menores refugiados o desplazados por una crisis en el Estado de origen, debido a una guerra o una catástrofe natural. No son nuevas las recomendaciones efectuadas por parte de ACNUR y de la Conferencia de La Haya, a través de la Recomendación, de 21 de octubre de 1994, relativa a la aplicación del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional a los niños refugiados y otros niños internacionalmente desplazados, para tratar de evitar que se aprovechen estas situaciones para constituir adopciones irregulares y que giran en torno a dos aspectos esenciales: la subsidiariedad de la adopción internacional frente a la reagrupación familiar y la falta de equivalencia entre menor no acompañado o «separado» y menor huérfano. Ambos aspectos obligan a que, en todo caso, el Estado de acogida tome las precauciones adecuadas para conocer la situación familiar del menor y la realidad de los consentimientos necesarios (otorgados libremente, tras el nacimiento del niño, con conocimiento de causa y sin contraprestación) por parte de los representantes de los menores.

La solución pasa por arbitrar algún sistema que contemple la cooperación con el Estado de origen, pero entendiendo por tal no la residencia actual del menor sino su residencia habitual anterior al traslado.

Ciertamente la residencia habitual del menor es, a estos efectos, un concepto determinante en el ámbito general de la protección de menores, y así lo confirma el sistema del Convenio de La Haya de 1993, por su significado sobre el pasado del menor (proximidad y de conocimiento de su realidad familiar, social y cultural) y sobre el futuro del menor (voluntad de integración en el Estado de acogida). Pero ocurre también que la residencia habitual puede ser fácilmente manipulable con vistas a eludir determinados controles y/o prohibiciones y lograr, por una vía fraudulenta, la constitución de la adopción. En el caso de menores refugiados y desplazados, al margen de considerar la residencia actual de los menores en el Estado de acogida como su Estado de origen (cuyo carácter se defiende en el apdo. 1 del citado Protocolo del Convenio de La Haya de 1993), no puede perderse la referencia de su residencia anterior para verificar los vínculos familiares que el menor mantiene en el mismo, de modo que la residencia actual en el Estado de acogida debe interpretarse, al menos en un inicio, como temporal (véase, por ejemplo, el carácter temporal del estatuto de «desplazado» establecido en el art. 7 Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas). Estos elementos son fundamentales para evitar que la constitución de la adopción en el Estado de acogida sea la causa de la ruptura con su familia y su entorno, en vez de su consecuencia. Afortunadamente, la flexibilidad que introduce el interés del menor, interpretado con las claves dadas por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, permite que la autoridad competente en materia de protección de menores tenga en cuenta estas especialidades antes de constituir una adopción internacional y más allá del carácter fáctico del concepto residencia habitual, pueda interpretarlo en función de las circunstancias específicas de cada menor.

En el caso concreto de los niños que iban a ser trasladados por el Arca de Zoé las posibilidades para constituir su adopción en Francia hubieran sido, inicialmente, nulas. Y ello no sólo, porque las autoridades francesas habían ordenado abrir, meses antes, una investigación sobre la citada organización y habían denunciado la ausencia de habilitación para funcionar como entidad mediadora en adopciones internacionales, sino también por la aplicación del artículo 370-3 del Código civil francés, introducido en la reforma de 2001, que impide las adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, siempre que no hayan nacido y tengan su residencia en Francia (circunstancias todas ellas presentes en los menores del Chad y también de Sudán). Es cierto que el reconocimiento de este poder de veto a la ley nacional del menor introduce aspectos más que cuestionables y tiene, en ciertos casos, consecuencias perversas en contra del interés del menor (ver las críticas de MUIR-WATT, H., «La loi nationale de l'enfant comme métaphore: le nouveau régime législatif de l'adoption internationale», *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 995 y ss.), pero al menos en supuestos como el analizado, en el que los menores mantienen sus vínculos con su Estado de origen, puede convertirse en una garantía para evitar el tráfico de niños con vistas a la adopción. En todo caso, sería una garantía temporal puesto que el reconocimiento del estatuto de refugiados a los niños hubieran abierto la puerta a la adquisición de la nacionalidad francesa (vía art. 21-19 del Código civil francés) y con ello, a la elusión de dicha prohibición.

Si trasladamos esta problemática a nuestro Derecho interno, hasta la fecha, nuestro sistema autónomo de adopción carecía de garantías expresas específicas en relación con situaciones de riesgo como las descritas. Por ello, merece la pena destacar los avances que sobre esta cuestión va a suponer la recién aprobada Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. Es ciertamente un avance que no se tramiten solicitudes de adopción de «menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado» cuando el menor adoptando resida en un país que se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural

[art. 4.1.a)], cuando no exista en ese país una autoridad específica que controle y garantice la adopción [art. 4.1.b)] o cuando en el mismo no se den las garantías adecuadas [art. 4.1.c)]. Siendo esencialmente buena la filosofía del precepto, se imponen algunas matizaciones. En primer lugar, la referencia inicial a «menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado» debe entenderse limitada a los segundos, ya que las garantías del precepto sólo tienen sentido en función de la residencia en el extranjero (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente», *Actualidad Civil*, 2007, núm. 22, apdo. 29). En segundo lugar, del artículo 4.1 no se deriva que esas mismas garantías se apliquen cuando el menor ya ha adquirido su residencia habitual en España, pero ha sido trasladado desde un Estado en el que se daba alguna de las circunstancias allí descritas. A los efectos que estamos examinando, las precauciones deben adoptarse no sólo con un niño que *reside* en un Estado en guerra sino también con el niño refugiado o desplazado que ya reside en España pero que *procede* de un Estado en guerra. Esta misma idea debe estar presente para justificar el ámbito de la competencia de la autoridad del Estado de origen que se reconoce en el artículo 4.1.b). Esta interpretación amplia de la residencia habitual, cuando se ha producido un traslado del menor, todavía adquiere más relevancia si se considera que durante la tramitación de la Ley desapareció el apdo. 4 del artículo 19, que respetaba las prohibiciones de adoptar de la ley nacional del menor a menos que estuviera en desamparo y tutelado por la Entidad Pública española y no fuera posible su repatriación. Con ello, puede perderse la referencia del entorno del menor cuando éste ha sido trasladado a nuestro país sin haberse podido corroborar fehacientemente su situación y los consentimientos necesarios para su adopción. Aquí, el problema no es tanto la constitución de una adopción claudicante sino la imposibilidad de confirmar aquellos extremos a través de la cooperación con las autoridades del Estado de origen, ya sea directamente o a través de la autorización de las Entidades Colaboradoras acreditadas para la adopción internacional. Como tercera matización al artículo 4.1, tampoco resulta en interés del menor mantener una prohibición de adoptar *sine die* en caso de crisis en el Estado de origen cuando se dan las garantías suficientes para permitir la adopción si, en el caso concreto, se ha podido constatar, por ejemplo a través del trabajo de organismos internacionales, la situación de verdadera orfandad o abandono del niño.

En todo caso, estos condicionantes, novedosos en nuestro Derecho positivo, refuerzan el papel y el instrumento de las adopciones internacionales como lo que son, instituciones de protección del menor que, por su especial contenido, trascendencia y carácter definitivo deben decidirse con todas las precauciones necesarias. En el caso del Chad, con los elementos aportados y conocidos, el sistema de protección francés hubiera impedido, en un primer momento, la constitución de las adopciones, pero quién sabe qué hubiera ocurrido transcurrido el tiempo.

J. A. GONZÁLEZ VEGA  
y P. JIMÉNEZ BLANCO