

V. INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Selección y coordinación a cargo de:

Romualdo BERMEJO

Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de León

SUMARIO: 1. ESPAÑA IMPULSA LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LA CUENCA MEDITERRÁNEA MEDIANTE EL APPRI CON LIBIA.—2. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA IATA EN ESPAÑA. SÍ, ¿POR QUÉ NO? PERO ASÍ, NO.—3. LA NUEVA ESTRATEGIA NUCLEAR ESTADOUNIDENSE: ¿UN FUTURO LIBRE DE ARMAS NUCLEARES?—4. PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL PARA PERSONAS PERTENECIENTES A LA MINORÍA ROMANÍ: COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DEL TEDH DE 8 DE DICIEMBRE DE 2009, EN EL ASUNTO *MUÑOZ DÍAZ C. ESPAÑA*.—5. REFLEXIONES CON OCASIÓN DE LA CELEBRACIÓN DEL III FORO DE LA ALIANZA DE CIVILIZACIONES (RÍO DE JANEIRO, 27-29 DE MAYO DE 2010): ¿QUÉ FUTURO PARA LA DIVERSIDAD DE LAS EXPRESIONES CULTURALES?—6. AVANCES RECIENTES EN LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS UNIDOS: LA DECLARACIÓN CONJUNTA DE 3 DE JUNIO DE 2010 SUSCRITA EN EL MARCO DE LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA DE LA UNIÓN EUROPEA.—7. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA: APRECIACIONES SOBRE EL FALLO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EL ASUNTO DE LAS PAPELERAS EN EL RÍO URUGUAY Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE.

1. ESPAÑA IMPULSA LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN LA CUENCA MEDITERRÁNEA MEDIANTE EL APPRI CON LIBIA

1. El 1 de agosto de 2009 entró en vigor el Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) celebrado entre España y Libia (*BOE* de 1 de octubre de 2009). Este APPRI completa la nómina de acuerdos convenidos por España con los Estados árabes de la cuenca sur del Mediterráneo [por orden de publicación: Egipto (*BOE* de 30 de junio de 1994); Túnez (*BOE* de 20 de julio de 1994); Argelia (*BOE* de 8 de marzo de 1996); Líbano (*BOE* de 22 de mayo de 1997); Siria (*BOE* de 18 de febrero de 2005) y Marruecos (*BOE* de 11 de abril de

2005)]. En cuanto a Libia, el acuerdo supone un nuevo paso en su política convencional de promoción y protección de las inversiones extranjeras, limitada hasta el año 2002 tan sólo a ciertos países árabes vecinos (Túnez, Egipto, Marruecos y Siria) y al muy primitivo APPRI con Malta (8 de febrero de 1973). En concreto, se trata del sexto APPRI celebrado por Libia con Estados europeos desde 2002, después de los concluidos, por este orden, con Austria, Italia, Portugal, Suiza y la Unión Belgo-Luxemburguesa.

Desde la perspectiva de los intereses españoles huelga destacar las oportunidades de inversión que presenta Libia, sobre todo en el sector petrolífero. Tampoco conviene olvidar la intensa actividad que en los últimos años vienen desempeñando los fondos soberanos al calor de las necesidades de financiación de la mayoría de economías occidentales, entre ellos aquel gestionado por la Libyan Investment Authority. Según los datos de la Secretaría de Estado de Comercio, en 2008 las importaciones españolas desde Libia fueron ligeramente superiores a 3.100 millones de euros, mientras que las exportaciones durante el mismo ejercicio casi alcanzaron los 250 millones de euros. Para analizar el APPRI con Libia se sigue el esquema que venimos reproduciendo en los anteriores números de esta misma publicación y, por tanto, se examinan las disposiciones que regulan el concepto de inversor y de inversión, así como el ámbito territorial y temporal de aplicación del APPRI.

2. En cuanto al concepto de inversión, en línea con los compromisos que comúnmente establecen los Estados en este tipo de relaciones convencionales, el APPRI con Libia adopta una definición amplia (art. 1.1). En aquella categoría se incluyen las inversiones «realizadas en el territorio de una Parte Contratante por cualquier sociedad de esa misma Parte Contratante que sea propiedad o esté controlada efectivamente por inversores de la otra Parte Contratante», siempre que éstas se hayan efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la primera. Cabe entender protegidos a los inversores extranjeros que sean titulares de acciones en sociedades constituidas en el Estado receptor y que resulten afectados no sólo directamente en sus derechos accionariales, sino también como resultado de cualquier medida adoptada injustificadamente sobre la sociedad local (art. 5.5). Esta última opción, que refuerza las garantías concedidas al inversor extranjero, no ha sido utilizada de manera generalizada en la práctica española, y tan sólo se contempla por algunos APPRI españoles de primera (Venezuela, Costa Rica o Panamá) y segunda (Nigeria, Moldavia, Macedonia, Colombia o Kuwait) generación.

Por lo que se refiere al concepto de inversor (art. 1.2), el APPRI con Libia sigue el modelo que viene generalizándose en la segunda generación de acuerdos españoles y que, por ejemplo, se emplea en los APPRI celebrados por España con Marruecos y Siria. En este sentido, se considera inversores a las personas físicas o jurídicas de una de las partes contratantes que realicen inversiones en el territorio de la otra parte, entendiendo como personas físicas a quienes sean considerados nacionales por la legislación de cada parte, y como personas jurídicas a las entidades constituidas u organizadas de conformidad con la legislación aplicable de una parte contratante y con domicilio social en el territorio de esa misma parte contratante. En suma, se impone el criterio de la nacionalidad para las personas físicas y el lugar de constitución y la sede para las personas jurídicas. A propósito del comentario realizado *supra* sobre los fondos soberanos, pese a que en el APPRI con Libia no se han incluido expresamente a estas entidades en el concepto de inversores como sucede en otros APPRI celebrados por España (art. 1.2 del APPRI con Kuwait), entendemos que cabría también acogerlas si se interpreta de manera extensiva la expresión «cualquier otra entidad jurídica».

En otro orden de cosas, el art. 1.4 del APPRI dispone su aplicación sobre el espacio territorial de las Partes, así como sobre los espacios marinos donde ambas posean soberanía o jurisdicción conforme al Derecho Internacional (DI) general. Respecto a su ámbito de aplicación temporal, el APPRI con Libia tiene prevista una duración inicial de diez años, transcurridos los cuales se prevé su prórroga indefinida salvo que las partes notifiquen su intención de terminarlo. La terminación surtiría efecto un año después de la fecha de dicha notificación (art. 14.2). Como resulta frecuente en este sector del DI, las principales obligaciones sustantivas y procesales se mantienen en vigor por un periodo adicional de diez años a partir de la eventual fecha de terminación del APPRI (art. 14.3), con el objeto de proteger exclusivamente aquellas inversiones realizadas durante su periodo de vigencia. Asimismo el APPRI se aplica sobre todas las inversiones realizadas en ambas Partes, también sobre aquellas establecidas con anterioridad al 1 de agosto de 2009, pero sólo a las controversias surgidas a partir de su entrada en vigor (art. 12).

3. Las obligaciones de promoción y protección resultan esenciales en los APPRI. En relación con la primera, el APPRI con Libia acoge la redacción tradicionalmente utilizada en la práctica convencional y, por tanto, mantiene su consideración como un mandato de comportamiento (art. 2). Tampoco se introduce ningún cambio sustantivo en la obligación de protección que, siguiendo la práctica mayoritaria concede un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras de manera autónoma al estándar mínimo de trato del DI (art. 3.1). Tanto las inversiones como los inversores también quedan amparados por los principios de trato nacional (TN) y de nación más favorecida (NMF) (arts. 4.1 y 4.2, respectivamente), salvo en los ya habituales casos de pertenencia a zonas de libre cambio o uniones aduaneras, así como para las cuestiones de carácter tributario (art. 4.3).

Otra de las cuestiones que tradicionalmente forma parte de los APPRI es la obligación de no expropiar o nacionalizar injustificadamente las inversiones extranjeras legalmente constituidas en el Estado receptor (art. 5.1). Cuando se adopte cualquiera de estas medidas de manera no discriminatoria y en los casos de utilidad pública aquel Estado debe proceder al pago de una «indemnización rápida, adecuada y efectiva» al inversor extranjero, ya sea éste titular de una inversión directa o indirecta (*supra*, numeral 2). Dicha indemnización, que incluye intereses desde la fecha de la expropiación hasta el momento del pago, debe tener en consideración el valor de mercado (art. 5.2). Asimismo, la indemnización se efectúa en moneda libremente convertible y «será efectivamente realizable y libremente transferible» (art. 5.3). Interesa destacar que adicionalmente se faculta al inversor extranjero para solicitar la revisión judicial o administrativa del expediente expropiatorio en el propio Estado receptor, conforme a los principios establecidos en el APPRI (art. 5.4).

La cláusula de compensación por pérdidas usualmente contenida en los APPRI asegura una indemnización a los inversores extranjeros bajo los principios de TN y NMF (art. 6.1), cuando sus inversiones sufran daños a resultas de un conflicto de carácter interno o internacional en el Estado receptor. El modelo de cláusula de compensación por pérdidas utilizado por España en sus relaciones convencionales no es uniforme. Así, con los Estados iberoamericanos la compensación se limita a los daños resultantes de un conflicto armado de carácter interno o internacional. Mientras que con el resto de Estados la compensación se extiende también a los daños causados por los órganos del Estado receptor como consecuencia de una actuación desproporcionada de sus fuerzas armadas. El APPRI con Libia sigue esta última tendencia y garantiza adicionalmente los daños resultantes de la requisita o destrucción total o parcial de la inversión por parte de las fuerzas o autoridades del Estado receptor

(art. 6.2). La misma redacción se prevé en el APPRI convenido por Libia con Austria (art. 5), si bien con el resto de Estados europeos prevalece una solución más restrictiva (véase el art. 7 del APPRI con Portugal; el art. 6.2 del APPRI con Suiza; y el art. 7.4 del APPRI con la Unión Belgo-Luxemburguesa). En cuanto a la obligación de respetar la libre transferencia de todos los pagos relacionados con la inversión desde el Estado receptor, el APPRI reconoce este mandato con carácter general (art. 7.1) e identifica ciertas condiciones para su ejercicio sin demora y en moneda libremente convertible (art. 7.2). A la vista de los arts. 6 y 7 del APPRI, puede concluirse que este acuerdo mantiene una redacción clásica y afín al modelo que habitualmente emplea España en nuestros días con aquellos Estados no iberoamericanos.

4. Por el contrario, otras disposiciones del APPRI presentan una mayor novedad e incluso resultan pioneras en la práctica convencional española. En particular, en sendos apartados del art. 8 destaca la referencia efectuada al derecho de las partes a establecer sus propios niveles de protección medioambiental. Las medidas nacionales adoptadas con esta finalidad, según el apartado 4.º, no deben ser arbitrarias ni menoscabar los derechos reconocidos en el APPRI y, en virtud del apartado 5.º, las partes consideran inadecuado fomentar las inversiones en sus respectivos territorios «en detrimento de las leyes medioambientales nacionales». Estas referencias al medio ambiente en la política convencional demuestran la interacción entre ambos sectores del DI, reconocida ya por algunos precedentes arbitrales dictados en el seno del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). A este respecto debe también recordarse que, en el ámbito comunitario, la Comisión Europea viene promocionando la introducción de los aspectos medioambientales en el marco de la política convencional relacionada con la promoción y la protección de las inversiones extranjeras [véase el documento preparado por la Dirección General de Comercio: «Note for the Attention of the 133 Committee: Upgrading the EU Investment Policy» (30 de mayo de 2006)]; mientras que en el ámbito internacional, los modelos de APPRI estadounidense (art. 12) y canadiense (art. 11), también han incorporado disposiciones en este mismo sentido. Asimismo, el art. 5 del APPRI celebrado entre Libia y la Unión Belgo-Luxemburguesa (2004), titulado «Medio ambiente», incorpora, además de los citados, otra serie de mandatos más generales como el deber de esforzarse por cumplir los respectivos compromisos internacionales de carácter medioambiental y de cooperar en esta materia mediante la celebración de consultas técnicas entre las partes.

Menos novedades presenta otra serie de disposiciones de carácter sustantivo en la práctica española de segunda generación. Por lo que se refiere a las relaciones de compatibilidad entre el APPRI y otras normas nacionales o internacionales, siguiendo el principio *favor inversionis* reconocido en el art. 8 del APPRI: «1. Si la legislación de cualquiera de las partes contratantes o las obligaciones dimanantes del Derecho internacional, ya existentes o que surjan posteriormente entre las partes contratantes además del presente Acuerdo, contienen normas, ya sean generales o específicas, en virtud de las cuales deba concederse a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dichas normas prevalecerán sobre el presente Acuerdo en la medida en que sean más favorables. 2. Las condiciones más favorables que las del presente Acuerdo que una de las partes contratantes haya convenido con inversores de la otra Parte Contratante no se verán afectadas por el presente Acuerdo». El APPRI también otorga prioridad a las obligaciones que el Estado receptor hubiera contraído con el inversor extranjero de manera particular, generalmente por medio de un contrato de inversión. Como viene haciéndose cada vez más habitual en la segunda generación de APPRI

españoles, este acuerdo prevé una cláusula de cobertura en su art. 3.2 con el siguiente tenor: «Cada parte contratante cumplirá todos los compromisos adquiridos por escrito en relación con las inversiones de los inversores de la otra parte contratante».

Para proporcionar mayores garantías a los inversores extranjeros el art. 9 del APPRI con Libia incorpora una cláusula de subrogación, prevista para los casos donde el Estado de origen efectúa el pago de «una indemnización, garantía o contrato de seguro contra riesgos no comerciales en relación con una inversión efectuada por alguno de sus inversores», mediante la que se reconoce la facultad del Estado de origen para ejercer, por subrogación, aquel derecho o crédito del inversor extranjero contra el Estado receptor. El Estado de origen, por tanto, se convierte en el beneficiario directo de cualquier pago en concepto de indemnización u otra compensación a que pueda tener derecho el inversor y, desde un plano estrictamente procesal, el Estado receptor no podrá alegar como excepción en el marco de un arbitraje de inversiones que «el inversor ha recibido o va a recibir, en virtud de una garantía o de un contrato de seguro, una indemnización u otra compensación por la totalidad o una parte de los daños en cuestión» (art. 11.4).

Por otra parte, aunque se trata de un precepto completamente declarativo del DI general, se regula expresamente en el APPRI la posibilidad de que las partes convengan alterar su contenido, de conformidad con las normas sobre enmienda de los tratados (art. 13). Asimismo, el APPRI guarda silencio sobre la facultad de las partes para mantener consultas diplomáticas relacionadas con la interpretación y la aplicación del APPRI, aunque dado el incipiente protagonismo de este tipo de consultas conviene recordar que las mismas no pueden interferir en ninguna controversia inversor-Estado ya iniciada y deben siempre mantenerse dentro de las coordenadas previstas por el art. 27 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI) (*BOE* de 13 de septiembre de 1994), que excluye el ejercicio de la protección diplomática por parte de los Estados miembros de tal Convenio salvo en los casos donde «el Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo».

Para finalizar el apartado relativo a los preceptos que habitualmente reglamentan los APPRI, conviene señalar que el acuerdo examinado prescinde de algunas disposiciones que han sido utilizadas por Libia en su política convencional con otros Estados europeos. Entre las más relevantes destaca, por ejemplo, la no inclusión de un enunciado que relacione la promoción y la protección de las inversiones con las condiciones y estándares laborales de las partes, como sucede en el art. 6 del APPRI celebrado entre Libia y la Unión Belgo-Luxemburguesa. Tampoco contiene el acuerdo convenido con España una disposición que, como se establece en el art. 9 del APPRI entre Libia y Austria, excluya los beneficios derivados del APPRI a un inversor de la otra parte que, a su vez, estuviera controlado por inversores extranjeros de un tercer Estado y que no desarrollara ninguna actividad comercial relevante en el territorio del Estado receptor. Los APPRI celebrados por Libia con Austria y Portugal, además, permiten la celebración de consultas diplomáticas entre las partes para tratar cualquier asunto relacionado con su aplicación e interpretación (arts. 24 y 12, respectivamente). Por lo que respecta a la práctica española, excepto en la referencia al medio ambiente, las anteriores disposiciones del acuerdo con Libia mantienen un contenido bastante similar al que presentan en los APPRI de segunda generación celebrados por España con Marruecos y Siria.

5. Los medios para el arreglo tanto de las controversias interestatales como de los arbitrajes inversor-Estado forman otro conjunto normativo siempre relevante en

los APPRI. Por lo que se refiere a las controversias interestatales, el art. 10 del APPRI con Libia sigue el modelo consolidado generalmente por la práctica española. Así las cosas, tras prever un periodo inicial de consultas diplomáticas de seis meses, cuando éstas fueran infructuosas ordena someter la controversia a un arbitraje basado en las disposiciones del APPRI y los principios «generalmente aceptados» del DI. Estas mismas pautas ha seguido Libia en sus APPRI con Portugal y Suiza (arts. 10 y 9, respectivamente), aunque se observan otras aproximaciones normativas en los APPRI celebrados por Libia con la Unión Belgo-Luxemburguesa y Austria. El primero de ellos establece un medio alternativo de solución de controversias entre la fase diplomática y la jurisdiccional, consistente en someter la controversia a una comisión mixta formada por representantes de ambos Estados. Sólo si fracasaran las negociaciones diplomáticas y las desarrolladas en el seno de la citada comisión se activaría el arbitraje interestatal (art. 13.2). Mientras que el APPRI con Austria dispone la prohibición expresa de iniciar un arbitraje interestatal basado en una controversia inversor-Estado, salvo cuando el Estado receptor no haya acatado el laudo dictado en tal controversia o haya dejado de cumplirlo (art. 17.2). Se trata de un expediente pacíficamente regulado por el art. 27.1 del Convenio CIADI que algunos APPRI españoles también han llevado a su articulado como, por ejemplo, el art. 10.6 del APPRI con Chile (*BOE* de 19 de marzo de 1994) y el art. 10.12 del APPRI con Colombia (*BOE* de 12 de septiembre de 2007). El APPRI celebrado entre Libia y Austria dispone adicionalmente tanto recomendaciones sobre el contenido del laudo arbitral emitido para resolver este tipo de controversias como reglas para proceder a su ejecución forzosa en los tribunales internos de las partes (arts. 20 y 22, respectivamente); una cuestión totalmente inédita, por ejemplo, en la práctica española.

Por lo que se refiere al procedimiento de solución de las controversias inversor-Estado establecido en el APPRI celebrado por España con Libia, el art. 11 prevé el clásico mecanismo que contempla una fase previa de negociaciones entre el inversor y el Estado receptor. Los APPRI no suelen detenerse en la caracterización jurídica de esta fase, aunque como demuestran algunos precedentes arbitrales relacionados con los intereses de España el comportamiento de las partes durante la misma puede tener efectos cuando se inicia un procedimiento arbitral con posterioridad [*Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. Chile* (caso CIADI núm. ARB/04/7, Laudo de 21 de agosto de 2007, párrs. 202-206); *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (caso CIADI núm. ARB/98/2, Laudo de 8 de mayo de 2008, párr. 573); y *Renta 4 y otros c. Rusia* (caso CCE núm. 24/2007, Laudo sobre objeciones preliminares de 20 de marzo de 2009, párr. 151)]. Transcurridos seis meses desde la notificación formal de la controversia por parte del inversor, éste puede optar por acudir a los tribunales del Estado receptor o también a un tribunal arbitral constituido en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o del CIADI. En este sentido, el APPRI con Libia contiene una oferta general de arbitraje y no dispone una cláusula de consentimiento expreso, como hace un selecto grupo de APPRI españoles [Colombia (art. 10.6) y México (art. XII)] y también los APPRI celebrados por Libia con Austria (art. 12.1), Suiza (art. 8.2) y la Unión Belgo-Luxemburguesa (art. 12.2 *in fine*). En tanto que Libia no sea parte del Convenio CIADI, el inversor extranjero no puede servirse de esta vía arbitral a menos que acceda a ella a través del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretario del CIADI. Importa también destacar que el APPRI no dispone ningún periodo de espera para recurrir al arbitraje de inversiones ni una cláusula de opción irrevocable.

6. En los últimos años España ha celebrado APPRI con todos los Estados de la cuenca sur del Mediterráneo (a excepción de Israel), reconociendo así la gran impor-

tancia comercial, económica y también política del área. A la luz de las disposiciones sustantivas y procesales previstas en su articulado puede afirmarse que el acuerdo concluido con Libia reúne las propiedades características de la segunda generación de APPRI españoles. Más en particular, por lo que se refiere a las cuestiones medioambientales, este acuerdo reconoce por primera vez en la política convencional española un expediente que forma parte de la práctica arbitral en el marco del CIADI. El APPRI con Libia, en otro plano, evidencia la necesidad de definir el alcance de esta competencia en el marco del Tratado de Lisboa con el objeto de evitar tanto las aproximaciones particularistas como las soluciones convencionales asimétricas alcanzadas hasta ahora por los Estados miembros de la Unión Europea con terceros sujetos.

Francisco José PASCUAL VIVES
Universidad de Alicante

2. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA IATA EN ESPAÑA. SÍ, ¿POR QUÉ NO? PERO ASÍ, NO

1. En el *Boletín Oficial del Estado* del 3 de julio de 2009 se publicó el Acuerdo entre el Reino de España y la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA) relativo al estatuto de la IATA en España, hecho en Madrid el 5 de mayo de 2009. Este Acuerdo, de conformidad con lo dispuesto en su art. 12.1, se aplicó provisionalmente desde la fecha de su firma. Posteriormente, se publicó también la comunicación relativa a la entrada en vigor de dicho Acuerdo, que tuvo lugar el 27 de noviembre de 2009, fecha en la que se verificó el intercambio de los instrumentos acreditativos del cumplimiento de los trámites, según se establece en su art. 12.2 (*BOE* de 7 de enero de 2010). Se trata, aparentemente, de uno más de los clásicos acuerdos de sede que España celebra con organizaciones internacionales que tienen una sede —ya sea la principal o la de un órgano subsidiario— en nuestro país o, de manera más regular, de los acuerdos con organizaciones internacionales en relación con la celebración en nuestro país de reuniones internacionales auspiciadas por ellas. Entiendo, sin embargo, que más allá del contenido concreto del Acuerdo —sobre el que volveré—, la naturaleza jurídica de una de las partes contratantes —la IATA— suscita suficiente interés como para que dicho Acuerdo merezca un análisis más profundo y quepa plantear fundadas dudas jurídicas sobre la conveniencia de utilizar un instrumento de Derecho internacional —como es un tratado internacional— para especificar y regular el estatuto jurídico de la IATA en España.

2. Al respecto, cabe señalar inicialmente que la IATA, como bien reconoce en su preceptivo dictamen el Consejo de Estado (véase el texto del Dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo, Dictamen número 388/2009, de 7 de mayo de 2009, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2009-388), «no es una organización intergubernamental sino una asociación de Derecho privado», creada en La Habana en abril de 1945 (con algunos precedentes asociativos de la época de entreguerras, véase LEGREZ, F., «Les conditions générales de transport de l'IATA», *Recueil des Cours*, 1972.I, vol. 135, en especial pp. 445 y ss.), con sede en Montreal, y que tiene reconocido el estatuto de cooperativa con arreglo al Derecho canadiense (mediante la correspondiente *Act of Incorporation* de 18 de diciembre de 1945, disponible en <http://www.iata.org/about/Documents/Chapter%201%20English%20AoI.pdf>). En este sentido, conviene subrayar claramente que los miembros de la IATA no son Estados ni instituciones gubernamentales sino empresas privadas, concretamente compañías de transporte aéreo (desde

las 57 compañías fundadoras hasta las aproximadamente 230 compañías miembros actualmente, que representan alrededor del 93 por 100 del tráfico aéreo internacional de pasajeros y de mercancías), algunas de las cuales pertenecían originariamente al sector público, como compañías aéreas de bandera de diversos Estados.

Si se trata, por tanto, de una entidad de Derecho privado, regida por el ordenamiento interno de un determinado país —aunque tenga otras oficinas filiales en diversos países, entre ellos España— y sus miembros son empresas privadas, las preguntas que resultan obvias ante el Acuerdo celebrado por España con la IATA giran entorno a considerar si esta entidad ha adquirido la condición de sujeto de Derecho internacional y, por tanto, la capacidad de celebrar tratados internacionales con otros sujetos de Derecho internacional; o quizás, si es este Acuerdo el que confiere a la IATA el reconocimiento, por parte del Estado español, de una cierta subjetividad internacional; es decir, si es sujeto y puede celebrar tratados o si con la celebración del tratado adquiere la subjetividad. Analizar las complejas cuestiones subyacentes a estas preguntas significa abordar el alcance en Derecho internacional de la personalidad jurídica internacional y su posible consideración respecto de la IATA, así como el contenido jurídico y el significado político del Acuerdo en cuestión, aspectos de los que me ocupo inmediatamente. Avanzo ya que el eje de esta breve nota son unas consideraciones valorativas de la poca prudencia jurídica que comporta, a mi juicio, la celebración de dicho Acuerdo.

3. En relación con la consideración actual de la subjetividad internacional debe afirmarse —de entrada— que es cierto que, principalmente en los últimos años y en paralelo al proceso de globalización y a la apertura del sistema internacional, han ido proliferando instituciones y actores internacionales del más diverso tenor y con perfiles cada vez más lábiles. Así, de un lado, ha ido apareciendo una multiplicidad de organizaciones internacionales que coexisten con otros tipos de estructuras y de mecanismos más o menos institucionalizados de cooperación internacional entre los Estados —con o sin tratado internacional de base, con o sin subjetividad internacional— con finalidades del más diverso carácter. A título ilustrativo y en la misma consideración de la determinación de su estatuto jurídico en España cabe señalar, por ejemplo, la creación en 2007 —mediante la Decisión del Consejo 2007/198/EU-RATOM— de la Empresa Común Europea para el ITER y el Desarrollo de la Energía de Fusión con la que el Reino de España, en su calidad de Estado anfitrión, celebró el 28 de junio de 2007 el correspondiente Acuerdo de sede considerando a la Empresa Común, de conformidad con diversas disposiciones de Derecho comunitario, como una Organización internacional (véase el Acuerdo entre España y la Empresa Común y su aplicación provisional en el *BOE* de 19 de septiembre de 2007, y la comunicación de su entrada en vigor en el *BOE* de 3 de marzo de 2010).

De otro lado, han surgido con fuerza nuevos actores y nuevas formas de relación social internacional que no se sitúan en la órbita de los Estados —o, en términos generales, de los poderes públicos—, pero que tienen una indudable incidencia internacional. En este sentido, ya no se discute hoy la presencia e influencia en el escenario internacional de las organizaciones no gubernamentales —algunas de las cuales pueden, a su vez, haber sido creadas por asociaciones empresariales— o de fundaciones u otros partícipes del sector privado empresarial, actuando todos estos actores como fuerzas transnacionales en el sistema internacional. En todo caso, la dificultad sigue estando en la determinación de cómo se articula y se da respuesta, en términos jurídicos, a esta presencia; es decir, en cómo se organiza la gobernanza de una sociedad internacional más activa, plural, heterogénea y compleja que nunca, pero en la que los Estados soberanos y las Organizaciones internacionales creadas por ellos siguen manteniendo una clara centralidad.

Así, y por señalar tres ejemplos de entidades que podrían servir como referentes en relación con el estatuto de la IATA, cabe formular una breve referencia a la Cámara de Comercio Internacional (CCI), al Fondo Mundial contra el Sida, la Malaria y la Tuberculosis, y al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). De alguna manera —si se me permite expresarlo de esta forma— la IATA es, en realidad, una entidad más parecida jurídicamente a la CCI, pero que aparenta ser como el Fondo Mundial y que pretende obtener el más relevante estatuto jurídico internacional del CICR.

La CCI es una asociación de empresas y de asociaciones empresariales, creada en 1919, en cuyo seno existe la Federación Mundial de Cámaras que, entre otros servicios, gestiona desde su creación el sistema de garantías para los cuadernos ATA, administrados hoy por la Organización Mundial de Aduanas y reconocidos mediante tratados internacionales (el Convenio Aduanero sobre el cuaderno ATA para la importación temporal de mercancías de 1961, enmendado por el Convenio relativo a la importación temporal de 16 de junio de 1990, *BOE* de 14 de octubre de 1997). Es decir, que estamos ante una entidad de carácter privado que tiene una indudable incidencia internacional; que representa unos determinados intereses empresariales; que ejerce ciertas funciones internacionales, en parte reconocidas por tratados internacionales; y que ostenta también un estatuto consultivo privilegiado ante las más importantes Organizaciones internacionales. Sin embargo, sigue manteniendo un estatuto jurídico de carácter privado, de conformidad con la legislación francesa —ya que tiene su sede en París—, cuenta con Comités nacionales en 91 países —entre ellos España—, y no se plantea la adquisición de un específico estatuto jurídico internacional que nada le aportaría a su reconocida capacidad de influencia.

Por su parte, el Fondo Mundial contra el Sida, la Malaria y la Tuberculosis es uno de los más exitosos ejemplos de los nuevos actores internacionales basados en el partenariado público-privado, y al que España contribuye financieramente de manera destacada. El Fondo es una institución caritativa no lucrativa establecida de conformidad con el Derecho suizo en el año 2002 pero, atendiendo al carácter internacional de sus funciones y a que en su creación y en sus órganos de gobierno participan Estados y Organizaciones internacionales, cabe afirmar que, sin serlo, el Fondo es más parecido a una Organización intergubernamental que a una organización no gubernamental. Necesariamente esto se puede traducir en su estatuto jurídico y, por ejemplo, en su reciente reconocimiento con el estatuto de observador por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 64/122, de 16 de diciembre de 2009). En este sentido, aunque resulte compleja la calificación jurídica de estos partenariados público-privados, no hay duda de que su más relevante valor diferencial lo constituye, precisamente, la participación y la presencia en ellos de representantes de poderes públicos, es decir, de Estados y Organizaciones internacionales, supuesto que no se da en el caso de la IATA, cuyo Consejo Directivo está formado por 31 personas elegidas en la Reunión General Anual entre los titulares de las máximas responsabilidades en las compañías aéreas miembros activos de la Asociación.

Por último, el CICR, como es conocido, fue creado en 1863 y es una entidad de Derecho suizo que, por tanto, se encuadra también en el contexto de las organizaciones no gubernamentales pero que, por sus finalidades humanitarias, tiene directamente reconocidas y atribuidas —en el marco de las normas de Derecho internacional humanitario— funciones de carácter internacional, más allá incluso de su poderosa incidencia en la misma evolución y adopción de las normas de este sector del ordenamiento jurídico internacional. Estos elementos han llevado a que el CICR ostente desde 1990 el estatuto de observador ante la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 45/6, de 16 de octubre de 1990); a que los Estados en general, así como las

partes en conflictos armados, le reconozcan un estatuto jurídico especial y acepten su carácter neutral, autónomo e independiente en el ejercicio de sus funciones; y a que el gobierno suizo celebrase con el CICR en 1993 un Acuerdo en relación con el estatuto jurídico del Comité en Suiza (véase, al respecto, DOMINICÉ, Ch., «L'Accord de siège conclu par le Comité International de la Croix Rouge avec la Suisse», *Revue Générale de Droit International Public*, 1995.1, pp. 5-36).

4. Por lo que se refiere, específicamente, a la IATA y aunque pueda tener finalidades de interés internacional, no hay duda de que nos hallamos claramente ante una entidad de Derecho privado. Es cierto, asimismo, que, en razón de sus funciones, la IATA mantiene una estrecha cooperación con la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), ostentando la condición de observador permanente en alguno de sus órganos más relevantes, como la Comisión de Navegación Aérea, y participando como observador en las sucesivas Asambleas de la OACI, pero la OACI es claramente una Organización internacional (fue creada mediante el Convenio de Chicago de 7 de diciembre de 1944, ratificado por España el 21 de febrero de 1947, véase en el *BOE* de 24 de febrero de 1947 la correspondiente publicación del instrumento de ratificación y del Convenio de Chicago, completada con la publicación del Acta final y otros textos en el *BOE* de 14 de marzo de 1947). La comparativa con la IATA no va más allá de compartir el interés sobre las actividades de transporte aéreo, ya que en un caso (el de la OACI) este interés se articula desde los Estados, es decir, desde los poderes públicos, mientras que en el caso de la IATA se hace desde la perspectiva de los intereses de las compañías privadas de transporte aéreo. En relación con la celebración de un Acuerdo como el que nos ocupa resulta claro que, siendo España un Estado miembro de la OACI, si esta Organización internacional estableciera una subsele en España (la Oficina Regional para Europa y el Atlántico Norte de la OACI se halla actualmente en París) o celebrase o auspiciase una conferencia internacional o una reunión de alguno de sus órganos en España, se celebraría el correspondiente acuerdo de sede fijando el estatuto jurídico de la oficina o de los participantes en la conferencia o en la reunión en cuestión en España.

La IATA es, por tanto, una entidad de Derecho privado que, en Derecho internacional, debemos situar en la categoría —confusa y polivalente ciertamente— de las organizaciones no gubernamentales, un magma asociativo de difícil reductibilidad a categorías uniformes y a normas jurídicas internacionales. Esta consideración como organización no gubernamental deriva, como decimos, tanto de su composición como de su propio acto constitutivo, que no es un tratado entre Estados sino unos estatutos, los *Articles of Association*, enmendados en diversas ocasiones y por última vez en la Reunión General Anual de la Asociación celebrada en el año 2005 (disponibles en http://www.iata.org/about/Documents/agm61%20articles%20of%20association%20amended_agm61_tokyo_29-31may2005.pdf). De este planteamiento se desprende que, en términos de acto jurídico constitutivo y de Derecho rector del mismo, difícilmente puede considerarse que la IATA sea una organización intergubernamental o, en general, ostente una subjetividad internacional.

5. En este orden de ideas, podría entenderse que los Estados han reconocido a la IATA, tácita o expresamente, una determinada personalidad jurídica internacional y que el Acuerdo celebrado por España confirmaría esta tesis. No creo, sin embargo, que por el hecho de actuar en el ámbito internacional —aunque sea con «autonomía y sustantividad propia» como señala el Consejo de Estado— se estime que estamos ante un sujeto de Derecho internacional, pues son muchos los actores que actúan en este ámbito sin ser sujetos; ni tampoco creo que se pueda entender esta subjetividad «en el específico ámbito de las actividades que le son propias» como insiste en considerarla

el Consejo de Estado —aunque, como dijo el Tribunal Internacional de Justicia en 1949, los sujetos de Derecho, en un sistema jurídico, no sean necesariamente idénticos ni en cuanto a su naturaleza ni en cuanto a la extensión de sus derechos—. Es más, el mismo Consejo de Estado considera que esta subjetividad internacional de la IATA ha sido «reconocida, por otra parte, *facta concludentia*, por diversos Estados y Organizaciones internacionales». De lo que se derivaría que no se trata de una subjetividad internacional originaria o efectiva ni creo que sea dable hablar de una «personalidad jurídica internacional funcional o de grado de personificación suficiente para el cumplimiento de sus fines y funciones» —como hace el Consejo de Estado—, sino que, en todo caso, se trata de una capacidad práctica de actuar y de incidir en el plano internacional, como tienen muchos otros actores internacionales en el mundo actual. No hay duda, sin embargo, que esta capacidad práctica puede fortalecerse con una cierta subjetividad internacional que puede haber sido reconocida por determinados Estados y organizaciones internacionales.

De tal manera que el hecho de que España haya celebrado este Acuerdo puede significar que España reconoce que la otra parte signataria (la IATA) tiene una cierta subjetividad internacional o, como mínimo, la capacidad jurídica para celebrar un tratado internacional y que este Acuerdo contribuye a fortalecer esta capacidad. Se trata de un reconocimiento, improcedente a mi juicio, que comporta consecuencias tanto en términos de capacidades jurídicas como en términos de responsabilidades jurídicas; entiendo que son consecuencias que, quizás, no se han mesurado suficientemente, porque pueden resultar en hechos o situaciones jurídicamente oponibles para España. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de incumplimiento del Acuerdo por una de las partes y en la consiguiente reclamación internacional de responsabilidad; supuesto que, además, incidiría más en relación con España ya que, prácticamente, la única obligación a la que se compromete la IATA en el Acuerdo es a la de «cooperar en todo momento con las autoridades españolas con el fin de impedir cualquier abuso de las cláusulas establecidas en el presente acuerdo» (art. 10 del Acuerdo).

6. En relación con sus funciones y con esta consideración de la adquisición de una cierta personalidad jurídica internacional por parte de la IATA o de un reconocimiento de esta personalidad realizado por parte de España mediante el Acuerdo cabe señalar, asimismo, que el Preámbulo del Acuerdo que nos ocupa resulta altamente significativo de la consideración que la IATA merece para España. Así, de un lado, el párr. 3 del Preámbulo se refiere a los objetivos de la IATA e indica que tiene, entre otros, «la promoción del transporte aéreo, regular y económico, para el beneficio de las personas y refuerzo del comercio; proveer medios de colaboración y cooperación entre compañías de la industria aérea; así como cooperar con la OACI y otras organizaciones internacionales». Tres objetivos principales que tienen interés internacional y que, ciertamente, se corresponden literalmente con los que prevé el art. IV de los *Articles of Association*, pero el Acuerdo olvida señalar —de una manera que no puede resultar desapercibida— que este mismo art. IV prevé claramente que se trata de los objetivos que debe llevar a cabo la IATA en el cumplimiento de su misión, siendo esta misión la de «*to represent and serve the airline industry*». Por tanto, sí que podrán ser considerados como objetivos de interés internacional, pero se trata de objetivos al servicio de la misión fundamental de la IATA que no es más que la de «representar y servir a la industria del transporte aéreo»; lo que resulta absolutamente legítimo, pero que es lo que es y no es de recibo, por tanto, que se oculte vergonzosamente en el texto del Acuerdo firmado por España.

De otro lado, y de manera también muy destacable, el párr. 4 del Preámbulo del Acuerdo dispone que «el Reino de España reconoce y afirma la importancia de la

IATA como organización internacional que promueve el transporte aéreo». Es cierto que este reconocimiento y afirmación de la importancia de la IATA no comporta expresamente que se reconozca la personalidad jurídica internacional de la IATA, pero la consideración de que se reconoce y afirma esta importancia «como organización internacional» no resulta adecuada técnicamente y va en detrimento del mismo concepto de Organización internacional, ya que lo que falta en este caso es, precisamente, la consideración de «organización internacional o intergubernamental» entendiendo que la IATA es, en términos jurídicos y como decimos, una «organización no gubernamental». La pregunta que cabe formular entonces es si este reconocimiento de la importancia de la IATA «como organización internacional» comporta consecuencias jurídicas en términos de subjetividad internacional o en términos de considerarla Organización internacional/intergubernamental o se trata, simplemente, de un brindis al sol de significado político. Quiero entender esto segundo pero, evidentemente, en Derecho deben valorarse las implicaciones jurídicas de los términos utilizados y la primera implicación jurídica resulta en la misma celebración y validez de este Acuerdo.

A todo ello, además, el art. 2 del Acuerdo establece, entre las definiciones para utilizar a los efectos del Acuerdo, que por IATA «se entenderá la Asociación Internacional del Transporte Aéreo, tal y como figura inscrita en el Registro Mercantil de Madrid (“IATA, España, S. L.”)». A mi juicio, con esta disposición se manifiesta de la manera más absoluta la auténtica contradicción en términos que preside el Acuerdo, ya que me parece que no tiene ningún sentido la celebración de un tratado internacional con una entidad que «se entiende» —en el mismo Acuerdo— que es una Sociedad Limitada, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid y que, por tanto, tiene la personalidad y las capacidades jurídicas que el ordenamiento interno español confiere a este tipo de entidades. En definitiva, creo que cabe sostener fundadas dudas jurídicas sobre la subjetividad internacional de la IATA, así como sobre el carácter de tratado internacional del Acuerdo en cuestión, discrepando así del parecer del Consejo de Estado que considera que «la IATA tiene capacidad bastante para celebrar el Acuerdo suscrito y sometido a consulta y que éste puede calificarse sin violencia como auténtico convenio internacional».

7. Por lo que se refiere al contenido del Acuerdo ha de indicarse que si bien tiene una factura similar, en parte, a otros acuerdos de sede celebrados por España (véase, en general sobre estos acuerdos, el análisis efectuado por CHUECA SANCHO, Á. G., *Acuerdos de sede con organizaciones internacionales celebrados en España*, Madrid, Tecnos, 1991), también tiene importantes diferencias. Así, es cierto que el Acuerdo no establece para la IATA inmunidad de jurisdicción ni prevé estatuto diplomático para sus empleados, limitándose a la concesión de unas determinadas facilidades de inmigración a los empleados extranjeros de la IATA y a sus familiares y, principalmente, al establecimiento de un conjunto de ventajas y facilidades fiscales y de seguridad social para la IATA y sus empleados. Es verdad que, como indica el Consejo de Estado en su Dictamen, esta regulación incide en materia reservada a la ley en nuestro ordenamiento interno y, por tanto, sería necesario un instrumento con fuerza de ley para conceder las facilidades de inmigración y fiscales previstas en el Acuerdo. Se trata de un argumento que, en el parecer del Consejo de Estado, contribuye a una doble consideración: de un lado, a la conveniencia de celebración de un tratado internacional, norma con fuerza de ley en nuestro ordenamiento interno; y, de otro lado, a que, por razón de la materia, se requiera la previa autorización de las Cortes Generales para la celebración de dicho tratado.

En efecto, el contenido dispositivo del Acuerdo establece, en primer lugar, facilidades para la entrada y para las autorizaciones de trabajo y de residencia para los

empleados extranjeros no comunitarios de la IATA y sus familiares que, en cualquier caso, deben tramitarse en el marco de la normativa vigente en España relativa a extranjería e inmigración y que pueden denegarse por razones de seguridad nacional, salud pública u orden público (art. 3 del Acuerdo). En segundo lugar, se dispone la exención de impuestos directos e indirectos, estatales, autonómicos, provinciales y municipales para la IATA, sus efectos, rentas y otros bienes; siendo sin embargo una exención que, en caso necesario, puede ser ejercitada mediante reembolso (arts. 4 a 7). En tercer lugar, se prevé que los empleados de la IATA que no ostenten la nacionalidad española ni sean residentes permanentes con anterioridad en España estarán exentos de todo impuesto sobre sus sueldos, emolumentos y prestaciones que reciban de la IATA (art. 8). Por último, se prevé que la IATA estará exenta de cualquier contribución obligatoria a instituciones generales de seguridad social, aunque la IATA podrá voluntariamente incorporar al sistema de seguridad social de España a todos los miembros del personal a su servicio en las condiciones fijadas en la normativa española (art. 9).

A mi juicio, de la manera que se plantean estas facilidades no necesariamente era inexcusable la celebración de un tratado internacional pues podían haberse utilizado otros instrumentos jurídicos de Derecho interno para ofrecer estas facilidades y satisfacer las pretensiones de la IATA, pues no otra cosa se deriva de la lectura del Acuerdo. Pienso, por ejemplo, en la posibilidad de un acuerdo de Consejo de Ministros reembolsando a la IATA por los impuestos satisfechos u otro tipo de gastos experimentados por la IATA y que constituyeran gastos que podrían subsumirse en las facilidades que se pretendían ofrecer a la IATA; o, por ejemplo, en alguna disposición específica en un texto legal que diera cobertura a estas facilidades y exenciones, como la ley de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado o en la misma legislación especial sobre servicios de navegación aérea. Claro que, quizás, se estimase improcedente una disposición legal ofreciendo directamente determinadas facilidades a una sociedad limitada, pero más improcedente resulta, a mi juicio, hacerlo mediante un tratado internacional. En efecto, entiendo, en cualquier caso, que no hubiera sido necesario un tratado internacional que, tal como se ha planteado, sólo resulta positivo y aporta valor para la IATA, pues refuerza asimismo su capacidad de actuación y de incidencia en la escena internacional.

8. De otro lado, el procedimiento de solución de diferencias que prevé el art. 11 del mismo Acuerdo merece también una breve reflexión. Básicamente para indicar que, de nuevo, sitúa la solución de controversias relativas a la aplicación o interpretación del Acuerdo en clave de Derecho internacional puesto que el procedimiento establecido es un clásico procedimiento de arbitraje internacional, previsto en muchos otros acuerdos de sede, y en el que si una de las partes no designa a un árbitro o no se logra la designación del tercer árbitro, pasado un determinado plazo, cualquiera de las partes podrá pedir al Presidente del Tribunal Internacional de Justicia que designe al árbitro o árbitros necesarios, según el caso; si acabáramos en una situación como ésta, no sé cómo acogería el Presidente del TIJ la hipotética petición de la IATA en este sentido. Téngase en cuenta, además, que para que el Acuerdo pudiera ser invocado ante un órgano de las Naciones Unidas se requiere el previo registro en la Secretaría de las Naciones Unidas y su posterior publicación, de conformidad con el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

9. Ante las fundadas dudas jurídicas sobre la conveniencia del Acuerdo que estoy suscitando, la única explicación que creo cabe encontrar en todo ello es el interés y el significado político del Acuerdo para España, expresado también en el Preámbulo del mismo (párrs. 5, 6 y 7). Básicamente se trata de que IATA España ha sido designada

por esta entidad como sede para albergar el futuro nuevo Centro Global de Servicio de IATA para Europa. A este nuevo centro, que dará servicio especializado tanto a compañías aéreas como a agentes de pasaje y carga, irán migrando progresivamente todas las tareas de atención al cliente de la mayoría de países europeos, que hasta ahora se desarrollaban a nivel local. La propuesta de la IATA pasa, por tanto, por convertir a su delegación en Madrid en la mayor Oficina Regional de Europa y, a medio plazo, en la Delegación responsable de todo el hemisferio occidental, y en uno de los dos centros mundiales de servicios compartidos. Estas consideraciones, recogidas —como digo— en el Preámbulo del Acuerdo, pueden justificar políticamente el interés de España en conceder a la IATA las máximas facilidades posibles, previendo que ello comportará un retorno para nuestro país, ya sea en términos tangibles o intangibles. Pero este interés político podía satisfacerse, a mi juicio y como ya he indicado, a través de otros instrumentos jurídicos de Derecho interno que también dieran satisfacción a las pretensiones de la IATA; pretensiones que no encajaban tampoco en los tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones, puesto que —aunque en nuestro Derecho interno sea una SL— no se trata de una empresa multinacional con sede central en un determinado país y que quiera instalar una filial en España, para lo que —como ha pasado en tantas otras ocasiones— se podría beneficiar de facilidades fiscales y legales.

10. Otra consideración adicional que, en sentido crítico, cabe formular también al Acuerdo es el hecho de que haya sido firmado, por parte de España, por el Director General de Aviación Civil. Se trata de un aspecto que, a mi juicio, denota, cuanto menos, muy poco rigor jurídico y muy poca prudencia, política y jurídica, por parte de este órgano de la administración del Estado. He llegado a pensar, incluso, que esto se hizo sin encomendarse a nadie —y mucho menos al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación— y que, al final, se tuvo que ir con prisas para busca una cobertura jurídica al asunto. Sin embargo, el calendario temporal de todo el proceso no se ajustaba a este inicial pensamiento, puesto que el Dictamen del Consejo de Estado es de fecha 7 de mayo de 2009 (dos días después de la firma del Acuerdo) y en el expediente examinado por dicho Consejo figuraban, asimismo, diversos informes de otros órganos de la administración del Estado que iniciaron su recorrido en mayo de 2008. Por tanto, aunque hubo tiempo para corregir el tiro, se mantuvo la conveniencia —política que no jurídica— de celebrar el Acuerdo con la IATA que se cuestiona en esta nota. Más allá de estas consideraciones sobre la firma del Acuerdo por parte del Director General de Aviación Civil, lo cierto es que se han seguido los procedimientos previstos en el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la administración del Estado en materia de tratados internacionales por lo que se refiere a la autorización por parte del Consejo de Ministros, tanto para su firma como para su aplicación provisional, lo que se hizo en la reunión del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 2009.

De otro lado, es cierto que, una vez decidida la vía del tratado internacional, el Acuerdo en cuestión —como indicaba el Consejo de Estado— requería la previa autorización de las Cortes Generales. En este sentido, cabe señalar que se ha seguido el procedimiento previsto en el art. 94.1 de la Constitución española y que este Acuerdo, además de haber sido informado por el Consejo de Estado y otros órganos administrativos preinformantes, ha sido objeto de la correspondiente autorización por parte de las Cortes Generales. Al respecto cabe subrayar también que, tanto en la Comisión correspondiente como en el Pleno, ambas Cámaras [el Congreso de los Diputados en el pleno del 22 de septiembre de 2009, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie C, núm. 117-3, y el Senado en el pleno de fecha de 21 de

octubre de 2009, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Serie IV, núm. 97(c)] se han limitado estrictamente a formular la autorización sin que, ni por asomo, se manifestara en este trámite ni una sola pregunta, opinión o consideración cualquiera. Lo que también dice mucho del carácter de absoluto trámite que tiene, en general, el procedimiento de autorización de los tratados internacionales previsto en el Derecho español, especialmente en relación con aquellos tratados de carácter muy técnico o que, como éste, cabría asimilar a los acuerdos de sede.

11. En definitiva, lo que quiero subrayar es que no es mi intención cuestionar la decisión española en lo que respecta a la voluntad política de conceder a la IATA y, concretamente, a «IATA España, S. L.», todas las facilidades y ventajas fiscales y administrativas necesarias para que pueda establecer en nuestro país su centro de servicios para toda Europa. ¿Por qué no? Es una opción política tan aceptable y discutible como cualquier otra, pero que debería haberse traducido correctamente en términos jurídicos. Entiendo, en este sentido, que debería haberse buscado otro tipo de instrumento de Derecho interno —como, por ejemplo, la ley de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado o la legislación especial sobre navegación aérea—, para conceder estas facilidades y privilegios fiscales y no un instrumento de Derecho internacional que, como tal, está regido por el Derecho internacional y genera derechos y obligaciones de Derecho internacional. El Acuerdo, como he indicado, supone reconocer a la otra parte la capacidad jurídica para celebrar un tratado internacional y, por tanto, el reconocimiento de una cierta personalidad jurídica internacional, lo que significa dar un nivel jurídicamente relevante en el plano internacional a la representación de los intereses del sector privado dedicado al transporte aéreo. También es verdad que, pese a lo que indica el Consejo de Estado, el nombre no hace la cosa, pero el precedente puede ser importante y no estoy seguro de que se hayan meditado suficientemente las potenciales consecuencias jurídico-internacionales que de ello pudieran derivarse.

Xavier PONS RAFOLS
Universitat de Barcelona

3. LA NUEVA ESTRATEGIA NUCLEAR ESTADOUNIDENSE: ¿UN FUTURO LIBRE DE ARMAS NUCLEARES?

1. El 6 de abril de 2010 Estados Unidos hacía pública su *Nuclear Posture Review* (NPR), que nosotros preferimos traducir (libremente pero con terminología que nos parece más adecuada) como Estrategia Nuclear Revisada. En dicho documento, de acuerdo con lo que él mismo proclama, se ofrece una *hoja de ruta* para llevar a la práctica la agenda propuesta por el Presidente Barack Obama para reducir los riesgos nucleares de Estados Unidos, sus aliados y la comunidad internacional (*Nuclear Posture Review, April 2010*, disponible en www.defense.gov/npr). La Estrategia ha sustituido a la elaborada en 2002 bajo el Gobierno de G. W. Bush, quebrando en algunos de sus puntos la tendencia marcada por ésta pero en el fondo, como un análisis más profundo revela, manteniendo una continuidad esencial. ¿Podía ser de otro modo?; la responsabilidad de Estados Unidos como primera potencia mundial obliga a asumir estrategias a veces incómodas pero también necesarias.

En la Estrategia Nuclear Revisada, Estados Unidos declara formalmente su intención de limitar, de manera importante como veremos, el empleo de armas nucleares. En realidad, esta revisión era esperada desde hacía prácticamente un año: en mayo de 2009, en el marco de una cumbre entre Estados Unidos y la Unión Europea celebrada

en Praga y con motivo del 10.º aniversario de la entrada en la OTAN de la República Checa, el presidente estadounidense pronunciaba un discurso en el que abordó directamente la cuestión de las armas nucleares en el siglo XXI y en el que se comprometía a tomar acciones concretas para reducir el riesgo que entrañan (http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Remarks-By-President-Barack-Obama-In-Prague-As-Delivered/). El objetivo del documento, señalaba el Presidente, sería buscar «la paz y la seguridad de un mundo sin armas nucleares». Lograrlo no será tarea fácil ni rápida y puede que resulte incluso imposible, pero el hecho de que la mayor potencia nuclear del planeta se haya comprometido a luchar por la causa es, sin duda, una meta que durante años resultó impensable.

El giro de estrategia encuentra justificación directa en el cambio del concepto de seguridad internacional y la nueva visión del papel de Estados Unidos en cuestiones de paz y seguridad internacionales que el inicio de la Administración demócrata propició. Las propuestas parten de un hecho fundamental, como es que pese a haberse cumplido ya dos décadas desde que los dos grandes rivales nucleares (Estados Unidos y la Unión Soviética) cesaron formalmente su pugna por dominar el panorama armamentístico, el mundo no se ha visto aún libre de la amenaza de estas peligrosas armas. Como se afirma en la Estrategia (p. iv): «La amenaza de una guerra nuclear global es ahora más remota, pero el riesgo de ataques nucleares se ha incrementado». Nuevos actores, entre ellos Estados que acumulan armamento nuclear de forma descontrolada y sin supervisión internacional (Irán, Corea del norte) o grupos terroristas que ven en él una nueva forma de llevar a cabo atentados de más graves consecuencias, han contribuido a la formación de este nuevo escenario.

2. La NPR incorpora cinco objetivos principales, títulos, además, de los principales apartados de que consta su esquema (p. iii), que intentan la difícil tarea de aunar el cumplimiento del compromiso contraído en Praga y preservar los intereses de seguridad estadounidenses: 1) prevención de la proliferación nuclear y el terrorismo nuclear; 2) reducción del papel de las armas nucleares de Estados Unidos en la estrategia de seguridad nuclear; 3) mantenimiento de la disuasión y la estabilidad estratégica con niveles de fuerzas nucleares reducidas; 4) ampliación de la disuasión regional y refuerzo de las relaciones con los aliados y socios estadounidenses, y 5) mantenimiento de un arsenal nuclear estable, seguro y efectivo.

3. Aunque son muchos los aspectos que incluye, dos destacan por encima de todos: la restricción del empleo de las armas nucleares contra determinados Estados y el compromiso de redoblar los esfuerzos para evitar que caigan en manos terroristas, de manera que a ellos dedicaremos mayor atención, sin desmerecer otras cuestiones a las que también aludiremos.

A) La Estrategia Nuclear Revisada parte de una premisa básica, acaso la de mayor calado y la que ha suscitado mayores comentarios hasta la fecha: Estados Unidos se compromete formalmente a renunciar al empleo de armas nucleares (o a amenazar con emplearlas) contra Estados que sean parte en el Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP, 1968) y que cumplan, además, con las obligaciones de no proliferación que éste establece (p. 15).

La afirmación es fruto de una larga evolución en la concepción de seguridad nacional que permite desterrar al fin, y de manera definitiva según parece, los tiempos de la Guerra Fría en los que, siempre presente la amenaza soviética, las armas nucleares eran la única baza segura con la que enfrentarse a ella. Ésa era, como es sabido, la lógica sobre la que funcionaba la política de disuasión que paradójicamente permitió mantener la estabilidad durante más de cuarenta años. Las armas nucleares, acu-

muladas sin apenas límite (salvo en los últimos tiempos de la Guerra Fría), eran la amenaza óptima para mantener a raya al adversario y Estados Unidos contemplaba la respuesta nuclear incluso ante un posible ataque convencional a gran escala que la Unión Soviética o sus aliados pudieran desplegar en territorio europeo.

El cambio de circunstancias de principios de los noventa desechó esta posibilidad, al desaparecer la rivalidad entre los bloques. Así, con motivo de la Conferencia de Revisión y Ampliación del TNP de 1995, Estados Unidos y los otros cuatro Estados oficialmente nucleares, ofrecieron garantías de que no emplearían armas nucleares contra los Estados no nucleares que fueran parte en ese Tratado [declaraciones de 5 y 6 de abril de 1995 (A/50/153, S/1995/263, de 6 de abril de 1995, y S/1995/261, S/1995/262, S/1995/264 y S/1995/265), a las que el propio Consejo de Seguridad, en su Res. 984/1995, de 11 de abril, aludió], salvo en caso de invasión o ataque contra ellos, sus territorios, fuerzas armadas o aliados, o sobre un Estado con el que tuvieran un acuerdo de seguridad. Sin embargo, pronto quedó constancia de que las armas nucleares seguían siendo necesarias en la política estadounidense y que sería imposible renunciar a ellas en tanto en cuanto otros Estados tampoco lo hicieran. De hecho, pasaron a ser la primera opción a tener en cuenta ante un ataque químico o biológico, sobre todo una vez que Estados Unidos optó por ratificar los Tratados que le impedían conservar este tipo de armamento (la Convención sobre Armas Biológicas de 1972 y la Convención sobre Armas Químicas de 1993) y, por tanto, responder con él.

Con los sucesos del 11-S (2001) muy recientes en el tiempo y la mente puesta en la amenaza terrorista y en algunos Estados a los que Estados Unidos había incluido en su lista de Estados hampones (*rogue states*, caracterizados como los que tratan cruelmente a su propia población, incumplen sus obligaciones internacionales y acumulan armas nucleares para amenazar a otros Estados, de acuerdo con la National Security Strategy, septiembre 2002, pp. 13-14), la Estrategia de Seguridad estadounidense de 2002 y, posteriormente, la de 2006, que conservó gran parte de la esencia de la primera, aprobadas ambas bajo la administración de G. W. Bush, confirmaron que la respuesta nuclear era viable no sólo ante un ataque de igual naturaleza, sino también ante uno de origen químico o biológico perpetrado por un Estado o por grupos terroristas (*ibid.*, pp. 14-15). Es más, la Revisión de la Estrategia Nuclear aprobada en 2002 (un resumen de la misma, en <http://www.globalsecurity.org/wmd/library/policy/dod/npr.htm>) aceptó expresamente, en la línea de la Estrategia de Seguridad Nacional, el empleo de armas nucleares por razones políticas y militares. La declaración de 1995 de no primer empleo quedaba así relegada al olvido.

La Estrategia Nuclear Revisada recién aprobada cambia radicalmente este diseño y elimina, a priori, la respuesta nuclear ante ataques químicos y biológicos, con lo que gracias a ella podemos despedirnos ya, parece, al menos de una de las concepciones más criticadas del Gobierno estadounidense de esta etapa: el papel prioritario que la respuesta nuclear había adquirido como mecanismo de defensa ante ataques previos.

No nos parece en cambio tan contundente la posición de la nueva Administración respecto de otra de las cuestiones no menos acerbamente criticada que se defendió en la Estrategia de Seguridad Nacional de la Administración Republicana, a saber, el uso de la fuerza militar con carácter preventivo, lo que en términos gráficos se ha llamado «doctrina Bush» o de la «guerra preventiva» (*National Security Strategy*, marzo 2006, p. 23: «*If necessary, however, under long-standing principles of self defense, we do not rule out the use of force before attacks occur, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack*»). Es cierto que la nueva Estrategia de Seguridad Nacional (2010), aprobada por la Administración Obama un mes después de la que

venimos comentando, mantiene un tono claramente diferente al de su antecesora, un tono en el que se insiste en que aun en los casos en los que el uso de la fuerza armada se revele necesario, Estados Unidos «mitigará siempre que sea posible la necesidad del uso de la fuerza» e «intentará [si debe emplearla] un amplio apoyo internacional, trabajando codo con codo con instituciones como la OTAN y el Consejo de Seguridad»; pero la nueva Estrategia no nos parece que se pronuncie con total claridad sobre la renuncia ni al uso unilateral ni tampoco a un uso preventivo de la fuerza armada, como por otra parte en medios estadounidenses mismos se ha hecho notar (SANGER, D. E., y BAKER, M., «New Security Strategy focuses on managing threats» [<http://www.nytimes.com/2010/05/28/world/28strategy.html?paer=rss&emc=rss&p...>] [(27/5/20)]. Dice así el texto adoptado en mayo de 2010: «los Estados Unidos deben reservarse el derecho a actuar unilateralmente si es necesario para defender a nuestra nación y nuestros intereses, aunque intentaremos también (“yet we will also seek...”) [repárese, “intentaremos”] adherirnos a los parámetros (*standard*) que rigen el uso de la fuerza» (*National Security Strategy*, mayo 2010, p. 22, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf).

Las armas nucleares se contemplan, por tanto, bajo el nuevo documento, como el último recurso, en el entendido de que el Gobierno estadounidense cuenta con defensas antimisiles y capacidades convencionales de respuesta suficientes para defenderse (p. 15). El armamento nuclear no será una opción prioritaria, ni siquiera en el caso de ataque químico o biológico en cualquier circunstancia como antes ocurría, reservándose para esos ataques, como se afirma, una respuesta *convencional* devastadora (p. 16). El compromiso de no emplear armas nucleares contra los Estados parte en el TNP que cumplan con sus disposiciones es en realidad una puesta al día y un avance respecto de la declaración de no primer uso que, como vimos, los cinco Estados nucleares habían ya proclamado en 1995.

No es sin embargo, una conclusión absoluta y sin condiciones, como no podía ser menos: Estados Unidos se reserva (p. 16) el derecho de replantearse esta garantía de no respuesta nuclear si las circunstancias lo aconsejaran en el caso de sufrir un *ataque biológico*, dado el potencial de destrucción de estas armas y el rápido desarrollo tecnológico que pueden experimentar.

Una reflexión más detenida sobre el documento nos lleva a plantearnos el encuadre de la declaración estadounidense en el marco del ordenamiento jurídico internacional. El documento no especifica de manera suficientemente clara si la restricción en el empleo de armas nucleares se contempla como un «primer uso» o como respuesta a un ataque previo («Estados Unidos no empleará o amenazará con emplear armas nucleares contra Estados no nucleares que sean parte en el Tratado de No Proliferación y que cumplan con sus obligaciones de no proliferación», p. 15). Si partimos de la primera opción, lo cierto es que no emplear armas nucleares en primer lugar no es una graciosa concesión estadounidense sino algo que, a priori, viene impuesto por la legalidad internacional porque, ¿cómo podría justificarse una agresión de este tipo sin ataque previo?

La lógica dicta, pues la primera opción raya en la ilegalidad, que se trata de la segunda y que el compromiso es no usar las armas nucleares estadounidenses incluso tras sufrir (siendo la precisión importante) un ataque químico o biológico. De no ser así, carecería de sentido la excepción que a dicha renuncia de principio el documento establece, pues como señalamos, Estados Unidos se reserva el cambiar de opinión (esto es, usar armas nucleares), si las circunstancias lo exigieran en caso de ataque previo biológico.

Si analizamos con calma la renuncia de Estados Unidos al empleo de armas nucleares, la conclusión nos lleva a oír en ella más ruido que nueces por cascar, dado que en realidad su único avance se ha producido en el campo, por así decirlo, de la biología porque sólo se juega con la posibilidad de que sea el armamento biológico el que ponga en peligro la seguridad estadounidense en algún momento. Ciertamente, el empleo y la posesión de armas químicas está más controlado, por no decir erradicado, gracias a la Convención sobre Armas Químicas (CAQ) de 1993, prácticamente universal a día de hoy y que se ha consolidado como uno de los mayores éxitos en materia de desarme. La verificación exhaustiva a la que, gracias a este instrumento, se someten los Estados da garantías suficientes de que ningún Estado conserva armas de esta naturaleza de entidad significativa, pero no ha ocurrido igual con la Convención sobre Armas Biológicas de 1972, respecto de la que han fracasado estrepitosamente (en gran parte, por cierto, por las reticencias estadounidenses) los intentos de dotarla de un régimen similar. Aunque a priori solventada por las razones que imaginamos y acabamos de esbozar, quizás no hubiera estado de más, una vez que Estados Unidos buscaba asegurarse las espaldas, contemplar también la cuestión de un ataque químico; y es que, a fin de cuentas, garantías plenas, plenas, plenas de que los Estados no vuelvan de nuevo en un futuro sus ojos a las armas químicas no existen.

La preocupación por las armas biológicas que este párrafo de la NPR refleja nos obliga además a formularnos una pregunta: ¿se han previsto también pasos para lograr un adecuado control de estas armas? Aunque la respuesta es afirmativa, debe matizarse que no se ha hecho a través de un tratado multilateral de desarme y que tampoco cuenta con el entusiasmo de Estados Unidos: la prensa se hacía eco de cómo el 9 de diciembre de 2009 (www.nytimes.com), en un discurso en la reunión anual de los Estados parte en la CAB, se anunciaba el plan de la nueva política estadounidense para evitar la proliferación de armas de esta naturaleza, que seguía la línea de la anterior Administración al oponerse a cualquier régimen internacional encargado de verificar las reservas de agentes biológicos y negarse por tanto a participar en la dotación de un protocolo de verificación a esta convención, decisión que ya había tomado el presidente Bush en diciembre de 2001 (<http://www.armscontrol.org/subject/16/date>) echando por tierra las negociaciones que desde 1995 se habían llevado a cabo para redactarlo. La *Estrategia Nacional para contrarrestar las amenazas biológicas*, elaborada en noviembre de 2009 (http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/National_Strategy_for_Countering_BioThreats.pdf) ha preferido centrarse en la prevención de ataques biológicos desarrollados por terroristas o en las maneras de responder ante enfermedades a gran escala causadas por agentes de este tipo, ya sea por naturales o intencionados.

En definitiva, aunque la NPR se ha anunciado como un cambio radical en la concepción de las armas nucleares estadounidenses, un análisis más profundo parece indicar que en realidad no es más que un retorno a la normalidad y la legalidad que la Estrategia nuclear de G. W. Bush nunca debería haber abandonado.

El resto de Estados (es decir, los no partes en el TNP que posean armas nucleares o los que, pese a serlo, no cumplan sus obligaciones de no proliferación), no se verán beneficiados por esta política de respuesta no nuclear, con lo que estas armas podrán ser empleadas contra ataques de cualquier tipo (convencionales, químicos o biológicos) que provinieran de tales sujetos. Pese a todo, se afirma que incluso respecto de éstos pervive el compromiso de utilizar las armas nucleares sólo «en circunstancias extremas para defender los intereses vitales de los Estados Unidos o sus aliados» (p. 16). Recuerda este lenguaje a lo afirmado en su día por el Tribunal Internacional de Justicia en la *Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las*

armas nucleares (1996), en la que pese a declarar la clara conculcación de las normas del Derecho internacional humanitario por las armas nucleares reconoció sus serias dudas a declarar su ilicitud en «circunstancias extremadas de legítima defensa en las que corriera peligro la propia supervivencia del Estados» (párr. 105.2. E, *CIJ Recueil* 1996).

Por otro lado, la manera de excluir (de entre los beneficiarios del compromiso estadounidense de no empleo de armas nucleares) a algunos Estados se ha configurado de tal manera que resulta sencilla la tarea de poner nombres y apellidos a sus destinatarios y el documento no lo oculta. El Secretario de Defensa, Robert M. Gates, lo señaló expresamente antes de presentarlo: «hay un mensaje para Irán y Corea del Norte» (véase la prensa de 6 de abril de 2010) y las referencias a ambos son, en efecto, continuas.

Ciertamente, ambos Estados, ya en la lista negra de *rogue States* de G. W. Bush, se han convertido en los últimos años en la pesadilla de la seguridad en cuanto a armas nucleares se refiere. A ambos se les acusa expresamente de haber violado sus obligaciones de no proliferación, desafiar las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, buscar capacidad de lanzamiento de misiles y resistirse a los esfuerzos internacionales que se han desplegado en numerosas ocasiones para intentar solventar las crisis que crearon, y el propio documento lo refleja (p. iv). Desde la retirada de Corea del Norte del Tratado de No Proliferación en 2003 ejercer una labor adecuada de control de su capacidad nuclear ha sido una tarea prácticamente imposible y los ensayos llevados a cabo en 2006 (un año después de que Pyongyang anunciara formalmente la posesión de este armamento) y en 2009 (de mayor entidad y de carácter subterráneo esta vez) han contribuido a aumentar las tensiones sin que las peticiones, sanciones de los Estados y del Consejo de Seguridad (corte de suministros de tanques, barcos, misiles, helicópteros,...) hayan servido de nada.

La postura de Irán no ha sido más dócil, pese a que formalmente sigue siendo parte en el TNP. Acusado de iniciar acciones para fabricar el arma nuclear desde 2002 (véase BERMEJO GARCÍA, R., y GUTIÉRREZ ESPADA, C., «El programa nuclear iraní en el ojo del huracán», *Revista Española de Derecho Internacional*, LVII, 2005, núm. 1, pp. 105-119), en el marco de una coyuntura política e ideológica proclive (Mahmud Ahmadi-Nejad, jefe del Gobierno desde agosto de 2005 y de posturas claramente extremistas, ha propiciado una política claramente antiamericana y ha defendido el derecho iraní de acceder a la energía nuclear con fines pacíficos, o eso es lo que él afirma), se refugia en el art. IV del TNP para proclamar su derecho a desarrollar programas nucleares pacíficos, pero los procesos de fabricación de uranio enriquecido llevados a cabo en su territorio han despertado un recelo aparentemente bien fundado. De poco han servido también en este caso las amenazas del Consejo de Seguridad y tras la resolución 1696 (2006), en la que el Consejo expresaba su preocupación ante las serias dudas de la AIEA acerca del cumplimiento por el Gobierno iraní del TNP, varias resoluciones se encargaron de imponer sanciones que a ningún puerto han llegado [resoluciones 1737 (2007), 1747 (2007), 1803 (2008), 1835 (2008)]. El Informe de la AIEA de 10 de febrero de 2010 (http://www.isis-online.org/uploads/isis-reports/documents/IAEA_Report_Iran_18Feb2010.pdf) era claro: Irán no está prestando la cooperación debida y no está cumpliendo con las resoluciones del Consejo de Seguridad, lo que induce a pensar que su programa nuclear tiene una dimensión militar.

Ésa es la más que probable razón de que en mayo de 2010 empezara a circular un borrador promovido por Francia, Estados Unidos y Reino Unido para imponer una nueva ronda de sanciones (la cuarta ya) aún más duras y para la que Estados Unidos

parecía estar convenciendo a Rusia y China, los permanentes más reacios por sus relaciones con el régimen iraní. El 9 de junio de 2010, el Consejo de Seguridad adoptó finalmente una resolución en la que se dispone un nuevo paquete de sanciones contra Irán por la falta de cooperación de ese país para demostrar el carácter pacífico de su programa nuclear. El texto, finalmente propuesto por Francia, Alemania, el Reino Unido y Estados Unidos, fue aprobado por 12 votos a favor, la abstención de Líbano y los votos en contra de Brasil y Turquía. La resolución impone por primera vez restricciones para la venta a ese país de armas convencionales como tanques, helicópteros y sistemas de cohetes, y autoriza a todos los Estados a inspeccionar las embarcaciones y aviones iraníes, de los que tengan suficientes sospechas de que puedan transportar materiales relacionados con la industria nuclear. Igualmente, refuerza el control de las actividades financieras y bancarias del país y aprueba el congelamiento de activos de entidades sospechosas de tener relación con las actividades no declaradas de programa nuclear. También amplía una lista negra de empresas iraníes a las que se les prohíben inversiones en el exterior y veda el vínculo de compañías iraníes en actividades relacionadas con la producción de uranio y la fabricación de misiles balísticos con capacidad de llevar cabezas nucleares. Además, el documento impone restricciones de viaje a individuos vinculados con las empresas incluidas en la lista, entre otras medidas [S/RES/1929 (2010)].

Las concesiones que la Estrategia hace a los Estados parte en el TNP que se muestren respetuosos con su articulado parecen buscar dos objetivos: uno, animar a los Estados que no lo hayan ratificado aún a hacerlo (p. 15) y dos, promover que quienes ya son parte lo cumplan adecuadamente. La duda que nos asalta es la de si realmente estas previsiones convencerán a quienes van dirigidas y les harán cambiar de actitud. ¿Será posible que sea éste el empujón que India, Pakistán o Israel (tres Estados que ni siquiera lo han firmado) necesitan para hacerlo?; ¿servirá de algo amenazar a quienes no sean parte en el TNP o no cumplan con sus obligaciones. ¿No será, contra lo previsto, el acicate que Estados como el polémico Irán necesitan para reafirmar su necesidad de armas nucleares ahora que se ha confirmado oficialmente que es más objetivo que nunca de Estados Unidos? De momento, la NPR no parece haber impresionado al líder iraní, que el 14 de mayo de 2010, en la Conferencia de Revisión del Tratado de No Proliferación proponía sustituir el tratado por uno nuevo (al que incluso daba nueva denominación: Tratado de Desarme Nuclear y No Proliferación) y crear un nuevo órgano que sustituyera a la Agencia Internacional de la Energía Atómica (Centro de Noticias ONU, 3 de mayo de 2010). Por otro lado, si Estados Unidos ha puesto la primera piedra en la renuncia a las armas nucleares, ¿no estaría más legitimado para exigir a Irán que reconsidere su postura nuclear?

B) Los grupos terroristas, que ya la Administración Bush había señalado como objetivo prioritario, son el segundo colectivo que aparece en el punto de mira de la Revisión de Estrategia Nuclear. Sus ataques son calificados de hecho como «el mayor y más inmediato peligro» (p. iv), lo que sin duda corrobora las evidencias de que Al Qaeda y sus aliados han emprendido un proceso para hacerse con armas nucleares. La mejor manera para evitarlo es impedir que los materiales nucleares caigan en sus manos, para lo que debe evitarse que sean objeto de transacción en el mercado negro, someterlos a un estricto control e impedir su comercio ilícito.

El control de estos materiales se convierte así en otro de los objetivos prioritarios de la NPR, sirviendo además al doble propósito de controlar tanto a los Estados *outsider* (terminología por la que la nueva Administración Demócrata ha sustituido a la de *rogue status* del republicano Bush) como a los grupos terroristas. Estados Unidos no puede llevar a cabo por sí sólo esta labor, de ahí el importante papel que se da a la

cooperación con otros Estados (pp. 31 y ss.). Mejora del control de las exportaciones y de las fronteras, restricciones en la transferencia de materiales de doble uso, ayudas a los Estados que se propongan mejorar controles e inspecciones transfronterizas (p. 10) son algunas de las propuestas, muchas de ellas ensayadas ya, que el documento pone sobre la mesa. Destaca sobre todo el ánimo en llevar a cabo estas medidas de control en el marco de las resoluciones del Consejo de Seguridad que sobre la materia existen y que ahora se ven reforzadas con este apoyo explícito estadounidense:

— La resolución 1540 del Consejo de Seguridad, de 5 de noviembre de 2004 (DANTAN, M.: «Security Council Resolution 1540. WMD and non-state trafficking», *Disarmament Diplomacy*, vol. 79, abril-mayo de 2005, <http://www.acronym.org/dd/dd79/79md.htm>) fue la primera en encarar de manera directa el peligro de las armas de destrucción masiva en manos de agentes no estatales y grupos terroristas (definido por la propia resolución como «persona física o entidad que no actúa bajo la autoridad legítima de un Estado en la ejecución de actividades comprendidas en el ámbito de la presente resolución»), proponiendo actuar contra el tráfico ilícito de este armamento, los sistemas vectores y materiales conexos y estableciendo obligaciones para que todos los Estados establezcan controles internos para evitar la proliferación de estas armas. El Comité que crea (Comité 1540) (<http://www.un.org/sc/1540/>) para verificar el cumplimiento de la resolución admite en su segundo y último Informe (S/2008/493, de 30 de julio, p. 3) que la total aplicación de la resolución llevará tiempo pero al menos se está trabajando en la cuestión y el apoyo estadounidense puede ser crucial en este aspecto.

— Aplicar satisfactoriamente la Resolución 1887 (2009), de 24 de septiembre, que contempla varias medidas para mejorar y reforzar el TNP y la AIEA, en especial para proteger los materiales nucleares vulnerables, es otro de los objetivos que se fija el Documento (p. 11).

4. No son las únicas metas. El documento refuerza otras iniciativas en este sentido y todas ellas son bienvenidas. Por ejemplo, en la NPR se declara el compromiso de consolidar la *Iniciativa de Seguridad contra la Proliferación*, propuesta por G. W. Bush el 31 de mayo de 2003, que permite a los Estados detener e inspeccionar los vehículos, barcos o aviones sospechosos de transportar armas de destrucción masiva, tan pronto entren en el territorio de alguno de los Estados que la secundan (WEINER, T., «Proliferation Security Initiative to stem flow of WMD material», *Center for Nonproliferation Studies*, 16 de julio de 2003, <http://cns.miis.edu/pubs/week/030716.htm>, y BOESE, W., «The Proliferation Security Initiative: an interview with John Bolton», *Arms Control Today*, diciembre de 2003, http://www.armscontrol.org/act/2003_12/PSI.asp; también www.armscontro.org/factsheets/PSI/asp y la información oficial de Estados Unidos, <http://www.state.gov/t/np/rls/other/46858.htm>). La NPR pretende convertirla en una institución internacional permanente (p. 10) y consolidar así de manera definitiva este proyecto al que ya se han unido más de noventa Estados.

5. Estados Unidos, de hecho, ya ha demostrado que su compromiso para la consecución de un mundo *nuclearmente* más seguro va más allá de lo puramente formal: el 12 y 13 de abril de 2010 Washington era el escenario de la Cumbre de Seguridad Nuclear, a la que 47 Estados, representantes de Naciones Unidas, la AIEA y la UE fueron convocados (<http://www.state.gov/nuclearsummit/>) para buscar formas de reforzar la cooperación internacional con el fin de prevenir el terrorismo nuclear, proteger los materiales y evitar su tráfico ilícito, y ya son varias las propuestas concretas en lo que se refiere a la reducción de la disponibilidad de uranio y plutonio enriquecidos (información del *Bureau of International Information Programs*, US Department of State, www.america.gov). Un mes más tarde (28 de mayo), Estados Unidos era uno de los

Estados que en la Conferencia de Revisión del TNP aprobaban un Plan de Acción para destruir esas armas (Centro de Noticias ONU, 8 de junio de 2010).

El éxito en conseguir la no proliferación plena precisa además de esfuerzos en tres ámbitos, directamente relacionados con tratados (o borradores) de desarme y control de armamento: 1) Ratificación del nuevo START (*Strategic Arms Reduction Treaty*) entre Estados Unidos y Rusia. El START I de 1991 (expirado en diciembre de 2009) acaba de ser reactivado merced a un nuevo tratado firmado el 8 de abril de 2010, que permitirá la eliminación en siete años de un 30 por 100 de los arsenales nucleares que aún cobijan el 90 por 100 de las armas nucleares totales. 2) La ratificación del Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares (que sí firmó en 1996, <http://www.ctbto.org/>) está en el aire, aunque el documento parece indicar que Estados Unidos terminará siendo parte (pp. vii, xiv y 13). 3) El documento adelantaba (p. 13) el compromiso estadounidense de iniciar las negociaciones para la firma de un Tratado para la prohibición de la producción de material fisionable (esto es, uranio altamente enriquecido o plutonio); existe, de hecho, un comité convocado desde 1998 (aunque nombrado formalmente en 2006) por la Conferencia de Desarme para acordar su contenido, pero hasta la fecha no se ha logrado avance alguno, en gran parte por las reticencias de la anterior Administración estadounidense, que consideraba imposible el establecimiento de un sistema de verificación eficaz.

Las tres iniciativas marcan una nueva era en lo que a estos tratados se refiere sobre todo porque la Administración Republicana del Presidente Bush era claramente contraria a los mismos, como la retirada estadounidense del Tratado ABM o la resistencia feroz al Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares se encargaron de demostrar.

6. La Estrategia Nacional Revisada confirma lo que desde el fin de la Guerra Fría se había constatado: el concepto de disuasión que durante tantos años reinó en el diseño de la seguridad y estabilidad mundiales ha cambiado radicalmente, con lo que el papel tradicionalmente atribuido a las armas nucleares debe también evolucionar. Ya no estamos ante un enemigo (Unión Soviética) que se comportaba conforme a, digamos, parámetros racionales de comportamiento que aseguraban que el ataque nuclear, salvo circunstancias excepcionales, no tendría lugar por miedo a que la respuesta fuera tan devastadora como el ataque. No son en realidad tantas, al menos en ciertos aspectos, las distancias que la Administración Demócrata ha marcado con su predecesora, aunque sí es cierto que en general el lenguaje se suaviza y las respuestas son considerablemente más respetuosas con la legalidad internacional. La nueva Estrategia del Presidente Obama sigue, por ejemplo, la estela marcada por su predecesor al identificar los focos principales de la amenaza (determinados Estados y grupos terroristas), no siendo éste el único elemento común: entre los mecanismos de defensa existentes se mencionan de manera expresa los sistemas antimisiles que protegerían a Estados Unidos ante un eventual ataque (p. 15), con lo que a la postre se confirma que el gobierno estadounidense está obligado a continuar con el proyecto de paraguas nuclear que se convirtió en uno de los ejes de los últimos Gobiernos republicanos (y defendidos a capa y espada por dos generaciones Bush).

Es cierto que no se concebirá de la misma ambiciosa manera en que lo hizo la Administración republicana, pero la cuestión no se descarta y así se anunciaba en el discurso pronunciado en Praga el año pasado: «Mientras persista la amenaza iraní, seguiremos adelante con un sistema de defensa antimisiles [...]. Si la amenaza iraní desaparece, tendremos una base más sólida para la seguridad y la fuerza motriz de la construcción de la defensa antimisiles en Europa desaparecerá».

¿Llegaremos algún día a ver ese Mundo sin armas nucleares que se promete? El documento no renuncia, ni siquiera pensando en el largo plazo, a la posesión por Estados Unidos de armas nucleares, pues parte del hecho (en su preámbulo, p. i) de su necesaria existencia para asegurar la estabilidad frente a otros Estados que también las poseen y para hacer frente a posibles nuevas amenazas. Para que ello fuera posible deberían darse las condiciones que la propia Casa Blanca enumera (p. xv): paralización de la proliferación de armas nucleares, transparencia en los programas y capacidades de los Estados involucrados en cuestiones nucleares, mejor de los métodos de verificación y tecnologías capaces de detectar violaciones de obligaciones de desarme, medidas rotundas de cumplimiento y creíbles para paralizar esas violaciones y resolución de conflictos regionales que pudieran ocasionar el interés de Estados rivales en la adquisición de armas nucleares. ¿Se dan?; la Estrategia Nuclear Revisada se responde a sí misma con contundencia: «esas condiciones no existen hoy».

La NPR no ha abierto el camino sin más a la desaparición de las armas nucleares. De hecho, ni contenta a sus defensores, pues se juega con la ambigüedad, renunciando expresamente a afirmar sin ambages que la opción de responder con ellas es perfectamente viable, ni tampoco a sus opositores, al dejar abierta la posibilidad de su empleo. Pese a todo, las variaciones respecto de la filosofía anteriormente reinante han supuesto un punto de inflexión considerable y un compromiso serio de trabajar para que la amenaza nuclear desaparezca en el futuro. Como dijo el propio Obama, eso requerirá tiempo y esfuerzo y además, pero esto lo decimos nosotros, que su Administración perdure electoralmente.

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA
Universidad de Murcia

María José CERVELL HORTAL
Universidad de Murcia

4. PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL PARA PERSONAS PERTENECIENTES A LA MINORÍA ROMANÍ: COMENTARIO SOBRE LA SENTENCIA DEL TEDH DE 8 DE DICIEMBRE DE 2009, EN EL ASUNTO MUÑOZ DÍAZ C. ESPAÑA

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha pronunciado sobre el asunto *Muñoz Díaz c. España* mediante Sentencia de 8 de diciembre de 2009, dictada por una Sala de la cuarta sección. El asunto despertó la polémica en la opinión pública europea, así como cierta expectativa entre los grupos romaníes de toda Europa, porque se pensaba que el tribunal había abierto la espita para que los romaníes pudieran pedir cualquier prestación al Estado sin tener la correspondiente obligación de cumplir con las disposiciones de su ordenamiento jurídico. Así, algunos esperaban que a partir de entonces los romaníes pudieran reclamar prestaciones de los sistemas de seguridad social de los Estados sin cumplir con los requisitos legales previstos en las legislaciones. De esta circunstancia se hizo eco incluso el voto particular de la sentencia, que cita un artículo publicado en la revista romaní *Nevipens Romani*, del número correspondiente a 1-15 de junio de 2009, que se titulaba «María Luisa Muñoz pide en Estrasburgo una reparación histórica para los gitanos. Catorce millones de gitanos podrían verse beneficiados de la decisión del Tribunal de Derechos Humanos» (cfr. el primer párrafo de la opinión disidente del juez Myjer a la Sentencia del TEDH objeto de comentario). No obstante, y como tendremos ocasión de ver en esta nota, esta interpretación es a todas luces exagerada.

En lo sucesivo, y después de exponer los hechos (2), estudiaremos los argumentos esgrimidos por el tribunal, destacando el contexto normativo y jurisprudencial que los rodea, así como su alcance para la práctica jurisprudencial del tribunal. En primer lugar, nos referiremos al derecho a las prestaciones de la seguridad social en Derecho europeo (3), para a continuación centrarnos en el valor jurídico que, a la vista de la legislación europea, tienen las manifestaciones culturales propias —incluido el matrimonio— de los romaníes (4). De este modo, pretendemos contribuir a esclarecer el alcance que pueda tener esta sentencia del TEDH (5).

2. El presente caso nace a partir del rechazo de la pensión de viudedad solicitada por una mujer de origen romaní, M.^a Luisa Muñoz Díaz, española que residía en Madrid. M.^a Luisa Muñoz se casó en 1971 a los quince años con un hombre romaní, siguiendo exclusivamente los ritos y tradiciones romaníes para la celebración de su matrimonio, por lo que éste nunca llegó a inscribirse en el Registro Civil español, en el que ambos siguieron figurando como solteros.

El 24 de diciembre de 2000, después de más de 29 años de matrimonio, fallece el marido, que había cotizado a la Seguridad Social como constructor durante 19 años. Por este motivo, la viuda M.^a Luisa Muñoz solicitó al Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) la correspondiente pensión de viudedad, al considerarse beneficiaria por haber sido su esposa durante todo el tiempo de cotización. Sin embargo, el INSS rechazó su solicitud de pensión alegando que el matrimonio romaní no puede considerarse como tal a los efectos de la legislación española debido a la ausencia de su inscripción en el Registro Civil (párr. 2 de la séptima modificación a la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación del Código Civil, junto con el art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social, adoptada con Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

Cuando M.^a Luisa Muñoz recurrió este acto administrativo ante el Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, éste reconoció en su Sentencia de 30 de mayo de 2002, su matrimonio romaní a efectos de su pretensión de pensión de viudedad. Pero el INSS apeló dicha decisión, y con Sentencia de 7 de noviembre de 2002, el TSJ de Madrid falló a favor de la tesis del INSS, que se amparaba en el texto de la normativa que requiere la inscripción en el Registro Civil. M.^a Luisa Muñoz presentó entonces un recurso de amparo, fundamentándolo en el art. 14 de la Constitución, que establece el derecho a la igualdad y a la no discriminación. La decisión del Tribunal Constitucional (en adelante TC) núm. 069/2007, de 16 de abril de 2007, siguió el criterio adoptado por el INSS, si bien el voto particular del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, disidente de la solución adoptada por la mayoría, argumentó sobre la eventual aplicabilidad del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales de 1 de febrero de 1995, al que España se había adherido y que había entrado en vigor en general y para España el 1 de febrero de 1998 (*BOE* núm. 20, de 23 de enero de 1998, con corrección de errores en *BOE* núm. 37, de 12 de febrero de 1998, y núm. 39, de 14 de febrero de 1998).

La Sentencia del TC significó para la referida viuda el agotamiento de los recursos internos, abriéndose así la posibilidad de un recurso ante una jurisdicción internacional. La viuda Muñoz Díaz eligió presentar una demanda contra España ante el TEDH en virtud del art. 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), fundamentándola en dos argumentos. Por una parte, en una violación del art. 1 del Protocolo Adicional al CEDH, en combinación con su art. 14, por considerar que el rechazo de su pretensión de obtener una pensión de viudedad constituía una violación de un derecho de propiedad que generaba discriminación racial. Por otra parte, en una violación del art. 12 en combinación con el art. 14 del CEDH, por consi-

derar que la falta de reconocimiento del matrimonio romaní constituía una violación de su derecho a contraer matrimonio por producirse una discriminación racial.

El TEDH estimó la primera pretensión de la autora, y rechazó como infundada la segunda. Así, el tribunal confirmó implícitamente que las prestaciones por viudedad pueden gozar de una protección en virtud del derecho a la propiedad privada más allá de eventuales obstáculos formales, como lo es la ausencia de un matrimonio formal con la persona fallecida. Al mismo tiempo, constató que el matrimonio romaní como tal no entraba en el ámbito de aplicación del art. 12 del CEDH, si no era cumpliendo con las formalidades establecidas por el Estado para su celebración.

3. En primer lugar, vamos a centrarnos en la cuestión del derecho a la Seguridad Social, que en Europa cuenta con un incipiente marco jurídico gracias al impulso del Consejo de Europa, que ha hecho esfuerzos por regular el acceso de todas las personas a una prestación social otorgada por el Estado. Como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante CEDH) no se llegara a incluir ninguna referencia expresa a este derecho, fue en la Carta Social Europea (en adelante CSE), firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y entrada en vigor el 26 de febrero de 1965, *CETS* núm. 35, en la que se reconoció el derecho general a la Seguridad Social y a numerosas prestaciones sociales concretas. España ratificó este instrumento con efectos desde el 5 de junio de 1980, *BOE* núm. 153, de 26 de junio de 1980. En el momento de su ratificación, los Estados asumen, a través del sistema de elección «a la carta», un número mínimo de obligaciones en el ámbito de los derechos sociales. En 1996, ante la necesidad de contar con un nuevo texto que reflejara la evolución de la protección social en Europa, se modificaron algunas de sus disposiciones y se añadieron nuevos derechos, dando lugar así a la Carta Social Europea revisada (en adelante, CSE revisada), firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, y entrada en vigor el 1 de julio de 1999 (*CETS* núm. 163). A la protección de las minorías se aplica el principio de no discriminación del art. E de la Parte Quinta de la CSE revisada, que en la CSE de 1961 sólo estaba presente en su preámbulo. En él se dispone que una de las causas de discriminación prohibida es la pertenencia a una minoría nacional. A imagen del art. 14 del CEDH, este art. E también puede ser aplicado sólo en relación con uno de los demás derechos reconocidos por la CSE revisada.

Esta regulación sustantiva de los derechos sociales viene siendo completada por un mecanismo de control internacional. El órgano en que recae este control es el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante CDS), que está compuesto por quince expertos independientes. Este Comité al principio sólo tenía la facultad de estudiar y evaluar jurídicamente los informes periódicos presentados por los Estados en virtud del art. 21 de la CSE. Pero más tarde esta competencia fue ampliada por el tercer Protocolo Adicional a la CSE estableciendo un sistema de quejas colectivas, firmado en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, y entrado en vigor el 1 de julio de 1998 (*CETS* núm. 158). Este sistema puede calificarse de cuasicontencioso, porque permite la presentación de reclamaciones por violación de los derechos humanos, que son tramitadas por el Comité de modo muy similar a demandas judiciales, con la diferencia de que la resolución final sobre el fondo del asunto carece de efecto jurídico vinculante. Hasta la actualidad, 12 Estados han ratificado el Protocolo y dos han formulado una declaración de aceptación de la competencia del CDS para conocer de reclamaciones colectivas al ratificar CSE revisada. España no se encuentra entre ellos.

Más allá de estos mecanismos específicamente dirigidos a la protección del derecho a la seguridad social, conviene poner de manifiesto que la práctica jurisprudencial del TEDH incluye las prestaciones de seguridad social dentro del concepto de «pose-

sión» contenida en el art. 1 del Protocolo Primero al Convenio. Esta circunstancia fue decisiva para que la viuda Muñoz Díaz presentara su caso ante este órgano jurisdiccional.

La antigua Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció por primera vez en este sentido al disponer que esta disposición, si bien no admitía que hubiera un derecho directo de toda persona a beneficios de la seguridad social, sí reconocía que habiendo pagado contribuciones obligatorias a un fondo de pensiones o un sistema de seguro social tal derecho podía nacer. La Comisión exigía un vínculo directo entre las contribuciones y los beneficios, y sólo la existencia de esta relación permitía la creación de ese derecho a recibir prestaciones a partir de esos fondos. Pueden verse, *inter alia*, los asuntos *Müller c. Austria*, demanda núm. 5849/72, Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1975, DR 3, p. 25; *G c. Austria*, demanda núm. 10094/82, Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 1984, DR 38, p. 84; *De Kleine Staarman c. the Netherlands*, demanda núm. 10503/83, Decisión de la Comisión de 16 de mayo de 1985, DR 42, p. 162.

En la primera sentencia dictada por el propio tribunal sobre este tema, en el asunto *Gaygusuz c. Austria*, demanda núm. 17371/90, Sentencia del TEDH de 16 de septiembre de 1996 (Reports of Judgments and Decisions 1996-IV), el tribunal ya se cuestionó si ese derecho a la prestación encontraba su fundamento exclusivamente en la contribución previa del beneficiario al programa de pensiones, o si, en cambio, fuera porque el beneficio de seguridad social estaba consagrado en la legislación general del Estado. Esta cuestión fue relevante en el presente caso porque el fondo de pensiones no estaba financiado en su totalidad a partir de las contribuciones de los propios beneficiarios, sino por el presupuesto general del Estado (párr. 21). A partir de entonces la jurisprudencia del tribunal, lejos de uniformarse, comenzó a hacerse eco tanto de una como de otra concepción, creando cierta confusión. Hubo decisiones —la mayoría— que exigían que el beneficiario de una prestación hubiera contribuido previamente a los fondos de la seguridad social. Pueden verse a este respecto los asuntos *Szrabjet and Clarke c. the United Kingdom*, demandas núms. 27004/95 y 27011/95, Decisión de la Comisión de 23 de octubre de 1997, fundamento núm. 1; *Carlin c. the United Kingdom*, demanda núm. 27537/95, Decisión de la Comisión de 3 de diciembre de 1997, fundamento núm. 1; *Coke and 21 Others c. the United Kingdom*, demanda núm. 38696/97, Decisión de la Comisión de 9 de septiembre de 1998, fundamento núm. 2; *Stawicki c. Poland*, demanda núm. 47711/99, Decisión de Admisibilidad de 10 de febrero de 2000, fundamento núm. 2; *Jankovic c. Croatia*, demanda núm. 43440/98, Decisión de Admisibilidad de 12 de octubre de 2000, fundamento núm. 1; *Kohls c. Germany*, demanda núm. 72719/01, Decisión de Admisibilidad de 13 de noviembre de 2003, fundamento núm. 2; *Kjartan Asmundsson c. Iceland*, demanda núm. 60669/00, Sentencia de 12 de octubre de 2004, párrs. 39-45; y la Sentencia de Sala de 20 de junio de 2002 en el asunto *Azinas c. Cyprus*, demanda núm. 56679/00, párrs. 32-34, aunque esta sentencia fue revertida por otras razones por la Sentencia de la Gran Sala de 28 de abril de 2004. Otras sentencias no exigían esto, interpretándose que incluso una prestación social no contributiva podría constituir una posesión en el sentido del art. 1 del Protocolo Primero. Esta visión de las cosas prevaleció en los asuntos *Buchen c. République Tchèque*, demanda núm. 36541/97, Sentencia de 26 de noviembre de 2002, párr. 46; *Koua Poirrez c. France*, demanda núm. 40892/98, Sentencia de 30 de septiembre de 2003, párr. 42; *Wessels-Bergervoet c. the Netherlands*, demanda núm. 34462/97, Sentencia de 4 de junio de 2002, párr. 43; *Van den Bouwhuijsen and Schuring c. the Netherlands*, demanda núm. 44658/98, Decisión de Admisibilidad de 16 de diciembre de 2003, fundamento único.

La polémica fue finalmente zanjada con el asunto *Stec y otros c. el Reino Unido*, Decisión de la Gran Sala sobre la admisibilidad de las demandas núms. 65731/01 y 65900/01, de 6 de junio de 2005, al considerar la Gran Sala del TEDH que también las prestaciones no contributivas forman parte del ámbito de aplicación del art. 1 del Protocolo Primero (párrs. 47-53).

Una vez que esta cuestión quedó resuelta, el caso objeto de comentario, *Muñoz Díaz c. España*, introduce el elemento de la discriminación en virtud del art. 14 del CEDH. La cuestión principal reside en determinar si la discriminación de la que la demandante fue objeto al negársele la pensión de viudedad que reclamaba fue realizada en virtud de un criterio objetivo y razonable. En otras palabras, una vez que la demandante había sustanciado *prima facie* que puede existir una discriminación por etnia o por raza, el Estado debería haber probado que la discriminación se basa en criterios objetivos y razonables para personas en situaciones similares (véase párr. 47 de la sentencia).

El Estado tiene un cierto margen de apreciación a la hora de interpretar el derecho a la igualdad. Así, según el tribunal, el margen de apreciación permite al Estado discriminar con el fin de equilibrar desigualdades fácticas entre distintos grupos. Es más, en ciertas situaciones un tratamiento desigual puede ser exigido por el tribunal con el fin, precisamente, de nivelar diferencias entre grupos y de este modo luchar contra discriminaciones arraigadas en la sociedad (discriminación positiva). La sentencia, en su párr. 48, menciona a estos efectos los asuntos *Thlimmenos c. Greece*, demanda núm. 34369/97, Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 6 de abril de 2000, párr. 40; *Stec and Others c. United Kingdom*, demandas núms. 65731/01 y 65900/01, Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de abril de 2006, párr. 51; y *D. H. c. the Czech Republic*, demanda núm. 57325/00, Sentencia de la Gran Sala de 13 de noviembre de 2007, párr. 175. En este mismo sentido, el Estado mantiene un amplio margen de apreciación cuando se trata de decisiones generales de política económica y social, porque el Estado es quien mejor conoce los objetivos de interés público. Sólo cuando las medidas adoptadas carezcan manifiestamente de un fundamento razonable el tribunal puede intervenir y determinar una discriminación en virtud del art. 14 del CEDH (véase párr. 49 de la sentencia).

Una vez que la parte demandante demuestra que existe un trato «diferente en situaciones similares», es el Estado demandado quien asume la carga de la prueba de que este trato está justificado. En el presente caso, no obstante, la defensa del Estado no fue considerada convincente por el tribunal. El Gobierno español alegó que la demandante sólo había tenido una relación *more uxorio*, pero no había cumplido con la exigencia legal del matrimonio de conformidad con la legislación española. Esta exigencia, según el gobierno, es de carácter general y no constituye ningún acto de discriminación racial. Además, la demandante no estaba impedida de ningún modo para cumplir con estas formalidades (véase párr. 40 de la sentencia).

En efecto, el propio Estado había considerado a la pareja como matrimonio, otorgando a esta convivencia importantes consecuencias jurídicas, como la extensión de un libro de familia, la declaración de familia numerosa y el reconocimiento de la legitimidad de los seis hijos, datos que para el tribunal confirman que para el Estado existía un matrimonio. A esto, afirma el tribunal, hay que añadir que había que tener en cuenta también otros elementos de la práctica estatal, como el hecho de que en otras situaciones similares de matrimonios formalmente no válidos, como en el caso de matrimonios canónicos nulos pero donde los cónyuges tenían la convicción de su validez, el propio Derecho español considera que existe un matrimonio válido (art. 174 de

la Ley General de Seguridad Social). Además, el tribunal tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico español otorga derecho a la pensión de viudedad a las personas que por aplicación del Derecho canónico no hayan podido casarse (supuestos en que por aplicación de las normas canónicas no fueran posibles segundas nupcias). Esto también está confirmado por la jurisprudencia constitucional española, por ejemplo en los asuntos 260/1988, de 22 de diciembre, y 155/1998, de 13 de junio, en que se trataba del derecho a obtener pensión de viudedad en situaciones en que no hubo matrimonio formal debido a que no fue posible el divorcio de un matrimonio anterior. Además, se menciona el asunto 180/2001, de 17 de septiembre, en que se concedía la pensión de viudedad cuando el matrimonio canónico no había sido posible debido a un conflicto con la libertad de conciencia o de religión, antes de la modificación del Código Civil de 1981. Finalmente, también se recuerda el asunto 199/2004, de 15 de noviembre, en que se reconocía la pensión de viudedad cuando existía un matrimonio canónico que carecía de las exigencias legales de forma porque las partes no lo habían inscrito en el Registro Civil (véase párr. 32 de la sentencia objeto de comentario).

Además, el tribunal destaca que son importantes las tradiciones romaníes, y que en el momento en que se casó la señora Muñoz Díaz en España sólo existía el rito canónico. Hubiera sido una violación de su derecho a la libertad religiosa exigirle en ese momento que hiciera la declaración de apostasía para casarse en conformidad con ritos diferentes a los canónicos (véanse párrs. 56 y 57 de la sentencia). A la vista de todas estas circunstancias, el tribunal declaró que España había violado el art. 1 del Protocolo Adicional, en combinación con el art. 14 del CEDH.

4. El interés creciente de las instituciones europeas por la minoría romaní, cuya dificultad por integrarse en la moderna sociedad europea representa uno de los grandes retos y oportunidades del proceso de integración europea, hace surgir también la pregunta acerca de los efectos jurídicos que pueden atribuirse a sus manifestaciones culturales propias que tengan incidencia en el Derecho civil, y de las que el matrimonio es un importante botón de muestra. En efecto, se puede sostener que la tolerancia de un Estado ante las costumbres y tradiciones jurídicas de una minoría nacional puede ser considerada una prueba del grado de integración y protección de la misma.

En los Estados europeos ha habido muchos casos en que los procesos de codificación del Derecho tuvieron como efecto la pérdida de las particularidades culturales de las distintas regiones históricas. Algunos ejemplos históricos lo pueden ilustrar. Así, el *Code Napoléon* es un buen —y temprano— ejemplo de esta identificación entre sentimiento nacional y Derecho privado. Cuando en 1815 la región del Jura se integró en el Cantón de Berna, los habitantes del Jura podían seguir rigiéndose por el Código de Napoleón. Más tarde, el gobierno del cantón cambió de parecer, e impuso su Derecho civil también a los habitantes del Jura, con el fin de unificar su ordenamiento jurídico. Esta privación del propio Derecho, junto con las divergencias religiosas entre una Berna protestante y un Jura católico, fueron factores que llevaron a la primera intervención militar en el Jura entre 1836-1839, y a una tensión política que pervive hasta nuestros días (sobre esta cuestión, puede verse RABL, K., «Fragen zur Verwirklichung des Grundsatzes der Selbstbestimmung der Völker - dargestellt am Beispiel des 23. Kantons der Schweizerischen Eidgenossenschaft (République et Canton du Jura)», en ADAMOVICH y PERNTHALER, *Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit. Festschrift für Hans R. Klecatsky*, zweiter Teilband, Wien, Wilhelm Braumüller, 1980, 781-839, p. 785). Otro ejemplo puede ser la expansión del Derecho británico, que desde hace varios siglos regula incluso las relaciones jurídicas de los irlandeses y de los galeses (véase, sobre ello, BLUNTSCHLI, J. K., *Allgemeines Staatsrecht, Erster Band*, 4.^a ed.,

München, Literarisch-Artistische Anstalt, 1868, pp. 88-89). Rusia también trataba de emplear este tipo de medidas asimilacionistas en los Estados que iba incorporando paulatinamente en su imperio. Concretamente, en las regiones bálticas no utilizó el Derecho privado para rusificar a sus poblaciones hasta 1888-1889, lo cual explica en parte por qué estas zonas sólo han podido rusificarse en las grandes ciudades, pero no en el campo. Puede verse más en detalle sobre este caso, KAVASS, I. I., y SPRUDZS, A. (eds.), *Baltic States: A Study of their Origin and National Development: Their Seizure and Incorporation into the USSR*, 3.^a reed., Buffalo/New York, William S. Hein & Co., 1972, pp. 10-11, en relación con Estonia; y las mismas circunstancias para Letonia en pp. 47-48. Sólo en relación con Lituania las medidas de rusificación habían sido más fuertes, incluyendo la sustitución del Derecho civil lituano por el Código Civil ruso ya en el año 1840 (*ibid.*, p. 68).

Como consecuencia del desarrollo del Derecho de minorías nacionales en Europa, algunos Estados han vuelto a reconocer la validez de las particularidades jurídicas de las minorías, por considerarlas una expresión más de la cultura minoritaria digna de protección por el ordenamiento jurídico. El análisis de la práctica de los Estados europeos aporta numerosos ejemplos de situaciones en que han sido preservadas y respetadas estas costumbres y tradiciones con contenidos jurídicos. Ya lo subrayó como una conclusión más Francesco Capotorti en su estudio sobre el estado de evolución del Derecho de minorías nacionales elaborado para la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; véase CAPOTORTI, F., *Study on the Rights of Persons belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, New York, United Nations, 1991, p. 66. En ocasiones incluso, la recuperación de las tradiciones culturales que constituían reglas jurídicas de las minorías nacionales se presentaba como una necesidad social, ante la imposibilidad de que las normas generales del Estado se adaptaran a las particulares circunstancias y condiciones de vida de la población autóctona afectada. Para ilustrar esto, puede mencionarse el caso de las Islas Feroe. Entre otros problemas jurídicos, la aplicación por Dinamarca a mediados del siglo XIX de su Derecho privado a las islas Feroe conllevó que en el Derecho de sucesiones se introdujera la división de las tierras por partes iguales entre todos los herederos. La consecuencia de ello fue la creación de múltiples parcelas de pequeñas dimensiones repartidas por toda la geografía de la isla y con poco rendimiento, produciéndose un apreciable empobrecimiento de la población agrícola. Véase sobre ello, VEITER, Th., «Die Färöer und ihre Autonomie», *Europa Ethnica*, vol. 18 (1961), 55-76, p. 58.

En este contexto se inscribe también España, en cuya evolución jurídica contemporánea se ha establecido un régimen relativamente abierto hacia las costumbres de las personas pertenecientes a aquellas minorías que tengan un área de asentamiento territorial claramente delimitado. El propio Código Civil español de 1889 prevé la vigencia de los antiguos fueros, que para su actualización sistemática son recogidos en sendas compilaciones de Derecho foral de Vizcaya (1959), Cataluña (1960), Baleares (1961), Galicia (1963), Aragón (1967) y Navarra (1973). Esta legislación encontró su reconocimiento constitucional en 1978 con el art. 149.1.8.^a y la Disposición Adicional 1.^a de la Constitución. Desde entonces esta legislación civil ha sido asiduamente actualizada, ampliada y mejorada. Además, algunas otras CCAA han adoptado sus propias legislaciones civiles, como la Comunidad Valenciana, que reconoce en su legislación algunas instituciones jurídicas propias de raigambre histórica, en particular en materia de arrendamientos históricos; véase la Ley 6/1986, de 15 de diciembre de 1986, de arrendamientos históricos valencianos, *DOGV* núm. 489, de 18 de diciembre de 1986. El Código Civil español regirá en las materias reguladas por estas normas de Derecho foral sólo en tanto que norma supletoria (art. 13.2 del Código Civil).

Mientras se ha producido este extraordinario desarrollo normativo en relación con las minorías nacionales de asentamiento regional, los romaníes en España no fueron autorizados a codificar su propio Derecho. Por tanto, en España los romaníes tienen que aplicar en sus relaciones privadas las normas civiles generales. Por su parte, la jurisprudencia del TEDH y de otros órganos de supervisión europeos no parece que vaya a ser un medio para propulsar un cambio de situación. Hasta ahora, el tribunal ha dejado la decisión sobre los efectos jurídicos de las normas civiles tradicionales en manos del Estado. Esto ya lo prueba el asunto *48 Kalderas Gypsies c. the Federal Republic of Germany and the Netherlands*, demandas núms. 7.823 y 7.824/77, Decisión de 6 de julio de 1977, DR 11, 221-247, donde el TEDH le reconoció al Estado la posibilidad de exigir que un matrimonio se celebrase en conformidad con las normas civiles generalmente vigentes, no reconociéndose la validez de un matrimonio romaní a efectos de cuestiones tales como la filiación de los niños nacidos de este matrimonio (véase en particular pp. 232-233). A la vista de todo esto, el tribunal ha sido congruente al no aceptar en este asunto *Muñoz Díaz* la alegación del art. 12 del CEDH, excluyendo así cualquier consideración del valor jurídico del Derecho tradicional de los romaníes. El hecho de que a pesar de su negativa de reconocer una violación del art. 12 admitiera la reclamación fundamentada en el art. 1 del Protocolo Adicional demuestra que el tribunal había adoptado una decisión basada en las particulares circunstancias del caso, que no pueden extenderse automáticamente a otros casos de minorías nacionales —*in casu* romaníes— que reclamen efectos jurídicos a sus costumbres y tradiciones.

5. El presente caso nos muestra varios aspectos sobre la realidad de la protección de los romaníes en Europa, y en particular en España. Ante todo, es una confirmación más de que España carece de una práctica coherente y sistemática contra la discriminación racial. Esto se observa tanto en el ámbito general de la discriminación racial, si se tiene en cuenta que en el presente caso se trató de forma menos favorable a la viuda romaní que a buen número de españoles que por diversas razones no podían alegar un matrimonio civil válido para reclamar prestaciones de la seguridad social, como también en el ámbito más concreto de la protección de las minorías nacionales, cuyas costumbres y tradiciones jurídicas no están reconocidas por el Estado como Derecho aplicable. Esta situación se refleja en el plano normativo en el que los tribunales todavía no aplican el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, en vigor en España desde 1998. El asunto *Muñoz Díaz* demuestra que ha de cambiar el tratamiento jurídico y judicial dado en España a las minorías nacionales y étnicas.

Pero esto no significa que el TEDH haya puesto el trato benévolo a las minorías por encima de cualquier otra consideración. En contra de las primeras exhortaciones de las agrupaciones romaníes, que consideraban el caso *Muñoz Díaz* un *leading case* que pudiera abrir las puertas a los romaníes de toda Europa a ver reconocidas prestaciones y subsidios estatales sin cumplir los requisitos formales exigidos legalmente, se observa que el tribunal se ha limitado a dictar la «justicia del caso concreto». No se formula ninguna teoría general sobre la discriminación racial en las prestaciones de la seguridad social, que según el tribunal se pueden inscribir en la protección de la propiedad privada del art. 1 del Protocolo Adicional. En su lugar, se atiende a las particulares circunstancias del caso, en cuanto que la Administración Pública española ya venía reconociendo este matrimonio en otros contextos.

El presente asunto *Muñoz Díaz* confirma además que los Estados mantienen un amplio margen de apreciación para decidir sobre la atribución de efectos jurídicos a los matrimonios celebrados de acuerdo con las costumbres y tradiciones de las minorías nacionales. Según el TEDH, la protección del derecho a contraer matrimonio del art. 12 CEDH no constituye ningún obstáculo a que el Estado exija que sus ciudada-

nos inscriban sus matrimonios en el Registro Civil. No obstante, hemos observado, a partir de algunos ejemplos, que la práctica estatal en Europa se está abriendo hacia el reconocimiento de los efectos de las costumbres y tradiciones de las minorías nacionales, con lo que no parece haber obstáculo a que también en España se abriera el debate sobre esta cuestión. Sin embargo, volvemos al principio de nuestras observaciones finales: como primerísimo paso, antes de emprender cualquier medida de protección positiva de los romaníes, haría falta la efectividad de su trato igualitario en relación con el resto de la población.

Björn ARP
Universidad de Alcalá de Henares

5. REFLEXIONES CON OCASIÓN DE LA CELEBRACIÓN DEL III FORO DE LA ALIANZA DE CIVILIZACIONES (RÍO DE JANEIRO, 27-29 DE MAYO DE 2010): ¿QUÉ FUTURO PARA LA DIVERSIDAD DE LAS EXPRESIONES CULTURALES?

1. La celebración del III Foro de la Alianza de Civilizaciones a finales del pasado mes de mayo constituye una ocasión idónea para reflexionar sobre la situación de la *diversidad de las expresiones culturales*, y las posibilidades de que todas ellas puedan promocionarse y preservarse, en el contexto actual de creciente homogenización cultural consecuencia del modo en que se lleva a cabo el proceso de globalización. Debemos tener en cuenta que hoy en día la mayor parte de las expresiones culturales se canalizan a través de los productos culturales, surgidos de las industrias culturales. En el terreno jurídico, es la *Convención para la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, adoptada en el seno de la UNESCO, en octubre de 2005, que viene a establecer obligaciones para los Estados con el fin de lograr un equilibrio internacional en el intercambio de estos productos culturales, de modo que la diversidad de expresiones culturales de todo el mundo pueda ser preservada.

Coherente con este objetivo, la Directora General de la UNESCO, Irina Bokova, alertaba, en el foro de Río de Janeiro, acerca de la extensión de una nueva forma de «analfabetismo intercultural» que acaba traducándose en diferentes formas de conflicto, sosteniendo que «la comprensión de otras culturas es “crucial” para el éxito de las relaciones internacionales y para un futuro pacífico» («Brasil: comienzan los festejos de la Cumbre de la Alianza de las Civilizaciones», *Información y Análisis de América Latina*. 27-05-2010. http://www.infolatam.com/entrada/brasil_comienzan_los_festejos_de_la_cumb21001.html). Con motivo de la presentación del Año Internacional de Acercamiento de las Culturas (2010) en febrero de este año la Directora General de la Organización parisina había señalado que los temas relativos al papel esencial de la diversidad cultural y el diálogo entre las culturas merecerían un lugar «absolutamente central» en la agenda de las Relaciones Internacionales, pero que, sin embargo «no figuran en ella de un modo suficientemente relevante» («Irina Bokova subraya la necesidad de invertir en diversidad cultural en el Foro Mundial de la Alianza de Civilizaciones», UNESCO 27 de mayo de 2010, http://www.unesco.org/new/es/media-services/singleview/news/forum_of_the_alliance_of_civilizations_irina_bokova_emphasizes_need_to_invest_in_cultural_diversity/). El III Foro de la Alianza de Civilizaciones se presentaba por tanto como una ocasión idónea para prestar la debida atención a estos temas.

2. Recordemos que la Alianza de Civilizaciones se estableció en 2005 a partir de la iniciativa de los gobiernos de España y de Turquía, bajo los auspicios de las

Naciones Unidas, con el propósito de aumentar las relaciones de comprensión y cooperación entre las diferentes culturas y religiones —sobre todo aunque no sólo, entre Occidente y el mundo musulmán—, amplificar las voces de moderación y reconciliación y ayudar a calmar las tensiones religiosas y culturales, permitiendo contrarrestar el extremismo. En el horizonte más profundo de la Alianza se ubica la prevención de los conflictos y la construcción de la paz.

El entonces Secretario General de las Naciones Unidas Kofi Anna creó un grupo de expertos de alto nivel con el fin de que explorasen las raíces de los enfrentamientos actuales entre sociedades y culturas, y de que estableciesen un programa práctico de acción. El 26 de abril de 2007, el entonces presidente de Portugal Jorge Sampaio fue nombrado por el Secretario de las Naciones Unidas como el Alto Representante de la Alianza de Civilizaciones para conducir la fase de implementación de la Alianza.

La Alianza, con sede en Nueva York, está apoyada por un Grupo de Amigos —una comunidad de alrededor de 120 Estados y Organizaciones Internacionales—.

3. La facilitación de un genuino diálogo intercultural, propósito de la Alianza de Civilizaciones, y herramienta fundamental en el logro de la paz, así como la creencia, tanto en la posibilidad del mismo como en sus potencialidades, se contraponen a las tesis que auguran un choque inevitable entre las civilizaciones. En este sentido el diálogo intercultural, más allá de su oportunidad innegable desde un plano ético, se impone como necesario para el logro de los objetivos de paz y seguridad internacionales (BENEYTO, J. M., «Identidad y conflictos culturales: la nueva perspectiva de la seguridad», *La seguridad de la Unión Europea: nuevos factores de crisis*, Madrid, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 2006, p. 21)

Hay una relación clara entre el diálogo intercultural y *la necesidad de preservar y promocionar la diversidad de expresiones culturales*. Siguiendo a Beneyto, para el establecimiento de este diálogo es necesario «en primer lugar la garantía de un determinado nivel de seguridad para las diferentes comunidades y pueblos, que suponga la garantía de la propia existencia y también de... unos determinados modos de vida» (*ibid.*, p. 21). El diálogo intercultural requiere por tanto de la diversidad cultural. Por otro lado el diálogo intercultural exige el conocimiento del otro, para poder valorarlo correctamente. La promoción de la diversidad cultural favorece evidentemente este conocimiento.

Además, el respeto de la diversidad cultural es básico en la lucha contra el fundamentalismo como una reacción identitaria (*repliegue identitario*) que pretende «reconstruir una comunidad mítica de valores originarios frente al proceso... de globalización (económica, financiera, y técnica). Este repliegue crece a medida que las culturas locales, a través de la acción del mercado y de una comunicación globalizada, se hacen a la vez permeables e impermeables a formas de cultura concretas que tienden a ser dominantes, basadas en la reproducción industrial y en la facilidad de las telecomunicaciones» (*ibid.*, p. 24). La *promoción y protección de una diversidad de las expresiones culturales que se canalizan a través del comercio internacional de productos culturales* es esencial en la lucha contra el fundamentalismo en la medida en que un intercambio más igualitario de bienes culturales permite evitar tal amenaza a las culturas producida al hilo de la tendencia de homogenización cultural, y en todo caso, la *sensación* de que las culturas están amenazadas.

Y es que como señala Ivan Bernier (BERNIER, I., «Preservación y desarrollo de la diversidad cultural: su necesidad y perspectivas de acción», *Primer Encuentro In-*

ternacional de Asociaciones Profesionales del ámbito de la Cultura, Montreal, 10-13 de septiembre de 2001, p. 3) el problema esencial que plantea la globalización en relación con las expresiones culturales se traduce en la dificultad de la ciudadanía de ejercer los derechos culturales. Lógicamente la globalización introduce cambios en los valores, maneras de ser y actuar. Y esto, en sí mismo, no es perjudicial para el ejercicio de los derechos culturales, pues para sobrevivir, toda cultura nacional está condenada a tener que adaptarse con el tiempo a una serie de cambios. Para este autor, el verdadero problema está en el modo en que se realiza la globalización: a través de «la penetración masiva de productos culturales extranjeros... que... llegan a sofocar la producción nacional, privando de esa manera a las comunidades afectadas de un discurso simbólico esencial para su propio desarrollo». El problema se acentúa si tenemos en cuenta que los creadores e intermediarios culturales desempeñan una función de primer orden en la adaptación de las culturas al cambio, en la medida en que los mismos crean un espacio de confrontación crítica entre valores nacionales y extranjeros. La falta de esa confrontación de valores, en condiciones de interculturalidad, hace que las influencias no sean «comprendidas y deseadas por los ciudadanos»; sino que más bien son impuestas de modo que se imposibilita al ciudadano la participación en la vida cultural de manera libre.

4. El instrumento internacional clave en esta cuestión, es como apuntamos, la *Convención de 2005 para la protección y la promoción de la diversidad de expresiones culturales* cuyo objetivo es precisamente lograr un *equilibrio cultural* en los intercambios comerciales internacionales de bienes y servicios culturales.

La Convención se refiere al papel fundamental de la diversidad cultural en la facilitación del diálogo intercultural y en la consecución de la paz al *recordar* en su Preámbulo que «la diversidad cultural, tal y como prospera en un marco de democracia, tolerancia, justicia social y respeto mutuo entre los pueblos y las culturas, es indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional».

Por si esto fuera poco ubica entre uno de sus objetivos el fomento del «diálogo entre culturas a fin de garantizar intercambios culturales más amplios y equilibrados en el mundo en pro del respeto intercultural y una cultura de paz» [art. 1.c)] y de la «interculturalidad con el fin de desarrollar la interacción cultural, con el espíritu de construir puentes entre los pueblos» [art. 1.d)]

Recordemos, en este sentido, las declaraciones del entonces ministro de cultura francés Donnedieu de Vabres que señalaba, una vez aprobada la Convención, que el fin último de ésta estaba al servicio de *un objeto mayor* que el relacionado con el *comercio de bienes y servicios culturales*. Así, señalaba que la Convención, si bien tenía consecuencias prácticas para el futuro de las industrias culturales, fundamentalmente se trataba de una batalla de principios. Según el político francés, el fin último de la Convención era la búsqueda de la paz a través de la cultura, lo cual constituye además una de las misiones de la propia UNESCO (UNESCO, «Cultural diversity - Entrevista a Renaud Donnedieu de Vabres», *Libération*, 17 de octubre de 2005). Señalaba, además, en el periódico *Le Monde* (en un artículo titulado *La diversité culturelle n'est pas une arrogance*, el 19 de octubre de 2005) que una de las respuestas esenciales a los desafíos del terrorismo y a las violencias de nuestro tiempo reside en la preservación de las identidades culturales (BARRIOS ALMANZOR, P., «UNESCO is different», *ARI*, núm. 130/2005, de 3 de noviembre de 2005).

Además, la Convención ofrece una definición de lo que ha de entenderse por «interculturalidad» (art. 4.8) a efectos de la Convención, señalando que este término se refiere a «la presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de

generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo».

Tengamos en cuenta que la Convención bebe del espíritu de la Declaración Universal de la UNESCO sobre diversidad cultural, que se refiere, a diferencia de la Convención, a la *diversidad cultural en sentido amplio*, más allá de la canalizada a través del comercio internacional de productos culturales. Esta Declaración fue adoptada por unanimidad en un contexto muy particular, pocos días después de los atentados del 11 de septiembre. Como señaló el entonces Director General de la UNESCO, Koïchiro Matsuura, fue la reunión de la 31.ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO —la que adoptó la Declaración— la primera a nivel ministerial que tenía lugar después de los terribles acontecimientos, y se aprovechó la ocasión para que los Estados reafirmasen su convicción de que «el diálogo intercultural constituye la mejor herramienta para el logro de la paz y para rechazar categóricamente la tesis de conflictos inevitables entre culturas y civilizaciones» (UNESCO, «Déclaration universelle sur la diversité culturelle. Une vision, Une plateforme conceptuelle, Une boîte, Un nouveau paradigme», *Série Diversité culturelle*, núm. 1, p. 3).

5. El papel de la *diversidad cultural* en el diálogo intercultural ha quedado patente en el último «Informe Mundial de la UNESCO: Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural». Un informe, por cierto, que entra de lleno en las dificultades vinculadas al diálogo intercultural reconociendo que «los dos últimos decenios, con el número creciente de acontecimientos para un Diálogo entre Culturas y Civilizaciones, son decenios perdidos. La mayoría de los esfuerzos se empeñaron en un concepto de diálogo excesivamente limitado, que quedó circunscrito dentro de la lógica de la hipótesis del “choque” de Huntington, a pesar de contradecir sus conclusiones» (UNESCO, «Informe Mundial de la UNESCO: Invertir en la diversidad cultural y el diálogo intercultural», p. 46).

El Informe hace una llamada «para desarrollar un lenguaje común para la comprensión y el respeto de las diferencias culturales, sin menoscabo de nuestros valores universales». Señala que «muchos elementos de este lenguaje común se han desarrollado a lo largo del último decenio», y entre los más importantes de estos elementos ubica el concepto de diversidad cultural.

Estos esfuerzos están en sintonía con la proclamación de este año 2010 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/RES/62/90) como el «Año Internacional de Acercamiento entre Culturas» cuyo objetivo principal es demostrar «los beneficios de la diversidad cultural a través de la puesta en conocimiento de la importancia de las constantes transferencias e intercambios entre culturas y los lazos forjados entre ellas desde tiempos remotos» (UNESCO, «International Year of the Rapprochement of Cultures», p. 3, traducción nuestra).

La última resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativa a «los derechos humanos y la diversidad cultural» (A/RES/64/174) viene a resaltar la relación *diversidad cultural-diálogo intercultural-paz*. En concreto «afirma que la Comunidad Internacional debe tratar de reaccionar ante los desafíos y las oportunidades que plantea la globalización de una manera que respete la diversidad cultural de todos» (punto 4) y «expresa su determinación de impedir y mitigar la homogeneización cultural en el contexto de la globalización mediante un mayor intercambio cultural inspirado en la promoción y la protección de la diversidad cultural» (punto 5). Insta, además, a las Organizaciones Internacionales pertinentes a que realicen estudios sobre el modo en que el respeto de la diversidad cultural contribuye a fomentar la solidaridad internacional y la cooperación entre todas las naciones. Destacamos para terminar

que la Resolución se reafirma en la consideración realizada por la Declaración del Milenio de considerar la *tolerancia* como uno de los «*valores fundamentales esenciales para las relaciones internacionales en el siglo XXI, que debe incluir la promoción activa de una cultura de paz y diálogo entre las civilizaciones, y que los seres humanos deben respetarse mutuamente, en toda su diversidad de creencias, culturas e idiomas, sin temer ni reprimir las diferencias dentro de las sociedades o entre ellas, sino estimándolas como preciados bienes de la humanidad*» (punto 2, la cursiva es nuestra). No obstante debemos poner de manifiesto que esta Resolución fue adoptada con el considerable número de 50 votos en contra.

6. Si la promoción de la diversidad cultural es fundamental para el logro de un auténtico diálogo intercultural y, por tanto, para la construcción de la paz, se trata, a su vez, sobre todo en relación con la *diversidad cultural canalizada a través del comercio internacional de productos culturales*, de un asunto difícil y espinoso de las Relaciones Internacionales allí donde los haya, en la medida en que en el mismo convergen intereses de diversa índole. Nos estamos refiriendo a la problemática relación entre los intereses comerciales de un lado, y los intereses culturales de otro, problemática que está en el corazón de la regulación del comercio internacional de estos productos (puede consultarse en este sentido la obra colectiva: FERNÁNDEZ LIESA, C. R., y PRIETO, J., *Cultura y Comercio en la Comunidad Internacional*, Escuela Diplomática, 2007).

Este conflicto de intereses quedó patente en el momento de la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en la Ronda de Uruguay en 1993, cuando se forjó la *excepción cultural*, que ofreció, en el marco del Acuerdo General de comercio de Servicios (AGCS) un «trato especial» para los servicios audiovisuales de aquellos Estados que optaron por no contraer obligaciones de acceso al mercado y de aplicación del Trato Nacional para tales productos, y por establecer exenciones al principio de trato de la Nación Más Favorecida (NMF) —art. II del AGCS— en relación con los mismos. Estados Unidos se había opuesto, sin éxito, a dicha *excepción cultural*, que permitió hacer compatibles con el sistema de la OMC políticas culturales de los Estados que de otro modo hubiesen resultado incompatibles con el mismo. Es el caso de los acuerdos de coproducción de obras audiovisuales (TORRENT, R., y GÓMEZ BUSTOS, L., «Informe sobre el tratamiento del sector audiovisual y la diversidad cultural en el marco de los principales acuerdos y organizaciones internacionales», *Broadcasting and Cultural Diversity*, 2005, p. 131). Los acuerdos de coproducción son uno de los instrumentos principales de política cultural que utilizan los estados para promover su industria audiovisual. Las razones que aducen los Estados para la suscripción de este tipo de acuerdos están en relación con la promoción de los vínculos culturales existentes entre los estados que los suscriben. En este sentido, son indispensables estas exenciones al principio de la NMF pues como señala Jesús Prieto «este principio golpea el nervio mismo de la lógica de la cooperación cultural entre países cultural o lingüísticamente afines, que pueden querer establecer acuerdos de colaboración privilegiados, precisamente y no para otra cosa que para la afirmación de su afinidad» [PRIETO DE PEDRO, J., «Excepción y diversidad cultural (versión provisional)», Madrid, Fundación Alternativas, 2005, p. 58].

Sin embargo, este régimen de la *excepción cultural* se caracterizaba por su precariedad pues bien pudiera argumentarse que una actitud persistente en no contraer compromisos en el sector audiovisual es susceptible de contradecir el espíritu del art. XIX del acuerdo AGCS, que prevé sucesivas rondas de negociaciones a fin de lograr la «reducción o eliminación de los efectos desfavorables de las medidas en el comercio de servicios, como medio de facilitar un acceso efectivo a los mercados». Por otro lado, la lista de exenciones al principio de NMF está sometida al Anexo sobre

excepciones al art. II cuyo punto 6 establece que «en principio, estas exenciones no deberán exceder de un plazo de 10 años». Ello revela el carácter *temporal* que los autores del AGCS han querido otorgarle a tales exenciones, si bien la frase «deja la puerta abierta» a que puedan durar más de 10 años (TORRENT, R., y GÓMEZ BUSTOS, L., *op. cit.*, p. 86). A continuación el punto 6 añade, que «en cualquier caso [las exenciones] estarán sujetas a negociación en posteriores rondas de liberalización del comercio». La cuestión, por tanto, no estaría cerrada (RUIZ-FABRI, H., «Étude sur les enjeux juridiques et institutionnels liés à l'élaboration d'une convention sur la Diversité culturelle par l'UNESCO», *Francophonie*, marzo de 2004).

Así, las disposiciones de liberalización del comercio de servicios se aplican a la cultura y al sector audiovisual como a cualquier otro sector de los servicios. Con vistas al futuro, ningún miembro de la OMC podría rechazar una negociación sobre la liberalización del audiovisual. Este sector ya está incluido en el acuerdo AGCS y nadie se podrá oponer a que sea tratada su liberalización en negociaciones futuras. Ante la inminencia del ciclo de negociaciones de Doha (Qatar) en noviembre de 2001, surgió la idea, por parte de los actores y Estados más interesados (principalmente Francia y Canadá) de crear un instrumento internacional que *protegiese la diversidad de expresiones canalizadas a través de los bienes y servicios culturales*, que ofreciese un régimen estable que permitiese a los Estados llevar a cabo políticas culturales favorables a la diversidad cultural en el ámbito de la producción y comercialización de productos culturales, obteniéndose, tras duras negociaciones en las que la superpotencia estadounidense terminó prácticamente aislada en su empeño de oponerse al nuevo instrumento, la aprobación el 20 de octubre de 2005 de la *Convención para la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*.

6. Debemos tener en cuenta que las políticas que los Estados Unidos llevan a cabo en el ámbito audiovisual son frontalmente opuestas a las exigencias de la diversidad cultural.

En el ámbito del cine, Estados Unidos mantiene la hegemonía mundial desde que le arrebató el puesto a Francia, en 1917, «debido a las consecuencias de la I Guerra Mundial sobre la industria del cine francesa» (PRIETO DE PEDRO, *op. cit.*, p. 37). En la actualidad, el cine es su segundo sector de exportación después del aeronáutico.

Por otro lado, no le falta razón a cierta doctrina que ha venido calificando de «hegemonía cultural» el comportamiento estadounidense de exportación de un modelo económico, apoyado por ciertos instrumentos como la ideología, los modos de consumo, o los productos culturales, que buscaría colocar los productos estadounidenses en nuevos mercados utilizando estos factores como herramientas [(MONTERO JIMÉNEZ, J. A., «Diplomacia pública, debate político e historiografía», *La ofensiva cultural norteamericana durante la Guerra Fría*, *Ayer*, Revista de Historia Contemporánea, 75/2009 (3), p. 73].

Y es que la exportación del modelo económico liberal es una característica de la diplomacia pública estadounidense. Ello se remonta a las actuaciones típicas de la Guerra Fría, y al uso de la cultura como forma de expandir las ideologías políticas. En este sentido, en Estados Unidos no existía a principios de los años cincuenta la noción de una «cultural oficial» que exportar al extranjero como propia, como nacional. Era difícil de definir una cultura estadounidense, de ahí que se recurriese a los valores como ámbito principal —si se quiere, de la cultura— sobre el que recaían sus políticas de propaganda: los modos de vida, las conquistas tecnológicas o los logros en el terreno del bienestar; fueron algunas de las materias principales de esta propaganda cultural [NIÑO, A., «Uso y Abuso de las relaciones culturales en política inter-

nacional», en *La ofensiva cultural norteamericana durante la Guerra Fría*, Ayer, Revista de Historia Contemporánea, 75/2009 (3) p. 42]. Ello estaría en clara relación con la consideración como *productos de entretenimiento* de lo que otros Estados consideran *producción cultural*.

No es de extrañar que la doctrina señale que Declaración de la UNESCO sobre diversidad cultural hubiese tenido un contenido muy diferente de haber formado parte de la Organización los Estados Unidos en el momento de su adopción (RUIZ FABRI, citando a V. B GOURNAY. Véase RUIZ-FABRI, H., «Jeux de la fragmentation: la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles», *RGDIP*, vol. 2, Paris, Pedone, 2007. p. 57).

Mientras prácticamente todos los demás Estados trabajaban con energía en la elaboración de un instrumento para la protección y la promoción de la diversidad cultural, Estados Unidos empleaba todos los medios para impedir su éxito. Sólo Israel votó, al igual que Estados Unidos, en contra de la Convención de 2005, y de los cuatro Estados que se abstuvieron —Liberia, Honduras, Nicaragua y Australia— los dos últimos ya la han ratificado.

7. En todo caso, el cambio de Administración estadounidense abre perspectivas favorables a la diversidad cultural. La nueva estrategia de Seguridad Nacional (http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/national_security_strategy.pdf) del presidente Obama «pone fin a la idea de que Estados Unidos contaba con la autoridad moral, derivada de su excepcionalidad como faro democrático, para imponer su modelo sin contar con nadie» («Obama entierra el ardor guerrero de Bush», *El País*, 27 de mayo de 2010).

Ya el discurso del presidente Obama emitido en junio de 2009 en la Universidad Al-Azhar del Cairo —que fue alabado por la Directora General de la UNESCO en su discurso de toma de posesión del cargo (Discurso pronunciado en la 18.^a sesión plenaria de la Conferencia General de la UNESCO, 23 de octubre de 2009, Documento 35 C/INF.43, 3 de noviembre de 2009, p. 3)— ofrecía un nuevo planteamiento en las relaciones con el Islam, resaltando los valores comunes a las diferentes culturas así como el completo rechazo de la violencia, resultando muy positivo para el diálogo intercultural (GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Radicales y reformistas en el Islam (sobre el uso de la violencia)», *REDI*, vol. LXI, 2009, núm. 1, enero-junio, p. 37).

En la misma línea está la incorporación de los Estados Unidos al grupo de Amigos de la Alianza de Civilizaciones, y su participación en el III Foro celebrado en Río de Janeiro en dicha calidad (CROWLEY, P. J., «U.S. Membership in the UN Alliance of Civilizations», Washington, DC, 13 de mayo de 2010, <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2010/05/141812.htm>). Los Estados Unidos, «a través de dicha incorporación reconocen la importancia de las Naciones Unidas en la construcción de la confianza, reconciliación y mutuo respeto a la diversidad de comunidades y culturas» (BRIMMER, E., «Remarks before the Ministerial Meeting at the Alliance of Civilizations Rio Forum», 28 de mayo de 2010, <http://www.state.gov/p/io/rm/2010/142493.htm>, traducción nuestra).

Sin embargo, este cambio de actitud no ha tenido su correspondiente reflejo en un cambio de posición, todavía, en relación con la Convención de 2005. Sin duda, se trata, éste último, de un asunto que afecta de lleno a la economía estadounidense y en concreto a sectores muy potentes como el del *entretenimiento*. No hay duda de que a la Motion Picture Association of America (MPAA), asociación que agrupa a las *majors* estadounidenses, no le benefician las cuotas o las subvenciones que la Convención legitima (BENKOSKI, H., «Lettre ouverte au président Barack Obama

concernant la Convention sur la diversité des expressions culturelles», *Le soir*, 18 de febrero de 2009).

8. De la misma manera, la Declaración final de Río de Janeiro (<http://www.pnac.es/Actualidad/NotasPrensa/CONCLUSIONES+III+FORO+RIO.htm>), emitida por consenso, no contempla ninguna mención a la Convención, o al objetivo de lograr un comercio internacional *culturalmente equilibrado* de bienes y servicios culturales. Sí reafirma el compromiso con los objetivos de la Constitución de la UNESCO y de la Declaración Universal de Diversidad Cultural de 2001, pero no se refiere a la Convención.

Ello, a pesar de que uno de los talleres desarrollados a lo largo de foro que se centró en el tema «Conformando percepciones, retando estereotipos» se refirió a una cuestión íntimamente ligada al tema del comercio internacional de productos culturales, cual es la cuestión de la necesidad de diversificar las voces que participan en el contexto de los mercados mediáticos («IIIrd UN Alliance of Civilizations Forum Rio de Janeiro, Brazil, May 27-29, 2010. Summary of events on may 27 and may 28 and major announcements», p. 3, <http://www.pnac.es/NR/rdonlyres/A23562F8-0BD0-4E41-A742-BADB463F6F2D/109818/Summaryofeventsandmajorannouncements27y27May.pdf>).

Si los Estados que participan en la Alianza de Civilizaciones quieren realmente un diálogo entre culturas genuino, deberían tener en cuenta la importancia de la diversidad cultural en el logro del mismo. Siendo la forma de manifestación cultural actualmente mayoritaria la que ofrecen los productos culturales, la regulación de un comercio equilibrado culturalmente de los mismos es esencial. En este sentido, la ratificación y cumplimiento de la *Convención para la protección y promoción de la diversidad de expresiones culturales* revisten especial interés.

Beatriz BARREIRO CARRIL
Universidad Rey Juan Carlos

6. AVANCES RECIENTES EN LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL TERRORISMO ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS ESTADOS UNIDOS: LA DECLARACIÓN CONJUNTA DE 3 DE JUNIO DE 2010 SUSCRITA EN EL MARCO DE LA PRESIDENCIA ESPAÑOLA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. A lo largo del primer semestre de 2010 y durante la presidencia Española del Consejo de la Unión Europea se han experimentado importantes avances sobre cooperación en la lucha contra el terrorismo entre la Unión Europea (en adelante, UE) y los Estados Unidos (en adelante, EEUU). Entre estos avances, merecen destacarse como antecedentes las declaraciones conjuntas de la UE y EEUU adoptadas previamente en Washington en diciembre de 2009 oportunidad en la que se ratificaron los Acuerdos entre la UE y EEUU en materia de asistencia jurídica y de extradición; el Acuerdo relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la UE a los EEUU en el marco del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo suscrito en noviembre de 2009 y la Declaración sobre seguridad aérea de Toledo adoptada en enero de 2010 durante la primera reunión del Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea, ya bajo la Presidencia Española de la UE. Más recientemente, a inicios de junio, la UE y EEUU suscribieron, bajo los auspicios de la Presidencia Española, una Declaración Conjunta sobre la cooperación en materia de terrorismo que resume los aspectos centrales de la cooperación pasada y define los escenarios de acción conjunta futura.

Cabe resaltar que dichos acuerdos y declaraciones se enmarcan dentro de la agenda transatlántica desarrollada en el espacio de libertad, seguridad y justicia y reforzada años atrás por la UE y los EEUU tras el cambio radical del contexto internacional acaecido a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001. A su vez, y posteriormente, los atentados de Madrid de 11 de marzo de 2004 y de Londres de 7 de julio de 2005, marcaron un nuevo giro en la estrategia transatlántica en materia de lucha contra el terrorismo. A partir de entonces, las relaciones se han reconducido dentro de lo que se ha definido como una «Nueva Agenda Transatlántica» que abarca una serie de foros bipartitos y reuniones periódicas destinados a tratar temas de interés común en materia de lucha contra el terrorismo.

Teniendo en cuenta los nuevos desafíos globales de seguridad y la necesidad de fortalecer la cooperación transnacional, la Presidencia Española de la UE estableció la cooperación en materia de lucha contra el terrorismo como uno de los objetivos prioritarios del semestre. Es en ese marco, en el que se inserta la Declaración Conjunta sobre la cooperación en materia de terrorismo (en adelante, la Declaración), aprobada el 3 de junio de 2010 por el Consejo JAI, presidido por el Ministro del Interior español, Alfredo Pérez Rubalcaba. La Declaración, en líneas generales, establece las bases para reforzar la cooperación y el trabajo conjunto entre la Unión Europea y EEUU en la lucha contra el terrorismo internacional, previendo una serie de acciones comunes y, resaltando, a la vez, los valores que las fundamentan y la garantía del respeto de los derechos humanos.

En los apartados siguientes se señalan los puntos centrales desarrollados por la Declaración.

2. La Declaración enfatiza, como tradicionalmente lo han venido reconociendo los instrumentos adoptados hasta la fecha, que es en el contexto de Naciones Unidas en el cual se ha desenvuelto y se desenvolverá la cooperación transatlántica en materia de lucha contra el terrorismo. En ese sentido, tanto la UE como los EEUU se comprometieron a fortalecer el papel de Naciones Unidas en materia antiterrorista, así como a mantener las listas internacionales de personas vinculadas con actividades terroristas. Se reconoce a la Estrategia mundial de lucha contra el terrorismo de las Naciones Unidas (adoptada en septiembre de 2006) como instrumento único para intensificar los esfuerzos en la lucha contra el terrorismo por el enfoque global que proporciona. A estos efectos, la UE y los EEUU acordaron incrementar la coordinación entre los diversos Estados apoyando la labor del Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo para asegurar la coordinación y coherencia general en la lucha contra el terrorismo en el marco del sistema de las Naciones Unidas. En la Declaración se insiste, además, en la ratificación y plena aplicación a escala mundial de todos los convenios y protocolos relativos a la lucha contra el terrorismo, incluida la ratificación por EEUU y los Estados miembros de la UE de los convenios y protocolos recientes (fundamentalmente de aquellos adoptados a partir de 2005). La Declaración expresa, igualmente, la necesidad de apoyar la mejora de aquellos instrumentos jurídicos internacionales de lucha contra el terrorismo cuando se planteen dificultades de tipo jurídico en su aplicación.

3. El segundo punto es la cooperación contra el terrorismo talibán. Tal como ha venido aconteciendo, la UE y los EEUU reafirmaron la vigencia de la lista consolidada confeccionada y mantenida por el comité 1267 del Consejo de Seguridad de la ONU, en su carácter de «instrumento multilateral vital y efectivo» frente a la amenaza generada por Al Qaeda y los talibanes. No obstante, se pone de relieve en la Declaración que es imprescindible mejorar la elaboración y modificación de listas de la forma más

equitativa y transparente posible, sobre la base de una correcta identificación de la información como paso previo esencial para la aplicación efectiva del embargo preventivo de bienes. Como otro aspecto interesante, la Declaración aborda la no menos controvertida cuestión referida al mejoramiento de la eficacia e imparcialidad del régimen de sanciones, incluyendo la transparencia de las sanciones aplicadas en este marco y la implementación de los procedimientos previstos por la resolución 1904 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que contempla las funciones de un Defensor del Pueblo. Por lo demás, se reafirma el compromiso común (asumido en el marco de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) de garantizar la eficacia de los esfuerzos en lo que se refiere al embargo preventivo de bienes y al bloqueo de transacciones mediante la adopción de medidas concretas.

4. En lo que se refiere al respeto del marco de legalidad internacional y los derechos humanos, en primer lugar, la Declaración reivindica el respeto del Estado de Derecho, la soberanía estatal y la legislación internacional como los pilares sobre los que se asienta la cooperación bilateral en materia de lucha contra el terrorismo. Luego, y en diversas partes del texto se mencionan, como garantías, la protección y defensa de las libertades y la democracia, el respeto al Derecho internacional en todas sus variantes aplicables a la lucha contra el terrorismo, la protección de los derechos humanos, así como el respeto al Derecho internacional humanitario. Se reconoce que el fortalecimiento de la democracia y de los derechos humanos constituye un principio básico del enfoque conjunto para luchar contra el terrorismo, el cual debe ser incorporado de manera transversal en todos los programas que se pongan en marcha entre la UE y los EEUU.

5. La Declaración contiene una importante acuerdo entre la UE y los EEUU para combatir la impunidad por eventuales excesos cometidos en la lucha contra el terrorismo. De este modo, se estipula que el Estado cuyo personal haya cometido presuntamente abusos en el intento de luchar contra el terrorismo sea responsable en primera instancia de la investigación y consideración del enjuiciamiento penal de dicha conducta. Se abre de este modo la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad del Estado y de individuos por las medidas adoptadas en materia de lucha contra el terrorismo cuando éstas exceden la legalidad sin justificación.

6. Otro punto es la cooperación penal y diálogo judicial. Con el fin de mantener la agenda bilateral actualizada y reforzar la cooperación sobre cuestiones jurídicas internacionales relativas a la lucha contra el terrorismo, la UE y los EEUU se comprometieron a seguir colaborando en las reuniones semestrales en las que participan los consejeros jurídicos de los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (COJUR), representantes de la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión Europea y el consejero jurídico del Departamento de Estado de EEUU. De igual modo, se prevé el intercambio adecuado de información y la cooperación en la prevención, investigación y enjuiciamiento de delitos relacionados con el terrorismo, utilizando los nuevos instrumentos facilitados por los Acuerdos entre la UE y EEUU en materia de asistencia jurídica y de extradición.

7. En la Sección II, los Estados reafirman el compromiso en el combate contra el terrorismo, tanto conjuntamente como con el resto de la comunidad internacional, incluyendo una serie de instrumentos destinados a poner en práctica acciones concretas. Entre dichos instrumentos, se incluyen la labor policial, la cooperación judicial, los servicios de inteligencia, la actuación diplomática, los aspectos financieros y la seguridad.

8. Se prevé un catálogo de acciones conjuntas en todos los ámbitos (policial, judicial, de inteligencia, diplomático, financiero o de seguridad) referidas al intercam-

bio de información para la prevención, investigación y persecución del terrorismo, reforzando la protección de datos personales y la privacidad. Precisamente éste último aspecto ha sido una cuestión complicada en la cooperación transatlántica instaurada porque las medidas propuestas por EEUU no se adecuaban a los estándares de protección establecidos en el seno de la UE. En este sentido, la Declaración representa un paso hacia delante, por cuanto cristaliza el respeto de ciertos derechos fundamentales que son considerados como «valores fundamentales», tal como la protección de los datos personales y de la vida privada, resaltando que, en todo caso, el intercambio de información y la cooperación en la prevención, investigación y enjuiciamiento del terrorismo se debe llevar a cabo dentro del pleno respeto de las obligaciones adquiridas en el marco del Derecho internacional y del Derecho constitucional nacional que sean de aplicación.

9. En lo que respecta a los controles de seguridad, la UE y EEUU se comprometieron a mejorar su eficacia para prevenir los desplazamientos de los grupos terroristas y de sus miembros. En ese sentido, en la Declaración se menciona la implementación de «procesos amplios y eficaces en materia de seguridad fronteriza» y de un mejor control en lo que se refiere a la expedición de documentos de identidad.

10. En la Declaración se insiste en el fortalecimiento de mecanismos que impidan a los grupos terroristas acceder a los recursos financieros y económicos. En esta dirección, se incluyen medidas para facilitar el acceso a la información relativa a la financiación del terrorismo y se establece que dicha información sea compartida entre los Estados con el objeto de rastrear, investigar, desarticular y enjuiciar mejor la actividad terrorista, observando siempre el pleno respeto de la garantía de protección de los datos personales y privados.

11. En materia de seguridad y control de NRBO, la Declaración prevé la adopción de un mecanismo conjunto más estable para la cooperación UE-EEUU en materia de explosivos y de cualquier material nuclear, radiológico, bacteriológico y químico (NRBO) y la protección de las infraestructuras críticas.

12. Una novedad importante que incluye la Declaración es el reconocimiento del rol que le cabe a la sociedad civil en la lucha contra el terrorismo. También se subraya la necesidad de dar adecuada respuesta a las reclamaciones legítimas de las minorías y los individuos en relación con las libertades civiles, como manera de prevenir la captación por parte de grupos terroristas. Se reconoce, asimismo, la necesidad de adoptar medidas para hacer frente a las condiciones que llevan a la radicalización violenta y a la captación de terroristas, como ocurre en los casos de ausencia o debilidad del Estado de Derecho. Finalmente, se hace hincapié en el fomento, dentro del marco de la ONU, de los esfuerzos emprendidos para intensificar el diálogo y mejorar la comprensión entre las civilizaciones.

13. Del análisis de la Declaración, surge que ésta resume los aspectos centrales contemplados en el conjunto de acuerdos suscritos dentro de la estrategia transatlántica de lucha contra el terrorismo, a la vez que fortalece el intercambio de información entre los Estados miembros de la UE y los EEUU, todo ello dentro de un marco en el que se refuerzan las garantías de protección de los derechos humanos. En efecto, la Declaración presenta una sistematización ordenada de cuanto se ha venido desarrollando en los últimos años entre la UE y los EEUU a través de los diversos instrumentos internacionales de cooperación en materia de lucha contra el terrorismo, pero no sólo eso, sino que va más allá, describiendo nuevas formas y escenarios de cooperación (judicial y de otra índole) e identificando nuevos ámbitos para las acciones futuras en el contexto de la agenda transatlántica UE-EEUU. Todo ello nos lleva a afirmar que, si

bien la Declaración es un instrumento de *soft law*, representa un avance significativo en la faz externa de la estrategia de la Unión Europea en lucha contra el terrorismo.

María BELÉN OLMOS
Universidad Rey Juan Carlos

7. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA: APRECIACIONES SOBRE EL FALLO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA SOBRE EL ASUNTO DE LAS PAPELERAS EN EL RÍO URUGUAY Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

1. Como es sabido, el río Uruguay es un curso de agua internacional, en el sentido de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Usos de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, de acuerdo con la definición prevista en el art. 2 de este instrumento.

El 20 de abril de 2010 se ha hecho público el tan esperado fallo del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) sobre el conocido como *asunto de las Papeleras en el río Uruguay*.

Esta controversia, que ha enfrentado a dos Estados con profundos vínculos sociales, históricos y políticos como son Argentina y Uruguay, constituía una oportunidad incuestionable para que el TIJ se pronunciara claramente sobre el impacto que la construcción en la ribera uruguaya del río tenía la construcción y puesta en funcionamiento de la planta de celulosa. Ahora bien, el TIJ no ha sorprendido con su sentencia, que nuevamente opta por dar una decisión conservadora de acuerdo con su práctica habitual.

2. Para ponernos en antecedentes, es necesario referirse a la autorización para la construcción de las plantas de celulosa, la construcción de una de ellas próxima a la localidad uruguaya de Fray Bentos, y su puesta en funcionamiento en noviembre de 2007. El Estatuto del Río Uruguay se recoge en el Tratado de 26 de febrero de 1975, que tiene por objeto «establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del río Uruguay», en tanto que curso de agua internacional, que, además, constituye la frontera entre ambos Estados.

En este instrumento, objeto central de la controversia, se establecen una serie de obligaciones y se crea la Comisión administradora del río Uruguay (CARU). Estas obligaciones son las clásicas que se aplican a este ámbito como, la de adoptar toda medida necesaria para garantizar la utilización racional y óptima del río (art. 4), la de informar a la otra parte y a la CARU de la «realización de obras de entidad suficiente [que puedan] afectar [a] la navegación, el régimen del río o a la calidad de sus aguas» (art. 7), la de respetar el procedimiento previsto en los arts. 7 y siguientes en relación a la obligación de información y notificación, la de preservar el medio ambiente e impedir su contaminación [art. 41.a)], y la de cooperar en la prevención de la contaminación del recurso compartido [art. 41.c)].

En 2002, Argentina tuvo conocimiento oficioso de la intención de Uruguay de construir las plantas de celulosa, ante lo cual solicitó a la CARU que instara a Uruguay a respetar el procedimiento previsto en los arts. 7 y siguientes en relación al procedimiento de información y consulta previa. Uruguay, por su parte, obvió durante un tiempo esta obligación.

Varios fueron los intentos a través del recurso a medios diplomáticos para poner fin a la diferencia, pero éstos no llegaron a buen puerto. Como consecuencia de ello, y de acuerdo con lo previsto en el art. 60 del Estatuto del río Uruguay, Argentina presentó su demanda el 4 de mayo de 2006. En su demanda, Argentina acusa a Uruguay de no haber respetado una serie de obligaciones, tanto procedimentales como de fondo, como son la obligación de tomar toda medida necesaria para garantizar la utilización racional y óptima del río, la obligación de informar a la CARU y a Argentina, la obligación de seguir el procedimiento de información y consulta previos, la obligación de tomar todas las medidas necesarias para preservar el medio acuático y de impedir la contaminación, de acuerdo con el deber de proceder a la realización de un estudio de evaluación del impacto medio ambiental, entre otras.

3. La obligación principal a la que alude el asunto y sobre la que se centra esta nota, sin analizar otro tipo de cuestiones que serán estudiadas en profundidad por la doctrina, se recoge en el art. 7 del Estatuto que dice así: «La parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del Río o la calidad de sus aguas, *deberá comunicarlo* a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte.

Si así se resolviere o no se llegare a una decisión al respecto, la parte interesada *deberá notificar* el proyecto a la otra parte a través de la misma Comisión. En la notificación deberán figurar los aspectos esenciales de la obra y, si fuere el caso, el modo de su operación y los demás datos técnicos que permitan a la parte notificada hacer una evaluación del efecto probable que la obra ocasionará a la navegación, al régimen del Río o a la calidad de sus aguas».

4. Sin entrar en el curso del procedimiento, ha parecido obvio desde el principio el hecho de que Uruguay ha incumplido con su obligación relativa al respeto del procedimiento de información y consulta previa. Así pues, ya señalé que Uruguay ha incumplido esta obligación de carácter procedimental («El Tribunal Internacional de Justicia en el ámbito iberoamericano. El asunto de las papeleras en el río Uruguay», en FERNÁNDEZ LIESA, C., *Tribunales Internacionales y Espacio Iberoamericano*, Thomson-Civitas, 2009, pp. 195 y ss., y «El asunto de las papeleras en el río Uruguay», *Medio ambiente y Derecho*, 2008), que forma parte del clásico deber de cooperar aplicable a los recursos compartidos. Y es que así lo afirma el TIJ, que considera que Uruguay no ha cumplido con el deber de información a la CARU ni de notificación a Argentina.

5. En el primer caso, el TIJ señala que la obligación de informar a la CARU permite activar la cooperación entre las partes, necesaria para la puesta en marcha de la obligación de prevención (párr. 102), por todo ello, la información transmitida por Uruguay a la CARU fue insuficiente. De hecho, el no haber informado de los trabajos previstos, antes de la autorización ambiental previa a la construcción, supone una violación del art. 7 del Estatuto (párr. 111). Por lo que respecta a la obligación de notificar a Argentina, para el TIJ estamos ante una obligación que está destinada a crear las condiciones necesarias para llevar a cabo una cooperación fructífera entre las partes permitiendo, sobre la base de una información lo más completa posible, evaluar el impacto del proyecto y, en su caso, negociar los arreglos necesarios para prevenir los perjuicios eventuales que el proyecto pudiera causar (párr. 113). En consecuencia, esta obligación es esencial (párr. 115), sobre todo por lo que respecta a las evaluaciones de impacto medioambiental, que tienen el objeto de permitir a la otra parte participar en el proceso destinando a asegurar una evaluación completa (párr. 119).

6. Pues bien, sí, el TIJ constata la violación por parte de Uruguay del deber de cooperar en su vertiente informativa tanto a la CARU como a Argentina, pero, ¿qué consecuencias se derivan de esta violación? El TIJ no reconoce que exista como consecuencia de este cumplimiento ningún deber en relación a la posible necesidad de hacer efectiva la responsabilidad internacional de Uruguay. Así, a pesar de que Argentina había solicitado la *restitutio in integrum*, en caso de que se considerara la violación por parte de Uruguay del deber de informar, el TIJ «*considère que la constatation du comportement illicite de l'Uruguay en ce qui concerne ses obligations de nature procédurale constitue en elle-même une mesure de satisfaction pour l'Argentine. Les manquements de l'Uruguay aux obligations de nature procédurale ayant eu lieu par le passé et ayant pris fin, il n'y a pas lieu d'en ordonner la cessation.*»

Y es que por lo que respecta al posible incumplimiento por parte de Uruguay de obligaciones materiales relativas a la protección medioambiental, la respuesta del TIJ ha sido en verdad previsible, y, en consecuencia, muy conservadora, en tanto que sigue la tendencia marcada por el *asunto Gabčíkovo-Nagymaros*, en tanto que Argentina no ha probado el peligro real que supone la actividad de las plantas de celulosa, en analogía a lo ocurrido con la argumentación húngara en el asunto aludido (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, CIJ, Rec. 1997, párrs. 49 y ss.). De hecho, como ya apunté hace tiempo era previsible que el TIJ aludiera a la importancia de los principios de prevención y a la subsiguiente obligación de evaluación del riesgo, pero, lamentablemente no ha avanzado más allá en la protección del medio ambiente. De hecho, en este sentido destaca la opinión disidente de los jueces Al-Khasawneh y Simma.

7. Ambos juristas consideran que se ha perdido una oportunidad de oro. Consideran que hace más de tres décadas dos Estados concluyeron un tratado muy progresista que pretendía regular, entre otras cuestiones, la gestión del ecosistema del río Uruguay, incluyendo la obligación de adoptar medidas para prevenir su contaminación, así como normas para cooperar y garantizar el flujo de información. Si bien ambos jueces comparten la opinión mayoritaria del TIJ en relación al incumplimiento de información y notificación, no comparten el fallo en relación a las disposiciones materiales relativas a la protección del medio ambiente.

A juicio de ambos jueces, el Tribunal no ha empleado una metodología adecuada en el análisis de las pruebas científicas presentadas por las partes, por lo que de lo que se trata es de que la ciencia ocupe el lugar que merece en los análisis llevados a cabo por este órgano, de acuerdo con la relevancia de este tipo de prueba en un asunto como el de marras. El TIJ ha despachado el análisis de las pruebas en el párr. 168 de la siguiente manera: «*Ainsi, fidèle à sa pratique, la Cour se prononcera sur les faits, en se fondant sur les éléments de preuve qui lui ont été présentés, puis appliquera les règles pertinentes du droit international à ceux qu'elle aura jugés avérés.*» Pues bien, comparto con los jueces disidentes que el Tribunal no ha valorado debidamente las posibilidades que se le presentaban para analizar las pruebas científicas acerca de los posibles daños medioambientales causados por las papeleras en tanto que no lo ha considerado necesario o no ha tenido evidencias claras, de ahí que, con estos jueces opino que el TIJ ha utilizado las reglas tradicionales sobre atribución de la carga de la prueba y ha obligado a Argentina a fundamentar sus reivindicaciones en elementos científicos que el TIJ por su parte no puede evaluar en tanto que no es su labor analizar este tipo de datos. De ahí que el TIJ debiera haber acudido a expertos pertinentes, de acuerdo con la posibilidad que se reconoce en el art. 50 del Estatuto del TIJ —sobre esta cuestión, véase la Declaración del Juez Yusuf—, o al procedimiento previsto en el art. 62 del Reglamento. Esta opción es, a mi modo de ver, imprescindible para concluir la

posible vulneración de las obligaciones materiales contenidas en Estatuto de 1975 por parte de Uruguay.

8. En conclusión, el fallo del TIJ ha sido el previsible y el esperable, aunque por ello, no deje de ser decepcionante, dada la necesidad, cada vez más acuciante, de desarrollar los principios relativos a la protección internacional del medio ambiente.

Ana MANERO SALVADOR
Universidad Carlos III