

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES

Selección y coordinación a cargo de
Luis M. HINOJOSA MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho internacional público
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. ¿HACIA UN MÉTODO GENERAL DE DELIMITACIÓN MARÍTIMA? COMENTARIOS A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DERECHO DEL MAR.—2. LA GUERRA DEL ARENQUE ENTRE LAS ISLAS FEROE Y LA UE.—3. *JOINT PLAN OF ACTION* DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2013. UN PRIMER PASO PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO SOBRE EL PROGRAMA NUCLEAR DE IRÁN.—4. EL ABORDAJE DE LA *FLOTILLA DE LA LIBERTAD* LLEGA A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.—5. HACIA UNA NUEVA REFORMA RESTRICATIVA DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA.—6. SOBRE LA PROPUESTA FRANCESA (2013) DE REFORMA DEL DERECHO DE VETO EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD.—7. TIPOS DE ACUERDOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR ESPAÑA: AL HILO DEL PROYECTO DE LEY DE TRATADOS Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES DE NOVIEMBRE DE 2013.—8. CELEBRACIÓN DEL SEMINARIO CONMEMORATIVO DEL 75.º ANIVERSARIO DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MAEC.

1. ¿HACIA UN MÉTODO GENERAL DE DELIMITACIÓN MARÍTIMA? COMENTARIOS A LA LUZ DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE DERECHO DEL MAR

1. La labor de los tribunales internacionales, tanto judiciales como arbitrales, en materia de delimitación de las fronteras en los mares y océanos es de una importancia y de una complejidad máximas. La importancia viene determinada por el valor esencial que poseen las fronteras para contribuir a la paz y a la seguridad internacional, perfilando las esferas de poder entre los Estados. La complejidad, a su vez, se debe al hecho de que toda delimitación marítima de naturaleza contenciosa conlleva un in-

trincado proceso integrado por elementos geográficos, históricos, jurídicos, políticos y técnicos que deben ser cuidadosamente ponderados en aras de alcanzar un resultado equitativo. Dada la importancia y la complejidad de la delimitación marítima, los tribunales internacionales se han venido afanando en la búsqueda de métodos basados en la objetividad y en la predictibilidad, tratando de alcanzar, por tanto, la equidad al mismo tiempo que la seguridad jurídica. Hasta la fecha, el acervo jurisprudencial desarrollado en esta materia proviene, principalmente, de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), pero también de diversos tribunales arbitrales y del propio Tribunal Internacional de Derecho del Mar (TIDM), si bien a través de una única Sentencia de 2012, aunque con un peso específico muy significativo.

2. En este contexto, sobresale la labor de la CIJ forjando un verdadero Derecho de la delimitación marítima que ha sido consolidado y desarrollado por otros tribunales internacionales. En concreto, y por lo que interesa destacar en este momento, la CIJ ha venido sentando las bases, especialmente en los últimos años, que permitiesen perfilar un método de delimitación marítima que maximizase la objetividad, la predictibilidad y la seguridad jurídica como fundamentos de un resultado equitativo. Hasta la fecha, el máximo exponente de esta labor lo encontramos en la Sentencia de 19 de noviembre de 2012, dictada en el caso de la disputa territorial y marítima entre Nicaragua y Colombia.

3. A los efectos de este trabajo, el mayor interés de esta sentencia radica en el hecho de que es la segunda vez que la CIJ utiliza el *método de tres fases —método estándar—* elevándolo al rango de método predeterminado o de uso general de delimitación marítima. A su vez, apenas unos meses antes, este mismo método también fue utilizado por el TIDM en su primera sentencia sobre delimitación marítima (Sentencia de 14 de marzo de 2012, *Bangladesh c. Myanmar, Disputa relativa a la delimitación marítima en la Bahía de Bengala*). De la jurisprudencia de ambos órganos jurisdiccionales se desprende la voluntad de querer convertir al método de tres fases en una suerte de método de delimitación marítima *de uso general*, sobre la base del argumento de la seguridad jurídica que proporcionaría a las relaciones internacionales. En otras palabras, los Estados con diferencias fronterizas marítimas sabrían, con carácter previo, cuál sería el método que se les aplicaría en caso de llevar el caso tanto a la CIJ como al TIDM. Queda por ver si los tribunales arbitrales adoptarán también este método como predeterminado, si bien los antecedentes permiten aventurar que mantendrán la unidad de criterio en la materia y que no se alejarán de esta posición unívoca de la CIJ y del TIDM.

4. El fondo jurídico de la controversia obligaba a la Corte a abordar, por un lado, una cuestión de soberanía, debiendo determinar la titularidad jurídica del conjunto de islas, islotes, cayos y bancos que integran el archipiélago de San Andrés; y, por otro lado, una cuestión de delimitación, debiendo trazar una nueva frontera marítima entre Colombia y Nicaragua. En efecto, en primer lugar, Nicaragua invocaba su soberanía sobre las islas de Providencia, San Andrés y Santa Catalina, así como sobre los cayos de Roncador, Serrana, Serranilla y Quitasueño y el resto de formaciones del archipiélago. Y, en segundo lugar, a la luz de la cuestión de la soberanía, Nicaragua solicitaba a la Corte el trazado de una frontera marítima única de plataforma continental y zona económica exclusiva entre ambos países. La cuestión de la soberanía fue ventilada con relativa rapidez por lo que se refiere a las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la medida en que existe un tratado entre las partes, el *Tratado sobre cuestiones territoriales entre Colombia y Nicaragua —Tratado Esguerra-Bárcenas—*, de 24 de marzo de 1928, cuyo tenor literal permite concluir que tales islas pertenecen

a Colombia, como se desprende del artículo primero en el que aparecen recogidas expresamente. Ello llevó a la Corte a declararse incompetente sobre esta cuestión en su resolución sobre cuestiones preliminares de 13 de diciembre de 2007. Ahora bien, una cuestión distinta era la de determinar la soberanía sobre el resto de islas y formaciones del archipiélago de San Andrés que no aparecían nominalmente en el Tratado, pues las partes discrepaban sobre la cuestión de qué formaciones marítimas integraban el archipiélago junto con las islas de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Al no existir fuentes históricas sobre títulos jurídicos que permitiesen dilucidar la soberanía sobre el resto del archipiélago, la Corte tuvo que acudir al análisis de las efectividades sobre esos territorios (párr. 71). Finalmente, se llegó a la conclusión de que Colombia llevó a cabo durante décadas, de forma continua y consistente, actos de Gobierno a título de soberano (tales como regulación de actividades económicas, realización de obras públicas u operaciones de búsqueda y rescate, entre otras) sobre el resto de formaciones del archipiélago en disputa, sin que hubiese quedado acreditado ningún acto de protesta ni tampoco ningún acto de ejercicio de soberanía por parte de Nicaragua. En consecuencia, la Corte reconoce por unanimidad también la titularidad plena de Colombia sobre todas y cada una de las islas y formaciones en disputa, esto es, sobre Alburquerque, Bajo Nuevo, Cayos del Este-Sudeste, Serrana, Serranilla, Quitasueño y Roncador.

5. Más allá de las cuestiones de soberanía, el mayor desafío para la Corte era resolver la *delimitación marítima* en torno al archipiélago de San Andrés. Ante la posición de Nicaragua, que giraba en torno a la equidad, y la de Colombia, que se ceñía a la línea media, la CIJ procede a aplicar el método de las tres etapas, denominado por la propia Corte como *método estándar* (párrs. 199 a 247). Este método es fruto de un proceso de evolución jurisprudencial a través del cual se ha ido buscando un método de delimitación de uso general que maximizase la objetividad junto con la flexibilidad necesaria para acomodarse a las circunstancias de cada caso concreto. Como resultado de esa búsqueda, fue surgiendo un *método de dos etapas* —consistente en el trazado de una línea media (primera fase) que sería ajustada, en su caso, en función de las circunstancias especiales concurrentes (segunda fase)— que derivaría en el citado *método de tres etapas* —integrado por las dos fases anteriores y por una última fase, consistente en un test de desproporcionalidad para verificar que las fases previas no conducían a un resultado inequitativo que exigiese algún ajuste—. Como consecuencia de la delimitación marítima establecida por la CIJ en virtud de la aplicación de este método, Nicaragua obtiene una importante ganancia territorial marítima (en torno a unos 80.000 km²) que la convierte, a la postre, en la parte claramente vencedora del proceso.

6. Los puntos decididos en esta sentencia fueron objeto de un amplio consenso dentro de la Corte, como demuestra el hecho de que todos los acuerdos se adoptaron por unanimidad, salvo uno, que fue aprobado por una mayoría de catorce contra uno. A pesar de esta *mayoritaria unanimidad* en la adopción de los acuerdos de la sentencia, debe señalarse que, junto con la opinión disidente del Juez Owada, acompañan a la sentencia dos opiniones separadas (Juez Abraham y Juez Donoghue) y cuatro declaraciones (Jueza Xue, Juez Keith, Juez *ad hoc* Cot y Juez *ad hoc* Mensah), que ponen de manifiesto las principales cuestiones polémicas del caso. En general, estas opiniones y declaraciones se centran en aspectos que van desde la admisibilidad de la demanda —Juez Owada—, hasta distintos aspectos relacionados con la metodología de delimitación marítima utilizada por la Corte —Jueza Xue, Juez Abraham, Juez Donoghue, Juez Keith, Juez *ad hoc* Cot y Juez *ad hoc* Mensah—, pasando por otras cuestiones como el Derecho aplicable —Juez Keith— o los intereses de terceros Estados —Juez

Donoghue, Juez *ad hoc* Mensah, Juez *ad hoc* Cot—. El aspecto más cuestionado en la sentencia se refiere al establecimiento de un método predeterminado de delimitación marítima. La Corte utiliza varias expresiones de las que se desprende fácilmente que el método de tres fases ha sido elevado a la categoría de método predeterminado, al menos en la actualidad («*usual methodology*», párr. 198; «*standard method*», párr. 199; «*methodology which it [the Court] now employs in cases of maritime delimitation*», párr. 198). Ahora bien, hasta cuatro Jueces —Xue, Donoghue, Keith y Abraham— llegaron a señalar que el método no puede predeterminarse, sino que serán siempre los elementos geográficos y otras circunstancias relevantes las que vayan a condicionar la elección del método. Esta primacía de la geografía y de las circunstancias sobre la metodología ha sido establecida y reiterada en diversas ocasiones por la Corte [de forma especialmente clara en el caso de la *Plataforma Continental (Túnez c. Jamahiriya Árabe Libia)*, *CIJ Recueil*, 1982, p. 79, párr. 110)], e incluso en esta misma sentencia se afirma que ni el Derecho ni la práctica de la delimitación marítima pueden reformular la geografía (párr. 202, en relación con el párr. 149 de la Sentencia de 2009 en el asunto de la *Delimitación Marítima en el Mar Negro, Rumanía c. Ucrania*). En el caso de autos, estas posiciones críticas coinciden en afirmar que se ha alcanzado un resultado equitativo, pero coinciden también en deslegitimar el procedimiento a través del cual se alcanzó tal resultado, por entender que el método utilizado no se adecuaba a las circunstancias geográficas particulares o inusuales del caso. En concreto, se apunta hacia la inutilidad de la equidistancia utilizada por la Corte en la primera fase y hacia la necesidad de trazar una línea ponderada en lugar de una línea media. Este argumento vendría avalado por el hecho de que el ajuste de la línea media que la Corte realiza en la segunda fase es de tal magnitud que, *de facto*, supone el trazado de una nueva línea ponderada. Así, como explica de forma nítida la Jueza Xue, aun reconociendo que en este caso se presentaban circunstancias especialmente inusuales, y desde luego diferentes a las de otras situaciones previamente resueltas, la Corte decide aplicar el *mismo método* que a esas otras *situaciones diferentes* (*Declaración de la Jueza Xue*, apdo. 4), lo que vendría a poner de manifiesto la ineficiencia de un método predeterminado, más allá de su cuestionable legitimidad.

7. Ahora bien, este método de tres fases predeterminado por la Corte es sostenido desde posiciones que defienden su contribución a la seguridad jurídica, previsibilidad y certeza a las relaciones entre Estados, así como a la equidad, al dar entrada a consideraciones geográficas, de equidistancia y circunstancias especiales que permiten alcanzar resultados equitativos. Además, el uso de este método parece estar generalizándose —¿acaso consolidándose?— en la jurisprudencia internacional más allá de la propia CIJ, como puso de manifiesto el TIDM en su primera sentencia sobre delimitación marítima, de 14 de marzo de 2012, en el caso *Bangladesh c. Myanmar, Disputa relativa a la delimitación marítima en la Bahía de Bengala*. El Tribunal no desaprovechó este primer caso que se le presentó sobre delimitación marítima para realizar un análisis de la evolución y del estado de la jurisprudencia internacional en la materia, refiriéndose a una docena de casos que cubren un periodo de cuarenta años [desde los *North Sea Continental Shelf Cases* de 1969 hasta el *Black Sea Case* de 2009 (párrs. 225-240)] posicionándose claramente a favor de la seguridad jurídica y de la objetividad: «*[i]nternational courts and tribunals have developed a body of case law on maritime delimitation which has reduced the elements of subjectivity and uncertainty in the determination of maritime boundaries and in the choice of methods employed to that end*» (párr. 226). El Tribunal destaca que la evolución de la jurisprudencia está directamente relacionada con el creciente interés en reforzar la objetividad y la predictibilidad del proceso de delimitación marítima (párr. 228). Pues bien, el TIDM

llega a la conclusión de que la jurisprudencia se ha ido inclinando hacia la formulación y utilización de un método basado en la combinación de la equidistancia y de las circunstancias relevantes cuyo único objetivo sea la consecución de un resultado equitativo. Así, el Tribunal decide hacer suya esta evolución y procede a resolver el caso de autos de acuerdo con el *método de las tres etapas* (párrs. 238-240). En suma, el TIDM realiza una aportación fundamental de respaldo y de consolidación de la labor de la CIJ en el establecimiento de un método predeterminado de tres etapas, en pro de la seguridad jurídica, de la predictibilidad y de la objetividad de la labor de delimitación marítima.

8. Las críticas y valoraciones sobre el uso de un método predeterminado de delimitación marítima parecen estar en directa relación con el peso específico que se le dé fundamentalmente a tres aspectos: la legitimidad, la eficiencia y la eficacia del método. Desde el punto de vista de la legitimidad y de la eficiencia, parece evidente que la sentencia de la Corte presenta sombras alargadas, sobre la base de sólidos argumentos que priorizan la geografía y las circunstancias especiales por encima de la metodología a utilizar. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficacia, el método de tres fases parece haber demostrado —al menos, hasta la fecha— su idoneidad para alcanzar resultados equitativos en situaciones diferentes.

9. Más allá de la dimensión jurídica de la sentencia, el fallo está lejos de haber dejado zanjada la controversia entre las partes. En efecto, el fallo ha dado lugar a toda una serie de tensiones políticas y diplomáticas derivadas del importante *trasvase* territorial de aguas que pasan de soberanía colombiana a soberanía nicaragüense, llegando incluso Nicaragua a denunciar actos de hostigamiento de la Marina colombiana a sus barcos en la zona. Entre las consecuencias más destacadas, sobresale, en primer lugar, la retirada de Colombia del Pacto de Bogotá, que sirvió de fundamento de jurisdicción en el caso, con efectos desde el 28 de noviembre de 2013; y, en segundo lugar, la polémica posición del Gobierno colombiano, manifestada tanto por el Presidente, como por el Vicepresidente o desde la Cancillería, declarando que el fallo resulta inejecutable sin un tratado internacional, en la medida en que el art. 101 de la Constitución colombiana establece que los límites territoriales de Colombia sólo pueden ser modificados por tratados internacionales. Con todo, la mayor resistencia colombiana al fallo proviene de la adopción en 2013 de dos Decretos del Presidente de la República, el de 1870, de 30 de agosto, «Programa San Andrés, Providencia y Santa Catalina-Fase IV», y el de 1946, de 9 de septiembre, en el que se crea una «zona contigua integral» que vendrían a desafiar la nueva delimitación marítima resultante del fallo. Todo ello motivó, en última instancia, una nueva demanda de Nicaragua contra Colombia ante la CIJ el 26 de noviembre de 2013, por presunta violación de los derechos de soberanía de Nicaragua en los espacios marítimos reconocidos en el fallo. Ahora bien, el Decreto 1870, a pesar de que parte de una cartografía de la zona previa al fallo, puede llegar a interpretarse como un acatamiento implícito de la sentencia en tanto que su única finalidad es la adopción de medidas que protejan a los ciudadanos del archipiélago que se han visto perjudicados por la nueva delimitación establecida por la sentencia (véase el considerando segundo del Decreto). Esta nueva demanda se suma a la que dos meses antes, el 16 de septiembre de 2013, había interpuesto Nicaragua también contra Colombia, solicitando a la Corte la delimitación entre ambos países de la plataforma continental extendida, así como la determinación de los derechos y obligaciones de las partes sobre las áreas de solapamiento de las reclamaciones y el uso de recursos en tanto no se resuelve la delimitación de la plataforma. Esta demanda traía causa del proceso anterior en cuyo marco no se había resuelto la cuestión por la Corte por falta de evidencias (párrs. 130 a 131).

10. En fin, habrá que estar expectantes a futuras decisiones en materia de delimitación marítima para ver si se confirma la línea de evolución del método de tres fases hacia la categoría de método general o predeterminado. En esta línea apunta la sentencia dictada hace sólo unos días por la CIJ, el 27 de enero de 2014, en la disputa marítima entre Perú y Chile, en la que no sólo vuelve a utilizarse el método de tres etapas, sino que su carácter predeterminado o general no fue objeto de especial crítica en las opiniones o declaraciones de los miembros de la Corte. O bien, habrá que ver si quizá los futuros desarrollos en la materia le dan la razón al Juez Mosler cuando afirmó que si la función judicial es hacer el Derecho más predecible para potenciar las partes sobre la base de criterios más objetivos, «*[t]his goal can only be achieved by selecting, in each case, such facts and circumstances as are relevant to the solution because they possess a close relationship to the area concerned, for the purpose of the delimitation and in the respective interests of the parties involved*» (*Dissenting opinion of Judge Mosler, Case concerning the continental shelf, Libyan Arab Jamahiriya/Malta, ICJ Reports, 1985, p. 115*).

Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ
Universidad de A Coruña

2. LA GUERRA DEL ARENQUE ENTRE LAS ISLAS FEROE Y LA UE

1. El pasado 4 de noviembre de 2013, el Reino de Dinamarca, en representación de las Islas Feroe, solicitó la celebración de consultas en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC) con la Unión Europea (UE), de acuerdo con el art. 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por lo que se rige la solución de diferencias (véase la Comunicación de Dinamarca, Doc. WT/DS469/1, G/L/1058). Se trata del primer paso para iniciar una disputa comercial sometida al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. El siguiente es el establecimiento de un grupo especial, que tras el estudio de la controversia y las alegaciones de las partes, puede llegar a una solución vinculante para éstas. Esta decisión, no obstante, puede ser recurrida posteriormente ante el Órgano de Apelación (OA).

2. De forma paralela, Dinamarca, de nuevo en representación de las Islas Feroe, presentó una demanda el 16 de agosto de 2013 ante el Tribunal Arbitral permanente en La Haya, contra la UE, en aplicación del Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CONVEMAR), habiendo nombrado ya a un árbitro —Francisco Orrego Vicuña— y a la espera que la UE haga lo mismo. El laudo arbitral será igualmente vinculante para las partes, siempre y cuando se acuerde seguir este procedimiento para resolver la controversia.

3. La disputa se ha originado tras adoptar la UE una serie de medidas comerciales que impiden y restringen la importación en territorio comunitario de determinados productos del arenque atlántico-escandinavo que hayan sido capturados bajo el control de las Islas Feroe, al considerar que este país permite la pesca no sostenible de estas pesquerías. Hay que señalar que las Islas Feroe son un territorio autónomo del Reino de Dinamarca que no está comprendido en el ámbito territorial de la UE, razón por la cual Dinamarca asume su representación exterior. Por esta razón, se da la paradoja de que Dinamarca ha de interponer dichas demandas frente a medidas en cuya adopción ha participado en el seno de la UE.

4. Desde hace ya varios años existe un enfrentamiento de la UE y Noruega, por una parte, contra Islandia y las Islas Feroe, por otra parte, en relación con la captura

de los *stocks* pesqueros más importantes del Atlántico noreste: la caballa y el arenque. Estas pesquerías se han venido gestionando mediante acuerdos internacionales entre los países ribereños —Islandia, Islas Feroe, UE, Noruega y Rusia—, que establecían los totales admisibles de capturas (TAC) y las cuotas correspondientes a cada nación compatibles con la sostenibilidad de la pesquería. Sin embargo, como consecuencia del cambio climático, estas especies se han trasladado a aguas más frías y próximas a Islandia y las Islas Feroe. Estos países, que hasta hace poco no participaban de forma relevante en la pesca de los citados recursos pesqueros, han querido ver un cambio de circunstancias para adjudicarse de forma unilateral cuotas de pesca muy superiores a las disfrutadas con anterioridad y sin que mediara acuerdo con el resto de países ribereños.

5. Después de numerosos intentos de negociación con las Islas Feroe y con Islandia para llegar a un acuerdo sobre la asignación de las cuotas de captura de la caballa del Atlántico norte y del arenque atlántico-escandinavo que les correspondían a estos dos países, a Noruega y a la UE, la UE adoptó el Reglamento (UE) núm. 1026/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre determinadas medidas destinadas a la conservación de las poblaciones de peces en relación con los países que autorizan una pesca no sostenible (*DOUE*, L 316, de 14 de noviembre de 2012, p. 34).

6. Finalmente, el 20 de agosto de 2013 la Comisión ha decidido hacer uso de las facultades conferidas por el instrumento comercial, adoptando el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 793/2013, por el que se establecen medidas respecto a las Islas Feroe con el fin de garantizar la conservación de la población del arenque atlántico-escandinavo (*DOUE*, L 223, de 21 de agosto de 2013, p. 1). Estas medidas recibieron el apoyo de los Estados miembros en la reunión del Comité de Pesca y Acuicultura de 31 de julio de 2013. En concreto consisten en: i) la prohibición a la introducción en el territorio de la Unión (incluidos los casos de transbordos en sus puertos) de arenque atlántico-escandinavo o caballa (en la medida en que la caballa cohabita con el arenque y se captura de forma inseparable al arenque) que hayan sido capturados bajo el control de las Islas Feroe o de productos que los contengan (art. 5.1 del Reglamento de Ejecución), y ii) la prohibición de la utilización de los puertos de la UE para los buques que enarbolan pabellón de las Islas Feroe y capturen las pesquerías referidas o que las transporten (o los productos derivados de ellas), así como los buques de otra nacionalidad pero que han sido autorizados para estas actividades por las Islas Feroe (art. 5.2 del Reglamento de Ejecución).

7. Un primer grupo de cuestiones se refiere a la compatibilidad con las obligaciones establecidas por la OMC. Para las Islas Feroe la normativa comunitaria y las medidas adoptadas en su ejecución son contrarias a algunas disposiciones del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles de 1994 (en adelante, GATT, del inglés *General Agreement on Tariffs and Trade*).

En primer lugar, se invoca la vulneración del art. I.1 GATT, que establece la regla de nación más favorecida, porque no concede de forma inmediata e incondicional las ventajas y privilegios a los productos de las Islas Feroe respecto de otros productos similares procedentes de otros países.

En segundo lugar, se considera que el art. V.2 GATT, que establece el libre tránsito de las mercancías a través del territorio de los Estados miembros de la OMC, también se ve comprometido ya que con tales medidas restrictivas, la UE está negando esta libertad de tránsito por su territorio, y por las rutas más convenientes para el tránsito internacional y con destino al territorio de otros miembros de la OMC. Ello porque

hace distinciones fundadas en el pabellón de los barcos, en el lugar de origen, en los puntos de partida, de entrada, de salida o de destino, o en consideraciones relativas a la propiedad de las mercancías, de los barcos o de otros medios de transporte.

En tercer y último lugar, se considera la vulneración del art. XI.1 GATT, que prohíbe las restricciones cuantitativas a las importaciones y exportaciones, porque las medidas de la UE precisamente introducen restricciones y prohibiciones a la importación de las mencionadas pesquerías y productos procedentes de las Islas Feroe.

8. En este sentido, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la OMC, podemos aventurar algunas ideas de cómo podría resolverse esta controversia [un estudio del contenido del Reglamento, sus antecedentes así como su compatibilidad con las reglas de la OMC puede encontrarse en: FERNÁNDEZ EGGEA, R. M., «Un paso más en pos de una pesca responsable en la UE: el Reglamento (UE) 1026/2012», *RGDE*, mayo de 2013, núm. 30].

9. Dado que se produce una restricción evidente sobre el comercio de estas pesquerías, contraviniendo con ello algunas de las obligaciones establecidas en el GATT, la UE tendrá que centrar su defensa afirmando la aplicación de las excepciones generales a las restricciones comerciales, recogidas en los apdos. *b)* y *g)* del art. XX GATT, disposición que ha sido invocada en la mayor parte de las diferencias comerciales con implicaciones ambientales. Las medidas comerciales tendrán que pasar un examen de dos pasos consecutivos o doble test: primero comprobar el cumplimiento de los requisitos contenidos en los distintos apartados y, segundo, el de los requisitos comunes sobre la aplicación de la medida que se encuentran recogidos en el preámbulo o parte introductoria del art. XX (véase el informe del OA, asunto *EE.UU.-Gasolina*, sec. IV).

10. Por lo que respecta a los requisitos de los distintos apartados, la excepción del apdo. *b)* del art. XX exige que la medida comercial sea necesaria para proteger la vida y la salud de las personas, animales y plantas. Esto es, comprobar si la medida comercial contribuye a resolver el problema de forma determinante (véase el informe del OA, asunto *Brasil-Neumáticos recauchutados*, párr. 210) y si es la menos restrictiva posible para alcanzar el objetivo de conseguir una gestión sostenible de las pesquerías afectadas (conocido como el «test de necesidad»). En este sentido, la propia Comisión hace referencia en la justificación de su Reglamento de Ejecución a tres medidas alternativas que, si bien serían menos restrictivas de las finalmente adoptadas, no serían lo suficientemente eficaces para conseguir el objetivo perseguido de conseguir una pesca sostenible de los *stocks* afectados (véanse los considerandos 24 y 25 del Reglamento de Ejecución).

11. En cuanto a la excepción del apdo. *g)* del art. XX GATT, ésta prevé la justificación de aquellas medidas comerciales relativas a la conservación de recursos naturales agotables, que podría tratarse de los *stocks* de arenque, cuya pesca está siendo poco sostenible. El primer requisito que ha de cumplirse para poder justificar una medida comercial bajo este apartado es probar que ésta sea «relativa a» la conservación de recursos agotables, lo que significa que la medida controvertida no esté dirigida a tal fin de forma incidental (véase el informe del OA, asunto *EE.UU.-Gasolina*, p. 21), sino que ha de existir una «relación estrecha y real» entre la medida controvertida y el objetivo de conservación (véase el informe OA, asunto *EE.UU.-Camarones*, párr. 136). En realidad consiste en verificar si la medida es adecuada para la conservación de un recurso natural agotable (véase el informe del OA, asunto *EE.UU.-Camarones*, párr. 141). Además, se exige que la medida sea aplicada «conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales», es decir, si las medidas restrictivas para los productos de otros Estados también se aplican a los operadores económicos

o productivos del país que adopta la medida en cuestión. Estas exigencias se encuentran recogidas de forma explícita en el art. 5 del Reglamento 1026/2012, pero además, en el texto del propio Reglamento de Ejecución, se menciona que la UE ha llevado a cabo una reducción del 26 por 100 de las capturas de estas pesquerías, siguiendo las recomendaciones del Consejo Internacional para la Exploración del Mar (véase el considerando 27 del Reglamento de Ejecución).

12. Tras constatar el cumplimiento de los requisitos específicos de cada apartado, es necesario que la medida sea compatible con los condicionantes contemplados en el preámbulo del art. XX; esto es, que la medida comercial no se aplique de forma que se dé una discriminación arbitraria o injustificada entre Estados que se encuentran en las mismas condiciones y que no constituya una protección encubierta de la producción nacional. A estos requisitos hace referencia, igualmente, el art. 5 del Reglamento 1026/2012, junto con la idea de que las medidas comerciales han de ser proporcionales a los objetivos perseguidos. En realidad, los requisitos del preámbulo se conciben para evitar el abuso de las excepciones y que las medidas se aplican de buena fe. Estos requisitos se cumplirán, atendiendo al carácter unilateral y extraterritorial de la medida, si su aplicación es lo suficientemente flexible o su finalidad es proteccionista. Veamos en qué consisten estos condicionantes.

13. En primer lugar, se admitirá la adopción unilateral de una medida restrictiva del comercio como último recurso, una vez agotados los esfuerzos negociadores con el país que pueda verse afectado por la medida (véase el informe del OA, asunto *EE.UU.-Camarones*, párr. 172). Se impone, por tanto, una obligación de cooperar con el país o países afectados previamente a la adopción de la medida comercial, exigencia que se encuentra recogida igualmente en los arts. 1 y 3 del Reglamento 1026/2012. Según la UE, estas medidas se han adoptado tras serios esfuerzos negociadores y tras haberse agotado todos los demás medios, es decir, se han adoptado como último recurso (véanse el Comunicado de prensa de la Comisión de 20 de agosto de 2013; IP/13/785 y los considerandos del Reglamento de Ejecución). Ahora bien, también habrá que probar que los términos de las negociaciones mantenidas podían ser asumidos razonablemente por las Islas Feroe, lo que va implícito en la exigencia de que las negociaciones se realicen de buena fe.

14. En lo que concierne a la extraterritorialidad de la medida, se ha aceptado la invocación del art. XX del GATT cuando existe un «vínculo suficiente» entre recursos situados fuera de las fronteras del Estado que adopta la medida y el mismo Estado (véase el Informe del OA, asunto *EE.UU.-Camarones*, párr. 132). En el caso que nos ocupa, existe un vínculo más que suficiente por cuanto la gestión de las pesquerías afectadas requieren de la cooperación de la UE con el resto de países ribereños. Ello está en consonancia con las obligaciones internacionales en materia de protección de pesquerías transzonales —como sería el caso de la CONVEMAR— en la medida en que con ella se pretende fomentar la sostenibilidad de los *stocks* y una cooperación en su gestión. La existencia de normas internacionales que legitiman y dan cobertura a dichas medidas comerciales es un factor relevante para combatir que la medida constituye una discriminación arbitraria e injustificable o una restricción encubierta al comercio.

15. Otro de los criterios importantes establecidos por la jurisprudencia de la OMC para que una medida pueda cumplir los requisitos del preámbulo es que ésta sea lo suficientemente flexible (véase el informe del OA, asunto *EE.UU.-Camarones*, párrs. 173-175). Una medida comercial cumplirá con este requisito cuando se tengan en cuenta las políticas de otros países que lleven al mismo o similar objetivo que las

medidas nacionales, sin que hayan de ser idénticas a estas últimas. En este sentido, el propio Reglamento 1026/2012 prevé en su art. 7 la retirada inmediata de restricciones comerciales «cuando el país que permite la pesca no sostenible adopte las medidas correctoras adecuadas necesarias para la conservación y gestión de la población de peces de interés común», aunque estas medidas se adopten de forma unilateral y siempre y cuando no comprometan las medidas adoptadas por la UE —también en conjunto con otros países— para la conservación de las especies pesqueras concernidas.

16. Por último, se debe observar también el diseño y la arquitectura de una medida para comprobar si la medida comercial constituye una restricción encubierta al comercio internacional (véase el informe del Grupo Especial, asunto *CE-Amianto*, párr. 8.236). Un examen de estas cuestiones podrá revelar si la naturaleza proteccionista subyace al objetivo de protección ambiental. La UE deberá insistir, por tanto, en que la medida cuenta con una única finalidad que es la de conservar las pesquerías y que ésta no sirve para encubrir una protección de la pesca comunitaria.

17. Un segundo grupo de cuestiones se refiere a su compatibilidad con las obligaciones establecidas por la CONVEMAR. Por lo que concierne a la demanda interpuesta en el marco de la solución de controversias previsto en la CONVEMAR, las Islas Feroe invocan la vulneración de varias disposiciones de la CONVEMAR por parte de la UE. Los argumentos son más débiles, como veremos a continuación.

18. En virtud de la CONVEMAR, los Estados ribereños han de realizar una gestión adecuada de estas pesquerías transzonales, a través de una gestión conjunta y unos esfuerzos mutuos para intentar acordar las medidas necesarias para coordinar y garantizar la conservación y el desarrollo de la población de peces concernidos (arts. 63 y 64 CONVEMAR). La obligación de cooperación en la gestión de las pesquerías transzonales y altamente migratorias también se prevé de forma más precisa, en el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre la aplicación de las disposiciones de la CONVEMAR, relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, de 4 de agosto de 1995. Sólo se permitirán las actividades extractivas cuando se pueda garantizar que su regeneración y reproducción no comprometan su supervivencia (principio del rendimiento máximo sostenible).

19. La población de arenque atlántico-escandinava ha sido gestionada conjuntamente hasta 2013 por Noruega, Rusia, Islandia, las Islas Feroe y la UE a través del plan de gestión a largo plazo acordado y de cuotas preestablecidas del total admisible de capturas (TAC). No obstante, en 2013 las Islas Feroe decidieron unilateralmente desvincularse del acuerdo y establecer un cupo autónomo que representa más del triple de la cuota anteriormente acordada (la UE denuncia que las Islas Feroe hayan establecido para el 2013 una cuota de captura de arenque de 105.230 toneladas cuando, a su juicio, éstas debieron limitarse a 31.000, contraviniendo las recomendaciones del Consejo Internacional para la Exploración del Mar). Sin embargo, las Islas Feroe consideran que ha sido la UE la que ha incumplido la obligación de cooperación en la gestión de estos recursos pesqueros.

20. Por otra parte, la prohibición de acceso a los puertos comunitarios es una cuestión que atañe a la soberanía de cada país, prerrogativa reconocida por el Derecho internacional general. Las Islas Feroe no podrían invocar una vulneración de la CONVEMAR por este motivo. Es más, algunos acuerdos internacionales prevén la denegación del acceso al puerto para combatir la pesca no sostenible o la prohibición de desembarcos si las capturas se obtuvieran de manera insostenible (art. 23 del Acuerdo

de poblaciones transzonales y migratorias de 1995) o la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (art. 56 del Plan de Acción internacional de la FAO de 2001 y art. 9 del Acuerdo de la FAO de 2009).

21. Será interesante comprobar si la normativa de la UE se considera finalmente contraria a las normas comerciales internacionales o a las del Derecho del Mar, si es que los procedimientos iniciados por las Islas Feroe llevan a sendos pronunciamientos judiciales y arbitrales y no se resuelve la controversia mediante acuerdo. Ello puede interesar, sin duda, a Islandia, pues, aunque todavía no se han adoptado medidas comerciales frente a este país, es algo que la Comisión no descarta realizar; aunque con ello no se favorezca la futura adhesión de Islandia a la UE, que ha entrado en *impasse* por este motivo, entre otros.

Rosa M. FERNÁNDEZ EGEA
Universidad Autónoma de Madrid

3. JOINT PLAN OF ACTION DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2013. UN PRIMER PASO PARA LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO SOBRE EL PROGRAMA NUCLEAR DE IRÁN

1. Desde que en 2003 se conociese que Irán estaba desarrollando actividades nucleares, incumpliendo las obligaciones que había asumido en el marco del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares (TNP), se han sucedido las propuestas para encontrar una salida negociada al conflicto [véase la última de estas propuestas en el Anexo IV de S/RES/1929(2010) de 9 de junio]. Finalmente, el 24 de noviembre de 2013, Irán y el llamado Grupo 5+1, también conocido como E3+3, compuesto por los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas más Alemania, acordaron el denominado Plan Conjunto de Acción (*Joint Plan of Action*). Se trata de un documento que tiene como principal finalidad generar el clima más adecuado para alcanzar una solución global y definitiva al conflicto sobre las actividades nucleares iraníes. Este acuerdo, que tendrá una vigencia de seis meses, prorrogable si las partes así lo deciden, reconoce el derecho de Irán a utilizar la energía nuclear con fines pacíficos, a la vez que su renuncia a fabricar armas nucleares. A cambio, el resto de los Estados negociadores se comprometen a no adoptar nuevas sanciones contra Irán, y aliviar algunas de las sanciones decretadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y otras que son producto de iniciativas multilaterales y nacionales que, desde hace años, tienen asfixiada a la economía iraní.

El Plan Conjunto de Acción recoge una serie de actuaciones concretas que debe afrontar el Gobierno iraní durante los próximos seis meses, y que consisten en no enriquecer uranio en más de un 5 por 100 y dismantelar la infraestructura técnica apta para alcanzar un nivel de enriquecimiento superior, además de diluir su *stock* de uranio enriquecido al 20 por 100 para convertirlo en combustible o en polvo de óxido. Irán también se compromete a no seguir avanzando en sus actividades nucleares en las plantas de Natanz, Fordow y en la construcción del reactor de agua pesada, apto para la producción de plutonio, en sus instalaciones de Arak. Además, debe renunciar a seguir instalando centrifugadoras de segunda generación y a poner en servicio las 1.000 centrifugadoras nuevas que ya tiene instaladas. Por último, tendrá que facilitar al Organismo Internacional de la Energía Atómica (OIEA) toda la información sobre sus actividades nucleares, instalaciones, materiales, reservas de uranio y otros recursos necesarios para el ciclo nuclear, además de garantizar a los inspectores del OIEA el acceso diario a sus instalaciones, sin necesidad de aviso previo. Como contrapartida

a las actuaciones a las que se compromete Irán, el Grupo E3+3 dejará de obstaculizar las ventas de petróleo iraní y liberará, progresivamente, una parte de los activos que Irán tiene inmovilizados en bancos extranjeros, resultado de sus ingresos por la venta de petróleo. Según fuentes oficiales estadounidenses (*Fact Sheet: First Step Understanding Regarding The Islamic Republic of Iran's Nuclear Program*, The White House, Office of Press Secretary, 23 de noviembre de 2013), en estos primeros meses Irán podría llegar a disponer de 4.200 millones de los 50.000 millones de dólares que se calcula tiene bloqueados. Igualmente, Estados Unidos y la Unión Europea se comprometen a suspender sus sanciones sobre los sectores automovilístico y petroquímico de Irán, al igual que las sanciones norteamericanas sobre la importación de piezas y servicios de reparación para la aviación civil iraní. Además, Teherán podrá reanudar sus operaciones comerciales con oro y piedras preciosas, y dispondrá de una línea de comercio seguro para la adquisición de bienes de carácter humanitario (alimentos, productos agrícolas, medicinas o servicios médicos) a los que, en los últimos años, no ha tenido fácil acceso debido a la actitud preventiva de proveedores y entidades financieras, que temían incumplir el régimen de sanciones participando en este tipo de transacciones.

Una vez que las partes comiencen a dar cumplimiento a este «pre-acuerdo», se prevé que, paralelamente, se reanuden las negociaciones para la conclusión de un acuerdo definitivo que garantice el carácter civil del programa nuclear iraní, la sustitución de sus reactores de agua pesada por reactores de agua ligera de última generación, el cumplimiento de sus obligaciones como Estado no nuclear dentro del TNP y firmante del Protocolo Adicional con el OIEA. El acuerdo contempla la creación de una Comisión Conjunta que trabajará de manera coordinada con el OIEA y garantizará el cumplimiento correcto de los términos acordados. Aunque esta Comisión puede empezar a generar un clima de mayor confianza entre las partes, hay que ser conscientes que el acuerdo contiene compromisos cuyo alcance está sujeto a un cierto margen de interpretación, por lo que en el seno de esta Comisión no pueden descartarse tensiones en los próximos meses.

2. El Plan Conjunto de Acción puede mitigar la grave crisis que sufre la economía iraní después de más de treinta y cuatro años de sanciones, que comenzaron con las medidas adoptadas por Estados Unidos como consecuencia de la crisis de los rehenes de 1979, destinadas a dañar gravemente el sector financiero, bancario y energético iraní, y que se han ido recrudeciendo en los últimos años como consecuencia de las supuestas aspiraciones nucleares militares de Irán. A la técnica estadounidense de sanciones se unió la comunidad internacional a partir de 2006, cuando el Consejo de Seguridad advirtió a Irán [S/RES/1696 (2006), de 31 de julio], de la necesidad de cumplir las recomendaciones de la Junta de Gobernadores del OIEA (GOV/2006/14) y la obligación de someterse al sistema de inspecciones. Más tarde, ante los avances del programa nuclear iraní, el Consejo de Seguridad adoptó cuatro resoluciones más sobre la base del art. 41 de la Carta de Naciones Unidas. Estas resoluciones contienen una serie de medidas destinadas a evitar que Irán reciba de forma directa o indirecta artículos, materiales, equipos, bienes, tecnología, asistencia o capacitación técnica que puedan contribuir al enriquecimiento o reprocesamiento de uranio, a la producción de agua pesada o al desarrollo de sistemas de vectores de armas nucleares. Para tal fin, el Consejo de Seguridad identificó una serie de empresas, organismos y personas que están o podrían estar implicados en el programa nuclear iraní y decidió que todas sus actividades y activos financieros en el extranjero fuesen inmovilizados [S/RES/1737(2006) de 27 de diciembre, S/RES/1747(2007) de 24 de marzo y S/RES/1803 (2008) de 3 de marzo] y, más tarde, decretó un embargo de armas convencionales contra Irán [S/RES/1929(2010) de 9 de junio]. El segundo objetivo de las

sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad consistía en impedir cualquier tipo de colaboración directa o indirecta, por parte del resto de los Estados de la sociedad internacional, con el programa nuclear de Irán, para lo que el Consejo de Seguridad creó un Comité específico encargado de valorar el cumplimiento de las medidas y analizar los problemas que pudiesen surgir durante el proceso. Estas sanciones no han ido a más gracias a las reticencias de China y, especialmente, de Rusia, que siempre han creído que seguir adoptando paquetes de sanciones tan duros como los que la administración Obama aprobó entre 2010 y 2013 obstaculiza, todavía más, una solución diplomática al conflicto (HARVEY, C. y SABATINI, R., *Russia's Lukewarm Support for International Sanctions Against Iran: History and Motivations*, James Martin Center for Nonproliferation Studies, abril de 2010).

La Unión Europea también ha tenido un protagonismo importante en este proceso, teniendo en cuenta que tres de sus Estados miembros han participado en la redacción del acuerdo finalmente alcanzado, y que su Alta Representante siempre ha estado invitada en cada una de las rondas de negociaciones. Desde que, en 2003, el OIEA alertó sobre el incumplimiento de las medidas de salvaguardia por parte de Irán, los Estados miembros siempre se mostraron favorables a alcanzar una solución pactada al conflicto, y consiguieron que Irán firmase el Acuerdo de París de 15 de noviembre de 2004, por el que paralizaba sus actividades nucleares contrarias al TNP, pero que más tarde incumplió cuando Ahmadineyad se hizo con la presidencia del país (*Agreement Between the E3/EU and Iran Concerning Irán's Nuclear Program*, 14 de noviembre de 2004). La Unión Europea respondió celebrando las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad y decidiendo medidas adicionales contra Irán, que impidieron la colaboración, asistencia y transferencia europeas al sector del petróleo y del gas iraní, además de prohibir la entrada al territorio de la Unión de individuos, empresas, bancos y organismos que tenían relaciones con Irán (Posición Común 2007/140/PESC, de 27 de febrero, y Decisión 2010/413/PESC del Consejo, de 26 de julio). En 2012, dichas sanciones incluyeron la inmovilización de los activos del Banco Central Iraní, y la prohibición de las operaciones de importación, exportación y transporte de crudo iraní y de comercio de oro y piedras preciosas con la Unión (Decisión 2012/35/PESC, de 23 de enero). El conjunto de las sanciones que se han ido adoptando contra Irán por parte de Estados Unidos, Naciones Unidas, Unión Europea y otros Estados, como Corea del Sur, Canadá o Japón, sólo en el sector del petróleo, le han supuesto unas pérdidas de entre 25 a 30 billones de dólares cada seis meses y han disminuido sus exportaciones de crudo en un 40 por 100 en el último año (VAN DE GRAAF, Th., «The "Oil Weapon" Reversed? Sanctions Against Iran and U.S.-EU Structural Power», *Middle East Policy*, vol. 20, 2013, núm. 3, pp. 145-164).

3. Sin embargo, los elementos que determinan la política nuclear iraní no van a disiparse con un alivio de las sanciones que sufre su economía y su población durante años, sino que será necesario neutralizar los motivos que llevaron a Irán a incumplir las disposiciones del TNP y las recomendaciones del OIEA. Irán ha enriquecido uranio a un nivel innecesario para producir energía nuclear de uso civil, además ha incrementado el número de instalaciones nucleares e iniciado un programa de misiles balísticos. Ahora bien, hasta el momento, su programa nuclear sólo podría alcanzar el umbral militar si fuese capaz de enriquecer, al menos, 250 kg de uranio a un 90 por 100 y sólo dispone de 196 kg enriquecidos a un 20 por 100, según la información del OIEA. Sin embargo, el nivel de enriquecimiento de su uranio sí insinúa a la sociedad internacional que podría llegar a desarrollar las capacidades y tecnología necesarias para fabricar armas nucleares, si así lo decidiese. Esta situación de «nuclearización latente» no constituye una reacción contra una seria amenaza para la supervivencia

del Estado o de su régimen político, sino contra el aislamiento y la condena internacional a los que lleva años sometido, y que no sólo afectan a sus relaciones con Estados Unidos, sino que también tienen reflejo en los foros y organizaciones internacionales donde Irán participa (MARRERO ROCHA, I., «La proliferación de armas nucleares en la sociedad internacional actual: Elementos de continuidad y cambio», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2010*, Universidad del País Vasco, Vitoria, pp. 379-440).

Pero el «nacionalismo nuclear» de Irán se ha convertido en una cuestión de orgullo y de reivindicación del derecho iraní a controlar de manera completa su ciclo nuclear, haciendo así frente al consumo energético interno y dejando la venta de gas y petróleo para la obtención de divisas (FAIR, C., KALTENTHALER, K. y MILLER, W., «Busting Out: Iranian Public Opinion Toward the NPT», *The Nonproliferation Review*, vol. 20, 2013, núm. 1, pp. 126-133). Al mismo tiempo, el programa nuclear iraní quiere responder al carácter discriminatorio del régimen internacional de no proliferación, que perpetúa la desigualdad entre los Estados que sí pertenecen al selecto club de los nucleares y los que no. Un régimen que, de manera tácita, acepta la nuclearización de India e Israel, ignora la pakistaní y rechaza de pleno la de Corea del Norte y los proyectos nucleares iraníes (HAYES, J., «Identify and Securitization in the Democratic Peace: The United States and the Divergence of Response to India and Iran's Nuclear Programs», *International Studies Quarterly*, vol. 53, 2009, núm. 4, pp. 977-999).

Irán también se encuentra en un contexto de seguridad muy complicado en la región de Oriente Medio, que se ha agravado de manera determinante después de la ocupación de Irak y que sigue empeorando desde el comienzo de la guerra civil en Siria. Las alianzas de Estados Unidos con las potencias suníes de la zona, que siguen disputando el predominio al chiismo, representado fuertemente en el Estado iraní, no han ayudado a que Irán descarte un futuro programa nuclear militar. Además, Israel sigue representando una seria amenaza para la seguridad de Irán, en primer lugar, por la tradicional tensión que ha caracterizado sus relaciones bilaterales, en segundo lugar, por las amenazas directas israelíes contra el programa nuclear iraní, a las que Irán adjudica las muertes y desapariciones de científicos clave de su programa y, por último, porque Teherán no descarta un ataque directo contra algunas de sus instalaciones nucleares, teniendo en cuenta que Israel realizó este tipo de acciones militares preventivas y selectivas, en 1981, contra una central nuclear iraquí de Osirak y, en 2007, contra un reactor nuclear sirio en Dair Alzour (Informe del Director General, *Aplicación del acuerdo de salvaguardias en relación con el TNP en la República Árabe Siria*, Junta de Gobernadores del OIEA, 24 de mayo de 2011, GOV/2011/30).

4. Eliminar las motivaciones iraníes para el desarrollo de un hipotético programa nuclear militar y limitar su nivel de enriquecimiento de uranio no sólo depende de la evolución de los dilemas de seguridad en los que está inmerso Irán, también pasa por superar una serie de resistencias internas, especialmente en algunos sectores políticos norteamericanos e iraníes que desconfían de las intenciones de la otra parte y son contrarios a rebajar la tensión y a hacer concesiones. La solución del conflicto nuclear iraní necesita de cambios significativos en las políticas internas de Estados Unidos y en el propio Irán capaces de superar una serie de construcciones intersubjetivas, que cuentan con años de elaboración y hacen que se consideren mutuamente como enemigos inevitables. Esas construcciones alcanzaron su punto más álgido durante el Gobierno de Mahmud Ahmadineyad en Irán y de George Bush en la administración estadounidense, y aunque la llegada de Obama a la presidencia de los Estados Unidos no vino acompañada de cambios sustanciales e, incluso, supuso una dura ampliación de las medidas sancionadoras contra el país persa, sus relaciones con el nuevo Presi-

dente iraní, Hasan Rohaní, sí que han reabierto la vía diplomática para llegar a una solución pactada al conflicto.

El Presidente Rohaní, de actitud moderada, pretende mejorar las relaciones de Irán con el resto de la sociedad internacional, y dejar a un lado la confrontación continuada con Estados Unidos, pero cuenta con serias resistencias por parte de algunos sectores de la estructura del Estado, como el cuerpo de los Guardianes de la Revolución Islámica y del líder supremo iraní, Ali Jamenei, que en ningún momento aceptarían acuerdos que supongan límites a los derechos nucleares de Irán y, además, abogan por la desaparición del Estado de Israel. La situación interna del Presidente Obama no es más cómoda. La Casa Blanca necesita el respaldo del Senado para realizar las concesiones a Irán que se recogen en el acuerdo del 24 de octubre, lo que le supondría todo un logro, teniendo en cuenta los últimos fracasos de las iniciativas estadounidenses en el caso de Siria y en la mediación en el conflicto palestino-israelí. La suspensión de algunas de las sanciones que recaen sobre Irán van a encontrar serias reticencias entre el sector republicano, especialmente por parte de un grupo de senadores encabezados por Marco Rubio, John McCain y Lindsay Graham, y de algunos senadores demócratas, como Tim Johnson, más cercanos a las tesis contrarias a hacer concesiones a Irán y simpatizantes con la posición de Israel a la hora de poner freno a los planes nucleares iraníes. Por tanto, además de los esfuerzos políticos, económicos y técnicos que las partes deberán hacer para afrontar el cumplimiento de los términos del acuerdo, las resistencias a nivel interno suponen un reto más duro, si cabe, y constituyen un importante escollo para avanzar en la conclusión de un acuerdo global y definitivo sobre el programa nuclear de Irán. De hecho, poco después de la firma del acuerdo aparecieron las primeras tensiones como consecuencia de la ficha técnica publicada por la Casa Blanca ofreciendo una explicación de lo pactado (*Fact Sheet: First Step Understanding Regarding The Islamic Republic of Iran's Nuclear Program*, The White House, Office of Press Secretary, 23 de noviembre de 2013) que no gustó a las autoridades iraníes, ya que para obtener el apoyo interno al acuerdo, resaltaba su conveniencia para los intereses de seguridad nacional de Estados Unidos, recordando que la estructura de sanciones contra las exportaciones de petróleo, el sector financiero y bancario de Irán quedaba vigente, que las pérdidas económicas de Irán se seguirían acumulando y, por último, destacaba, de manera exagerada, las concesiones realizadas por Irán.

Inmaculada MARRERO ROCHA
Universidad de Granada

4. EL ABORDAJE DE LA FLOTILLA DE LA LIBERTAD LLEGA A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1. El 14 de mayo de 2013 la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional («CPI») recibió una remisión del Gobierno de la Unión de Comores («Comores») con arreglo a los arts. 13(a) y 14 del Estatuto de Roma relativa al abordaje de la denominada *Flotilla de la Libertad* por parte del ejército israelí el pasado 31 de mayo de 2010.

2. La remisión de Comores considera que la Corte es competente para instruir y juzgar los hechos acaecidos a bordo del *MV Mavi Marmara* porque este buque está matriculado bajo su bandera con arreglo al art. 12(2) (a) del Estatuto, ratificado por Comores con anterioridad a los hechos, según el cual «la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto [...] El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si

el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave». Además, otros dos buques, junto al *Mavi Marmara*, de los que fueron abordados por el ejército israelí, también están registrados bajo bandera de otros Estados partes del Estatuto, por lo que también por esa razón la Corte sería competente *ratione loci*. Estos buques son el *Eleftheri Mesogios or Sofia*, registrado en Grecia, y el *MV Rachel Corrie*, registrado en Camboya.

3. La remisión considera que la Corte también sería competente si decidiese aceptar la declaración de aceptación de la competencia presentada por Palestina en enero de 2009, habida cuenta de que los buques de la denominada *Flotilla de la Libertad* iban destinados a Gaza y el incidente estuvo motivado y condicionado por la situación de Gaza.

4. A este respecto, como es sabido, la Oficina del Fiscal concluyó en abril de 2012 que no podía admitir la declaración de aceptación de la competencia presentada por Palestina habida cuenta de que el artículo que permite dicha declaración (el art. 12 del Estatuto) hace referencia a Estados y, en ese momento, Naciones Unidas y en concreto su Secretario General no había aceptado la condición de Estado de Palestina. Cabe, no obstante, preguntarse si la situación no ha cambiado después del 4 de diciembre de 2012, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció el status de Estado no miembro observador (*non-member observer State*) de Palestina.

5. Sin embargo, la competencia de la Corte en este caso no parece problemática *ratione loci* a la luz del art. 12(2) (a) del Estatuto mencionado pues los hechos controvertidos sucedieron a bordo de hasta tres buques matriculados en Estados parte del Estatuto de Roma.

6. En lo que hace a la competencia *ratione materiae* la remisión hace referencia a crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, ambos previstos por el art. 5 del Estatuto. Entre los crímenes de guerra de los que se acusa a Israel se encuentran el homicidio intencional; y la tortura o los tratos inhumanos, entre otros tipos previstos por el art. 8 del Estatuto. En relación con crímenes de lesa humanidad, la remisión hace referencia al art. 7 del Estatuto, y en concreto a actos de asesinato, tortura y «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

7. Recibida la remisión, su admisibilidad está siendo evaluada por la Oficina del Fiscal con arreglo a los dos criterios previstos por el art. 17 del Estatuto de Roma a tal efecto, a saber; los criterios de complementariedad y de gravedad. Respecto de la complementariedad, la remisión de Comores alega, en primer lugar, que la alta sensibilidad política de los hechos no permite que el ordenamiento jurídico israelí actúe de forma independiente, persiga, y juzgue a los responsables de los presuntos crímenes cometidos a bordo del *Mavi Marmara* y de los otros dos buques con bandera de Estados parte.

8. En segundo lugar, Comores considera que no hay voluntad política en Israel para investigar y permitir que juicios imparciales se lleven a cabo. La remisión menciona en este sentido que altos cargos del ejército y del Gobierno podrían ser considerados responsables últimos de los presuntos crímenes cometidos y que por esta razón no apoyarán ni permitirán investigaciones independientes.

9. En tercer lugar, la remisión señala que los presuntos crímenes fueron cometidos en aguas internacionales y que todos los autores residen en Israel. A este respecto, se añade que la Unión de Comores no reconoce la condición de Estado de Israel

por lo que no resultaría práctico que este Estado juzgara a los responsables. Por último, la remisión subraya que tampoco Grecia ni Camboya han iniciado acciones judiciales.

10. La remisión no hace referencia a la existencia de investigaciones en Israel, si bien tampoco afirma, a diferencia de lo que afirma respecto de Grecia, Comores o Camboya, que no haya habido investigación alguna. En realidad, como es sabido, Israel ha realizado tres investigaciones sobre los hechos acaecidos el 31 de mayo de 2010, ninguna de ellas estrictamente judicial. Todas han concluido con la exoneración de cualquier responsabilidad a los militares o sus mandos, incluso políticos, tanto por el bloqueo como por el abordaje de la flotilla y el posterior trato a los integrantes de la misma. Por último, a los informes de las comisiones internas israelíes, se unen dos informes internacionales, el de una comisión internacional solicitada por el Secretario General de Naciones Unidas, la denominada Comisión Palmer, y el realizado a instancias del Consejo de Derechos Humanos de la ONU.

11. La cuestión es, por tanto, si estas investigaciones son suficientes para declarar la remisión inadmisibles con base en el requisito de complementariedad. A este respecto, las dos primeras investigaciones israelíes, una elaborada por la marina y otra encabezada por un general retirado, denominada comisión Eiland, tenían como objetivo primordial analizar la idoneidad del dispositivo militar, el plan de acción elegido y otras posibles alternativas, así como los preparativos de la operación y su ejecución. Estas comisiones no buscaban por tanto, o al menos no primordialmente, depurar las responsabilidades individuales de los participantes en el abordaje a la luz de la legalidad internacional, y en concreto, de los crímenes previstos por el Estatuto.

12. Por otro lado, la Comisión Turkel sí que analizó la conformidad de las acciones adoptadas por Israel para aplicar el bloqueo naval en el incidente del 31 de mayo de 2010 con las reglas de la ley internacional, concluyendo que eran conformes a las mismas. No obstante, cabría preguntarse si una investigación de este tipo satisface el concepto de investigación nacional recogido por el art. 17 del Estatuto. A este respecto, el mandato de la Comisión Turkel incluía el examen de la legalidad de la actuación del ejército israelí a la luz del Derecho internacional, sin embargo, la comisión no prevé la identificación de los responsables ni constituye una investigación judicial propiamente dicha, con acusación y defensa de los presuntos responsables.

13. La investigación Turkel se asemeja en este sentido más al funcionamiento de una Comisión de la verdad (*Truth Commission*), destinada a esclarecer los hechos pero no a depurar las responsabilidades penales de los autores de los mismos, que a un procedimiento judicial. De hecho, el propio mandato de la Comisión indica que la información aportada en el marco de la misma no podrá ser utilizada como prueba en un procedimiento legal. Del mismo modo, ninguna de las dos investigaciones internacionales derivó en la depuración de responsabilidades penales de altos cargos políticos o mandos militares israelíes.

14. En este contexto, y respecto de las denominadas Comisiones de la verdad y de reconciliación, tanto la doctrina como el anterior fiscal de la Corte se han mostrado a priori contrarios a aceptarlos como suficientes para declarar la inadmisibilidad de una investigación, si bien esta cuestión aún no ha sido resuelta. Así, el fiscal ha afirmado en sus informes al Consejo de Seguridad relativos a Darfur que la existencia de mecanismos alternativos a procedimientos judiciales a nivel nacional pueden ser relevantes a la hora de fijar sus prioridades sobre los casos que merecen una investigación, si bien estos mecanismos, por sí mismos, no pueden impedir la admisibilidad

de una investigación. Otros autores han señalado igualmente que la relevancia de investigaciones no-judiciales radica en su capacidad de influir en la oficina del fiscal a la hora de establecer prioridades.

15. Por último, respecto de la falta de disposición para juzgar a los responsables, motivo que sí cita la remisión de Comores, no se incluyen en dicha remisión pruebas o indicios de la misma, más allá de afirmar que la falta de disposición se debe al prestigio del ejército israelí y a la posible imputación de altos cargos militares y políticos si una investigación judicial se llevara a cabo.

16. En suma, el requisito de complementariedad en este asunto podría ser satisfecho con base en la inactividad de Grecia, Camboya e Israel (los tres Estados parte afectados por la remisión) si se considera, como en nuestra opinión debe hacerse, que las tres investigaciones llevadas a cabo en este último país, así como la investigación internacional *Palmer* —y la del Consejo de Derechos Humanos— no han sido investigaciones judiciales tendentes a depurar la responsabilidad penal de los principales responsables. De no ser así, consideramos que la remisión no acredita suficientemente la falta de independencia o imparcialidad de las autoridades israelíes, sino que la supone con base en afirmaciones categóricas.

17. Por otro lado, respecto del requisito de la gravedad, la remisión justifica la gravedad de los hechos denunciados con arreglo al art. 17.1.d) del Estatuto de la siguiente forma.

18. En primer lugar, la remisión subraya que los hechos denunciados serían, en condiciones normales, constitutivos de un *casus belli*, si no fuera por la posibilidad de acudir a la CPI para obtener justicia y reparación. En segundo lugar, la remisión considera que el abordaje de la *Flotilla* debe ser considerado en el contexto en el que éste se produce, a saber, el bloqueo de Gaza por parte de Israel, cuya protección y perpetuación perseguía el abordaje. Este bloqueo, subraya la remisión, ha sido severamente criticado y condenado por el Consejo de Derechos Humanos, particularmente por el denominado Informe Goldstone, y más recientemente por la misión internacional independiente de determinación de los hechos relativos al abordaje de la flotilla enviada por el Consejo de Derechos Humanos.

19. El tercer elemento mencionado por la remisión para justificar la gravedad de la conducta del ejército de Israel obedece a que las acciones de este ejército formaban parte, según la remisión, de un plan o programa dirigido a usar la violencia para disuadir la llegada de flotillas humanitarias a Gaza. Este plan habría sido elaborado con meses de preparación, y la opción de utilizar la fuerza discutida en varias reuniones del ejército con el ministro de Defensa y el primer ministro israelí durante el mes de mayo.

20. En cuarto lugar, la remisión señala que el número de víctimas, nueve mortales y más de 600 no mortales, es elevado. Además, la remisión señala que el objetivo inicial de la actuación del ejército israelí, a la luz de fuerza utilizada, era provocar un «baño de sangre».

21. Por último, con base en una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares relativa a la situación en Kenia, la remisión recuerda que el criterio de gravedad puede evaluarse a la luz de criterios cualitativos, es decir, con base en la presencia de circunstancias agravantes o cualitativas, y no sólo cuantitativos, basados en el número de víctimas. La remisión cita asimismo una decisión de la Sala de Apelaciones relativa a la República Democrática del Congo para argumentar que, en el caso de crímenes de guerra, no se requiere que éstos sean realizados a gran escala.

22. A este respecto, según el Reglamento de la Oficina del Fiscal, la gravedad de los crímenes a efectos de la admisibilidad se evaluará con base en varios factores, incluyendo la escala, naturaleza, forma de comisión y el impacto. En relación con la escala, el número de víctimas mortales del abordaje de la flotilla, nueve, fue limitado. Así, comparado, por ejemplo, con el número de víctimas de la situación de Kenia, a saber, 1.200 personas presuntamente asesinadas, al menos 1.000 violaciones denunciadas y 450.000 personas desplazadas, el número de víctimas del abordaje fue reducido, incluso tomando en consideración las 600 personas afectadas por el incidente.

23. El precedente de Irak podría ser invocado en contra de la admisibilidad de esta investigación por motivos de gravedad. En aquel caso el fiscal consideró que el número de fallecidos por los crímenes objeto de la investigación, crímenes de guerra como en el caso de la remisión de Comores, superaba escasamente la decena, número superior al de víctimas mortales del abordaje. Del mismo modo, el fiscal mencionaba en aquel caso que el art. 8 del Estatuto, relativo a crímenes de guerra, e invocado por Comores, contiene un estándar específico de gravedad, pues dichos crímenes deberán ser cometidos «como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes».

24. En nuestra opinión, el abordaje, por sí solo, difícilmente podría ser considerado como parte de un plan preconcebido para cometer crímenes de guerra a gran escala en el sentido del art. 8 del Estatuto. Dicho esto, la remisión trata de hacer ver que el incidente es un episodio más del bloqueo ilegal que sufre Gaza y que iba destinado a reforzar la dramática situación de la población que allí vive, bajo ocupación, según los términos de la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el asunto del muro construido en el territorio ocupado de Palestina. En este sentido, si la Oficina del Fiscal considera el contexto en el que se produjo el bloqueo como una circunstancia agravante, bien podría contrarrestar con ese elemento cualitativo la dificultad que presenta el mero análisis cuantitativo de las víctimas mortales del abordaje.

25. En segundo lugar, respecto de la naturaleza de los crímenes, éstos incluyen el asesinato de civiles desarmados desde helicópteros así como, siempre según la remisión, la tortura de decenas de pasajeros una vez las tropas de Israel tomaron el control de los distintos buques. Crímenes, tanto el asesinato como la tortura de una naturaleza grave, dejando a un lado, de nuevo, el análisis cuantitativo.

26. En tercer lugar, respecto de la forma de comisión de los delitos, la remisión, sin mencionar expresamente este criterio, subraya que los medios empleados para ejecutar los crímenes controvertidos incluyeron el empleo de munición letal, buques, helicópteros y decenas de zodiacs para hacer frente a un convoy desarmado. Además, el criterio de la forma de comisión tiene en cuenta la intencionalidad de la conducta, intención que, según la remisión, era la de provocar un baño de sangre, extremo que Comores debería acreditar. Por otro lado, el criterio de la forma de comisión también tiene en cuenta el abuso de poder, algo que en el caso del abordaje, y especialmente en las horas sucesivas al mismo, fue considerado como sobradamente acreditado por la comisión de investigación enviada por el Consejo de Derechos Humanos, como también consideró esta comisión que las tropas israelíes castigaron e intimidaron a los miembros de la flotilla con actos tendentes a la tortura. Este elemento del criterio de la gravedad no parece, por tanto, ser el más difícil de cumplir en el presente caso.

27. En fin, respecto del impacto de los crímenes en la comunidad local o internacional, el abordaje de la flotilla de la libertad por parte de Israel y sus consecuencias

originaron una grave crisis diplomática entre Israel y Turquía, y tuvieron una fuerte repercusión nacional e internacional, motivando el inicio de varias investigaciones nacionales en ambos países, así como varias investigaciones internacionales, una de ellas nombrada por el propio Secretario General de Naciones Unidas. Por último, si los efectos del bloqueo que el abordaje de la flotilla protegió son tenidos en cuenta en términos económicos y de vulnerabilidad de la población afectada, este elemento tampoco sería, en nuestra opinión, difícil de cumplir.

28. Por último, aun si la Oficina del Fiscal considera que los criterios de complementariedad y gravedad han sido satisfechos, podría rechazar la investigación si concluyese que así lo exige el interés de la justicia. Ésta es una facultad discrecional que colisiona con la presunción a favor de investigar toda vez que los criterios de admisibilidad (complementariedad y gravedad) se cumplen.

29. En este caso no parece concurrir alguna circunstancia excepcional que pudiera justificar el rechazo de la investigación, habida cuenta tanto de la gravedad de los crímenes cometidos como de los intereses de las víctimas en obtener reparación (más allá de la económica si finalmente la obtienen con base en el cercano acuerdo sobre compensación israelí-turco), la edad y ausencia de enfermedad de los presuntos autores, al menos de los directos (soldados israelíes), y su participación en los presuntos crímenes.

30. En suma, la remisión de Comores ha despertado un notable interés por tratarse de una denuncia de un Estado parte del Estatuto de Roma, y no sólo de una comunicación efectuada por ONGs o agrupaciones de víctimas, contra otro Estado, en este caso no Parte del mismo como Israel, de graves crímenes de guerra y de lesa humanidad.

31. Se trata, por tanto, de un asunto que presenta dificultades políticas, más allá de las jurídicas, para la Oficina del Fiscal, habida cuenta de que, en caso de que no permita una investigación, esto es, en caso de que declare la remisión inadmisibile, será probablemente criticada no sólo en Palestina sino también por todos aquellos que consideraron que el informe del Consejo de Derechos Humanos, que constataba la comisión de graves crímenes, estaba bien fundamentado.

32. A este respecto, cabe recordar que en nuestro país la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha propuesto recientemente, mediante escrito de 16 de noviembre firmado por el Sr. Fiscal Pedro Martínez Torrijos, del que se ha hecho eco la prensa (véase, p. ej., el siguiente enlace donde se cita el párrafo reproducido a continuación: <http://www.elmundo.es/accesible/elmundo/2013/01/13/espana/1358104023.html>) que la CPI investigue el abordaje de la *Flotilla de la Libertad* con base, *inter alia*, en las conclusiones de dicho informe: «Los hechos denunciados constitutivos de delitos de Lesa Humanidad y Crímenes de Guerra están contemplados en el catálogo del estatuto del TPI, se han cometido bajo la vigencia del citado Estatuto, las personas presuntamente responsables están sometidas a la jurisdicción del TPI y, finalmente, el lugar de comisión se localiza en el territorio de un país que ha ratificado el Estatuto de Roma, lo que permite afirmar la competencia del Tribunal Penal internacional para la investigación de los sucesos acaecidos frente a las costas de la Franja de Gaza» (Escrito de la Fiscalía, Diligencias Previas núm. 197/2010, Juzgado Central de Instrucción núm. 5, pp. 13-14).

33. Por el contrario, si la fiscal de la Corte decide proceder con la investigación será probablemente objeto de duras críticas por parte de Israel, y quizá de otros Estados, habida cuenta de que la admisibilidad de la remisión, en términos jurídicos, no es evidente a la luz especialmente del limitado número de víctimas del abordaje,

comparado con el de investigaciones anteriores de la Corte, si la situación en Gaza no se analiza conjuntamente.

Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ
Universidad de Murcia

5. HACIA UNA NUEVA REFORMA RESTRICTIVA DEL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESPAÑA *

1. El objeto del presente comentario es el análisis de la reciente aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles, en concreto, en el asunto del *genocidio en el Tíbet* (Juzgado Central de Instrucción núm. 2, Sumario 63/08) y la previsible reacción del ejecutivo ante las presiones diplomáticas chinas que estas decisiones judiciales han provocado. Este asunto arranca el 28 de junio de 2005, cuando se interpone una querrela por parte del Comité de Apoyo al Tíbet y la Fundación privada Casa del Tíbet (acción popular) y el ciudadano nacionalizado español de origen tibetano Thubten Wangchen ante la Audiencia Nacional (AN) por delitos de genocidio, torturas, terrorismo y de lesa humanidad, contra Jiang Zemin, ex Presidente de la República Popular China (RPC), y otros, cometidos durante los años ochenta y noventa. Tras la inadmisión de la querrela por medio de Auto de 5 de septiembre de 2005, los querellantes recurrieron en apelación ante la Sala de lo Penal de la AN que, a través del Auto de 10 de enero de 2006, terminó por admitir la querrela, a la vista de la entonces reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) de 26 de septiembre de 2005 en el asunto *Guatemala*, en donde enmendó la interpretación restrictiva sostenida por el Tribunal Supremo sobre la jurisdicción universal (véase ESTEVE MOLTÓ, J. E., «El auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional: La aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet», *Anuario de Derecho Internacional*, 2006, pp. 579-607).

2. Con posterioridad, el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 decidió a través de Auto de 30 de marzo de 2011 la ampliación de la investigación para incluir los delitos de violaciones graves de los Convenios de Ginebra, de acuerdo con lo solicitado por los querellantes y con el apoyo del Ministerio Fiscal. Por el contrario, a través de Auto de 11 de junio de 2013, este mismo Juzgado acordó la inadmisión de la ampliación de la querrela para perseguir a Hu Jintao, ex Presidente de la RPC, tras haber finalizado su inmunidad diplomática, siguiendo el criterio marcado por el Ministerio Fiscal, sobre la base de que no existen indicios de los hechos imputados con respecto a la persona cuya imputación se solicita. No obstante, tras el recurso de apelación interpuesto por los querellantes, la Sala de lo Penal de la AN ha decidido por medio de Auto de 9 de octubre de 2013 tener por ampliada la querrela presentada frente a Hu Jintao.

3. La Sala hace suyas las alegaciones de los querellantes, en el sentido de que, en primer lugar, desde el punto de vista material, queda acreditada la constancia de «la represión llevada a cabo por los dirigentes chinos contra la nación tibetana y su población a partir de 1988» en el marco de la comunidad internacional por medio de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. En efecto, «las autoridades chinas decidieron llevar a cabo una serie de acciones para eliminar la propia idiosincrasia y existencia del país tibetano imponiendo la ley marcial, llevando a cabo

* En esta misma *Revista*, pp. 212 ss., comentario de J. CHINCHÓN ÁLVAREZ a los Autos de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4.ª) de 9 de octubre de 2013 y de 18 de noviembre de 2012.

desplazamientos forzosos, campañas masivas de esterilizaciones, torturas de los disidentes y traslados obligatorios de contingentes chinos para dominar y eliminar paulatinamente a la población autóctona del país tibetano».

4. En este contexto, la Sala asume que durante las diversas campañas acaecidas en el Tíbet entre los años 1988-1992, Hu Jintao «desempeñó el cargo de secretario del Comité del Partido Comunista Chino en la región autónoma del Tíbet, lo cual necesariamente implicaba, sino una participación directa en el acoso al pueblo y nación tibetana, sí la competencia y capacidad orgánica suficiente para dirigir una serie de acciones y campañas tendentes a hostigar a la población tibetana». La Sala hace suyo también el argumento de que, con posterioridad, «la responsabilidad y decisión de las políticas chinas en el Tíbet la tuvo el presidente chino, desde que asumiera el poder en el 2003 hasta fechas recientes, por ser la persona de mayor rango tanto en el partido como en el Gobierno». Una vez oídas las consideraciones del Ministerio Fiscal, la Sala confirma el criterio por el que se acuerda la competencia de la AN para investigar estos crímenes cuando, por un lado, uno de los querellantes tiene nacionalidad española y, por otro lado, no consta en autos dato alguno de que las autoridades chinas hayan iniciado algún tipo de investigación sobre los hechos objeto de la querrela inicial.

5. Las actuaciones de la AN en este asunto han seguido su curso y el 18 de noviembre de 2013 el Juzgado de Instrucción núm. 2 ha resuelto adoptar una Providencia por la que se practican las diligencias solicitadas por las partes (sin oposición del Ministerio Fiscal) consistentes en librar una Comisión Rogatoria a las Autoridades Judiciales de la RPC con el fin de notificar la querrela a Hu Jintao y de que se le tome declaración. El mismo día 18 de noviembre de 2013, se ha adoptado otra decisión importante por parte de la Sala de lo Penal de la AN. Frente a la denegación acordada por el Juzgado de Instrucción núm. 2, por medio de Auto de 3 de abril de 2013 (sobre la base del informe del Ministerio Fiscal), con relación al libramiento de las órdenes de busca y captura interesadas por los querellantes frente a Jiang Zemin y otros (Li Peng, ex Primer Ministro, Qiao Shi, ex Jefe de la seguridad china, Chen Kuiyan, Secretario del partido comunista en el Tíbet entre 1992 y 2001, y Deng Delyun, Ministro de planificación familiar en los años noventa), la Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto y dar curso a las mencionadas órdenes. En efecto, la Sala sostiene que, de las pruebas testificales (incluso mediante Comisiones Rogatorias a Canadá, Bruselas y Suecia), las documentales aportadas por las partes, así como la pericial practicada sobre la cadena de mando de las autoridades chinas, «racionalmente y, *prima facie*, se deduce la existencia de indicios en la participación en los hechos objeto de la querrela en las personas de los mencionados, habida cuenta de la responsabilidad política o militar de cada uno de ellos».

6. Las últimas decisiones adoptadas por la AN en el marco del asunto *Tíbet* han generado una gran repercusión desde el punto de vista político y mediático (véase *El País*, «La Audiencia reabre la causa contra Hu Jintao por el genocidio del Tíbet», de 10 de noviembre de 2013, ed. digital). Por un lado, las autoridades chinas han reaccionado desde el principio con ira no disimulada ante lo que consideran una interferencia en sus asuntos internos y una difamación total (véase *El País*, «La justicia universal se convierte en un foco de tensión con países aliados», de 21 de noviembre de 2013, ed. digital). El Gobierno español ha respondido a su vez desde una posición muy incómoda. Por una parte, se alega ante las autoridades chinas que la separación de poderes existente en España no permite al Gobierno influir sobre las decisiones judiciales (véase *El País*, «El Gobierno intenta desactivar una grave crisis diplomática con China», de 21 de noviembre de 2013, ed. digital). Por otra parte, ante la furibunda reacción de los representantes chinos, el Gobierno español baraja la posibilidad

de reformar de nuevo la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) para restringir aún más las posibilidades de invocación de la jurisdicción universal (véase *El País*, «El Gobierno reformará la ley para desactivar el proceso al régimen chino», de 16 de diciembre de 2013, p. 9). Las importantes relaciones económicas entre China y España, en términos comerciales, pero también en términos financieros (China es el segundo tenedor de deuda pública española, con un 20 por 100 del total, unos 80.000 millones de euros), interfieren en lo que deberían ser las exclusivas consideraciones judiciales respecto de este asunto.

7. Actualmente existen otros procedimientos abiertos ante los tribunales españoles en aplicación del principio de la jurisdicción universal. Lo estaba también el relativo a los crímenes de lesa humanidad en el Tíbet (Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Diligencias Previas 242/2008), aunque este último ha corrido peor suerte, puesto que se encuentra actualmente archivado ante la Audiencia Nacional (AN), si bien existe un recurso interpuesto ante el TC pendiente de resolución, que puede deparar sorpresas. No obstante, siguen activos ante la AN los procedimientos en el marco de asuntos tales como *Guatemala*, *José Couso*, *Falun Gong* (por el que China también expresó vivamente su malestar), *Sáhara* o el asunto *Carmelo Soria* (véase *El País*, «Una decena de causas abiertas por genocidio y torturas en la Audiencia», de 16 de diciembre de 2013, p. 9).

8. El análisis jurídico de la reforma del art. 23.4 de la LOPJ, operada a través de la Ley Orgánica 1/2009, que afectó al ejercicio de la jurisdicción universal ya se ha realizado en diversas sedes (véase REMIRO BROTONS, A., «Crímenes internacionales, jueces estatales», *Política Exterior*, 2010, núm. 134, pp. 59-68). Interesa destacar ahora algunos elementos de la previsible segunda reforma que podría ponerse en marcha en los primeros meses de 2014, a tenor de la información que ha trascendido a través de la prensa. En el supuesto de que se alcance un acuerdo entre los dos grandes partidos políticos en España (más que probable si se tiene en cuenta el precedente de 2009), el primer cambio podría consistir en exigir que la víctima sea española en el momento en que se cometió el crimen y no se haya nacionalizado después, evitando así supuestos como el identificado en el asunto *Tíbet* con el querellante Thubten Wangchen, considerado desde ciertas instancias como un fraude de ley. Además, para evitar el abuso de Derecho, podría exigirse que la víctima española acredite poseer la nacionalidad al menos desde dos años antes de que tenga lugar la comisión del delito, de manera similar a lo que sucede en otros países.

9. No obstante, el ejecutivo español, sobre la base de la consideración del genocidio como un delito de Derecho internacional en donde la impulsión a instancia de parte se antoja como inidónea, sopesa una segunda reforma de mucho mayor calado. Esta reforma consistiría en la atribución exclusiva de la competencia para promover estos procedimientos al Ministerio Fiscal, siempre y cuando no haya víctimas de nacionalidad española. De prosperar esta modificación legislativa, el Gobierno podría ejercer una influencia directa en la aplicación del principio de jurisdicción universal, evitando la iniciación de procedimiento alguno respecto de los asuntos más espinosos desde un punto de vista diplomático (el condicionamiento a una decisión del fiscal es un requisito establecido por la mayoría de leyes nacionales, véase PIGRAU SOLÉ, A., *La jurisdicción universal y su aplicación en España*, Barcelona, Generalitat de Catalunya. Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, 2009, p. 59). Por otra parte, esta posible modificación implicaría una restricción directa de la acción popular, prevista en el art. 125 de la Constitución. Un tercer cambio que también parece barajarse consistiría en extender al principio de la jurisdicción universal el control político ya previsto para el supuesto de la extradición pasiva. De este modo, el Gobierno

podría supeditar la investigación o no del genocidio y otros crímenes acaecidos en el extranjero al previo acuerdo del Consejo de Ministros, sobre la base de la concurrencia de razones de «interés general».

10. Las dos últimas modificaciones legislativas, de concretarse, supondrían un giro radical en la aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles. Una vez constatada la imposibilidad de realizar una restricción eficiente de la jurisdicción universal por vía exegética (recuérdese la SAN de 13 de diciembre de 2000 y la STS de 25 de febrero de 2003, que pretendieron alcanzar dicho objetivo), cercenada por la STC de 25 de septiembre de 2005, el Gobierno ha ido promoviendo su progresiva reducción por la vía legislativa (reforma de 2009, a la que hay que sumar la Ley Orgánica 18/2003, de cooperación con la CPI, que ya introdujo otra limitación en su art. 7). Un argumento que se utiliza desde instancias gubernamentales para apoyar este proceso de *politización* del ejercicio de la jurisdicción universal consiste en sostener que la jurisdicción ejercida por la CPI convierte en superfluo el impulso por parte de los tribunales españoles para la persecución de los crímenes internacionales. A este respecto, no pueden olvidarse las serias limitaciones de las que actualmente adolece la CPI para universalizar realmente su competencia, comenzando por el hecho de que Estados como Estados Unidos, China o Rusia no son partes en su Estatuto.

11. Finalmente, no hay que olvidar, en el asunto *crímenes de lesa humanidad en Tíbet*, el mencionado voto particular emitido contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 27 de octubre de 2010 y el recurso interpuesto ante el TC. En ese voto particular, los tres magistrados firmantes recuerdan que muchos de los argumentos utilizados por el TC en el marco de la Sentencia de 26 de septiembre de 2005 (y también la de 22 de octubre de 2007, asunto *Falun Gong*) pueden ser igualmente válidos en la actualidad, aun después de la reforma de 2009. En efecto, el TC sostenía en la mencionada sentencia que los criterios o vínculos de conexión exigidos por el TS para la aplicación del principio de jurisdicción universal «se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional» (FJ 8). Como avanza este voto particular, quizá el TC tenga algo que decir acerca de la constitucionalidad de las reformas legislativas que, restringiendo en exceso la jurisdicción universal hasta contrariar su fundamento y naturaleza, terminen por afectar al núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

Antonio SEGURA SERRANO
Universidad de Granada

6. SOBRE LA PROPUESTA FRANCESA (2013) DE REFORMA DEL DERECHO DE VETO EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD

1. La propuesta que, a fines de 2013, Francia hace sobre el derecho de veto en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas ha sido, en realidad, objeto de tres actos:

A) El 24 de septiembre de 2013, en el debate de apertura del 68.º periodo de sesiones de la Asamblea General, el Presidente de Francia, François Hollande, propone la adopción: «De un código de buena conducta [...] entre los miembros permanentes del Consejo de Seguridad y que en el caso de los crímenes masivos, ellos puedan renunciar colectivamente a su derecho de veto» [AGNU, «Discours du Président Fran-

cois Hollande. Débat d'ouverture de la 68eme session de l'Assemblée Générale. Intervention de M. François Hollande, Président de la République», www.fr.ambafrance-us.org/spip.php?article4926, p. 3 (consultado el 11 de noviembre de 2013)].

B) Unos días después, el 4 de octubre, Laurent Fabius, Ministro galo de Asuntos Exteriores, publica un artículo en *Le Monde* que contiene concreciones relevantes sobre esta propuesta: *de un lado*, aclara algo, implícito quizás en la sencilla propuesta del presidente de Francia (al referirse a un código de conducta): «Este proceso se llevaría a cabo sin modificar la Carta» (*infra* párr. 4); *de otro*, como veremos enseguida, precisa los criterios de aplicación de la misma [*infra* párr. 3, B)]; y, *finalmente*, el ministro de Asuntos Exteriores precisa algo que, pese a su parquedad, no podía adivinarse en la propuesta de su presidente: este código de conducta excluiría los casos en los que un miembro permanente del Consejo considerase que sus intereses vitales nacionales se ponen en peligro [«Suspende el derecho al veto en los casos de crímenes masivos. Tribuna de Laurent Fabius», 4 de octubre de 2013, www.diplomatie.gouv.fr/es (consultado el 11 de noviembre de 2013)] [*infra* párr. 3, C)].

C) El representante permanente adjunto de Francia ante Naciones Unidas por último, en su intervención de 7 de noviembre de 2013, nos aclara, por si había alguna duda, que la propuesta francesa está abierta a otras posibles sugerencias, sin que la idea concreta sugerida por su país deba tomarse como una decisión cerrada. En definitiva, Francia pide a los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que se pongan de acuerdo sobre los extremos objeto de su propuesta, indicando en particular el representante galo, con referencia al concepto de crimen masivo, que «la declaración de la cumbre mundial de 2005 y numerosos tratados internacionales, entre ellos la convención de 1948 sobre el genocidio o incluso el Estatuto de Roma pueden guiarnos» [«Nations Unies. Réforme du Conseil de Sécurité. Intervention du représentant permanent adjoint de la France auprès des Nations Unies. New York 7 de novembre de 2013», en WECKEL, Ph., «Conseil de Sécurité, le nécessaire débat sur la limitation du droit de véto des membres permanents», *Sentinelle*, 10 de noviembre de 2013, núm. 365, pp. 1-2 (www.sentinelle-droit-international.fr) (consultado el 12 de noviembre de 2013)].

2. La propuesta francesa sugiere una autolimitación, por parte de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, de su derecho de veto, en ciertos supuestos excepcionales, pero con la existencia, sí, de una cláusula de salvaguardia. Tres elementos, pues, caracterizan su contenido:

A) Los miembros permanentes del Consejo, propone Francia, renunciarán al derecho de veto que la Carta les reconoce cuando se den hechos de particular gravedad. Repárese, entonces, en que el acuerdo al que llevaría esta propuesta es, en realidad, un texto político, no un compromiso que establezca obligaciones exigibles en términos jurídicos [en palabras de Habib SLIM, se trata de una «especie de código moral que vendría a completar la Carta»: «A propos de la récente proposition française de réforme du droit de véto au Conseil de Sécurité», *Sentinelle*, 20 de octubre de 2013, núm. 362, p. 2, www.sentinelle-droit-international.fr (consultado el 11 de noviembre de 2013)]. Repárese también en que la propuesta francesa parece sugerir un acuerdo en este sentido de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad *previo* al planteamiento de un caso y que, de darse éste y prosperar el mecanismo de aplicación y determinación del mismo previsto en la propuesta, la renuncia del derecho de veto jugaría *automáticamente*; las precisiones que de la sucinta propuesta del presidente de la República ante la Asamblea General de Naciones Unidas (septiembre de 2013) realizara (en octubre) su ministro de Asuntos Exteriores lo dejan perfectamente claro (FABIUS, L., «Suspende...», *op. cit.*, p. 1).

B) La autolimitación del veto por los miembros permanentes del Consejo es sólo, decíamos, en la propuesta francesa, parcial, pues únicamente tendría lugar en el caso de la comisión de *crímenes masivos*. Naturalmente, resultará necesario, en tal caso, llegar a un acuerdo sobre este término; ¿a partir de qué número de víctimas, por ejemplo, nos hallamos ante un crimen de esta naturaleza? Ya hemos apuntado que Francia, que hace una sugerencia concreta con un criterio de aplicación de su propuesta «sencillo», no parece considerar su sugerencia innegociable; el representante permanente adjunto de este país dejó abierta, en su intervención ante el Consejo de Seguridad, la decisión en este concreto asunto, remitiéndose al acuerdo entre los miembros permanentes del Consejo y citando algunos textos internacionales que podrían ser de interés con este propósito [*supra* párr. 1, C)]. Francia propone que la decisión de cuándo se comete un crimen masivo debe dejarse en manos de una autoridad al margen del propio Consejo de Seguridad y, desde luego, de sus miembros permanentes. Y cree que esa autoridad debería ser el secretario general de Naciones Unidas, al amparo del art. 99 de la Carta de esta Organización (que autoriza a éste a «llamar la atención del Consejo de Seguridad» respecto de cualquier tema que, «en su opinión», sea susceptible «de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales»). No obstante, éste no podría, por decirlo así, actuar de oficio, sino a instancias de 50 Estados miembros de Naciones Unidas.

C) La propuesta francesa incluye, sin embargo, una cláusula de salvaguardia de no poca importancia y alcance, que se justifica con una apelación al «realismo» (el compromiso en este tema al que llegarían los miembros permanentes del Consejo «excluiría los casos en que los intereses vitales nacionales de un miembro permanente del Consejo corriesen peligro» (FABIUS, L., «Suspende...», *cit.*, p. 1).

3. La propuesta gala, en fin, apunta a una reforma «informal» del derecho de veto, en la medida en que su adopción no exigiría la enmienda formal de la Carta, con todo lo que ello supondría. En su intervención de 7 de noviembre de 2013, el representante permanente adjunto de Francia creyó oportuno explicarlo («Nations Unies-Réforme du Conseil de Sécurité...», *op. cit.*, p. 2).

4. La propuesta de Francia, como su propio presidente comentara en una rueda de prensa posterior a su discurso ante la Asamblea General, «no es nueva, ya que su país la formuló por primera vez en 2005» [<http://www.notisistema.com>, 24 de septiembre de 2013, p. 1 (consultado el 20 de noviembre de 2013)]. Pero también antes se había propuesto:

A) En el año 2001, la Comisión Internacional sobre la Intervención y la Soberanía del Estado (CIISE), en un intento de ofrecer una respuesta de la comunidad internacional a los casos de catástrofes humanitarias del tipo del genocidio o la limpieza étnica, la comisión de crímenes de guerra, contra la humanidad o la violación masiva de los derechos humanos, adoptó un Informe en el que se dice:

«La Comisión apoya la propuesta sugerida a título exploratorio por un alto representante de uno de los cinco miembros permanentes de que éstos deberían acordar un “código de conducta” sobre la utilización del derecho de veto cuando es preciso actuar para atajar o evitar una importante crisis humanitaria. Básicamente la idea es que los miembros permanentes, cuando sus intereses vitales no se vean comprometidos en un asunto, no harán uso de su derecho de veto para obstaculizar la aprobación de una resolución respaldada por la mayoría [...]» [*La responsabilidad de proteger. Informe de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados*, diciembre de 2001, p. 46, párr. 6.21; anexo de la Carta, de 26 de julio de 2002, dirigida al secretario general por el representante permanente de Canadá ante las Naciones Unidas (A/57/303, 14 de agosto de 2002)].

B) Asimismo, el Grupo de Alto Nivel que el secretario general nombrara para hacer propuestas sobre la reforma de Naciones Unidas, en el marco de la llamada Cumbre del Milenio (septiembre de 2005), en su Informe final (2004), afirma:

«Pedimos [...] a los miembros permanentes que, a título individual, se comprometan a abstenerse de utilizar el veto en casos de genocidio y abusos en gran escala de los derechos humanos» (*Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, A/59/565, 2 diciembre de 2004, p. 77, párr. 256).

El Informe que el secretario general presenta a la Cumbre del Milenio (2005), inspirándose en parte en el presentado por el Grupo de Alto Nivel, pide que el Consejo de Seguridad autorice el uso de la fuerza armada de ser necesario, incluso preventivamente, para evitar la comisión de un genocidio, limpieza étnica, crímenes de guerra o de lesa humanidad o violación masiva de los derechos humanos, solicitando incluso del Consejo que apruebe una resolución en la que se indiquen los criterios que éste deberá tener en cuenta a la hora de autorizar una intervención armada por causa de humanidad y en la que se comprometa a aplicarla. El secretario general, en definitiva, asume el concepto de responsabilidad de proteger que acuñara la CIISE, pero no propone en él limitación alguna del derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo (*Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos. Informe del secretario general*, A/59/2005, 21 de marzo de 2005, pp. 64-65, párrs. 6 y 7).

El Documento Final aprobado por los jefes de Estado o de Gobierno de los miembros de Naciones Unidas acepta el concepto de responsabilidad de proteger, pero es sumamente ambiguo en cuanto a la reforma del Consejo y de sus métodos de adopción de decisiones en esta cuestión, siendo imposible encontrar referencia alguna a una eventual autolimitación del derecho de veto de sus miembros permanentes (Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, A/RES/60/1, 16 de septiembre de 2005, p. 38, párrs. 138 y 139).

C) En el proceso de seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio, Costa Rica, Jordania, Liechtenstein, Singapur y Suiza, los «Cinco Pequeños» (*Small-Five* o S-5), presentan ante la Asamblea General un proyecto de resolución en el que piden que «ningún miembro permanente debería emitir un voto discrepante en el sentido del párr. 3 del art. 27 de la Carta en caso de genocidio, crímenes de lesa humanidad, y graves violaciones del Derecho internacional humanitario» (A/60/L.49, 17 de marzo de 2006, Anexo, párr. 14).

5. La reforma del Consejo de Seguridad, incluidos sus métodos de adopción de decisiones, sigue estando de actualidad. El martes, 2 de mayo de 2013, un nuevo grupo, con las siglas ACT (*Accountability, Coherent, and Transparency*), formado por 21 Estados y coordinado por Suiza [Arabia Saudí, Austria, Costa Rica, Chile, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Gabón, Hungría, Irlanda, Jordania, Liechtenstein, Nueva Zelanda, Noruega, Papua Nueva Guinea, Perú, Portugal, Suecia, Suiza, Tanzania (obs.) y Uruguay], declaró su propósito de continuar el esfuerzo que durante años llevaron a cabo los «Cinco Pequeños» (S-5) en la mejora de los procedimientos de adopción de decisiones del Consejo de Seguridad. En particular, insistiendo en su proyecto de resolución de mayo de 2012 (doc. A/66/L.42/Rev.2), que fue retirado a causa de las intensas presiones de los cinco miembros permanentes del Consejo [véase DEEN, Th., «Los “cinco grandes” de la ONU aplastan cuestionamiento de naciones», p. 4, www.vontairenet.org/article174657.html (consultado el 20 de noviembre de 2013)]; y, más en concreto, prosiguiendo su lucha para conseguir la adopción del párr. 20 de su proyec-

to L. 42 que reclamaba de los miembros permanentes del Consejo que se abstuvieran de usar su derecho de veto para bloquear una acción destinada a evitar o poner fin a un genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra a gran escala [PACE, W., «21 member Status launch new initiative to improve the working methods of the Security Council», 12 de mayo de 2013, pp. 1-10, www.centerforunreform.org/node/500 (consultado el 21 de noviembre de 2013)] o, al menos, del párr. 19 que instaba a explicar las razones por las que se había optado por ejercer ese veto, en particular su conformidad con la Carta de Naciones Unidas.

Finalmente, y en el marco de su examen anual del Informe del Consejo de Seguridad (1 de agosto de 2012-31 de julio de 2013), la Asamblea General ha criticado el funcionamiento de este órgano y de sus métodos de trabajo. Merece la pena destacar las intervenciones de tres de las delegaciones que hicieron uso de la palabra: Alemania, Hungría y las Islas Maldivas [véase BRUSIL MIRANDA, M., «L'Assemblée générale critique les méthodes de travail et le fonctionnement du Conseil de Sécurité», *Sentinelles*, 1 de diciembre de 2013, núm. 368, pp. 5-7, www.sentinelles-droit-international.fr (consultado el 8 de diciembre de 2013)].

6. A) La propuesta francesa nos parece en conjunto positiva y su iniciativa digna de elogio. Su sencillez, que no fuerza a una enmienda formal de la Carta, es de un atractivo indudable, pues salvaría los formidables obstáculos que un proceso de esa naturaleza implicaría, al tiempo que daría respuesta, mediante una «solución rápida, sencilla y eficaz», a la necesidad de «preservar lo esencial: la credibilidad de ese pilar de la paz y la estabilidad que debe ser el Consejo de Seguridad» (FABIUS, L., «Suspend...», *op. cit.*, p. 1). Debe destacarse también el esfuerzo de Francia por intentar objetivar en lo posible la aplicación de su propuesta. De ahí, esa fórmula, política y jurídica, que pretende que la determinación de cuando nos encontramos ante un «crimen de masas» y por ende susceptible de desencadenar de manera automática la suspensión del derecho de veto, abra un proceso en el que, a instancia de un número relevante de Estados miembros de la Asamblea General (50 en este caso), sea un tercero imparcial quien se pronuncie. La elección del secretario general de Naciones Unidas, al amparo de sus competencias ex art. 99 de la Carta, uno de los órganos principales de la Organización, no priva a la fórmula de alcance jurídico pero sí la tiñe también de diplomacia y política; posiblemente para facilitar la aceptación de lo que Francia propone.

B) Tiene, no obstante, la propuesta gala su talón de Aquiles. No es aceptable que la aplicación de ese Código de Conducta que Francia propone de nuevo con oportunidad y acierto quede a expensas de la cláusula de salvaguardia que defiende. Si permitimos a uno de los miembros permanentes del Consejo poder evitar ese Código alegando la existencia de un interés vital nacional, estamos quitando con una mano lo que hemos dado con la otra. Se ha sugerido doctrinalmente que acaso la CIJ podría, llegado el caso, ser consultada a los efectos de definir en términos objetivos la figura del «interés vital nacional», limitando su invocación a algunas situaciones «extremas de legítima defensa» en los que «la supervivencia misma del Estado estuviera en peligro» [términos, se recordará, de la misma Corte en su dictamen consultivo de 8 de julio de 1996 (*ICJ Reports*, 1996, p. 263, párrs. 96-97) en el asunto sobre la *ilicitud de la amenaza o uso de las armas nucleares*]. Difícil de aceptar; creemos, por los Estados este control judicial de un concepto tan rabirosamente político; acaso el exigir que la invocación por uno de los miembros permanentes, en un caso dado, de un interés vital nacional deba ser asumida y reconocida por uno o, mejor, por dos más de ellos, sería desde luego una fórmula política pero ofrecería una mayor objetivización en la puesta en marcha de la cláusula de salvaguardia.

En todo caso, el *deber ser* aconsejaría prescindir sin más de la misma.

C) Lamentamos no ser demasiado optimistas sobre esta propuesta, que hemos valorado tan útil como oportuna. Ni aun con la cláusula de salvaguardia comentada (que a nosotros nos gustaría eliminar), los otros miembros permanentes del Consejo parecen proclives a debatir el tema, cuanto más a aceptar lo que se propone. Un botón de muestra bastará: el martes, 5 de febrero de 2013, el Viceministro de Asuntos Exteriores de Rusia, Gennady Gatilov, declaraba a la prensa rusa, tras el encuentro ministerial celebrado en Roma por iniciativa de España e Italia con el objetivo de debatir la reforma del Consejo de Seguridad, sus métodos de trabajo y procesos de toma de decisiones, que su país estaba dispuesto a aceptar cualquier propuesta de reforma, en cuanto a la composición del Consejo, que contase con un respaldo mayoritario. Pero, en relación con los métodos de adopción de decisiones del Consejo, el viceministro ruso fue menos conciliador: sin referirse expresamente al tema en concreto, sí dejó clara la posición de Rusia, miembro permanente del Consejo de Seguridad, sobre propuestas como las de Francia: «La imposición de unos límites provisionales para la toma de decisiones, sin embargo, es inadmisibile, ya que se trata de una cuestión delicada cuya solución podría dar lugar a una disgregación de países en lugar de mejorar la eficacia del Consejo de Seguridad, con las evidentes consecuencias negativas que esto supondría» [«Rusia apoya una reformas del Consejo de Seguridad de la ONU», pp. 1-2, *www.rustahoy.com*, 7 de febrero de 2013 (consultado el 8 de diciembre de 2013)].

7. La propuesta francesa se efectúa en un contexto claro, el conflicto armado interno que viene desarrollándose en Siria desde el primer trimestre de 2011 y la gravísima crisis humanitaria que en ese país se vive desde entonces. El discurso del Presidente francés, Hollande, ante la Asamblea General de Naciones Unidas, lo dejó muy claro: «Siria urge [...]. Siria está destruida» (AGNU, «Discours du Président François Hollande...», *op. cit.*, pp. 3 y 1, respectivamente).

En Siria, en efecto, hay una guerra civil que, desde principios de 2011, ha causado una catástrofe humanitaria susceptible de generar la invocación de la figura de la *responsabilidad de proteger*, como hiciera el Consejo de Seguridad en su Resolución 1973 (2011), de 17 de marzo, en el caso de Libia. En Siria no ha sido posible por los vetos (en tres ocasiones) de dos de sus miembros permanentes, Rusia y China, que se abstuvieron entonces, escaldados por el agua caliente de la aplicación en la práctica y su desbordamiento a cargo de la OTAN [GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Sobre el núcleo duro de la Resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad y acerca de su aplicación en la práctica», *AEDI*, 2011, núm. 27, pp. 57-75].

Y por si tú, lector que nos atiendes, quieres algo más que la opinión de estos dos autores, lee: «El Consejo de Seguridad [...] está gravemente alarmado por el considerable y rápido deterioro de la situación humanitaria que se registra en Siria [...]» [Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad (S/PRST/2013/15), 2 de octubre de 2013, pp. 1 y 4]. Y Valérie Amos, Secretaria General Adjunta de Asuntos Humanitarios y Coordinadora del Socorro de Emergencia, en su intervención, el viernes 25 de octubre de 2013, ante el Consejo de Seguridad dijo también: «El 2 de octubre, el Consejo de Seguridad instó a todas las partes en el conflicto sirio a detejer y abandonar de inmediato todas las infracciones del Derecho internacional humanitario y las violaciones y abusos de los derechos humanos para adoptar todas las medidas necesarias para proteger a la población civil. Sin embargo, tres semanas después, seguimos recibiendo información [...] de que se está ocupando y atacando indiscriminadamente la infraestructura civil, incluidos colegios, hospitales, centrales eléctricas y puntos de abastecimiento de aguas» (S/PV/7049, 25 de octubre de 2013).

8. Aunque el Consejo de Seguridad, según puede leerse en su Informe a la Asamblea General de este año, ha consagrado 28 sesiones a la cuestión y publicado cuatro declaraciones a la prensa, ha sido incapaz de tomar decisión alguna directamente referida a evitar la catástrofe humanitaria. Sólo, tras el uso de armas químicas, fue capaz de adoptar su Resolución 2118 (2013), de 27 de septiembre, en la que ni siquiera se prevén (de ser preciso) medidas contundentes, acordes con la necesidad y gravedad del caso en el supuesto de incumplimiento por las partes en el conflicto de la resolución, sino la fórmula de siempre y vuelta a empezar [...] (véase el párr. 21 de la misma). La inacción del Consejo en el caso de Siria no sólo es la opinión que defienden los autores de esta Nota, también ha sido manifestada con claridad en el seno de Naciones Unidas por los Estados miembros, tanto con palabras como con hechos:

A) *Palabras* como las de Alemania, al debatirse en la Asamblea General el Informe del Consejo de Seguridad 2012-2013, estimando que los vetos planteados a los proyectos de resolución sobre Siria plantean el interrogante de la pertinencia del Consejo tal y como hoy es y añadiendo que la propuesta francesa de auto-regulación del derecho de veto y su renuncia en caso de crímenes en masa merecía ser estudiada más adelante. O las de las Islas Maldivas, en la misma sede, pidiendo la prohibición del derecho de veto en situaciones en las que el Consejo se enfrente a crímenes masivos, porque, añadía el representante de este país, si los Estados miembros no son capaces de proteger a sus ciudadanos, Naciones Unidas debe asumir esta responsabilidad (véase BRUSIL MIRANDA, M., «L'Assemblée Générale critique...», *op cit.*, p. 6).

B) Y *hechos*, como el de Arabia Saudí, que habiendo sido elegida como miembro no permanente del Consejo, renunció al día siguiente aludiendo a la incapacidad de este órgano para hacer frente a sus responsabilidades para con la paz mundial y citando expresamente el texto difundido por la agencia nacional de noticias SPA, su (in)acción en el caso de la guerra civil en Siria [www.internacional.elpais.com, Ángeles Espinosa, 18 de octubre de 2013 (consultado el 30 de octubre)]. El 6 de diciembre de 2013, la Asamblea General ha elegido a Jordania en sustitución de Arabia Saudí.

9. Tres conclusiones cabe sacar de todo lo expuesto:

A) La catástrofe humanitaria de Siria constituye una amenaza para la paz y seguridad internacionales y, además o en todo caso, en ella se cumplen las exigencias básicas y previas para la aplicación del concepto de la responsabilidad de proteger.

B) El Consejo de Seguridad ha debido, basándose en uno u otro motivo, y habiendo aprendido de los errores que en la práctica se cometieron al aplicar su Resolución 1973 (2011), detener antes el conflicto para proteger a la población civil. No lo ha hecho. El veto (o su amenaza) de Rusia y de China lo han impedido.

C) El concepto de *responsabilidad de proteger* necesita, para poder cumplir su función, dado como ha sido estructurado, la modificación de los parámetros que rigen el derecho de veto de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Y es que sostener que sólo con autorización del Consejo la comunidad internacional puede reaccionar, cuando sea el caso, mediante una intervención armada por causa de humanidad, sin la modificación del derecho de veto, lo que permitiría (como el caso de Siria ha demostrado) que la masacre de miles de personas se produzca en un Estado protegido por uno de los miembros permanentes del Consejo, sería (por emplear los términos que hace ya años utilizara un internacionalista alemán) «privar al Derecho internacional de todo su valor esencial» (TOMUSCHAT, Ch., «International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General Course on Public International Law», *Recueil des Cours*, 1999, t. 281, p. 224).

Es por ello que la propuesta de Francia, que cabalga a lomos de otras que se realizaron con anterioridad y en las que ahora no podemos detenernos, de septiembre de 2013, constituye una excelente oportunidad de colmar la laguna o cerrar la grieta que la adopción del concepto de responsabilidad de proteger por los jefes de Estado o de Gobierno de los miembros de Naciones Unidas en la Cumbre del Milenio (septiembre de 2005) implicó [*supra* párr. 4, letra B) *in fine*].

Su adopción, con las mejoras que hemos considerado con anterioridad, daría efecto útil, por fin, al concepto de responsabilidad de proteger.

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA
María José CERVELL HORTAL
Universidad de Murcia

7. TIPOS DE ACUERDOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR ESPAÑA: AL HILO DEL PROYECTO DE LEY DE TRATADOS Y OTROS ACUERDOS INTERNACIONALES DE NOVIEMBRE DE 2013

1. El Proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales (BOCG-10-A-72-1-C1, de 5 de noviembre de 2013), en fase de tramitación en las Cortes Generales durante las primeras semanas de 2014, ha reavivado en un plano institucional el debate jurídico-político sobre el alcance y la razón de ser de la regulación de los tres tipos de acuerdos internacionales que España celebra en el ámbito del Derecho internacional público, o tomando a este ordenamiento como referencia, a saber: tratados, acuerdos internacionales administrativos o ejecutivos y acuerdos internacionales no normativos. Esta tipología puede adjetivarse como clásica al ser producto del Derecho y la práctica vigentes. Se ha debatido en la fase de informe del Anteproyecto de Ley por los distintos Ministerios y por las Comunidades Autónomas, como se constata en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 808/2013, de 3 de octubre. También, se ha discutido la tipología en los trámites de enmienda en las Cortes, por ejemplo, en las enmiendas a la totalidad presentadas por los grupos EAJ-PNV y la Izquierda Plural (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente*, núm. 165, de 12 de diciembre de 2013). El debate responde a distintas razones políticas y jurídicas según quién lo haya suscitado. Lo que interesa estudiar ahora, brevemente, es si los términos del renacido debate quedan corroborados por la fértil práctica española en la materia y si ésta es coherente jurídicamente, lo que, en buena medida, dependerá de una operación de calificación del acuerdo internacional por el órgano consultivo adecuado.

El citado Dictamen 808/2013 del Consejo de Estado, a propósito del Anteproyecto de Ley, afirma que la triple tipología dejaría fuera a «otros muchos acuerdos que pueden celebrarse entre sujetos internacionales o con sujeción o sometimiento al Derecho internacional, como son, a título de ejemplo, los acuerdos celebrados por escrito entre un sujeto de Derecho internacional y un ente u organismo que carece de subjetividad internacional, que no pueden calificarse de tratados por sus sujetos, de tal modo que, si contienen derechos u obligaciones jurídicas y se celebran al margen de cualquier tratado previo, carecen de encaje en las categorías del anteproyecto, o los acuerdos suscritos entre sujetos de Derecho internacional que se sustraen expresamente de dicho ordenamiento jurídico» (p. 20). Además, el Consejo de Estado entiende que el concepto de acuerdo internacional administrativo puede ser más amplio, con arreglo a su propia doctrina (Dictámenes 826/92, 1401/92 y 1738/94), que el de un acuerdo con cobertura formal y material en un tratado anterior, albergando a «aquellos en

los que se tratan cuestiones propias de la actividad administrativa, que se ocupan de materias que la Administración puede regular por propia autoridad, versando sobre cuestiones que en el Derecho interno están reguladas por vía reglamentaria y no de rango legal, sin afectar ni modificar, por tanto, la normativa legalmente establecida ni exigir medidas legislativas para su ejecución por los Estados que los suscriben» (p. 21). Así, el Consejo de Estado se apoya en el Informe de la Abogacía General del Estado de 15 de octubre de 2003 y concluye que se hace conveniente «una revisión de tales conceptos».

Pues bien, tales consideraciones revelan dos cosas: primera, que resulta fundamental la operación jurídica de calificación previa a la conclusión del acuerdo, para adecuar la naturaleza de éste a la voluntad de las partes; segunda, que en la práctica se celebran por el Estado y sus órganos otro tipo de acuerdos con un elemento internacional (contratos, convenios de colaboración, acuerdos inter-administrativos, entre otros) que se rigen por un ordenamiento jurídico interno y quedan al margen del Derecho internacional. La dificultad de la calificación de la acción concertada interestatal se evidenció en relación con los acuerdos de asistencia financiera o rescate a Grecia, en concreto, el *Acuerdo entre Acreedores de 8 de mayo de 2010*, celebrado entre quince Estados miembros de la UE, y el *Acuerdo de Servicio de Préstamo de 8 de mayo de 2010*, entre catorce Estados miembros de la UE y KfW actuando por Alemania, de una parte, y Grecia y el Banco de Grecia, de otra parte (*BOE* núm. 117, de 13 de mayo de 2010). Ambos acuerdos se tramitaron en España como tratados internacionales, no como contratos, a pesar de la existencia de una cláusula de sometimiento de las obligaciones no contractuales al Derecho inglés, y aunque en el Acuerdo de servicio de préstamo participasen entidades de Derecho interno. En efecto, según el art. 2.4 del Acuerdo entre acreedores, el compromiso de cada parte está sujeto a las respectivas normas constitucionales de celebración de acuerdos y, éstos, comportan obligaciones financieras para la Hacienda Pública e inciden en materia de ley en España.

A continuación, se analizará con mayor detalle la importancia de la calificación sobre la base de la triple tipología clásica en la práctica internacional de España pero, primeramente, debe realizarse una consideración sobre ese cuarto grupo de acuerdos con elementos internacionales sometidos al Derecho interno. En efecto, podría concluirse que ese grupo heterogéneo requeriría también de una Ley que ordenara la actividad de la Administración del Estado en la materia, no siendo suficientes para la práctica los informes de la Abogacía General del Estado (el citado Informe de 15 de octubre de 2003; la Instrucción 2/2005, de 21 de julio, sobre el régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración y a los acuerdos de encomienda de gestión celebrados por la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas empresariales y restantes entidades públicas y privadas del sector público estatal; el Informe de 16 de diciembre de 2008; y el Informe 1/13, de 25 de abril de 2013, sobre el borrador de Memorando de Entendimiento entre las Autoridades Aeronáuticas de España y Taiwán para la operación de servicios aéreos). Subráyese que en dichos informes, la Abogacía General del Estado confunde los acuerdos no normativos o políticos con los acuerdos internacionales administrativos, sometiendo los al mismo régimen por comparación al régimen de los tratados internacionales.

2. El Derecho internacional general tiene en cuenta que el Derecho interno de un Estado pueda distinguir entre tratados y otros acuerdos internacionales, como reflejan los arts. 2.2 de los Convenios de 1969 y de 1986. Por consiguiente, la denominación y conceptualización de los acuerdos administrativos y de los acuerdos no normativos es posible con arreglo al Derecho internacional. Ciertamente, es discutible la idoneidad de los términos pero, en todo caso, el concepto responde a una práctica estable

y constante de España con otros sujetos y órganos con capacidad de celebración de acuerdos internacionales.

La práctica de España con otros Estados y Organizaciones internacionales es rica en todos estos tipos de acuerdos de la tipología clásica, lo que intensifica su potencial interrelación pacífica o conflictiva. De ahí que la operación de calificación en una u otra categoría, con carácter previo a la conclusión del acuerdo, resulte clave en orden a determinar la auténtica voluntad de los intervinientes respecto al contenido de las obligaciones o compromisos. La calificación supone igualmente la indicación del régimen y de la forma del instrumento que resulten más adecuados para la acción concertada, y finalmente señala la tramitación interna para la celebración del acuerdo.

Los problemas de orden constitucional que puede ocasionar la concurrencia de la actividad concertada del Estado no convencional (acuerdos administrativos y acuerdos no normativos) con la actividad convencional (tratados), llegando a afectar negativamente a la reserva de procedimiento para los tratados internacionales que nuestra Constitución establece en los arts. 93 a 96, han sido estudiados recientemente por la doctrina española, en relación con los acuerdos no normativos [véase, en particular, GONZÁLEZ VEGA, J. A., «¿Tratados ocultos? Sobre ciertas manifestaciones de la acción concertada “no convencional” en el marco de las competencias “reservadas” a los tratados internacionales», en TORRES BERNARDEZ, S. (coord.) *et al.*, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor L. I. Sánchez Rodríguez*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 75-101].

3. Como no puede ser de otra manera, el tratado internacional es concebido en el sentido del Derecho internacional general, esto es, según las definiciones de tratado de los Convenios sobre la materia de 1969 y de 1986 [arts. 2.1.a)], en el Derecho interno vigente (el Decreto 801/72, de 24 de marzo), en la práctica y en el Proyecto de Ley. El Decreto 801/72 guarda silencio respecto de los acuerdos administrativos y los acuerdos no normativos, al ocuparse sólo de la celebración de tratados, por lo que es bienvenida una ley de ordenación y sistematización. No obstante, la práctica vigente en materia de acuerdos internacionales administrativos y de acuerdos no normativos se fundamenta en las doctrinas del Consejo de Estado, la Abogacía General del Estado y la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC), junto con las normas que haya podido establecer un departamento ministerial [Orden Circular 2/2010, de 13 de julio, del MAEC sobre las normas para la tramitación de los acuerdos no normativos por parte de los órganos de este departamento así como en lo relativo al seguimiento y colaboración con otras administraciones públicas en esta materia; también, véase la obra titulada, *Informes del MAEC a los memorandos de entendimiento de las Comunidades Autónomas con instituciones extranjeras (2002-2006)*, Madrid, MAEC, 2006].

En España el acuerdo internacional administrativo se distingue de un tratado por los órganos que lo celebran, que no son los mismos sujetos de Derecho internacional con competencia para celebrar un tratado sino alguna de sus autoridades u órganos. También se diferencian por la materia que constituye su objeto, de naturaleza más bien técnica en el acuerdo administrativo. En efecto, un acuerdo internacional administrativo sirve a la ejecución de un tratado anterior que le ofrece una doble cobertura formal y material, siguiendo la doctrina del Dictamen núm. 55.252 del Consejo de Estado, de 22 de noviembre de 1990. A veces, sólo se distingue de un tratado del art. 94.2 de la Constitución, complementario de otro tratado anterior en el tiempo, en que el acuerdo administrativo no lo celebra el Estado como tal sino alguno de sus órganos administrativos previstos en el tratado de cobertura. Esa capacidad de celebración del

acuerdo, de naturaleza derivada, por el órgano del sujeto internacional, no sólo distingue al tratado del acuerdo administrativo sino que facilita una tramitación interna singular y más simple de éste.

Los acuerdos no normativos se conciben como aquellos que celebran los sujetos de Derecho público con competencia para ello, que contienen declaraciones de intenciones o, incluso, compromisos de naturaleza política incapaces de crear obligaciones jurídicas internacionales. Los órganos consultivos del Estado aconsejan la unificación formal de la categoría de los acuerdos no normativos, de modo que los negociadores persigan que su denominación sea la de Memorandos de Entendimiento, teniendo bien presente que el nombre del acuerdo no es un índice absoluto de su naturaleza. Los acuerdos no normativos son instrumentos no constitutivos de obligaciones internacionales. Ello no significa que los MOU no puedan referirse a materias que en España se regulan por ley porque lo determinante es que, incidiendo en tales materias, esos acuerdos no impliquen obligaciones internacionales. Por ejemplo, los *acuerdos de asociación estratégica* de España con algunos Estados latinoamericanos (Perú, Colombia) tienen por objeto materias comerciales, que se contemplan mediante meras declaraciones de intenciones como es la de fomentar una mejor relación en algún aspecto comercial o de la inversión extranjera. Evidentemente, lo ideal es que estos acuerdos tengan coherencia sistémica e incluyan una cláusula de no normatividad de este tenor: «El presente MOU no genera obligaciones de Derecho internacional público». Además, en la práctica, son muchos los órganos con capacidad de celebración de esos MOU, incluidas las Comunidades y Ciudades Autónomas, que actuarían en función de sus respectivas competencias establecidas en el Derecho interno y bajo la doctrina de los poderes inherentes o implícitos (véase el trabajo de PÉREZ GIRALDA, A., *Prudencia jurídica y Poder exterior. Escritos sobre Derecho internacional y Diplomacia*, Madrid, Biblioteca Diplomática Española, 2010, p. 257). Recientemente, el Tribunal Constitucional ha entendido en un conflicto positivo de competencias (Sentencia 198/2013, de 5 de diciembre, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2014) que el acto de celebración del *Acuerdo de pesca, de 21 de septiembre de 2003, suscrito entre el Consejero de Pesca del País Vasco y el Ministro de Pesca de la República de Mauritania*, «vulnera el orden de competencias establecido en la Constitución»; concretamente, el TC se refiere a la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales prevista en el art. 149.1.3, porque el Acuerdo afecta a la soberanía y jurisdicción de los Estados ribereños sobre sus aguas adyacentes.

Por cierto, la posible regulación de los acuerdos no normativos en una ley interna no altera su naturaleza de acuerdo político basado en la buena fe, porque el dato esencial estriba en que mediante el acuerdo no se contraigan obligaciones jurídicas internacionales. Todo acto de un sujeto de Derecho público se produce, o debe producirse, en un marco legal; de hecho, los actuales MOU suelen incluir cláusulas relativas a la financiación de los compromisos políticos asumidos, en el sentido que éstos se someten a la disponibilidad presupuestaria del órgano en cuestión, de conformidad con la legislación vigente y sin que suponga una obligación financiera plurianual para la Hacienda Pública, porque semejante obligación exigiría la celebración de un tratado.

4. Los trámites y pautas que sigue la Administración del Estado para la celebración de los acuerdos administrativos son sencillos. El proyecto de acuerdo se somete al informe sobre la naturaleza y procedimiento de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC. Puede presumirse que existen acuerdos internacionales que no llegan a esa unidad del MAEC y que son simplemente informados por los servicios jurídicos del órgano proponente, insuficiencia que debería solventarse. La tramitación del acuerdo administrativo se supedita a su importancia política en cuanto a la necesidad de un

trámite de toma de conocimiento del Consejo de Ministros. La toma de conocimiento es posterior a la firma, de modo que no se trata de una autorización de ésta, como sucede con la tramitación de la firma de los tratados en virtud del art. 5.1 de la Ley 50/97 del Gobierno. Además, los acuerdos internacionales administrativos deben publicarse en el *BOE* por su carácter jurídico y normativo. Como se aprecia, la tramitación es sencilla y distinta de la de los tratados, ya sea la correspondiente a los tratados del art. 94.1 o la de los del art. 94.2.

La economía procedimental en la celebración interna del acuerdo internacional puede ser un factor importante en su configuración. Así sucedió en el caso del *Acuerdo Marco de Asistencia Financiera entre la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y España, el FROB y el Banco de España*, de 24 de julio de 2012 (*BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012), y en el *Memorando de Entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera*, de 23 de julio de 2012, entre España y la Comisión Europea (*BOE* núm. 296, de 10 de diciembre de 2012). Ambos instrumentos, que sirvieron para la asistencia financiera a España, son susceptibles de ser cubiertos formal y materialmente por el *Acuerdo Marco de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (FEEF)*, suscrito entre dieciséis Estados del Euro y la FEEF, el 10 de junio de 2010 (*BOE* núm. 164, de 11 de julio de 2011).

En cuanto a la tramitación de los MOU o acuerdos no normativos, el primer paso suele ser, una vez más, el de la calificación por referencia a los otros acuerdos de la tipología clásica. Esa calificación se realiza, habitualmente, tanto por el servicio jurídico del órgano que propone su celebración, cuanto por la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC. Si el acuerdo en cuestión revistiera una entidad política suficiente, el Consejo de Ministros podría tomar conocimiento del mismo una vez firmado. Finalmente, estos acuerdos no se publican en el *BOE* salvo si, como resultado de ese acuerdo del Consejo de Ministros y por mor del interés general, se decida por el órgano esa publicación. No obstante, en el MAEC existe una aplicación informática denominada MEMORANDA que recoge un listado de acuerdos de este tipo. Esta situación podría mejorar con la creación de un registro administrativo apropiado y accesible a los interesados.

5. Otros casos de la práctica internacional de España, además de los ya expuestos, significan los problemas de calificación e interrelación de las tres categorías clásicas. ¿Cómo solventar el problema de la necesidad de celebración de un tratado internacional, con la previa autorización de las Cortes, para la concesión de privilegios e inmunidades internacionales con ocasión de la organización por España de una conferencia en el marco de Naciones Unidas o uno de sus organismos? Sabido es que, en estos casos, España celebra cada vez un tratado con el organismo internacional pertinente, que se aplica provisionalmente y que las Cortes autorizan cuando la conferencia internacional ya ha culminado, lo que no deja de ser una anomalía procedimental. Obviamente, esta clase de concesión de privilegios e inmunidades internacionales incide en el art. 94.1.e) de la Constitución, pues supone la modificación o derogación de una ley, como puede ser la Ley Orgánica del Poder Judicial (véase el Dictamen 808/2012 del Consejo de Estado, de 13 de septiembre, sobre el Acuerdo de Sede para la reunión del 93 Consejo Ejecutivo de la OMT en España). El art. VIII, sección 38 de la *Convención sobre Privilegios e Inmunidades de NNUU*, de 13 de febrero de 1946, vigente de manera general y para España, permite al secretario general de NNUU la conclusión «con cualquier miembro o miembros de acuerdos suplementarios para ajustar en lo que respecta a tal miembro o miembros las disposiciones de esta Convención». Estos acuerdos suplementarios estarán en cada caso sujetos a la aprobación de la Asamblea General de NNUU. ¿Qué tipo de acuerdos son esos «suplementarios», tratados

o también acuerdos internacionales administrativos? La práctica bilateral de España con NNUU es constante respecto a la celebración de un tratado cada vez que España organiza una conferencia o reunión que comporta la concesión de privilegios e inmunidades. En consecuencia, parece que los acuerdos internacionales administrativos se entenderían descartados en la aplicación del art. VIII, sección 38, de la Convención de 1946. Ello es así, no sólo por parte de España, puesto que cada reunión o conferencia internacional puede implicar una concesión de privilegios e inmunidades específica, y de mayor o menor alcance que lo previsto en la Convención de 1946, sino también por parte de NNUU, que acepta la celebración de un acuerdo con aplicación provisional y la posterior entrada en vigor cuando se hayan notificado los trámites internos requeridos. Sin embargo, nada impide que España y NNUU celebren un tratado complementario y de aplicación de la Convención de 1946, que permita para esos casos de organización de reuniones con sede en España la celebración de acuerdos administrativos por las autoridades administrativas competentes, siempre que éstos se ajusten material y formalmente al tratado de cobertura, y a pesar de que el acuerdo administrativo se refiera a la concesión de privilegios e inmunidades. Puede considerarse que la reserva constitucional del procedimiento para los tratados internacionales no se habría impugnado, pues el tratado que amparase los acuerdos administrativos habría sido autorizado por las Cortes por la vía del art. 94.1 de la Constitución. En fin, otra posibilidad sería que el nuevo tratado amparase la celebración de tratados de ejecución, no de acuerdos administrativos, suscritos entre el Reino de España y NNUU, que no implicasen una subsunción en el art. 94.1.e) sino en el art. 94.2, ya que en realidad se estaría actuando mediante una mera aplicación técnica o administrativa de las disposiciones del tratado principal. Las soluciones deben ser objetivas, conformes al sistema constitucional, a la par que abiertas y circunstanciales.

6. Finalmente, la triple tipología clásica es válida y compatible con la práctica estatal que se produce en el marco de algunas Organizaciones internacionales como la ONU o la Unión Europea, sin perjuicio de las peculiaridades que hayan de observarse en cada uno de sus ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, respecto a la ONU, las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1542 (2004) y 1908 (2010) sustentaron formal y materialmente el *Memorando de Entendimiento entre el Reino de España y la ONU sobre la participación de la Guardia Civil en Haití*, aprobado por el Consejo de Ministros de 22 de enero de 2010 y que podría caracterizarse como un acuerdo administrativo con la cobertura en actos jurídicos del Consejo de Seguridad de la ONU (véase PASTOR PALOMAR, A., «Acuerdos internacionales de España que incluyen la concesión de exenciones fiscales», en *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor L. I. Sánchez Rodríguez, op. cit.*, pp. 175-188). En cuanto a la Unión Europea, el *Acuerdo entre la Federación Rusa y la Comunidad Europea sobre readmisión*, de 25 de mayo de 2006, prevé en su art. 20 que Rusia y los Estados miembros celebren protocolos de aplicación con un contenido determinado y que entrarán en vigor mediante un procedimiento determinado en el mismo artículo. Realmente, el protocolo de aplicación podría ser tanto un tratado internacional cuanto un acuerdo administrativo celebrado por las autoridades competentes de los Estados interesados, porque respondía a las típicas características de estos acuerdos. Sin embargo, las exigencias del Derecho ruso condujeron a la celebración de un tratado internacional que, en España, se tramitó bajo el art. 94.2 de la Constitución (BOE núm. 199, de 20 de agosto de 2012). Además, cabe citar como ejemplo de acuerdos administrativos los *Convenios constitutivos y los Estatutos de las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial*, puesto que aplican el Reglamento (CE) 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, que regula esas agrupaciones, dándoles cobertura formal

y material (Resolución de 17 de julio de 2013 de la Secretaría General Técnica del MAEC por la que se publica la inscripción de los Estatuto de la AECT Eurocidade Chaves-Verin en el registro de AECT, *BOE* núm. 178, de 26 de julio de 2013).

7. En conclusión, tratados, acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos o MOU, constituyen la práctica concertada de España en el ámbito del Derecho internacional público y por referencia a este ordenamiento. La adecuación de la naturaleza del acuerdo a la voluntad de las partes o signatarios requiere, en muchos casos, de una operación de calificación por los órganos consultivos de la Administración del Estado, en especial, de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC. La operación de calificación debe ser objetiva, atendiendo al Derecho interno e internacional, además de abierta y circunstancial con base en la auténtica voluntad de los participantes en el acuerdo. La elaboración de una Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales puede constituir un avance sobresaliente a fin de ordenar y mejorar la práctica, aportando mayor seguridad jurídica a la acción concertada del Estado, convencional y no convencional. Quedan pendientes su aprobación y, en su caso, un comentario detallado de sus disposiciones.

Antonio PASTOR PALOMAR
Universidad Rey Juan Carlos

8. CELEBRACIÓN DEL SEMINARIO CONMEMORATIVO DEL 75.º ANIVERSARIO DE LA ASESORÍA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MAEC

1. Los días 25 y 26 de noviembre de 2013 la Asesoría Jurídica Internacional (AJI) del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC) celebró en la sede de la Escuela Diplomática un seminario, titulado «España y la práctica del Derecho internacional», dentro de los actos conmemorativos de su 75.º aniversario. La intención del mismo era analizar aspectos iusinternacionales relevantes de la práctica internacional de España, así como entablar un debate jurídico al respecto con un público nutrido a partes iguales de profesores universitarios y profesionales concernidos por la materia (Subsecretaría, Abogacía del Estado, Cancillería y División de Tratados del MAEC, responsables de asuntos consulares, Asesoría Jurídica del Ministerio de Defensa, Dirección General de Asuntos Pesqueros y Acuicultura, abogados, etc.). A la postre, la AJI es una unidad de la Administración General del Estado que permite contribuir a aunar la práctica de las disciplinas que componen las materias de la *REDI* y los profesionales de la AEPDIRI.

2. El seminario, tras la inauguración oficial realizada por el Subsecretario del MAEC (Rafael Mendivil Peydro), el Director de la Escuela Diplomática (José Luis de la Peña Vela) y el actual Jefe de la AJI (José Martín y Pérez de Nanclares), se abrió en la mañana del día 25 con una conferencia del citado en último lugar. En ésta se hizo una presentación general de la labor desarrollada por la AJI en su cometido como «órgano asesor de la Administración General del Estado en materia de Derecho internacional» —así la define en la actualidad el Real Decreto 342/2012, de 10 de febrero, heredero último del originario Decreto de 16 de febrero de 1938—, en la que, además de reflejar su naturaleza, composición, funciones, organización y funcionamiento, se repasaron las principales cuestiones de Derecho internacional que son objeto de atención particular en la actualidad. A partir de ahí, el seminario se articuló en cinco mesas cuya composición fue fiel reflejo de la peculiar naturaleza mixta que caracteri-

za a la AJI y cuyo contenido acogió igualmente las materias principales del quehacer cotidiano de esta Asesoría.

3. En efecto, los integrantes de las mesas del seminario fueron espejo de la fructífera simbiosis entre académicos y diplomáticos que siempre ha constituido la indeleble seña de identidad de dicha unidad. De hecho, esta peculiaridad se ha mantenido desde el inicial dueto formado por Trías de Bes y Pedro Cortina hasta hoy. No en vano de los once jefes que ha tenido la AJI desde 1939, cuatro han sido universitarios (el ya citado Trías de Bes, Pastor Ridruejo, Escobar Hernández y el actual), seis eran diplomáticos (Lacleta, Yturriaga, Martínez Morcillo, Arias Salgado, Pérez Giralda y Yáñez-Barnuevo) y uno ostentaba ambas condiciones (Poch); y, respecto al número de años ocupados, los citados catedráticos de Universidad lo han hecho durante cuarenta y ocho de los setenta y cinco años de existencia, mientras que a los diplomáticos les correspondió diecisiete años. En este mismo orden de cosas, por el escalón de los asesores y consejeros que han ido formando la plantilla de la AJI durante ese mismo periodo, han pasado alrededor de sesenta diplomáticos y diez profesores, existiendo actualmente un profesor titular de universidad y cuatro miembros de la carrera diplomática.

4. Por otro lado, las cinco mesas del seminario acogieron los temas que conforman la espina dorsal de la actividad de asesoramiento de la AJI, a saber, el Derecho de los tratados, el Derecho del Mar, el arreglo jurisdiccional de controversias, el Derecho internacional privado y el Derecho diplomático y consular. Ciertamente, por comprensibles motivos de tiempo, quedaron fuera del seminario materias que también podrían haber sido incluidas y que, en parte, serán también objeto de atención en la publicación de los resultados de este encuentro que realizará la Escuela Diplomática en forma de libro en el verano de 2014. Ejemplos notorios al respecto son el Derecho humanitario, la vertiente convencional externa de la Unión Europea, la actuación de otras organizaciones internacionales con consecuencias para la práctica exterior del Estado o aspectos cada vez más relevantes del Derecho internacional económico.

5. En este marco, la primera mesa del seminario, moderada por Gregorio Garzón Clariana, se dedicó al ámbito que ha centrado la atención de la mayor parte de los 18.000 informes que la AJI ha emitido a lo largo de su historia, a saber, el Derecho de los tratados. Así, en concreto, se trataron la necesidad de una ley de tratados y otros acuerdos internacionales que sustituya al vetusto Decreto de 1972 (José Antonio Pastor Ridruejo), algunos aspectos relevantes de la formación y aplicación de los tratados en España (Paz Andrés Sáenz de Santa María) y la inevitable problemática de los acuerdos no normativos (Aurelio Pérez Giralda). Las ponencias fueron seguidas de un interesante debate en el que se plantearon problemas concretos como el uso creciente de los acuerdos internacionales no normativos (los célebres *Memoranda of Understanding*), el amplio (o acaso excesivo) empleo del mecanismo de la aplicación provisional de los tratados, el papel de las Cortes Generales en el control de la actividad convencional del Gobierno o la posición de las Comunidades Autónomas en relación con la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del art. 149.1.3 de la Constitución (*ius contrahendi*). Ahora bien, tanto este debate como el enfoque final dado por los ponentes a sus respectivas intervenciones pivotó inevitablemente en torno al contenido del Proyecto de Ley de Tratados Internacionales y otros Acuerdos Internacionales que el Gobierno había aprobado pocas semanas antes de la celebración del seminario y que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 72-1, de 5*

de noviembre de 2013, p. 1). A este respecto, la tipología acogida por la ley (tratados, acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos) se erigió en una de las cuestiones que más atención atrajo.

6. La segunda mesa se consagró al Derecho del Mar y fue moderada por Carlos Jiménez Piernas. En ella se hizo un balance general de los quince años de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (José Antonio Yturriaga), a la par que se dedicó particular atención a la relevante materia de la delimitación de los espacios marinos en España, tanto a modo de balance (José Manuel Lacleta) como con intención de vislumbrar las perspectivas futuras (Esperanza Orihuela). El coloquio que siguió a las ponencias resultó particularmente vivo y afloraron muy diversos aspectos de la Convención, si bien el grueso del mismo lo integraron diversas valoraciones en relación con las delimitaciones ya realizadas (plataforma continental en el Cantábrico) y, sobre todo, a las pendientes o en curso, con muy especial referencia a la situaciones existentes en Canarias (problemática en relación con la inexistencia de delimitación de zona económica exclusiva y plataforma continental en la fachada Atlántica con Marruecos y posible explotación de recursos petrolíferos), FISU (negociaciones entre Francia, Italia, España y Reino Unido para la delimitación de la plataforma continental en el Atlántico más allá de las 200 millas) y Mediterráneo (negociaciones actualmente en curso con Francia para la delimitación de zona económica exclusiva en el Mediterráneo noroccidental). Obviamente surgieron también temas sensibles de actualidad como el referido a Gibraltar y, a la luz de art. X del Tratado de Utrecht, su ausencia de «aguas» más allá de la bocana del puerto.

7. La tercera mesa, moderada por Santiago Torres Bernárdez, se dedicó al arreglo jurisdiccional de controversias. Contó como invitado de honor para el tema de la Corte Internacional de Justicia con el actual Secretario de la misma (Philippe Couvreur), que el 3 de febrero de 2014 ha sido renovado por segunda vez en el cargo por siete años más. Se trataron igualmente la encrucijada en la que se encuentra actualmente la Corte Penal Internacional (Juan Antonio Yáñez-Barnuevo), la relevancia creciente del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Concepción Escobar Hernández) y el arbitraje internacional (Javier Díez-Hochleitner). Al hilo del debate, se abordaron muy diversos temas, pudiendo reseñarse de manera especial la problemática derivada a raíz de la poco velada amenaza de diversos países africanos de desligarse del Estatuto de Roma y que, por cierto, en esos mismos días estaba siendo en La Haya el eje central de los debates de la XII Asamblea de Estados Parte de la Corte Penal Internacional. También fueron objeto de particular atención el asunto del que fue protagonista España ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (Sentencia de 28 de mayo de 2013, San Vicente y las Granadinas contra el Reino de España, caso *M/V Louisa*), así como muy particularmente el florecimiento que está conociendo en los últimos tiempos el mecanismo del arbitraje, también entre Estados.

8. El segundo día del seminario se abrió con una cuarta mesa dedicada monográficamente a las cuestiones de Derecho internacional privado y que fue moderada por el entonces responsable del MAEC en asuntos consulares y migratorios y actualmente ya embajador en México (Luis Fernández-Cid). En ella se abordaron, por tres cate-dráticos que representan regularmente a España en diversos organismos y conferencias internacionales, los problemas actuales derivados de la Conferencia de La Haya (Alegría Borrás), los nuevos horizontes de UNIDROIT (Nuria Bouza) y las nuevas áreas que se van configurando en el Derecho internacional privado, en especial en relación con los mercados financieros (Francisco Garcimartín). Con sus aportaciones, se puso de manifiesto la importancia creciente de los temas de Derecho internacional privado, así como la aparición de nuevas áreas de regulación que plantean nuevos

retos de nada fácil aprehensión jurídica. En el fondo, como también se discutió en otras mesas al hilo de temas bien dispares y de hecho se experimenta a diario en la práctica, se constató por ejemplo la creciente imbricación de las actividades de la Unión Europea con las realizadas por otros organismos internacionales (en este caso, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya) y los propios Estados miembros, así como la correlativa necesidad ineludible de una adecuada coordinación interna para poder realizar una representación adecuada y coherente de España ante los diversos foros internacionales. En el fondo, el Dictamen 1/2013, sobre el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrá que pronunciarse próximamente a propósito del alcance de la competencia de la Unión en materia de aceptación de la adhesión de Estados terceros al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, es buen ejemplo de cómo la competencia de la Unión Europea en la materia va extendiéndose y afectando a ámbitos cada vez más amplios del Derecho internacional privado. No en vano, la cuestión de la delimitación práctica de las competencias entre la Unión y sus Estados miembros y su incidencia precisa como límite a la actividad exterior del Estado es una de las tareas de trabajo en la AJI de más compleja resolución, si bien también una de las más apasionantes desde una estricta perspectiva técnico-jurídica.

9. Por último, antes de la clausura oficial de las mismas al mediodía del día 26 de noviembre, se celebró una quinta mesa dedicada al Derecho diplomático y consular. La moderó el actual Subsecretario del MAEC (Rafael Mendivil Payró) y, junto a las respectivas visiones de las funciones diplomática (Amador Martínez Morcillo) y consular (Eduardo Vilarriño), se abordó el relevante tema actual del Servicio Europeo de Acción Exterior (Enrique González Sánchez). A lo largo de esta mesa final se trataron buena parte de los principales problemas prácticos que en materia diplomática y consular se producen al arropo de las Convenciones de Viena de 18 de abril de 1961 y de 24 de abril de 1963, así como los retos que se derivan para los Estados miembros de la Unión Europea como consecuencia de la puesta en práctica del Servicio Europeo de Acción Exterior. Sin duda, la cuestión de la interpretación por los tribunales nacionales de las inmunidades y privilegios recogidos en las Convenciones de Viena constituye en la actualidad un elemento central del Derecho diplomático y consular que está cobrando gran interés práctico (y planteando también en algún caso ciertas dificultades).

10. En suma, la efeméride del 75.º aniversario de la AJI fue, en realidad, buena excusa para reunir tanto a quienes han sido jefes de la AJI desde 1975, como a algunos de los juristas externos con los que regularmente colabora la referida unidad del MAEC con profesores y profesionales diplomáticos interesados por el Derecho internacional. Sirvió para intercambiar parecer jurídico sobre los principales temas de relevancia actual en el ámbito del Derecho internacional, público y privado, y de la práctica española. Fue, además, un acto al que se pretende dar continuidad con futuros seminarios especializados sobre temas específicos de interés teórico y práctico en los que la AJI y la AEPDIRI probablemente pueden aprovechar de manera óptima las sinergias existentes para intentar aunar esfuerzos entre Universidad y práctica internacional del Estado. El primero de estos posibles seminarios, a la vista de la actual preparación de un borrador de anteproyecto de ley de inmunidades en el seno del MAEC, bien podría dedicarse a la cuestión de las inmunidades del Estado extranjero (y de las Organizaciones internacionales).

José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES
Universidad de Salamanca