

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y RELACIONES INTERNACIONALES

Selección y coordinación a cargo de

Luis M. HINOJOSA MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho internacional público
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. LAS DIFICULTADES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO: LOS CASOS DE *AL BASHIR* Y *KENYATTA*.—2. LA RESPONSABILIDAD FINANCIERA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS A LA LUZ DEL REGLAMENTO (UE) NÚM. 912/2014.—3. LOS JUICIOS ARGENTINOS SOBRE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO.—4. UN NUEVO CORTOCIRCUITO LEGISLATIVO EN NACIONES UNIDAS: LA RESOLUCIÓN 2178 (2014) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS RELATIVA A LOS COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS.—5. LAS INICIATIVAS EUROPEAS DE RECONOCIMIENTO DE PALESTINA COMO ESTADO: ¿ESTÍMULO PARA LA PAZ ENTRE JUDÍOS Y PALESTINOS?.—6. ¿ENTERRANDO A BANKOVIC? LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL CONVENIO EUROPEO A LA LUZ DE LA SENTENCIA TEDH (GRAN SALA) DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2014 EN EL ASUNTO *JALOUD C. PAÍSES BAJOS*.—7. LA LEY DE LA ACCIÓN Y DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO. UN INTENTO FALLIDO.—8. ESPAÑA EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS DURANTE EL BIENIO 2015-2016: RETOS Y RESPONSABILIDADES.

1. LAS DIFICULTADES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA EL ENJUICIAMIENTO DE JEFES DE ESTADO Y DE GOBIERNO: LOS CASOS DE *AL BASHIR* Y *KENYATTA*

1. Uno de los logros más significativos del Estatuto de la Corte Penal Internacional ha sido su art. 27, en el que se establece la aplicación del Estatuto a todas las personas sin distinción basada en el cargo oficial. De este modo el Estatuto viene a negar de manera expresa la inmunidad de, entre otros, los jefes de Estado y de Gobierno. Ha

sido este art. 27 el que ha permitido iniciar los dos primeros procedimientos ante la Corte contra jefes de Estado. El primero de ellos contra el presidente de Sudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, acusado de crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de genocidio cometidos durante el conflicto en Darfur. Y el segundo contra el presidente de Kenia, Uhuru Muigai Kenyatta, acusado de crímenes contra la humanidad cometidos durante los incidentes violentos que siguieron a las elecciones presidenciales de 2007 en Kenia.

Ambos casos se han caracterizado por acusaciones de falta de colaboración de los Estados de los que son nacionales, así como de otros Estados partes y no partes en el Estatuto de la Corte, y por los obstáculos presentados por la Unión Africana. E independientemente de las muy distintas actuaciones que se han llevado a cabo en los dos casos, y que analizaremos a continuación, lo esencial a señalar es que actualmente todavía no se ha iniciado el juicio contra Al Bashir, y en el caso de Kenyatta la Fiscalía se ha visto obligada a retirar los cargos debido a la imposibilidad de probar la responsabilidad de Kenyatta más allá de cualquier duda razonable (ICC-01/09-02/11), poniendo de este modo en entredicho la capacidad efectiva de la Corte para juzgar a jefes de Estado y de Gobierno.

2. La primera diferencia a señalar entre estos dos casos es el inicio de los procedimientos, ya que mientras que en el caso de Sudan el asunto fue referido a la Corte por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CdS) conforme al art. 13.b) del Estatuto (Res. CdS 1593 de 2005); en el caso de Kenia, fue el fiscal conforme al art. 15 del Estatuto quien, tras la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, inició motu proprio la investigación.

3. Respecto de Al Bashir, en 2005, con posterioridad a la remisión del asunto por el CdS, el fiscal decidía el inicio de la investigación sobre la situación en Darfur, la cual llevó a la emisión de una primera orden de detención (ICC-02/05-01/09-1) contra Al Bashir en marzo de 2009, por los cargos de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, emitiéndose con posterioridad, en febrero de 2010, una segunda orden de detención (ICC-02/05-01/09-95) por crimen de genocidio. La emisión de dos órdenes se debió a que la Sala de Cuestiones Preliminares no consideró suficientemente probado en la primera solicitud la comisión de crimen de genocidio, por lo que la Fiscalía tuvo que presentar nuevas pruebas para que finalmente la Sala emitiera la segunda orden con el cargo de crimen de genocidio. Las razones que llevaron a la emisión de la orden de detención fueron la necesidad de asegurar la comparecencia de Al Bashir ante la Corte, así como impedir que obstruyera la investigación y que no continuara cometiendo los crímenes de los que se le acusaba.

La respuesta de Al Bashir ante la orden de detención no se hizo esperar, calificándola de conspiración y no dando por tanto ejecución a la misma. Si bien es cierto que Sudan no es parte del Estatuto de la Corte y por tanto no está sometido a la obligación de cooperar establecida en el art. 86 del Estatuto, el asunto, como ya señalamos, fue remitido a la Corte por el CdS, y en la Resolución de remisión se establecía la obligación de Sudan de cooperar plenamente con la Corte. De este modo, Sudán quedaba obligado a dar cumplimiento a la orden de detención, conllevando, en caso contrario, un incumplimiento también de la Resolución del CdS. Hasta la fecha Sudán no ha dado cumplimiento de la misma, pero no ha sido éste el único Estado al que se ha requerido la detención de Al Bashir.

4. En 2010 Al Bashir visita Kenia, Estado parte en el Estatuto, para la celebración de la promulgación de la nueva Constitución, negándose este país a dar cumplimiento a la orden de detención. Posteriormente la Corte tiene de nuevo conocimiento de que Al

Bashir tiene previsto realizar otra visita a Kenia, y la Sala de Cuestiones Preliminares emite una decisión (ICC-02/05-01/09-109) por la que informa de dicho viaje al CdS y a la Asamblea de Estados Partes, y en la que se recordaba también a este país su obligación de colaborar con la Corte conforme al art. 87 del Estatuto y la Resolución del CdS. La respuesta de Kenia en este caso fue que «respetaría lo que dispusiese la CPI», lo que conllevó el aplazamiento del viaje, hasta que finalmente el Tribunal Supremo de Kenia dictó dos órdenes de detención contra Al Bashir, gracias principalmente al trabajo y la presión llevada a cabo por la sociedad civil keniana. Pero ésta no ha sido la práctica seguida por todos los Estados.

Es a partir de 2011 cuando Al Bashir comienza a realizar viajes sin que ninguno de los países a los que se le solicita el arresto colabore con la Corte. Viajes que han ido aumentando a medida que se demostraba que esta falta de cooperación con la Corte no tenía ninguna consecuencia. De este modo, Al Bashir ha viajado a Estados que no son parte del Estatuto de la Corte, como China, Irán, Etiopía, Kuwait o Qatar, y si bien estos Estados no están obligados por el Estatuto, sí es cierto que la Resolución 1593 «exhorta a todos los Estados y organizaciones regionales y demás organizaciones internacionales competentes a que también cooperen plenamente». En atención a esta Resolución han ido dirigidas las peticiones de colaboración del fiscal a algunos de estos países, considerando que la misma establece una obligación para los Estados no partes en el Estatuto, sin que hayan recibido respuesta por parte de dichos Estados.

5. Pero Al Bashir también ha viajado a Estados que son partes del Estatuto (Nigeria, Malawi, Djibuti...) y que se encuentran obligados a colaborar en la detención y entrega de esta persona conforme al art. 87. Y es en estos casos cuando se ve más afectada la legitimidad de la Corte, al ser los propios Estados parte los que impiden, boicotean y cuestionan el trabajo de la misma.

En 2011 la Corte tiene conocimiento de la futura visita de Al Bashir al Chad por lo que le solicita su cooperación para detenerlo. El Chad responde a esta demanda alegando que la posición adoptada por la Unión Africana (UA) sobre este asunto le impide atender la petición del fiscal. En este caso el Chad se escudaba en el rechazo que había manifestado la UA a la orden de detención y su solicitud de no colaboración con la Corte, que analizaremos en los siguientes párrafos. Este incumplimiento del Chad se ha repetido en diversas ocasiones, lo que ha llevado a la Sala de Cuestiones Preliminares a emitir una Decisión sobre el no cumplimiento del Chad (ICC-02/05-01/09-151) y solicitar su remisión al CdS para que adopte las medidas adecuadas, sin que hasta la fecha se haya adoptado medida alguna.

Diferente ha sido la posición adoptada por la República Democrática del Congo (RDC), ya que fue por otros motivos por los que no dio cumplimiento a la orden de detención con ocasión de la visita que realizó Al Bashir al país en marzo de 2014. En este caso la RDC alegó en primer lugar problemas temporales, ya que había tenido conocimiento de la visita de Al Bashir con muy poca antelación y éste había estado en el país por un periodo muy corto. Estas circunstancias planteaban problemas legales, diplomáticos y de seguridad que hubieran conllevado graves consecuencias para la RDC. Estos argumentos no convencieron a la Corte, que consideró que había tenido suficiente tiempo para preparar la detención de Al Bashir, debido a que era imposible que se organizaran actividades en el territorio de la RDC sin que ésta tuviera conocimiento.

Pero éste no fue el único argumento utilizado por la RDC que aludió a la inmunidad que gozaba Al Bashir como Jefe de Estado, y que presentaba por tanto un obs-

título jurídico para su detención. En ese sentido la Sala de Cuestiones preliminares señaló que la inmunidad de Al Bashir no podía ser alegada frente a la Corte debido a la aplicación del art. 27 del Estatuto, que dejaba muy claro el no reconocimiento de inmunidad a los jefes de Estado o de Gobierno.

6. En todo caso la posición de desafío a la Corte mantenida por los Estados africanos partes en el Estatuto se ha visto refrendada por la propia UA. En febrero de 2009, antes de que la Sala de Cuestiones Preliminares emitiera la orden de detención, la Asamblea se pronunciaba contraria a la solicitud realizada por el fiscal, considerando que la detención de Al Bashir pondría en peligro el delicado proceso de paz en Sudán, y solicitaba a la CdS, que haciendo uso del art. 16 del Estatuto decidiera el aplazamiento del proceso [Assembly/AU/Dec.221(XII)]. Pero esta postura de la UA ha ido más allá, solicitando a los Estados miembros que no colaboraran con la Corte en atención al art. 98 del Estatuto [Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev.1], por lo que se ha planteado la posibilidad de que Al Bashir pudiera alegar inmunidad conforme a Derecho consuetudinario, si bien habría que preguntarse, cuestión que no es objeto de este trabajo, si existe una inmunidad diplomática frente a tribunales internacionales en Derecho consuetudinario.

En este sentido la UA solicitó en varias ocasiones una aclaración de la aplicación de este artículo y del respeto a la inmunidad de los jefes de Estado y de Gobierno que no son partes en el Estatuto. Pero dado que la cuestión no quedó esclarecida, el siguiente paso de la UA fue aconsejar que los Estados parte en el Estatuto firmaran acuerdos de reconocimiento de inmunidad con los Estados no partes a fin de conseguir una efectiva aplicación del art. 98 [Assembly/AU/Dec.419(XIX)]. Todo este proceso ha venido también acompañado del apoyo de la UA a los Estados que no han dado cumplimiento a la orden de detención, alegando que cumplían las decisiones de la Asamblea en atención al art. 98 del Estatuto y al art. 23.2 del Acta Constitutiva de la UA, que establece la imposición de sanciones en caso de incumplimiento de las decisiones de la Unión. Se plantea por tanto un problema acerca de la obligatoriedad de los Estados de cumplir las obligaciones contraídas con la Corte o con la UA.

7. Respecto de Kenyatta, en 2011 la Sala de Cuestiones Preliminares, a petición del fiscal, emite una orden de comparecencia (ICC-01/09-02/11-01), ya que se considera que no existen motivos para considerar que Kenyatta no vaya a dar cumplimiento de la misma y que por tanto ésta es suficiente para garantizar la presencia de Kenyatta ante la Corte, que quedó fijada para el 7 de abril de 2011, y se retrasó posteriormente al 8 de abril, fecha en la que compareció por primera vez.

Si bien Kenyatta ha dado cumplimiento a la orden de comparecencia de la Corte, las actuaciones de Kenia para impedir el enjuiciamiento de su presidente podrían calificarse de diferente tipo. Una de las reacciones tuvo lugar en 2013, y consistió en la votación en el Parlamento de Kenia de una moción para la denuncia de Kenia del Estatuto de la Corte, con lo que pretendía evitar, en apariencia, el enjuiciamiento no sólo de Kenyatta sino también de otros acusados ante la Corte por los mismos sucesos violentos cometidos en 2007. Si bien el art. 127 del Estatuto recoge la posibilidad de denuncia de un Estado miembro, el mismo también establece que la denuncia no afectará a las obligaciones de cooperación que hubiese contraído en las investigaciones y los enjuiciamientos iniciados con anterioridad a la fecha de denuncia, por tanto la Corte seguiría siendo competente para conocer el caso *Kenyatta* y Kenia seguiría estando obligada a colaborar con la Corte. Hasta la fecha, dicha denuncia no se ha presentado y es posible considerar que la misma tuviera una finalidad simbólica de apoyo a Kenyatta y Ruto (Vicepresidente de Kenia).

8. Pero las actuaciones que finalmente han llevado a la retirada de cargos son otras, concretamente pueden señalarse dos cuestiones: los problemas que ha tenido la Fiscalía en relación con los testigos y los problemas de la Fiscalía para obtener información necesaria para la investigación.

Respecto de la primera cuestión, la Fiscalía se hizo eco en una declaración en 2013 (*Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the Warrant of Arrest issued against Walter Barasa*, 2 de octubre de 2013) de los intentos de intimidación, acoso, soborno o intentos de soborno a los que estaban siendo sometidos los testigos de la Corte. Esta situación llevó a la retirada de dos testigos claves del caso *Kenyatta* y a la emisión de una orden de detención contra el periodista Walter Barasa acusado de sobornar a testigos del caso *Ruto*. La principal consecuencia de la retirada de testigos fue, en primer lugar, la solicitud de la Fiscalía de retrasar el juicio contra *Kenyatta*, considerando que el caso no cumplía con los estándares probatorios requeridos para el inicio del juicio.

En relación con los problemas de la Fiscalía para obtener la información necesaria, la misma emitió en 2012 una solicitud de cooperación (ICC-01/09-02/11-866Red) al Gobierno de Kenia, en la que demandaba una serie de informes financieros y de otra clase que consideraba esenciales para el caso, ya que permitirían determinar la conducta del acusado y las alegaciones de financiación de los crímenes de los que se le acusaba. Hasta la fecha, y después de numerosos esfuerzos llevados a cabo por la Fiscalía, el Gobierno de Kenia no ha dado cumplimiento de dicha solicitud, alegando que la información proviene de fuentes no gubernamentales y que es necesario el consentimiento de las personas afectadas. El resultado de esta falta de colaboración fue primero el aplazamiento indefinido del juicio que estaba previsto para el 7 de octubre de 2014, con la finalidad de tener más tiempo para dar curso a las solicitudes de las partes, concretamente la Fiscalía solicitó el aplazamiento debido a que Kenia no daba respuesta a su solicitud de informes. En lugar del juicio, la Corte convocó para la misma fecha una audiencia donde se analizó el estado de la cooperación entre la Fiscalía y el Gobierno de Kenia y que además supuso la última comparecencia de *Kenyatta* ante la Corte. Finalmente, como ya se ha señalado, debido a estos problemas y los relativos con los testigos, la Fiscalía decidió la retirada de cargos contra *Kenyatta*.

9. Hasta la fecha la Corte se ha manifestado incapaz de iniciar el juicio contra los dos únicos jefes de Estados acusados ante la misma, y ello debido principalmente a la falta de colaboración y al boicot llevado a cabo por los Estados que se obligaron mediante la firma del Estatuto a colaborar con la Corte. Pero también es necesario destacar la falta de iniciativa del CdS, ya que no ha tomado ningún tipo de medida contra aquellos Estados que han violado de manera sistemática, no sólo el Estatuto, sino también su Resolución respecto de Darfur. Ante esta perspectiva, parece que poco camino recorrerá la Corte para acabar con la impunidad de los jefes de Estado y de Gobierno.

Gloria FERNÁNDEZ ARRIBAS
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.01>

2. LA RESPONSABILIDAD FINANCIERA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS A LA LUZ DEL REGLAMENTO (UE) NÚM. 912/2014¹

1. Las instituciones de la Unión Europea (UE) vienen desarrollando la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas en los últimos años, desde que su ejercicio le fuera atribuido por los Estados miembro en el art. 207 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

El primer acto con efectos jurídicos generales elaborado para hacer efectiva esta competencia fue el Reglamento (UE) núm. 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países (*DO L* 351, de 20 de diciembre de 2012, p. 40). Esta norma ordena el complejo entramado de acuerdos sobre promoción y protección de las inversiones (APPRI) celebrados por los Estados miembros con terceros, sometiendo su celebración y enmienda a la tutela de la Comisión.

Al tiempo que se preocupa por estos APPRI, la UE ha emprendido o desea emprender negociaciones con varios Estados (Armenia, Azerbaiyán, Canadá, China, Egipto, Estados Unidos de América, Georgia, India, Japón, Jordania, Kazajistán, Marruecos, Moldavia, Myanmar, Singapur, Tailandia, Túnez y Vietnam) a fin de celebrar acuerdos internacionales que contengan no sólo disposiciones que protejan materialmente las inversiones extranjeras, sino que contemplen un mecanismo de arbitraje inversor-Estado para el arreglo de las controversias nacidas de la interpretación y/o aplicación del acuerdo.

Para articular la responsabilidad financiera resultante de los arbitrajes de inversiones que puedan iniciarse no sólo en el contexto de estos futuros acuerdos internacionales, sino también del Tratado sobre la Carta de la Energía (*BOE* de 17 de mayo de 1995 y corrección de errores en *BOE* de 14 de julio de 1995) (TCE) se ha elaborado el Reglamento (UE) núm. 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte (*DO L* 257, de 28 de agosto de 2014, p. 121). En los siguientes párrafos se analizan las principales aportaciones de este Reglamento a la política europea de protección de las inversiones extranjeras directas tanto desde la perspectiva del Derecho de la UE, como del Derecho internacional (DI) económico.

2. El Reglamento limita su aplicación a la resolución de los arbitrajes de inversiones derivados de los acuerdos celebrados por la UE con terceros, bien en solitario bien como acuerdos mixtos (art. 1), esto es, como acuerdos celebrados por la UE y sus Estados miembros con un tercero que poseen un capítulo sobre inversiones y prevén un mecanismo de arbitraje inversor-Estado para resolver los litigios nacidos de este capítulo [art. 2.a)]. La responsabilidad derivada de los arbitrajes de carácter interestatal o de aquellos en los que intervenga la UE y un Estado, por el contrario, queda excluida del Reglamento.

3. Aunque en su denominación oficial el Reglamento se refiere únicamente a la gestión de la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución

¹ Desde una perspectiva distinta, véase en esta *Revista*, en la Sección de información de Derecho internacional privado, la nota de I. IRURETAGORENA, pp. 335 y ss.

de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte, el análisis de su contenido revela un objeto más amplio. En las siguientes líneas se examinan los mecanismos de gestión de la responsabilidad financiera (capítulos I, II y VI).

4. Los criterios de reparto de la responsabilidad financiera se plasman en el art. 3 del Reglamento. Si el trato al inversor extranjero ha sido dispensado por «las instituciones, los órganos, oficinas u organismos de la UE» es la UE quien asume la responsabilidad financiera [art. 3.a)]. Mientras que ésta recae en los Estados miembros cuando el trato ha sido dispensado por ellos [art. 3.b)].

No obstante, se establecen algunas excepciones a estos criterios, a saber: primera, la UE asume la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado por un Estado miembro cuando éste sólo podría haber evitado el incumplimiento del acuerdo internacional vulnerando el Derecho de la UE [art. 3.c)]; segunda, el Estado miembro es responsable financiero si su conducta contraria al acuerdo internacional pretende «resolver la incompatibilidad (con el Derecho de la UE) de un acto previo» [art. 3.c) *in fine*]; tercera, el Estado miembro asume la responsabilidad financiera tanto cuando la acepta expresamente [arts. 3.a) y 12], como si así se conviene en un acuerdo transaccional [arts. 3.b) y 15]; y, cuarta, la UE asume la responsabilidad financiera cuando actúa como parte demandada en un arbitraje de inversiones (arts. 3.4 y 4).

El Reglamento se preocupa tanto en su articulado (art. 1.1 *in fine*), como en una declaración conjunta final por deslindar la atribución de responsabilidad financiera del reparto de competencias establecido en los Tratados constitutivos a propósito de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas. Ello obedece a dos razones: desde la perspectiva del Derecho de la UE, evitar cualquier pronunciamiento sobre la naturaleza exclusiva o compartida de dicha competencia, cuestión todavía discutida que con toda seguridad será resuelta por el Tribunal de Luxemburgo mediante la emisión de un dictamen consultivo; y, desde la perspectiva del DI público, diferenciar la atribución de responsabilidad financiera de la atribución de responsabilidad internacional que, como establece el propio Reglamento en su preámbulo, «se determina en función del reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros».

5. El capítulo VI recoge varias disposiciones finales que, además de organizar la gestión interinstitucional del Reglamento (art. 22), establecen un deber de información periódica de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo que se articula, primero, mediante un mandato anual de información de «las solicitudes de consultas presentadas por inversores extranjeros, las reclamaciones y los laudos arbitrales» (art. 23.1) y, segundo, a través de una obligación trianual de información de «las reclamaciones presentadas contra la UE y sus Estados miembros, los procedimientos conexos, las resoluciones dictadas al respecto y la repercusión financiera para el presupuesto de la UE» (art. 23.2). Ambos mandatos, no obstante, deben hacerse compatibles con las reglas procesales sobre confidencialidad y acceso a los documentos existentes en el arbitraje de inversiones.

El Reglamento admite su aplicación sobre los acuerdos internacionales celebrados por la UE o por ésta y sus Estados miembros con terceros con anterioridad al 17 de septiembre de 2014, en clara referencia al TCE, si bien sólo respecto de los litigios «en relación con un trato dispensado posteriormente al 17 de septiembre de 2014 en los que la solicitud de arbitraje se haya presentado después del 17 de septiembre de 2014» (art. 24).

6. Los capítulos III, IV y V del Reglamento ordenan otros aspectos de carácter procesal relacionados con el arbitraje de inversiones que, aunque vinculados con la gestión de la responsabilidad financiera de la UE, se proyectan hacia el DI económico.

7. El capítulo III diseña un sistema para participar como demandado en el arbitraje de inversiones que se hace depender de si el trato al inversor extranjero ha sido dispensado por la UE o por sus Estados miembros.

En el primer caso, cuando la conducta ha sido realizada por sus «instituciones, órganos, oficinas u organismos» sería la UE, a través de la Comisión, la titular de la legitimación pasiva (art. 4). Si el trato ha sido dispensado por un Estado miembro el Reglamento introduce un mecanismo para facilitar la cooperación entre la Comisión y ese Estado (art. 6) tanto en el momento de las consultas (art. 7), como al presentar el inversor extranjero su aviso de intención (art. 8). Esta manifestación del principio de cooperación leal se complementa con un deber de información al Consejo y al Parlamento Europeo (arts. 7.4 y 8.3).

En cuanto a la legitimación pasiva en los arbitrajes donde el trato ha sido dispensado por un Estado miembro, corresponde a los propios Estados salvo que renuncien o la Comisión decida que debe ser la UE quien actúe como parte demandada (art. 9.1). Este último escenario se presentaría cuando la UE asumiera parte de la responsabilidad financiera [art. 9.2.a)]; el arbitraje estuviera relacionado con un trato dispensado por la UE [art. 9.2.b)]; o se hubiera iniciado una controversia conexa basada en un trato similar ante la Organización Mundial del Comercio (art. 9.3).

La legitimación pasiva de la UE implica un deber de cooperación con el Estado miembro, quien debe ser consultado sobre cualquier escrito procesal y puede participar en la delegación de la UE en las audiencias (art. 9.6). Los arts. 11 y 12 del Reglamento desarrollan diversas manifestaciones del deber de cooperación y reiteran el mandato de información al Consejo y al Parlamento Europeo; una obligación que se predica de manera transversal en el Reglamento. Si la legitimación pasiva recae en el Estado miembro, de manera análoga, éste facilitará a la Comisión los documentos relacionados con el procedimiento, informará sobre cualquier aspecto procesal de interés, entablará consultas con la Comisión para tratar cuestiones relacionadas con el Derecho de la UE que puedan resultar relevantes en el arbitraje y permitirá a esta institución participar en la delegación que represente al Estado miembro (art. 10.1). Esta disposición, además, habilita a la Comisión para preparar un «análisis escrito no vinculante» que el Estado miembro podría utilizar en el procedimiento arbitral. Quedaría por dilucidar si, a la luz de todo lo anterior, los tribunales arbitrales seguirán aceptando las solicitudes planteadas por la Comisión para intervenir como *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones.

Los anteriores preceptos ponen de relieve cuestiones que exceden los límites del Derecho de la UE y deben abordarse desde el DI económico. La UE no es parte del Convenio de Washington (BOE de 13 de septiembre de 1994) y, por consiguiente, no puede actuar en calidad de parte ante un tribunal constituido en el marco del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Debe entenderse, por tanto, que la UE bien plantea sustanciar los arbitrajes en otros foros institucionales distintos al CIADI, bien apuesta por el arbitraje *ad hoc*. Asimismo, el deber de información y cooperación leal plasmado en el Reglamento puede entrar en contradicción con las disposiciones procesales sobre confidencialidad, acceso a los documentos y a las audiencias previstas en algunos reglamentos arbitrales. Una alternativa para resolver ambos problemas sería el recurso al arbitraje *ad hoc* en el marco de las reglas de la

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), incluyendo sus reglas sobre transparencia vigentes desde el 1 de abril de 2014.

8. El capítulo IV se ocupa de los acuerdos transaccionales que pueden alcanzarse en un arbitraje de inversiones para conseguir que la demandante renuncie a mantener su reclamación [art. 2.*h*)]. El Reglamento dedica varios preceptos a este expediente, distinguiendo: primero, si el arbitraje de inversiones trae causa de un trato dispensado exclusivamente por la UE (art. 13) o por un Estado miembro (art. 15), en cuyo caso tanto la Comisión como éstos quedan habilitados para adoptar dicho acuerdo; segundo, si el trato ha sido dispensado total o parcialmente por un Estado miembro y es la UE quien desea alcanzar el acuerdo (art. 14); y, tercero, si el trato ha sido dispensado parcialmente por un Estado miembro que desea finalizar un arbitraje donde la UE figura como demandada (art. 16). El art. 14 del Reglamento establece diversas opciones para la resolución del arbitraje en función de quien ostente la responsabilidad financiera, mientras que el art. 16 dispone un procedimiento de consultas entre el Estado miembro y la Comisión, quien podrá rechazar el acuerdo transaccional propuesto por dicho Estado «previa presentación de un análisis fáctico, exhaustivo y equilibrado» (art. 16.3).

9. El capítulo V aborda el pago de laudos arbitrales o acuerdos transaccionales cuando la UE actúe como parte demandada en un litigio. La demandante que hubiese obtenido un laudo definitivo o un acuerdo transaccional favorable puede presentar una solicitud de pago a la Comisión (art. 18). Aunque en la práctica parece difícil que la UE se negara a realizar el pago, el inversor extranjero debería considerar la aplicación del Protocolo núm. 7 sobre los privilegios e inmunidades de la UE, cuyo art. 1 señala que «los bienes y activos de la Unión no podrán ser objeto de ninguna medida de apremio administrativo o judicial sin autorización del Tribunal de Justicia». En este orden de ideas, interesa conocer si al desarrollar su política convencional la UE recurrirá a alguna disposición que, con un contenido similar al art. 54.1 del Convenio de Washington, facilite la ejecución de los laudos arbitrales.

Asimismo, el Reglamento establece mecanismos internos que solucionan la falta de acuerdo entre la UE y sus Estados miembros sobre la responsabilidad financiera (art. 19); permiten a la Comisión solicitar a los Estados miembros contribuciones financieras anticipadas al presupuesto de la UE para cubrir gastos derivados de los arbitrajes de inversiones (art. 20); y justifican la dotación de un fondo que pueda emplearse para atender estos gastos (art. 21).

10. El Reglamento revela el carácter todavía incipiente de la competencia de la UE en materia de protección de las inversiones extranjeras directas. Los capítulos III, IV y V contienen disposiciones de interés no sólo desde la perspectiva del Derecho de la UE, sino también para el DI económico. Cabe preguntarse si los futuros acuerdos internacionales que celebre la UE y que prevean el arbitraje de inversiones como mecanismo para la solución de las controversias inversor-Estado realizarán remisiones al Reglamento en todo aquello que atañe a la legitimación pasiva, los acuerdos transaccionales y el pago de laudos definitivos o acuerdos transaccionales. En buena lógica jurídica, sólo de esta manera se aseguraría la coherencia entre las previsiones del Reglamento y la acción exterior de la UE.

También conviene definir las normas procesales que designará la UE para desarrollar los futuros arbitrajes de inversiones, ante la imposibilidad de acudir al «arbitraje CIADI». Decantarse por el «arbitraje CNUDMI», opción que parece más plausible en estos momentos, abre la vía para que las decisiones y laudos tomadas por un tribunal arbitral radicado en un Estado miembro de la UE puedan sustanciarse en sede interna

y, a través de una cuestión prejudicial planteada por los órganos judiciales nacionales, llegar al Tribunal de Luxemburgo.

En definitiva, uno de los principales retos que se desprende de todo lo anterior reside en la necesidad de hacer compatibles el Reglamento dictado por la UE con efectos *ad intra* y de carácter institucional, con las normas internacionales ya establecidas en el ámbito del DI económico para proteger las inversiones extranjeras, de naturaleza eminentemente relacional. El Reglamento pone de relieve cómo el ejercicio de la competencia europea en materia de protección de las inversiones directas va a exigir buenas dosis de coordinación entre el Derecho de la UE y el DI económico, así como entre este último ordenamiento especializado y el DI general.

Francisco PASCUAL VIVES
Universidad de Alcalá

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.02>

3. LOS JUICIOS ARGENTINOS SOBRE LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO

1. A través de una resolución con muy amplia repercusión mediática en nuestro país, la titular del *Juzgado Criminal y Correccional Federal 1* de Buenos Aires, María Romilda Servini de Cubría, dictaba el pasado 30 de octubre de 2014 un auto por el que ordenaba la detención preventiva con fines de extradición de veinte ciudadanos españoles por su presunta implicación en graves violaciones de los derechos humanos acaecidas entre 1967 y 1976 bajo el régimen del General Franco y el primer Gobierno de la Transición (causa núm. 4.591/2010, caratulada *Galvan Abascal Celso; Muñecas Aguilar; Giralte González, José Ignacio... y otros s/ imposición de torturas...*, disponible en <http://file02.lavanguardia.com/2014/10/31/54418479029-url.pdf>).

Entre los reclamados se encuentran varios miembros de la policía secreta encargada de la persecución de los movimientos de oposición al franquismo —la llamada Brigada Político-Social— por su presunta implicación en torturas y tentativas de homicidio contra opositores al régimen; un ginecólogo por su supuesta participación en el secuestro de un bebé en el hospital de la Línea de la Concepción en 1967; cuatro ex ministros franquistas —Antonio Carro Martínez, José Utrera Molina, Licinio de la Fuente de la Fuente y Antonio Barrera de Irímo, este último fallecido un mes antes de dictarse el auto— junto a un ex jurista militar participante en el Consejo de Guerra, por la condena a muerte del activista anarquista Salvador Puig Antich, ejecutado a garrote vil en 1974; otros dos ex ministros de Franco —José María Sánchez Ventura Pascual y Fernando Suárez González— y un jurista presuntamente implicados, junto a los ya mencionados Carro Martínez y Utrera Molina, en la condena a muerte de cinco presuntos miembros de ETA y el FRAP, fusilados en septiembre de 1975; y dos ministros del primer Gobierno de la transición todavía encabezado por Arias Navarro —Alfonso Osorio García y Rodolfo Martín Villa—, junto al capitán de la Policía Armada al mando, por su posible responsabilidad en la represión de una asamblea de trabajadores que se estaba desarrollando en una iglesia vitoriana en marzo de 1976, como resultado de la cual resultaron cinco trabajadores muertos y más de 150 heridos de bala.

El citado auto se añadía al que poco más de un año antes, el 18 de septiembre de 2013, había emitido la misma juez solicitando la detención a efectos de extradición de un capitán de la guardia y civil y tres inspectores de la Brigada Política Social —de los cuales, sólo dos, Jesús Muñecas Aguilar y Antonio González Pacheco, alias *Billy el Niño*, seguían por entonces con vida— por su posible participación en prácticas de

torturas cometidas contra opositores al régimen franquista entre 1971 y 1975 (causa núm. 4591/2010, caratulada *N. N. s/ genocidio*, disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/Resolucionordenesdetencion.pdf>).

2. Las mencionadas resoluciones se enmarcan en las actuaciones abiertas por el citado Juzgado Federal a raíz de una querrela presentada con ocasión del 67.º aniversario de la proclamación de la Segunda República Española por dos familiares de políticos socialistas ejecutados durante los primeros meses de la Guerra Civil, y por una decena de asociaciones *memorialistas* y de derechos humanos por detenciones, torturas, desaparición forzada, eliminación física, exilio y secuestro de menores cometidos a partir del 17 de julio de 1936 por los sublevados (disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/argentinaquerella.pdf>). En ella, basándose ampliamente en citas textuales de los autos del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 sobre los crímenes del franquismo, de 16 de octubre y de 18 de noviembre de 2008, y por sostener su comisión en el marco de un plan orientado a la destrucción y erradicación de los grupos disidentes mediante la eliminación física de sus integrantes, las citadas conductas eran calificadas como constitutivas de un delito de genocidio y, con carácter subsidiario, como crímenes de lesa humanidad (véase MESSUTI, A., «La querrela argentina: la aplicación del principio de justicia universal al caso de las desapariciones forzadas», en ESCUDERO ALDAY, R. y PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 121 y ss.).

La querrela resultaría inadmitida en un primer momento por estimar la juez que, según el Derecho procesal argentino, el criterio del Ministerio Público —basado en considerar la posibilidad y la existencia de actuaciones judiciales en España sobre los mismos hechos— resultaba irrevisable y que el ejercicio de la acción penal estaba limitado a la Fiscalía (Auto de 5 de mayo de 2010, causa núm. 4591/2010). Mediante dos pronunciamientos basados en el derecho a la tutela judicial constitucionalmente reconocido y en el art. 25.1 del Pacto de San José, la Cámara de Apelaciones corregiría el criterio de la Juez Servini, rechazando por una parte la pretendida exclusividad de la acción pública y admitiendo por otra que el vínculo de parentesco exigido por el Derecho argentino para el ejercicio de la acción privada, debe flexibilizarse cuando estamos en presencia de hechos que «hayan ocurrido hace mucho tiempo [...] sobre todo teniendo en cuenta que no hay constancia [...] de la existencia de familiares más cercanos» (Resolución de 3 de septiembre de 2010, Sala II de la *Cámara Nacional de Apelaciones*, causa núm. 29.275 NN *s/ desestimación de denuncia y archivo*, disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/nulidad2.pdf>; y Resolución de 3 de septiembre de 2010, Sala II de la *Cámara Nacional de Apelaciones*, causa núm. 29.331, *García Holgado, Inés s/ ser querellante*, disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/nulidad2.pdf>).

3. Como resultado, se daba vía libre a un procedimiento al que posteriormente se fueron sumando decenas de nuevos querellantes y denunciante, y a los que, junto a un buen número de testigos, se fue tomando declaración en la propia Argentina, en consulados argentinos en otros países —merced a una orden cursada en septiembre de 2012 por el Ministerio de Exteriores argentino—, y en España, adonde la Juez Servini se desplazó entre el 19 y el 30 de mayo de 2012 para recabar el testimonio de quienes no habían podido prestarlo de otro modo. La base jurisdiccional sobre la que se ha afirmado la competencia de la Justicia argentina es un precepto constitucional que más bien parecía pensado para la distribución interna de competencia, el art. 118 de la Constitución. En él, tras establecerse con carácter general la competencia de los tribunales de la provincia en que se comete el delito, se afirma que «cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinara por una ley

especial el lugar en que haya de seguirse el juicio». La interpretación del precepto en el sentido de que no es necesario vínculo alguno de conexión con Argentina, unida a la generosidad con la que ha acabado aceptándose el derecho de acción, conduce a alinear al país austral con un modelo puro de jurisdicción universal en el que, por una parte, la competencia se basa estrictamente en la naturaleza internacional de los crímenes posibilitándose su ejercicio *in absentia*; y, por otra, se prescinde de todo filtro de oportunidad política, en una línea diametralmente opuesta a la que es claramente perceptible en la inmensa mayoría, sino en la totalidad, de los países que admiten este título de jurisdicción. Una opción la seguida por Argentina que, como ya hemos señalado en otro lugar (véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *REEI*, 2014, núm. 1), no parece que deba dejar de considerarse lícita desde el punto de vista del Derecho internacional, pero que no deja de ser, por aislada, políticamente comprometida y quizá excesivamente costosa para una potencia media. Por lo demás, habiendo sido hasta hace poco nuestro país el principal valedor de ese modelo de jurisdicción universal, es comprensible que las autoridades españolas no hayan cuestionado en ningún momento su virtualidad justificadora de las actuaciones argentinas.

4. La acogida que las actuaciones argentinas han recibido de las autoridades españolas, sin que puedan calificarse de hostiles, tampoco se han caracterizado por un marcado entusiasmo. Respecto a las autoridades políticas, dejando a un lado la queja formulada por el director español de Asuntos Consulares en mayo de 2013 por la pretensión de organizar la toma de declaraciones por videoconferencia desde el Consulado argentino en Madrid por su supuesta contradicción con el tratado bilateral de extradición y asistencia judicial en materia penal de 1987 (*BOE* núm. 170, de 17 de junio de 1990), el Consejo de Ministros acordó el 28 de noviembre de 2013 la continuación del proceso de extradición, de conformidad con el art. 9 de la Ley 4/1985 de Extradición Pasiva, de las dos personas no fallecidas reclamadas en la primera de las órdenes de detención. Respecto de la segunda, el acuerdo aún no ha sido adoptado, si bien el ministro español de Justicia no ha dudado en airear a través de los medios de comunicación sus dudas sobre la viabilidad de la cooperación reclamada sobre la base de la denegación por la Audiencia Nacional de la extradición del Capitán Muñecas y de *Billy el Niño*, que se comentará a continuación, y de una Resolución de la Asamblea General de la OIPC-Interpol de noviembre de 2010 en la que se contempla que no se tramiten las solicitudes de cooperación policial relacionadas con crímenes más graves de trascendencia internacional cuando la solicitud se refiera a un ciudadano de otro país miembro y ese otro país miembro proteste contra dicha solicitud en el plazo de treinta días (Resolución AG-2010-RES-10). No parece, sin embargo, que España haya actuado de este modo.

Quien, por el contrario, ha actuado de manera clara en contra de asegurar la cooperación con la Justicia argentina ha sido la Fiscalía. Su posición quedaba perfilada en un informe del fiscal general del Estado de 5 de abril de 2014 en respuesta a la comisión rogatoria librada el 10 de octubre de 2010 por la Juez Servini inquiriendo sobre la existencia de investigaciones sobre los hechos en nuestro país. En él, recordando los más de 20 procedimientos abiertos tras la inhibición del Juzgado de Instrucción núm. 5 en noviembre de 2008 a favor de los jueces del lugar en que se encuentran las fosas, las investigaciones sobre sustracción de menores promovidas por ANADIR y los procedimientos sobre declaración de ilegitimidad de las condenas y sentencias dictadas por motivos políticos al amparo de la Ley de Memoria Histórica, concluía que eran muy numerosos los procedimientos tramitados y en tramitación en España por los hechos objeto del procedimiento ante la justicia argentina (el informe está disponible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/ARGENTINARespuestadeEspaex->

horto141020106072011.pdf) e insistía que en ningún caso se había decretado el archivo en aplicación de la Ley de amnistía de 1977. Posición que sustancialmente se reiteraba en un segundo Informe, de 21 de mayo de 2012, en respuesta a una nueva comisión rogatoria de 13 de diciembre de 2011 en la que se reclamaba información muy concreta sobre autoridades presuntamente implicadas, identificación de víctimas y localización de fosas. Por su parte, en el marco de los procedimientos relativos a la extradición de Muñecas y González Pacheco, la fiscalía de la Audiencia Nacional se opuso a su entrega esgrimiendo, además de motivos formales relativos a la posible falta de datos en la solicitud, la preeminencia de la jurisdicción española y la extinción de responsabilidad penal por entender prescritos los delitos de tortura por los que eran reclamados.

Los únicos pronunciamientos judiciales sobre el fondo recaídos hasta la fecha en respuesta a las actuaciones argentinas por parte de tribunales españoles son los contenidos en los Autos de 24 y 30 de abril de 2014 de las secciones tercera y segunda, respectivamente, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por los cuales se acuerda no acceder a la extradición de las personas reclamadas en la primera de las órdenes internacionales de detención libradas por la juez argentina. Aunque con una motivación algo más extensa en el segundo de los autos citados, en ambos la decisión se basa en considerar extinguida la responsabilidad criminal por prescripción de los delitos. La razón de fondo es la calificación de los hechos descritos en la solicitud de extradición como delitos comunes de lesiones agravadas del Código Penal de 1973, y el rechazo expreso de su consideración como crímenes de lesa humanidad por considerar que las presuntas torturas cometidas habrían tenido lugar de manera aislada y con motivaciones diversas no meramente políticas, de modo que no podrían considerarse como realizadas en ejecución o como parte de un plan sistemático y generalizado destinado a aterrorizar o eliminar a españoles partidarios de la forma representativa de Gobierno.

5. Seguramente no obedece a la casualidad el que ni la Fiscalía ni la Audiencia Nacional españolas hayan esgrimido como motivo determinante de la extinción de la responsabilidad penal de las personas por ahora reclamadas la Ley de Amnistía de 1977. Algo que no deja de llamar la atención si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo basó entre otras cosas en ella su decisión según la cual, el ya ex Juez Garzón, separado previamente de la carrera judicial por las escuchas de la trama *Gürtel*, aunque no había prevaricado, sí había errado en la afirmación de su competencia en el caso de los crímenes del franquismo (STS 101/2012, de 27 de febrero, FD 3, apdo. 3. Sobre el conjunto de actuaciones españolas sobre los crímenes del franquismo, véase, por todos, CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *El tratamiento judicial de los crímenes de la Guerra Civil y el franquismo en España. Una visión de conjunto desde el Derecho internacional*, Bilbao, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, 2012, núm. 67). El mencionado silencio podría interpretarse como un reconocimiento de que su invocación frente a asuntos en los que se cuestionan violaciones graves de los derechos humanos no sólo resulta cada vez más discutible desde el punto de vista del DIDH, como por cierto no dejan de recordarnos diversos órganos internacionales de garantía en relación con nuestra ley de amnistía, sino que su viabilidad como argumento útil frente a la justicia argentina resulta más que dudosa desde que, en 2005, la Corte Suprema de Justicia declarara la constitucionalidad de la Ley 25.779 por la que se declaraban nulas las leyes de obediencia debida y punto final por la incompatibilidad de estas últimas con las normas internacionales que reconocen el derecho a un recurso efectivo de las víctimas y la correlativa obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de este tipo de conductas (Sentencia 1767, de 14 de junio de 2005, de

la Corte Suprema de Justicia, en la causa núm. 17.768, Simón, Julio Héctor y otros / privación ilegítima de la libertad, etc.).

6. Sin perjuicio de lo anterior, los principales problemas jurídicos de fondo, vinculados con el principio de legalidad penal, tienen que ver con la calificación de los hechos como crímenes contra la humanidad, toda vez que, como se puso de manifiesto entre nosotros en el asunto *Scilingo*, el tipo de genocidio no engloba la persecución de grupos políticos (véase CAPELLÁ I ROIG, M., «Los crímenes contra la humanidad en el caso *Scilingo*», *REEL*, 2005, núm. 10, pp. 3-4; y FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., «La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal», *Jueces para la democracia*, 2008, núm. 61, pp. 8-17). Y ello, desde una doble perspectiva. Por una parte, subsisten los problemas de Derecho temporal. Nadie puede discutir que las conductas cometidas desde el bando nacional durante la guerra civil y los primeros años de la dictadura encajarían, de ser cometidas en la actualidad, en el tipo de crímenes contra la humanidad y que muchas de ellas serían susceptibles de calificarse como desapariciones forzadas de personas. Pero es más que dudoso que la cláusula *Martens*, la invocación del *ius cogens*, una Declaración de la Asamblea General de 1992 o un tratado internacional adoptado en 2006 y en vigor desde 2010 pueda ser fundamento suficiente para afirmar que entre 1936 y 1954 —fechas seleccionadas en el auto de Garzón de octubre de 2008— existía ya un tipo internacional de crímenes contra la humanidad desvinculado de los conflictos armados internacionales (sobre el particular, BOLLO AROCENA, M. D., *Derecho internacional penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Bilbao, Servicio Editorial UPV, 2004, pp. 72-75), o que las desapariciones cometidas en aquella época merecen la calificación de delito continuado que se les asigna desde fechas más recientes [véase, no obstante, CAPELLÁ I ROIG, «Las desapariciones forzadas en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de Derecho internacional sin reparación ni castigo», en SOROETA LICERAS, J. (ed.), *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional. Cursos de Derechos Humanos de Donosti-San Sebastián*, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2006, pp. 16 y ss.]. O, incluso, que los citados crímenes fueran ya imprescriptibles, a tenor del silencio al respecto de la Resolución de la Asamblea General 95-I y del rechazo generalizado por el grupo de Estados de Europa Occidental a la Convención de Naciones Unidas sobre la materia de 1968.

Por otra parte, aun en el supuesto de que sea admisible anticipar a Núremberg la propia existencia de los crímenes contra la humanidad y que el tipo pueda entenderse operativo desde entonces en el contexto de conflictos armados internos o incluso al margen de todo conflicto armado, resultaría discutible que toda la represión franquista, desde la víspera del golpe de Estado contra la República hasta las primeras elecciones democráticas del 15 de junio de 1977, fechas finalmente seleccionadas por la Juez Servini en sus órdenes de detención, puedan englobarse dentro de aquel plan de eliminación física de partidarios de la forma representativa de Gobierno que diseñaran en 1936 los militares sublevados.

7. Más allá de las dificultades jurídicas que plantea la persecución penal de los llamados crímenes del franquismo, quizá el principal problema con el que nos enfrentamos para hacer justicia a las víctimas sea el amplio rechazo que una respuesta cabal sigue suscitando entre amplísimos sectores de la derecha española, incluyendo no sólo a la más reaccionaria y conservadora. Lo que, entre otras cosas, se ha traducido en una suerte de *derogación de facto por inanición* de la llamada Ley de la Memoria Histórica. El restablecimiento de la verdad y el consiguiente reconocimiento de las víctimas sólo será posible cuando la sociedad española consiga aceptar pacíficamente

lo obvio: que quienes sufrieron las consecuencias de las atrocidades cometidas son víctimas y merecen un reconocimiento, no por la legitimidad o ilegitimidad de la causa que esgrimían sus verdugos, sino por la injusticia que representan las violaciones que sufrieron de sus más esenciales derechos. Y eso supone también aceptar y reconocer que tan víctimas son quienes murieron a consecuencia de la represión franquista, como quienes lo hicieron como resultado de la violencia revolucionaria y religiosa allí donde no triunfó el golpe de Estado. Aceptarlo sin ambages exige en mi opinión adoptar actitudes más conciliadoras que las que sostienen que estas últimas víctimas han sido ya reconocidas y honradas por el ilegítimo régimen franquista y no merecen un reconocimiento democrático, o que la satisfacción de los derechos de las víctimas del franquismo implica necesariamente una aceptación general y unánime de las bondades del régimen republicano al que ilegítimamente aquél puso fin. En el fondo, no se trata de otra cosa que de recuperar los valores de consenso y reconciliación a los que respondió la ahora tan denostada Transición, pero superando de una vez por todas la que sigue siendo hoy su gran asignatura pendiente.

Ángel SÁNCHEZ LEGIDO

Universidad de Castilla-La Mancha

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.03>

4. UN NUEVO CORTOCIRCUITO LEGISLATIVO EN NACIONES UNIDAS: LA RESOLUCIÓN 2178 (2014) DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS RELATIVA A LOS COMBATIENTES TERRORISTAS EXTRANJEROS

1. Si bien las reuniones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) a nivel de jefes de Estado y de Gobierno son excepcionales, la lucha contra el terrorismo acumula dos en diez años. La primera tuvo lugar con ocasión de la adopción de la Resolución 1456, que formulaba una declaración no vinculante que, entre otros aspectos, contenía una definición (igualmente no vinculante) de terrorismo [S/RES/1456(2003), de 20 de enero]. La más reciente, la Resolución 2178, por el contrario, ha sido adoptada conforme al capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (CNU) cuya característica fundamental es su carácter legislativo [S/RES/2178(2014), de 24 de septiembre]. A su comentario dedicaremos estas líneas.

2. El preámbulo de la resolución contiene dos elementos ya habituales en las resoluciones del CSNU relativas a la lucha contra el terrorismo. En primer lugar, califica a este fenómeno —«en todas sus formas y manifestaciones»— como «una de las amenazas más graves para la paz y la seguridad internacionales». En segundo lugar, se refiere al deber de respetar la CNU y las obligaciones de Derecho internacional relativas al individuo. A ellos añade el preámbulo elementos contextuales más novedosos, destacando entre ellos la referencia al fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros que tanto preocupan a la comunidad internacional. En este sentido, varios apartados de la resolución mencionan al Estado Islámico de Iraq y el Levante, el Frente Al-Nusra, así como otras «células, entidades afiliadas o grupos escindidos o derivados de Al-Qaida».

3. La parte dispositiva del documento es ambiciosa en no pocos aspectos, conteniendo medidas de muy diversa índole que a continuación describimos sumariamente.

El párr. 1 contiene una cláusula ciertamente inusual. En efecto, dirigida expresamente a los actores no estatales que han motivado la adopción de la resolución,

«exige» a los «combatientes terroristas extranjeros» la deposición de las armas, el fin de sus actividades terroristas y que «dejen de participar en los conflictos armados». Esta exigencia se ve acompañada de una amplia condena no sólo del terrorismo en general, sino también del extremismo violento «que puede conducir al terrorismo».

A continuación, la Resolución dispone una serie de medidas destinadas a los Estados. Concebidas de manera muy amplia, se encuentran relacionadas con el control de fronteras (párrs. 2 y 7) y la prevención del uso fraudulento de documentos de identidad (párr. 2); el intercambio de información operacional sobre las actividades y movimientos de grupos terroristas (párr. 3); la prevención y represión de los actos preparatorios conducentes al reclutamiento de terroristas combatientes extranjeros —incluidos el mero hecho de viajar o intentar viajar con el propósito de «cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos» (párrs. 5 y 6)—; la inclusión de los responsables de dichas conductas en la lista Al-Qaeda elaborada por el CSNU (párr. 7) e incluso la exigencia de que las compañías aéreas proporcionen información «por adelantado» sobre sus pasajeros, con el fin de detectar personas incluidas en la mencionada lista antiterrorista (párr. 9).

Asimismo, la Resolución dedica un apartado a la cooperación internacional en la lucha contra el terrorismo. En él conviene destacar el exhorto a los Estados para que firmen convenios bilaterales relativos a los viajes de combatientes terroristas extranjeros (párr. 11). Seguidamente, el texto se centra en la prevención del extremismo violento que conduce a los actos terroristas, reclamando una mayor cooperación entre los Estados, así como entre éstos y las comunidades locales, a fin de reducir el riesgo de radicalización (párrs. 16 y 19). Y finalmente, el último apartado se dirige a las Naciones Unidas, instando a los respectivos órganos relacionados con la lucha contra el terrorismo —principalmente el Equipo de Apoyo Analítico y Vigilancia de las Sanciones del Comité Al-Qaeda y la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo— a que presten especial atención al Estado Islámico de Iraq y Levante, el Frente Al-Nusra y otros grupos relacionados (párrs. 21 y 23). En este sentido, se pide a los citados órganos que contribuyan a mejorar las capacidades estatales con el fin de frenar el flujo de combatientes terroristas extranjeros (párr. 24).

4. De entre los problemas que plantea la Resolución, nos centraremos en tres: en primer lugar, en el posible carácter «hegemónico» de la resolución (5); en segundo lugar, en el enfoque adoptado respecto a la lucha contra el terrorismo (6); y en tercer lugar, en su posible impacto sobre la protección de los derechos fundamentales (7).

5. La primera reflexión se refiere al posible carácter «hegemónico» de la Resolución como nuevo supuesto de instrumentalización de los poderes *ab legibus solutus* del Consejo de Seguridad (RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., «El Derecho internacional hegemónico y sus límites», *AEDI*, vol. XXIII, 2007, pp. 147-207). En efecto, al igual que otras controvertidas resoluciones con similar objetivo, el texto que aquí analizamos tiene un claro impulsor, los Estados Unidos; así como una finalidad destacable, como es la de obligar a los Estados miembros a adoptar un amplio abanico de medidas legislativas —particularmente penales y administrativas— para hacer frente a la amenaza de los combatientes terroristas extranjeros. Para ello, explota al máximo el potencial normativo e institucional que ofrece el capítulo VII CNU. ¿Estamos, pues, ante otro uso hegemónico-instrumental del Consejo de Seguridad?

A mi entender, se deben separar dos cuestiones a la hora de analizar tan delicada cuestión. Por un lado, es verdad que el órgano encargado de mantener la paz y la seguridad internacionales dispone de los poderes implícitos que le permiten afrontar de manera *estructural* las amenazas permanentes o generalizadas, es decir, actuando más

allá de tal o cual situación específica delimitable temporal y territorialmente. Ello está más que justificado en el caso del terrorismo internacional, una amenaza transnacional de causas complejas que necesita de una respuesta multidimensional de fondo por parte de las Naciones Unidas.

Ahora bien, de ahí a aceptar que el Consejo de Seguridad se salte los procedimientos nomogénéticos del Derecho internacional en aras de la lucha contra una de sus más serias amenazas dista un abismo de legitimidad infranqueable. Pues bien, esto es precisamente lo que sucede con la Resolución 2178: ante la previsible lentitud de los tiempos legislativos necesarios para adoptar un convenio que criminalice adecuadamente el reclutamiento de combatientes terroristas extranjeros, los Estados interesados prefieren atajar por el camino más rápido y efectivo. Es lo mismo que ya sucediera con las Resoluciones 1373 y 1540, adoptadas respectivamente para hacer frente a la financiación del terrorismo internacional y la proliferación de armas de destrucción masiva [S/RES/1373(2001), de 28 de septiembre; S/RES/1540(2004), de 5 de noviembre. Véase, para más detalle, HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 175-211]. Eso sí, con un agravante respecto del primer precedente: aquí ni siquiera existe un convenio previo específico, con una definición vinculante de terrorismo, que pueda legitimar la subsiguiente acción legislativa de los Estados bajo la supervisión de la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo.

Esta crítica relativa al carácter legislativo de la resolución debe ser deslindada de la cuestión relativa al consenso internacional conducente a su adopción. Y es que no se pueden ignorar los amplísimos apoyos suscitados por el documento en cuestión. El inusual *chairman* del CSNU (el Presidente Obama) así lo manifestó de manera reiterada durante las declaraciones presidenciales subsiguientes a la adopción del texto, pues nada menos que 104 Estados habían secundado el proyecto de resolución antes de ser adoptado por los Quince (Doc. S/PV.7272, de 24 de septiembre de 2014). Ello implica que no es posible referirse, como en casos anteriores, a un verdadero caso de «Derecho internacional hegemónico» impuesto de manera unilateral u *oligolateral* por la hiperpotencia global y sus aliados más cercanos. Por el contrario, la Resolución 2178 demuestra que existe un consenso en una buena parte de la comunidad internacional (no en toda) respecto de la necesidad de poner fin a los actos atroces llevados a cabo por la más radical de las versiones del yihadismo conocida hasta la fecha.

6. Nuestra segunda reflexión se refiere al enfoque de la resolución. En general, el tenor de las medidas exigidas por el CSNU evidencia una clara preferencia por el Derecho administrativo y penal. Éstas se complementan en ocasiones con ciertos pasajes que dejan entrever una aproximación más amplia al fenómeno terrorista, basada en la conocida estrategia de hacer frente a sus raíces. Así, por ejemplo, el preámbulo se refiere a la necesidad de abordar «de manera integral los factores subyacentes», reconociendo que «el terrorismo no será derrotado únicamente mediante la fuerza militar, las medidas de aplicación de la ley y las operaciones de inteligencia». Si bien estas referencias retóricas no son menospreciables, lo cierto es que vienen acompañadas de medidas *específicas* para ponerlas en práctica. Ello se aprecia claramente en los interesantes apdos. 16 y 19 del texto, que instan a los Estados a trabajar con las autoridades locales y los agentes no gubernamentales para promover «alternativas pacíficas a la retórica violenta» a la que se adhieren los combatientes terroristas extranjeros. Dicho llamamiento no se ve acompañado de ningún mandato nuevo a los órganos relevantes de Naciones Unidas para que, por ejemplo, hagan efectivo el intercambio efectivo de mejores prácticas entre los Estados (ICCT/GCCS/HSC, «Meeting Report: Addressing the

Foreign Terrorist Fighters Phenomenon from an EU Perspective», disponible en <http://www.icct.nl>). En la práctica, lo más probable es que dicha tarea recaiga sobre el Foro Mundial contra el Terrorismo, organismo fuera de la órbita institucional de la ONU (aunque próximo a ella) que en junio de 2014 adoptó un memorando con 19 buenas prácticas (el Memorando de La Haya/Marrakesch) que, entre otros puntos, abordaba la promoción de discursos que contrarresten efectivamente la propaganda yihadista.

7. Nuestras últimas reflexiones se refieren a la relación entre la resolución y la protección de las normas internacionales relativas al individuo, incluidos los derechos fundamentales, el Derecho internacional humanitario («DIH») y el Derecho de los refugiados.

En primer lugar, el Consejo de Seguridad sigue operando en un limbo jurídico en lo que respecta a la definición de terrorismo internacional. El tiempo ha demostrado que las discrepancias sobre la noción del fenómeno no son meramente conceptuales, y que la acción coercitiva del CSNU debe acompañarse de una definición jurídica-mente vinculante que sirva de referencia para evitar dar cobertura a abusos estatales contra grupos opositores al Gobierno de turno. La definición acogida por la (no vinculante) Resolución 1546 no lo es, por mucho que recoja sus elementos esenciales.

El párr. 1 de la Resolución 2178 vuelve a evocar esta carencia. Así, cuando se establece una verdadera obligación *erga omnes* que afecta a los «combatientes terroristas extranjeros», los Quince no ignoran que esta retórica jurídica indeterminada puede ser aplicada más allá de las fronteras del mal llamado Estado Islámico, con importantes consecuencias para el respeto del DIH (sobre dicho párrafo, véase PETERS, A., «Security Council Resolution 2178 (2014): The “Foreign Terrorist Fighter” as an International Legal Person», 20 y 21 de noviembre de 2014, www.ejiltalk.org. Véase igualmente nuestro comentario a la reciente sentencia del Tribunal General en el asunto de los *Tigres de Tamil*, GARRIDO MUÑOZ, A., «Not Only a Matter of Lex Specialis: IHL, the European Union and Its Two Definitions of Terrorism», 1 de diciembre de 2014, www.ejiltalk.org).

En segundo lugar, las medidas administrativas y penales que establece la Resolución 2178 se encuentran definidas con particular amplitud, con las consecuencias que de ello pudieran derivarse para la protección de derechos individuales. Por ejemplo, será difícil aplicar de una manera proporcionada la obligación de impedir la entrada en el territorio de un Estado a «toda persona sobre la cual ese Estado tenga información fidedigna que ofrezca motivos razonables» para creer que está relacionado con combatientes terroristas extranjeros, sin restringir indebidamente las políticas migratorias del Estado, y sin tener en cuenta la situación específica de los menores de edad que son convencidos para combatir en nombre de su religión (AMBOS, K., «Our terrorists, your terrorists? The United Nations Security Council urges states to combat “foreign terrorist fighters”, but does not define “terrorism”», 2 de octubre de 2014, www.ejiltalk.org). Otro tanto se puede afirmar de la criminalización del «reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia». Además, no se debe olvidar que el Consejo exige a los Estados que garanticen que las aerolíneas proporcionen información «por adelantado» sobre los pasajeros a las autoridades nacionales, con el fin de detectar los movimientos de personas incluidas en la lista Al-Qaeda del Consejo de Seguridad.

En tercer lugar, la Resolución 2178 refuerza el ámbito de aplicación de la lista antiterrorista contra Al-Qaeda de dos maneras diferentes. Por un lado, el texto se refiere a la necesidad de aplicar las medidas de congelación de fondos y prohibición de viajar a personas, grupos, empresas y entidades «asociados con Al-Qaida». Si bien en principio se podría considerar que el Estado Islámico no es socio sino competidor de la

organización creada por Bin Laden, unos párrafos más adelante la misma resolución se refiere a la designación por el Comité de Sanciones de «células, entidades afiliadas o grupos escindidos o derivados de Al-Qaida» (párr. 10). Por otro lado, y siguiendo de la Resolución 2161 (2014) de 17 de junio (párr. 5), las conductas objeto de medidas preventivas se extienden a aquellas personas físicas o jurídicas que presten apoyo a sus actos, «incluso mediante tecnologías de la información y las comunicaciones».

Aunque no es éste el lugar para formular juicios generales sobre el sistema de garantías ofrecido por el Comité de Sanciones contra Al-Qaeda, no pasaremos por alto que, sin llegar a ofrecer el nivel de protección equivalente al de un verdadero derecho de acceso a un juez (y por ende reprochable desde este punto de vista), éste ha mejorado sustancialmente desde la introducción de un *Ombudsperson* en 2009 (al respecto, véase GARRIDO MUÑOZ, A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De la técnica jurídica a los valores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013).

En definitiva, estamos ante una resolución necesaria en cuanto a su objetivo final pero cuestionable desde numerosos puntos de vista. Las reacciones a la emergencia terrorista siguen tensando la cuerda del delicado equilibrio entre seguridad y democracia. En este año en que se cumple el 250.º aniversario de la célebre «De los delitos y de las penas» del marqués de Beccaria, no debemos acostumbrarnos a que el Consejo de Seguridad siga creando su propio Derecho penal.

Asier GARRIDO MUÑOZ

Universidad de Salamanca

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.04>

5. LAS INICIATIVAS EUROPEAS DE RECONOCIMIENTO DE PALESTINA COMO ESTADO: ¿ESTÍMULO PARA LA PAZ ENTRE JUDÍOS Y PALESTINOS?

1. En 2012, la Asamblea General de las Naciones Unidas otorgó a Palestina la condición de Estado Observador no miembro, ya que no se le podía aplicar la condición de Estado prevista en el Derecho internacional. Nada ha cambiado desde entonces, a pesar de que 134 Estados hayan reconocido a Palestina como Estado.

El 30 de octubre de 2014, Suecia fue el primer país de la Unión Europea en reconocer a Palestina como Estado independiente. Otros miembros de la UE desean el mismo objetivo político, pero todavía no han llegado tan lejos. El Parlamento británico, el Pleno del Congreso de los Diputados español y la Asamblea francesa han aprobado en octubre, noviembre y diciembre de 2014, respectivamente, mociones y proposiciones no de ley para instar a sus respectivos Gobiernos a reconocer formalmente a Palestina como Estado. Todos estos textos fueron aprobados por amplias mayorías: por 319 síes, una abstención y dos noes en el caso español y por 339 votos a favor y 151 en contra en el caso francés.

Estas iniciativas se sitúan en la misma línea de endurecimiento del discurso de la UE hacia el Gobierno de Netanyahu a raíz de su ofensiva denominada *Pilar Defensivo*. Ya en diciembre de 2012, los jefes de Estado y de Gobierno de la UE dejaron por escrito la necesidad de contar con dos Estados en la zona, así como el carácter «ilegal» de los asentamientos judíos en territorios ocupados, cuestión que Bruselas condena con relativa frecuencia. La nueva Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad trata de encontrar una postura común equilibrada y armoniosa

para todos los socios europeos, que satisfaga tanto a Alemania, Holanda y Dinamarca, más receptivos a las demandas israelíes, como a aquellos otros como Suecia y quienes ya habían reconocido al Estado palestino antes de su ingreso en la UE, como Polonia, República Checa, Hungría, Rumanía, Bulgaria, Malta y Chipre. Ante el bloqueo del Parlamento Europeo, Mogherini se muestra favorable a «tener un Estado palestino», si bien reconoce que la UE «reconocerá a los dos Estados en el momento más apropiado, aunque la competencia para hacerlo la siguen teniendo los Estados miembros».

2. El reconocimiento de Palestina como Estado del Gobierno sueco ha sido algo más que una mera declaración de reconocimiento de un Estado: reabre el debate sobre un conflicto arraigado en el tiempo que levanta fuertes pasiones, caldea los ánimos, incluso con un lenguaje en ocasiones destemplado y que impide vislumbrar la trascendencia jurídica y política de estas declaraciones. Pero estas iniciativas en vez de ayudar a resolver el eterno conflicto palestino-israelí, podrían resultar engañosas y quizás contraproducentes. Por ello se debe matizar con detenimiento, si —en este caso concreto— se dan las condiciones exigidas por el Derecho internacional para poder afirmar la existencia del Estado palestino y si el reconocimiento unilateral ayuda a alcanzar, por fin, un acuerdo definitivo de paz entre judíos y palestinos.

3. Soberanía estatal y reconocimiento de un Estado son dos conceptos jurídicos distintos, si bien en la práctica y en la opinión pública se confunden a menudo en el sentido que el segundo da entidad al primero. La existencia de un Estado es una cuestión que depende de los siguientes hechos concretos: 1) la existencia de un territorio razonablemente definido que incluye el derecho exclusivo para ejercer las competencias propias de un Estado; 2) una población permanente; 3) la existencia de una organización política, un Gobierno efectivo que controle ese territorio y a esa población, y 4) que ese Gobierno sea capaz de establecer relaciones internacionales con otros Estados, tal y como se recoge en el art. 1 del Convenio de Montevideo sobre los derechos y deberes de los Estados, de 26 de diciembre de 1933. Esta capacidad para establecer relaciones con terceros significa la independencia de ese Gobierno y la no sujeción a la autoridad de otro, cuando ejerza el control efectivo de su territorio y su población. Como es sabido, el reconocimiento de terceros no es constitutivo de la condición de Estado, sino una constatación de una realidad preexistente. Con él, se reconoce el Gobierno efectivo sobre una territorialidad y una población de ese sujeto del Derecho internacional, pero sin entrar a valorar ni la forma de adquisición ni la configuración de tales elementos. La libertad de los Estados para reconocer o no a otro encuentra, no obstante, dos límites en el orden internacional actual: por una parte, de acuerdo con una norma consuetudinaria de las Naciones Unidas y el art. 41 del Proyecto de artículos de responsabilidad internacional del Estado por actos ilícitos, existe la obligación de no-reconocer al Estado nacido en violación de normas fundamentales del Derecho internacional. Recuérdese en este sentido, el caso de Rhodesia y las resoluciones del Consejo de Seguridad de 1965 y, con ciertas otras matizaciones, los casos más recientes de Kosovo y Crimea (véase PETERS, A., «Crimea: Does “The West” now Pay the Price for Kosovo?», *EJIL-Talk*, abril 2014). De hecho, las Naciones Unidas ya declaró que la anexión israelí de los Altos del Golán de 1967 contravenía el orden internacional y reiteró la obligación de no reconocimiento de la extensión de la jurisdicción israelí a la zonas de Jerusalén Este controlada por Jordania.

Por otra, aun teniendo en cuenta que el reconocimiento de un Estado es un acto unilateral, facultativo e irrevocable, no se puede ignorar que la discrecionalidad del Estado pueda llegar a ser arbitrariedad, bien sea para reconocer Estados inexistentes en la realidad o bien para no reconocer Estados que cumplen con los requisitos

exigidos por el Derecho internacional. En tal caso, el reconocimiento de un Estado inexistente constituye una violación del principio que prohíbe el abuso del derecho, uno de los principios generales reconocidos por el Derecho internacional (véase KISS, A., *L'abus de droit en Droit international*, París, LGDJ, 1952, p. 190). Incluso, el reconocimiento de un Estado *in statu nascendi* o prematuro sería igualmente una violación del orden internacional, ya que, en esencia, el reconocimiento depende de una doble efectividad: la efectividad del aparato del Estado que controla y gobierna el territorio que reivindica y su efectiva independencia. Si falta esta doble efectividad, el Estado no está todavía constituido a la luz del Derecho internacional y el estatuto internacional del Estado no puede ser válidamente aplicado (véase VIRALLY, M., «Panorama de *droit international contemporain*», *Recueil des Cours*, 1983-V, pp. 9-382, p. 56). Desde un punto de vista jurídico, el reconocimiento de un Estado no es esencial para la existencia de dicho Estado. Pero si todavía está en vías de llegar a serlo, el reconocimiento podría adquirir un cierto papel político relevante «cuasi-constitutivo», en el sentido de que podría acelerar el desenlace final deseado y así ayudaría al cumplimiento de los criterios apuntados —población, territorio y gobierno efectivo—, aunque en sí mismo no puedan considerarse alcanzados (véase CRAWFORD, J., «The criteria for Statehood in International Law», *British Yearbook of International Law*, 1997, pp. 93-182, p. 143). Además, el reconocimiento tiene unas consecuencias jurídicas en el ámbito de las relaciones internacionales, pues el Estado que reconoce está aceptando que el reconocido pueda oponerle los actos realizados en el ejercicio de sus competencias.

4. Para determinar si Palestina cumple con estas exigencias del Derecho internacional, tal y como afirmó la ministra sueca de Asuntos Exteriores, es menester acudir a los acuerdos —paradójicamente— consensuados entre las partes directamente interesadas —la Autoridad Palestina y el Gobierno de Israel— y asumidos por la comunidad internacional que, al menos desde los denominados acuerdo de Oslo II, constituyen el marco jurídico aplicable y la hoja de ruta de este eterno proceso de paz, a pesar de sus muchos altibajos, incumplimientos y violaciones por ambas partes. Sin embargo, ni el estancamiento de las negociaciones políticas ni la construcción de asentamientos ilegales por parte de Israel autorizan a terceros Estados a alterar los acuerdos territoriales y competenciales vigentes ni a suplantarse de forma unilateral la voluntad de judíos y palestinos que todavía no han aceptado recíprocamente la solución de dos Estados vecinos en la zona.

A fecha de hoy es evidente que la Autoridad Palestina no es el Gobierno de un territorio claramente delimitado en el que pueda decidir de forma efectiva y soberana sin el control de Israel. Al margen de la disputa sobre la capitalidad de Jerusalén reivindicada por judíos y palestinos, la famosa Línea Verde no es la frontera definitiva, sino la solución provisional acordada en los Acuerdos de Armisticio firmados con Egipto, Jordania y Siria, pero no con los palestinos, pudiendo haber cambios en las negociaciones. En el Acuerdo de El Cairo de 1994 y el de Taba de 1995 se pactó un calendario para el redespigue de las fuerzas israelíes de la Franja de Gaza, un plan de transferencia progresiva de autoridad hasta el establecimiento efectivo de la Autoridad Palestina (AP) y una repartición territorial compleja dividida en tres zonas. La *Zona A* es de control exclusivo palestino que incluye las áreas más densamente pobladas, pero que carece de funciones en política exterior, por lo que —por ejemplo— la AP no puede firmar acuerdos con terceros Estados. La *Zona B*, comprende la mayoría de los municipios palestinos y en ella la AP asume sólo las competencias civiles, conservando Israel el control sobre la seguridad. Es decir, son territorios de competencias compartidas entre el ejército israelí y la AP, en los que se encuentran buena parte de los asentamientos de colonos judíos. La *Zona C* alcanza a un 60 por 100 del territorio rural cisjordano que se

encuentran bajo jurisdicción exclusiva israelí. En esta *Zona C* se hallan los principales recursos naturales palestinos, principalmente acuíferos y eléctricos, que están bajo control exclusivo israelí. Por último, la *Zona D* comprende todos los asentamientos israelíes en Cisjordania y las instalaciones militares en donde Israel conservaba todo el control hasta el final de las negociaciones, previsto —teóricamente— para 1999 (véase BERMEJO GARCÍA, R. y POZO SERRANO, P., *Una Tierra, dos Estados: Análisis jurídico-político del conflicto árabe-israelí*, Eunsa, Pamplona, 2011, pp. 210 y 211).

Este diseño territorial pactado por la AP e Israel, ha permitido a Israel soslayar el trazado de fronteras de acuerdo con las líneas anteriores a la ocupación de 1967 de territorios de Jordania y no de Palestina, y crear un nuevo referente fronterizo. Lo relevante de este diseño territorial es que evidencia que la AP no es un Gobierno efectivo, carece de la plenitud de las competencias soberanas en las *Zonas B* y *C*. Es más, perpetúa el control israelí, al menos provisionalmente, hasta que las futuras negociaciones lleven a la conclusión de un acuerdo final sobre el territorio de la futura entidad palestina, que defina sus fronteras y la soberanía interna de dicha entidad. La «injerencia» de terceros Estados reconociendo en estas circunstancias a Palestina como Estado resulta jurídicamente más que dudoso e inoportuno políticamente. Ya que, en efecto, no se puede olvidar que si se reconoce a Palestina como Estado habría que determinar sobre qué territorio ese Estado sería efectivamente soberano, ya que en Gaza está gobernado por Hamás, considerado grupo terrorista por los Estados Unidos y por la Unión Europea (hasta diciembre de 2014), pero la Franja no está bajo el control de la AP. Es más, Hamás se opone a las negociaciones con Israel y niega la existencia de Israel [véase BERMEJO GARCÍA, R.: «¿Es Hamás una organización terrorista? Consecuencias sobre el reconocimiento del Estado palestino», en GUTIÉRREZ ESPADA, C. (dir.) y CERVELL HORTAL, M. J. (coord.), *Nosotros y el Islam*, Murcia, ed. Diego Marín, pp. 10-11]. Recuérdese cómo el reconocimiento de un Estado, a pesar de ser un acto discrecional, debe respetar las normas imperativas del Derecho internacional. En tal caso, y salvando otros escollos, el reconocimiento de Palestina como Estado no significaría que la Autoridad Nacional Palestina salga reforzada como para impedir que desde Gaza se siga atacando a Israel. La Autoridad Palestina carece de cualquier capacidad de obligar a Hamás o a un Estado palestino reconocido por la ONU para nada.

La Autoridad Nacional Palestina carece de funciones de Gobierno y de representación del total de la población palestina que está dispersa entre Gaza, Cisjordania y los campamentos de refugiados y desplazados de Jordania, Siria y Líbano. De acuerdo con los Acuerdos de Oslo de 1993, la Autoridad Palestina nació como una entidad administrativa a corto plazo, encargada de la limitada gobernabilidad de las zonas de la Ribera Occidental y Gaza que fueron reconocidas en las *Zonas A* y *B* bajo la responsabilidad palestina. Su mandato original fue de cinco años, pero se amplió en 1998. Así la Autoridad Palestina goza de una limitada competencia legislativa, ejecutiva y territorial. Tampoco goza de plena jurisdicción sobre la población palestina, ya que no alcanza a los palestinos que habitan fuera de sus zonas de responsabilidad. De acuerdo, por tanto, con la estructura constitucional de la OLP y el Gobierno de los territorios palestinos ocupados (y controlados) por Israel, la Autoridad Palestina es un órgano subsidiario, competente sólo para el ejercicio de las funciones encomendadas a ella por el Consejo Nacional de Palestina. De ahí, que de acuerdo con la definición y aplicación de los principios generales del Derecho, la AP no tiene capacidad de asumir mayores poderes como, por ejemplo, el poder de disolver el órgano del que depende o para establecerse como órgano independiente del Consejo Nacional o de la OLP. Su legitimidad deriva del Consejo y de la OLP, ya que ambos representan a todos los sectores de la población palestina, incluidos los desplazados y refugiados con

independencia del lugar de residencia o del refugio. Por ello, la OLP fue reconocida por la Asamblea General de las Naciones Unidas y por la comunidad internacional de Estados, incluido Israel, como la única representante del pueblo palestino [Resolución 3236 (XXIX), 22 de noviembre de 1974].

5. A la luz de estos datos, casi resulta insultante recordar que Palestina carece de la doble efectividad exigida por el Derecho internacional para la válida aplicación del estatuto internacional de Estado, puesto que la AP no es el Gobierno efectivo que controla con plenitud de competencias el territorio y la población palestino. De no ser esto así, el presidente de la Autoridad Palestina, Mahmoud Abbas, no hubiese dado orden, el 14 de diciembre de 2014, de preparar y presentar ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas una resolución que estableciese un límite de dos años para que Israel ponga fin a la ocupación de los territorios palestinos. Como respuesta, el primer ministro de Israel, Benjamin Netanyahu, ya ha adelantado que su país no será forzado a retirarse del territorio que controla desde 1967 y que conquistó a Jordania, pero no a Palestina.

6. Desde un punto de vista político se comprende que la comunidad internacional intente que se retomen las negociaciones de paz entre judíos y palestinos con el objetivo de alcanzar una convivencia pacífica para ambos Estados. Tanto en las explicaciones de Suecia, como en los textos aprobados en el Reino Unido, España y Francia subyace la idea de que se retomen las negociaciones «en igualdad de condiciones» según expuso la ministra sueca de Exteriores, Margot Wallström. Sin embargo, por muy loable que sea el objetivo político, estas iniciativas no dejan de ser declaraciones, actos simbólicos, no vinculantes, que nada aportan a la resolución del conflicto. La votación de la Cámara de los Comunes se produjo pocas horas después del llamamiento de Ban Ki-Moon a su paso por Ramallah a que la «única solución al conflicto es terminar con la ocupación (israelí) y trabajar en la solución de dos Estados en paz y seguridad». También los textos español y francés pretenden impulsar la reconciliación entre palestinos e israelíes para llegar a una solución territorial justa, razón por la cual la Moncloa retiró del primer borrador de la proposición el párrafo que más irritaba a Israel y que contemplaba un plazo de dos años para el reconocimiento del Estado. De esta forma se mantienen a salvo las exportaciones de armas españolas al Estado judío, que en 2013 generó unos 4,9 millones y el ministro de Defensa español pudo adquirir sin dificultades material militar israelí durante su reciente visita a Israel a principios de diciembre de 2014. El tema palestino es especialmente sensible en Francia, ya que tiene las comunidades judías y musulmanas más importantes de Europa. El texto francés es altamente revelador, ya que recalca la «urgente necesidad de desembocar en una solución definitiva del conflicto que permita el establecimiento de un Estado democrático y soberano de Palestina»; es decir, de forma indirecta está reconociendo que todavía no existe tal Estado, a pesar de que el reconocimiento de un Estado ficticio no tiene cabida en el orden internacional.

De todos modos, a pesar del carácter declarativo del reconocimiento de Palestina como Estado y al margen de los problemas jurídicos que encierra, estas declaraciones de reconocimiento pueden tener efectos desestabilizadores en las relaciones internacionales y contraproducentes para el anhelado proceso de paz y el fin de la colonización israelí. A nuestro juicio, el reconocimiento sueco ha hecho un flaco favor a los palestinos. Muestra de ello es el posible giro ultraderechista del Gobierno de Netanyahu si prospera la reforma de la ley básica de Israel que pretende definir al Estado como un Estado-nación judío, con lo que discriminaría y dejaría sin cobertura al 20 por 100 de los israelíes que son árabes, dificultando así, aún más, las negociaciones de paz.

Asimismo, en enero de 2015, Israel ha anunciado que congelará el envío de los 105 millones de euros de impuestos recaudados por cuenta de la Autoridad Palestina que se transfieren mensualmente al Gobierno palestino, como represalia a la admisión de Palestina como miembro de la Corte Penal Internacional a partir del 1 de abril de 2015.

Eugenia LÓPEZ-JACOISTE
Universidad de Navarra

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.05>

6. ¿ENTERRANDO A BANKOVIC? LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DEL CONVENIO EUROPEO A LA LUZ DE LA SENTENCIA TEDH (GRAN SALA) DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2014 EN EL ASUNTO *JALOUUD C. PAÍSES BAJOS*

1. El año 2014 ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) profundizar en su jurisprudencia relativa a la aplicación extraterritorial del Convenio, pues se han producido dos importantes decisiones en las que el Tribunal de Estrasburgo ha debido considerar los problemas asociados con la aplicación del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en lo sucesivo, CEDH), afrontando una vez más la interpretación del alcance de la noción de «jurisdicción» establecida en el art. 1 del texto convencional. Por otra parte, en ambos casos la cuestión ha interesado a la aplicabilidad de las disposiciones convencionales en relación con las operaciones de las fuerzas armadas desplegadas en el extranjero, incidiendo en tales supuestos en las acciones desarrolladas por los contingentes de Estados partes desplegados en Irak durante la ocupación subsiguiente a la agresión armada del año 2003. Se trata de los asuntos *Hassan c. Reino Unido* (Sentencia de la Gran Sala de 16 de septiembre de 2014) y *Jaloud c. Países Bajos* (Sentencia de la Gran Sala de 20 de noviembre de 2014) si bien será en este último en el que centraremos nuestras observaciones en el curso de la presente nota. No obstante, no conviene olvidar, que cuestiones relacionadas con la eficacia extraterritorial del CEDH también han emergido en otros asuntos conocidos por el Tribunal el pasado año. En este sentido, merece atención el asunto *Trabelsi c. Bélgica* (Sentencia de 4 de septiembre de 2014) toda vez que en él —constituyendo los aspectos asociados con las medidas cautelares impuestas por el Tribunal (y su violación por Bélgica) el núcleo de la decisión— revivían cuestiones —la eventual imposición de obligaciones derivadas del Convenio en relación con un procedimiento extraditorio hacia un Estado no parte (Estados Unidos)— que en el pasado —en concreto en su Sentencia de 7 de julio de 1989 en el asunto *Soering c. Reino Unido*— habían constituido el detonante para plantear la cuestión de la incidencia extraterritorial de las disposiciones del CEDH.

2. La eficacia extraterritorial del Convenio Europeo ha sido desde luego una de las cuestiones más controvertidas en relación con su aplicación (sobre la cuestión véase *per omnia* MILANOVIC, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy*, Oxford, Oxford UP, 2011, así como nuestra contribución «¿Colmando los espacios de no Derecho en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIV, 2008, pp. 141-175). Su proyección, limitada durante muchos años a aspectos incidentales relacionados con la operatividad de sus disposiciones, cobró vida propia con la Sentencia de 23 de marzo de 1995 *Loizidou c. Turquía* (*Excepciones preliminares*). En ella, como se recordará, el Tribunal afirmó que:

«*Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military action —whether lawful or unlawful— it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration*» (párr. 62, *in fine*).

Sin embargo, fue la posterior Decisión (Gran Sala) de 12 de diciembre de 2001 en el asunto *Bankovic c. Bélgica* la que centró la atención de la doctrina dado que en ella se creyó advertir un «giro jurisprudencial» que habría de limitar sobremanera las implicaciones reales —o supuestas— de las enérgicas afirmaciones realizadas por el Tribunal en su decisión de 1995. Allí se sostuvo que la noción de jurisdicción recogida en el art. 1 del Convenio reflejaba una concepción «esencialmente territorial», siendo «excepcionales» y requiriendo «especial justificación» otras alternativas (párr. 61), para concluir que:

«*...the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space (espace juridique) of the Contracting States. The FRY (Federal Republic of Yugoslavia) clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States. Accordingly, the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights' protection has so far been relied on by the Court in favor of establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention*» (párr. 80, *in fine*).

De hecho, a la luz de la inequívoca «reterritorialización» que sostenía entonces el Tribunal, fueron muchos —entre los que nos hallamos— los que se preguntaron si no existía una patente incongruencia entre los argumentos del Tribunal en este caso y la decisión con la que había asumido la aplicación del Convenio en el asunto chipriota.

3. Desde entonces la jurisprudencia del Tribunal ha ido examinando diferentes asuntos en los que el dogma «territorialista» ha ido resintiéndose sobre la base del gradual reconocimiento de significativas y crecientes excepciones. En esta evolución, ha sido sin duda su Sentencia de 7 de julio de 2011 en el asunto *Al Skeini c. Reino Unido* la que ha conformado lo que cabría tildar de nuevo giro jurisprudencial (sobre la misma *inter alia* véase LAVAL, P. F., «À propos de la juridiction extraterritoriale de l'Etat. Observations sur l'arrêt *Al-Skeini* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 116, 2012, pp. 61-88; MILTNER, B., «Revisiting Extraterritoriality after Al-Skeni: The ECHR and its Lessons», *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, 2012, pp. 693-747; PANOUSIS, I. K., «L'application extraterritoriale de la Convention Européenne des droits de l'homme en Irak. Cour Européenne des droits de l'homme, arrêts *Al-Skeini* et *Al-Jedda c. Royaume Uni*, 7 juillet 2011», *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, vol. 23, 2012, núm. 91, pp. 647-670). En este punto, la sentencia que reseñamos se sitúa ya en la nueva línea abierta por la decisión de 2011 como confirma el hecho de que al fundamentar ahora su decisión el TEDH proceda a transcribir íntegramente ocho de los párrafos de aquella en los que establecía la noción de jurisdicción, más allá del «territorialismo» propugnado en 2001.

4. No obstante, allí todavía se mantenía alguna afirmación derivada de la decisión *Bankovic* (en concreto, la referencia a los «Poderes públicos») que alentaba una caracterización aún restrictiva de la noción de jurisdicción siendo el mérito de la reciente Sentencia *Hassan* el hacerla desaparecer de los razonamientos del Tribunal; línea en la que persevera la decisión en el asunto *Jaloud*. En todo caso, este proceso de relectura de su jurisprudencia parece estar detrás de la lacónica afirmación con la que

el Tribunal afronta el examen de la cuestión cuando —antes de remitirse a su doctrina en el asunto *Al Skeini*— se permite advertir:

«*The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory (compare Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, p. 136, § 109)*» (párr. 139).

Una afirmación profundamente significativa, a nuestro juicio, dado que en ella no aparecen ya las severas restricciones con las que orlaba su pronunciamiento en el asunto *Bankovic* y sí en cambio una referencia a la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 9 de julio de 2004, obviamente posterior en el tiempo a aquél y en la que, como es conocido, el Tribunal de La Haya postulaba una caracterización de la aplicación extraterritorial de los instrumentos internacionales de derechos humanos más generosa.

5. Entrando ya en el análisis del caso conviene recordar que los hechos —de cierta complejidad— se refieren a la muerte de un nacional iraquí en un puesto de control en el sur de Irak supervisado por el contingente holandés aunque las tareas efectivas de control recayeran sobre personal iraquí. Se daba además la circunstancia de que en el sector, la responsabilidad última correspondía al Reino Unido sobre la base del reparto de funciones establecido por las potencias ocupantes (Estados Unidos y Reino Unido) y validado por sucesivas Resoluciones del Consejo de Seguridad. Este cúmulo de circunstancias hacían propicio que pudieran entrar en juego conceptos tales como el «efecto pantalla» de las resoluciones del Consejo de Seguridad, la responsabilidad de la potencia ocupante —lo era indiscutiblemente el Reino Unido, aunque no los Países Bajos—, la noción bien conocida en el sector del Derecho internacional de la responsabilidad internacional de la puesta a disposición por un Estados de órganos al servicio de otro (art. 6 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, aprobado por la CDI en 2001), junto con la idea, finalmente, del «control efectivo» todos los cuales parecían desdibujar la supuesta atribución a los Países Bajos de una responsabilidad por el incidente. Por otra lado, ha de tenerse presente que en la demanda presentada por los familiares de la víctima no se planteaba formalmente la cuestión de la violación del derecho a la vida (art. 2.1 CEDH) sino la vulneración de las obligaciones procedimentales relacionadas con la investigación de los hechos (art. 2.2 CEDH).

6. A tenor de lo expuesto, una interesante cuestión que se le planteó al Tribunal fue la relativa a la determinación de la jurisdicción bajo la que se encuadraban los hechos dadas las peculiaridades que comportaba la presencia del contingente holandés en suelo iraquí. De hecho, no por casualidad Reino Unido intervino en el procedimiento para hacer valer, de un lado, su condición de «potencia ocupante»; de otro, la subordinación de las fuerzas holandesas a su mando operacional, pues ciertamente había un oficial británico responsable último de aquellas. No obstante, frente a ello el Tribunal advirtió (párr. 142) que el *status* de «potencia ocupante» —de acuerdo con el art. 42 del Reglamento de La Haya de 1907— no era decisivo en el caso (frente a lo que ocurriera en los asuntos *Al-Skeini* y *Al-Jedda*) propiciando una respuesta al margen de aquél y en línea —así lo hacía valer explícitamente— con su decisión de 1995 en el caso *Lozidou* y otros asuntos relacionados con el conflicto chipriota y el conflicto de Transnistria (Sentencias de 8 de julio de 2004 y de 19 de octubre de 2012, respectivamente *Ilascuy Catan c. Moldova y Rusia*, entre otros). Por otra parte, sostuvo que la aparente subordinación del contingente holandés al control operacional británico no desvirtuaba la jurisdicción de los Países Bajos en el caso («*the fact of executing a decision or an order given by an authority of a foreign State is not in itself sufficient to*

relieve a Contracting State of the obligations which it has taken upon itself under the Convention»), pues éstos seguían ejerciendo plena autoridad sobre su personal militar, tal como —recordaba el Tribunal— reconocían las autoridades holandesas con ocasión del preceptivo control parlamentario ante los Estados Generales (párr. 143). Finalmente, advertía que de ninguna manera podía inferirse una supuesta responsabilidad de los efectivos iraquíes (*Cuerpo Iraquí de Defensa Civil*) en los hechos pues éstos se encontraban «bajo la supervisión y la autoridad de los oficiales de las fuerzas de la coalición» (párr. 150). Todo lo cual lleva al Tribunal de Estrasburgo a concluir que:

«...the Court cannot find that the Netherlands troops were placed “at the disposal” of any foreign power, whether it be Iraq or the United Kingdom or any other power, or that they were “under the exclusive direction or control” of any other State [compare, mutatis mutandis, Article 6 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility, see paragraph 98 above; see also Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007, p. 43, § 406,...]» (párr. 151).

Sin que fuera necesario en el caso abordar la eventual jurisdicción concurrente de otros Estados contratantes (párr. 153).

7. En este orden, la afirmación acerca de la irrelevancia de la implicación de otros sujetos —incluida la responsabilidad última del Consejo de Seguridad sobre la base de las habilitaciones conferidas a las potencias ocupantes con arreglo a las Resoluciones 1483 (2003), de 22 de mayo, y 1511 (2003), de 16 de octubre— merece una especial atención toda vez que la cuestión no había resultado baladí en otras ocasiones; en este punto conviene recordar la inadmisibilidad acordada en la Decisión (Gran Sala) de 2 de mayo de 2007 en los asuntos acumulados *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*. Frente a ello, no está de más mencionar que este planteamiento ya había sido descartado con anterioridad por otras instancias jurisdiccionales: al respecto merecen destacarse las Sentencias del Tribunal Supremo de los Países Bajos de 6 de septiembre de 2013 en los asuntos *Nuhanovic y Mustafic* —dictadas en relación con la implicación del contingente holandés en la matanza de Srebrenica— en donde la más alta jurisdicción neerlandesa había asumido la hipótesis de la doble atribución de responsabilidad, abandonando la restrictiva caracterización mantenida por el TEDH en 2007 (al respecto véase BAKKER, C., «Dual Attribution of Acts committed by a UN Peacekeeping Force: An Emerging Norm of Customary International Law? The Dutch Supreme Court’s Judgements in *Nuhanovic and Mustafic*», *Italian Yearbook of International Law*, vol. XXIII, 2013, pp. 287-297).

8. No menos importante es la cuestión que hubo luego de elucidar el TEDH acerca de la subsiguiente atribución de responsabilidad respecto a los hechos denunciados. En este orden, el Tribunal advertía acerca del diverso carácter que suscitaba la cuestión respecto de la previamente establecida jurisdicción neerlandesa en el supuesto (párr. 154). En todo caso, y siendo cuestiones diferentes concluía que «(t)he facts giving rise to the applicant’s complaints derive from alleged acts and omissions of Netherlands military personnel and investigative and judicial authorities. As such they are capable of giving rise to the responsibility of the Netherlands under the Convention» (párr. 155). En suma, aplicando implícitamente las categorías establecidas en el Proyecto de artículos de la CDI de 2001 previamente citado, el Tribunal dejaba definitivamente esclarecida la eventual responsabilidad de los Países Bajos para el caso de que se acreditaran las violaciones denunciadas por la recurrente.

9. También merece una especial consideración la cuestión acerca de las implicaciones del art. 2.2 toda vez que en el asunto *Jaloud* no era la muerte sino las circuns-

tancias —supuestamente legales— conforme a las que habría tenido lugar, la cuestión denunciada: en este sentido, la demandante dudaba tanto de la independencia de la investigación desarrollada por las autoridades militares holandesas en torno a las circunstancias de la muerte de A. S. Jaloud como de la regularidad del procedimiento judicial ulterior. Habida cuenta del contexto —la situación en Irak en el curso de la ocupación militar extranjera— al abordar este punto, de nuevo el Tribunal (párr. 163) recurre a su anterior decisión *Al-Skeini* para recordar que las obligaciones procedimentales derivadas del art. 2.2 en relación con la investigación de las circunstancias de una muerte se imponen en todo momento, «aún cuando las condiciones de seguridad sean difíciles, incluso en un contexto de conflicto armado», debiendo conducirse de modo «efectivo», «independiente» y «diligente», sin estimarse satisfechas con «la simple concesión de una indemnización». Lo anterior lleva al Tribunal a reconocer que:

«The Court is prepared to make reasonable allowances for the relatively difficult conditions under which the Netherlands military and investigators had to work. In particular, it must be recognized that they were engaged in a foreign country which had yet to be rebuilt in the aftermath of hostilities, whose language and culture were alien to them, and whose population —witness the first shooting incident on 21 April 2004 [...]— clearly included armed hostile elements» (párr. 226).

No obstante, tales circunstancias no hacían imposible el cumplimiento de las obligaciones positivas derivadas del art. 2.2 del Convenio, en tanto que el análisis de los hechos le llevaba a concluir que si bien la Sala militar que hubo de conocer del caso era independiente, en cambio las lagunas y deficiencias advertidas en el procedimiento seguido (omisión de la toma en consideración del acta con las deposiciones de los implicados, riesgo de colusión entre ellos, deficiencias en la práctica de la autopsia, inexistencia de un análisis de balística, etc.) permitían dudar de su eficacia, de lo que se derivaba una inequívoca violación del Convenio.

10. La sentencia se acompaña de nutridas Opiniones concordantes, alguna de las cuales —así, la encabezada por el Juez Casadevall y de la que participa (junto con otros cinco jueces) el Juez «español», L. López Guerra— prefigura posibles futuros desencuentros en el seno del Tribunal, particularmente respecto al alcance de las obligaciones derivadas del art. 2.2, cuya apreciación por parte del Tribunal consideran contradictoria con las circunstancias del caso. También resulta significativa la atención inusitada que despierta a algunos jueces —así Opiniones concordantes de los Jueces Spielmann y Raimondi y Opinión concordante de la Juez Motoc— la integración en el análisis del Tribunal de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad internacional al abundar en las cuestiones de la jurisdicción y la atribución de responsabilidad, tras alguna de las cuales parece latir un «autonomismo» respecto del Derecho internacional general digno de mejor causa.

11. Como ocurriera con ocasión del asunto *Bankovic*, la valoración de la decisión se enfrenta una vez más a posiciones contradictorias. De un lado, hay quienes ven en ella un nuevo aporte a una construcción —que podríamos calificar de «puntillista»— en torno a las hipótesis limitadas sobre las cuales giraría la eficacia extraterritorial del Convenio: a este respecto hay quien se pregunta ahora acerca de nuevas hipótesis de extraterritorialidad susceptibles de reconocerse en futuros pronunciamientos del Tribunal (y es que, lamentablemente, las operaciones militares desarrolladas con ocasión de la invasión de Irak han surtido sinnúmero de supuestos sobre los que el Tribunal puede venir llamado a pronunciarse en un futuro no muy lejano). Para otros, con los que nos alineamos, se trata ya de una inequívoca desvirtuación de las restricciones espaciales impresas por la jurisprudencia precedente, de forma que puede sostenerse que desde ahora «los soldados europeos *llevan consigo* el Convenio Europeo» doquie-

ra que se planteen sus acciones (véase MILANOVIC, M., «*A Few Thoughts on Hassan v. United Kingdom*», en el blog *EJIL: Talk!*, accesible en <http://www.ejiltalk.org>). En todo caso, lo que es evidente es que esta decisión arrumba definitivamente algunas de las afirmaciones más discutibles vertidas en el asunto *Bankovic*: particularmente, es revelador que el espurio concepto de «espacio jurídico» acuñado en aquella ocasión no encuentra ahora la más leve proyección ni en las afirmaciones de la sentencia, ni en las de los nutridos votos concurrentes formulados. Por otro lado, la evocación del caso *Bankovic* también nos permite valorar la influencia que cobran los intereses políticos de los Estados contratantes en los asuntos sometidos al Tribunal y el relieve que el órgano jurisdiccional de Estrasburgo les confiere. En este orden, pese a los años transcurridos, seguimos pensando que aquéllos fueron decisivos en el caso para alumbrar tan controvertida decisión. En cambio, afortunadamente no ha sido así en el asunto *Jaloud*, máxime cuando el órgano jurisdiccional de Estrasburgo no se ha dejado seducir por los argumentos que blandía el representante británico ante el Tribunal cuando aducía los «riesgos reales» que entrañaría una decisión como la acordada de cara a la asunción por los Estados parte en el CEDH de futuras misiones susceptibles de ser acordadas por el Consejo de Seguridad en el ámbito del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (párr. 126). Qué duda cabe que una respuesta distinta hubiera supuesto asumir la impunidad de estos efectivos, como destacaba la Juez Motoc en su Opinión concordante (párr. 6).

12. *Coda*. El azar ha querido que el fallo del TEDH se haga público pocos días después de la insólita decisión acordada por el Tribunal Militar Territorial Primero de revocar el auto de procesamiento dictado por el Juzgado togado militar núm. 11 respecto a los militares españoles implicados en supuestos actos de tortura cometidos en Diwaniya (Irak) en el año 2004. Aunque el supuesto exceda del objeto de la presente nota, conviene reseñar que en la información que ha trascendido en torno a la fundamentación de la decisión del Tribunal militar (véase diario *El País*, de 30 de octubre de 2014, p. 20) se mencionan fútiles disquisiciones en torno a la (irrelevante) declaración de guerra y peligrosas derivas interpretativas acerca de la pretendida inoperancia del Derecho internacional humanitario frente a supuestos terroristas, deudoras estas últimas de un «excepcionalismo jurídico» a conjurar. Ninguna mención se hace, en cambio, a las normas del Convenio Europeo que nuestros militares deberían llevar —más aún a partir de ahora— entre sus pertrechos.

Javier A. GONZÁLEZ VEGA
Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.06>

7. LA LEY DE LA ACCIÓN Y DEL SERVICIO EXTERIOR DEL ESTADO. UN INTENTO FALLIDO

1. El *BOE* del 26 de marzo de 2014 publicaba la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LASEE) que el Congreso de los Diputados había aprobado unos días antes con los solos votos a favor del Partido Popular y UPN y el voto negativo o la abstención del resto de las fuerzas políticas representadas en las cámaras. Su entrada en vigor al día siguiente ponía fin a un accidentado proceso de elaboración en el que las diferencias iniciales fueron ahondándose en lugar de acercarse y cuyo resultado final no augura necesariamente un futuro feliz a la nueva ley.

Nadie ha discutido la conveniencia de contar con una ley que establezca el marco de referencia de la Acción Exterior del Estado. De hecho, ha figurado entre las preocu-

paciones de sucesivos Gobiernos, siendo el precedente más inmediato la creación en 2005 por el entonces Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Miguel Ángel Moratinos, de una Comisión Interministerial para la Reforma Integral del Servicio Exterior que no pudo ponerse de acuerdo en mucho más que en que una ley de ese tipo era aconsejable.

Ese intento, como los que le precedieron desde el Libro Blanco sobre la Administración Exterior del Estado de 1986, fracasó entre otras razones por la confluencia de tres factores igualmente importantes: el primero, la sustancial transformación de las relaciones internacionales, que ha supuesto entre otras cosas la incorporación de nuevos y potentes actores distintos de los Estados; el segundo, las complejas repercusiones en la acción exterior del Estado de la articulación de nuestro Estado de las Autonomías, con las consiguientes competencias exclusivas y compartidas por la administración General del Estado y las administraciones autonómicas en temas de necesaria proyección exterior; y finalmente, la existencia de una administración pública compartimentada y controlada por Cuerpos Especiales, con una visión cerradamente corporativa de sus intereses y del ejercicio de las competencias a su cargo. En esas condiciones el reconocimiento general de la conveniencia de dotarnos de un marco normativo para ordenar la Acción Exterior del Estado no llevaba aparejada la capacidad ni la voluntad de los actores para llevar a buen puerto el proyecto. Y de ahí que la solución de los conflictos competenciales o de mera presencia, hayan tenido que venir hasta ahora de la mano del Tribunal Constitucional que a golpe de sentencia ha establecido criterios y puesto un relativo orden en algunos aspectos de nuestra acción exterior, en especial el papel, alcance y límites de las actividades de las Comunidades Autónomas.

2. La aprobación de la LASEE puede hacer creer que esta vez se ha logrado superar esos obstáculos pero, desgraciadamente, nada más lejos de la realidad. Sin entrar ahora en la polémica sobre la bondad real o supuesta de considerar la política y la acción exteriores una cuestión de Estado, parece evidente que al menos los marcos de referencia de ambas deben ser fruto del más amplio consenso posible, no sólo de las fuerzas políticas sino también de la sociedad civil. Y, sin embargo, no ha sido el consenso lo que ha caracterizado ni la elaboración ni la aprobación de esta ley. En apoyo de esta afirmación hay numerosos hechos además de la votación misma: la carta que dirigieron al Ministro García-Margallo, en febrero de 2013, 363 diplomáticos reclamando ser oídos y exponiendo su posición contraria al texto de la ley, entonces proyecto, en temas tan centrales como la unidad de acción en el exterior o el papel del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación; el duro comunicado de la Asociación de Diplomáticos Españoles, mayoritaria en la Carrera Diplomática, señalando que las deficiencias de la ley no le permitían apoyarla; las comparecencias en el trámite parlamentario de numerosos expertos, casi sin excepción críticos sobre su contenido; o que se presentaran cientos de enmiendas por todos los grupos sin que se aceptaran finalmente más que cambios cosméticos en el texto. El ministro de Exteriores ha reclamado insistentemente el consenso pero ha carecido de la flexibilidad necesaria para propiciarlo.

Hay una explicación para esta actitud. Los anteriores intentos habían fracasado, en gran parte, por la rigidez de las posiciones de los distintos Ministerios con competencias en el exterior y su resistencia a aceptar el principio de unidad de acción y sus consecuencias, en particular el papel central del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en el proceso interno y el del jefe de Misión o embajador en el exterior. Pues bien, para sortear ese obstáculo el Ministro García-Margallo y su equipo han primado la negociación con los Ministerios sobre cualquier otra y alcanzado un acuerdo

sobre la base no tanto de la «coordinación» como de la «adición», es decir, reconociendo a los distintos departamentos unos ámbitos de acción exterior propios que se yuxtaponen entre sí para formar, en su conjunto, el ámbito global de la acción exterior del Estado. El resultado, muy objetable conceptualmente, ha sido doblemente negativo: por un lado, cuestiona el principio y la operatividad de la unidad de acción en el exterior, elemento central de todo el ejercicio; por otro, redujo de forma drástica la capacidad de negociación del MAEC con los demás interlocutores por cuanto preservar ese acuerdo intra-gubernamental pasó a ser una absoluta línea roja, hipotecando y condicionando el tratamiento de asuntos conexos como la organización del servicio exterior, como veremos más adelante.

En todo caso, sean las que hayan sido las razones, la ausencia de un consenso suficiente entre las fuerzas políticas, las administraciones y los actores sociales directamente implicados puede tener la consecuencia de que la trascendencia temporal que cabría esperar de una ley que regula materia tan sensible como la acción exterior del Estado no esté garantizada.

3. Sobre el telón de fondo de este «pecado original» de la LASEE hay que traer a colación otros aspectos de la nueva ley que despiertan no pocas dudas. El primero y principal que se haya optado por regular, en una misma ley, la Acción Exterior del Estado y el Servicio Exterior, cuestiones de muy diferente entidad. La primera, ciertamente merecedora de un tratamiento de ese rango, pero la segunda de carácter más contingente e incluso en muchos aspectos puramente organizativa, más propia de normas de rango reglamentario. Regular por ley esas cuestiones supone introducir una rigidez inconveniente para la buena marcha del Servicio Exterior y complicar innecesariamente su adecuada adaptación a las cambiantes circunstancias de cada momento. El Informe preceptivo del Consejo de Estado, emitido el 30 de mayo de 2013, alertó sobre esta inconveniencia señalando que «debe llamarse la atención sobre el hecho de que una parte significativa de los contenidos del anteproyecto corresponde a materias cuya regulación en una norma jurídica de rango legal puede reputarse innecesaria o, incluso, poco apropiada» concretando más adelante que ese era el caso de «muchos preceptos, incluidos principalmente en el título IV (que) revisten un carácter meramente organizativo, en ocasiones más propio de una norma de rango reglamentario» por lo que su «inclusión en el anteproyecto, además de resultar desequilibrada, presenta la contraindicación de conferirles una rigidez formal innecesaria».

Lamentablemente, es obligado señalar que estas recomendaciones no fueron atendidas y el texto aprobado es, en estos aspectos, exactamente el mismo que el que se sometió entonces como anteproyecto al Consejo de Estado.

4. En cuanto al contenido concreto de la nueva ley hay muchos aspectos que justifican las reticencias y el distanciamiento mostrados por expertos, asociaciones, administraciones regionales y municipales y partidos políticos durante los debates en la Comisión de Exteriores del Congreso.

Uno de ellos, particularmente importante, es la detallada descripción de lo que en la ley se llaman «ámbitos de la acción exterior», a cuyos fines y objetivos se dedica todo el capítulo II del título I (arts. 15 al 34). La LASEE opta por desagregar la acción exterior del Estado y compartimentarla, no en función de principios inspiradores, objetivos generales o criterios de acción, sino de las competencias con eventual proyección exterior atribuidas a los distintos Ministerios. Este tratamiento es consecuencia de la negociación intra-gubernamental a que me he referido anteriormente y materializa el acuerdo de blindar, dándole reflejo normativo, el elenco

competencial de los distintos Ministerios. Pero es un enfoque equivocado. Aún más, como señala el Consejo de Estado en su dictamen, esta descripción detallada es no sólo innecesaria sino inconveniente por cuanto responde a una visión estática de la acción exterior; resta flexibilidad a la potestad del Gobierno de fijar directrices, deja en tierra de nadie cualquier actuación en ámbitos no descritos en la ley y pone en evidencia aquellas otras actuaciones posibles que, aconsejadas por la coyuntura, aunque dentro de los principios orientadores pudieran reputarse en contradicción con las previstas en la ley.

Aparte de la confusión conceptual que revela este enfoque, es especialmente dañino su efecto de encorsetar innecesariamente la acción exterior del Estado refiriéndola a una concreta estructura organizativa del Gobierno que normalmente sufrirá ajustes en próximas legislaturas. Un solo artículo que se hubiera limitado a afirmar que la acción exterior del Estado se desarrollará en todos los ámbitos que sean de interés para la consecución de los objetivos de seguridad, paz y progreso de España, aparte de ser más sólida en lo conceptual, habría hecho mucho mejor servicio a nuestros intereses que la farragosa, innecesaria e inconveniente regulación aprobada. En el debate en el Congreso se presentaron varias enmiendas a ese fin que fueron sin embargo desestimadas por la mayoría.

5. Otras cuatro cuestiones reciben un tratamiento cuestionable, y están entre las razones de fondo del rechazo de expertos, fuerzas políticas y administraciones autonómicas: la desconfianza hacia la acción exterior de las Comunidades Autónomas, los mecanismos de planificación e iniciativa, la Marca España y la articulación de la unidad de acción en el exterior.

6. Por lo que hace al papel de las CCAA, la LASEE adopta una posición más de desconfianza y control que de colaboración. Mientras los demás actores (el poder judicial, el legislativo o las FAS) gozan de una presunción de lealtad institucional, de las CCAA se recela, ignorando no ya la contribución positiva de las CCAA a la acción exterior del Estado, sino que tienen competencias exclusivas en ámbitos de necesaria proyección exterior. La ley es mucho más estricta en el control de esa legítima acción exterior que en el aprovechamiento de lo mucho que aporta a nuestra presencia y a la satisfacción de los intereses de los ciudadanos españoles en su conjunto. El art. 5.2 y los arts. 11 y 12 son suficientemente expresivos de esta filosofía controladora al establecer mecanismos de información previa que no se exigen a otros actores y someter a una carrera de obstáculos la apertura de oficinas en el exterior. Para justificar esta finalidad controladora, se llega incluso a utilizar el argumento de la «eficiencia en la gestión de los recursos públicos» para complicar la apertura de dichas oficinas, cuando obviamente no es en ese plano en el que se plantea el problema de fondo.

Recordemos que la tramitación de la LASEE ha coincidido con un periodo de gran tensión entre el Gobierno y las administraciones autonómicas a causa de la crisis económica y en particular con la Generalitat de Cataluña por razones más complejas, conflicto éste en el que el ministro de Exteriores, paradójicamente, ha jugado un papel protagonista. Ese conflicto ha contaminado seriamente el enfoque de la LASEE en lo que hace al papel de las CCAA en la acción exterior del Estado. Ni el momento era el más oportuno para una reflexión serena sobre esta cuestión, ni los resultados han sido consiguientemente los deseables.

7. En cuanto a los mecanismos de planificación e iniciativa, sin negar la necesidad de una adecuada planificación, el sistema establecido en el título II, arts. 34 a

40, es particularmente pesado y burocrático como cabía esperar de una negociación fundamentalmente competencial. Se establecen hasta cuatro instrumentos (estrategia a medio plazo, informe anual, plan de promoción de imagen y planes anuales Marca España) cuyo principal demérito no es sólo su número excesivo sino la confusión entre política y propaganda que implican, al poner en el mismo plano la primera (estrategia e Informe anual) que la segunda (promoción de imagen y Marca España). Nadie avala esta equiparación y es muy desafortunado que se haya hecho dentro de la ley. El Consejo de Estado en su citado informe considera la inclusión de la Marca España en la ley «perturbadora y potencialmente disfuncional».

8. Igualmente sorprendente es la distribución de competencias en cuanto a la iniciativa de las distintas acciones en este terreno. La elaboración de la Estrategia es iniciativa del MAEC, pero «conjuntamente» con todos los demás departamentos ministeriales; la de los planes de promoción de la imagen de España, de la Presidencia del Gobierno y el Ministerio de la Presidencia; la del despliegue exterior de «los departamentos ministeriales» y la creación o supresión de Embajadas u Oficinas sectoriales se hará a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. De donde deriva una evidente burocratización y la pérdida de la centralidad de que disfrutaba, al menos en teoría, el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en la coordinación y gestión de la Política y Acción Exteriores del Estado de acuerdo con el modelo predominante en nuestro entorno.

9. Más grave es la flagrante contradicción entre el art. 3, párr. 2.a) que establece como primer principio rector de la Acción Exterior el de «unidad de acción», y la articulación que se hace del mismo en el título III, capítulos I y III al regular el Servicio Exterior. La LASEE atribuye al jefe de Misión la representación del Estado, como no podía ser de otra manera, pero renuncia a dotarle de los instrumentos que hagan operativa esa autoridad. Cada Ministerio sectorial seguirá designando e instruyendo directamente a sus enviados y los consejeros, agregados y demás responsables de Oficinas o Centros especializados continuaran dependiendo orgánica y funcionalmente de sus respectivos departamentos y solo jerárquicamente del jefe de Misión, que les coordina y recibe información de ellos. Así es evidentemente imposible asegurar la unidad de acción. Una vez más, la ley recurre a codificar una realidad insatisfactoria para preservar la paz intergubernamental, pero en este caso lo hace a costa de vaciar la ley de lo que debía haber sido su objetivo principal. El Consejo de Estado se ha pronunciado también a este respecto, señalando que «no resultan coherentes los términos de la dependencia jerárquica, orgánica y funcional a la que queda sometido el personal del servicio exterior».

10. En resumen, la Ley de la Acción y el Servicio Exterior del Estado es una ley que fracasa en el intento de dar solución a los problemas que aborda. Está fuertemente contaminada por las exigencias de la difícil coyuntura por la que España ha atravesado durante su elaboración y ello ha determinado su falta de visión, su apego al detalle y que haya recurrido a codificar una realidad que está lejos de ser satisfactoria, renunciando a transformarla. Sus numerosas y graves deficiencias sustantivas le han impedido alcanzar un consenso suficiente que garantice su permanencia, al tiempo que hacen extremadamente difícil su reforma. En suma, un intento fallido, una oportunidad perdida.

Juan Pablo DE LAIGLESIA
Embajador de España

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.07>

8. ESPAÑA EN EL CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS DURANTE EL BIENIO 2015-2016: RETOS Y RESPONSABILIDADES

1. La elección de España como miembro no permanente del Consejo de Seguridad constituye un éxito indudable de la política exterior española. Lanzada ya la candidatura de España a ese puesto en 2005 por el Gobierno presidido por el socialista José Luis Rodríguez Zapatero y asumida por el actual Gobierno del Partido Popular presidido por Mariano Rajoy, la elección de nuestro país (por quinta vez ya) para ese puesto tuvo lugar el 16 de octubre de 2014. Nueva Zelanda, España y Turquía competían para la renovación de dos puestos como miembros no permanentes del Consejo en el grupo «Europa occidental y otros Estados» (salían Australia y Luxemburgo). Los votos necesarios (dos tercios de los Estados presentes y votantes según el art. 18.2 de la Carta), habida cuenta la participación de todos los miembros de la Asamblea General, eran 129. Nueva Zelanda obtuvo en la primera ronda 145; España y Turquía necesitaron hasta el desenlace tres votaciones, obteniendo nuestro país en la tercera y última 132 votos por los 60 de Turquía. El Ministro español de Asuntos Exteriores, Sr. García-Margallo, confesó que no siempre estuvo seguro del triunfo («he temido que el desempate nos arrasara, como nos pasó en Buenos Aires con los Juegos», <http://politica.elpais.com>, 16 de octubre de 2014, pp. 1-3, p. 1). El resultado final constituye un éxito de la política exterior española por tres razones fundamentalmente:

— Es una cuestión de prestigio integrar un órgano, como el Consejo de Seguridad, formado por 15 (de los 193 Estados miembros de Naciones Unidas), que se ocupa nada menos de cuestiones como el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

— La presencia de España en el Consejo refuerza su capacidad para conseguir acuerdos internacionales con otros Estados (miembros o no del mismo órgano).

— Estar «allí» es saber de primera mano (sin mediación ni interferencias) de los grandes asuntos geoestratégicos de este lugar llamado mundo.

2. Formar parte del Consejo obliga al Estado miembro a tomar posición (a «mojarse») sobre cuestiones de primer orden mundial, y a hacerlo en el marco del juego permanente de complicados equilibrios políticos y diplomáticos, sin que sea posible (la mayoría de las veces) que los miembros no permanentes (nuestro caso) consigan ver triunfar en la decisión (o inacción) a la que el Consejo llegue sus deseos, por justificados que estén, para él, por el Derecho o la Justicia. Y acabo así de lanzar al lector dos mensajes:

— El primero es que España tendrá que adoptar posiciones difíciles, en temas de gran calado y será objeto, en ese proceso, de todas las presiones imaginables. Como, por ejemplo, tuvo que hacer en 2003 (España ocupó el puesto para el que ahora ha sido elegida en el bienio 2003-2004) con ocasión de la guerra de Irak. Nuestro país tuvo que tomar posición sobre si debía el Consejo autorizar el uso de la fuerza armada contra el régimen de Saddam Hussein o no hacerlo. Decisiones difíciles, sí, que pueden además tener su proyección, para el Gobierno que las adopte, en la política interna, incluso en sus expectativas de volver o no a ganar una elecciones generales.

— El segundo mensaje que les he enviado consiste en que un Estado puede verse tentado a sopesar si este precio a pagar compensa las ventajas que formar parte del Consejo de Seguridad suponen para él. Y no hablo de teorías, sino de práctica: un viernes 18 de octubre de 2013, Arabia Saudí renunció al puesto de miembro no permanente del Consejo de Seguridad para el que había sido elegida por la Asamblea General alegando la «incapacidad» de este órgano para «asumir sus funciones y res-

ponsabilidades en bien de la paz y seguridad en el mundo» (www.europapress.es, 18 de octubre de 2014). Detrás de estas palabras, el Gobierno saudí reprochaba al Consejo de Seguridad su inacción (vetos ruso y chino) en el conflicto de Siria.

3. España tiene, sin duda, su Programa, como miembro no permanente del Consejo para el bienio 2015-2016. En la página web del Ministerio de AAEE y Cooperación (<http://www.exteriores.gob.es>, consultada el 21 de noviembre de 2014), y en el marco del tema de «La candidatura española al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2015-2016», se enumeran las que se denominan «las diez razones de un socio fiable», de algún modo el «monstruo» del Programa de actuación español en ese órgano. Permíteme, amigo lector, que *utilitatis causa* destaque cuatro:

— «Asumiremos nuestra responsabilidad de contribuir eficazmente al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales».

— «Trabajaremos por un Consejo más eficaz, más transparente y más cohesionado».

— «Combatiremos el terrorismo en todas sus formas y daremos otra voz a sus víctimas».

— «Daremos a los derechos humanos [...] la dimensión que les corresponda para garantizar la seguridad y la estabilidad. No es posible la paz sin el respeto a la dignidad humana».

Ya en la misma sesión en la que fue elegida, se le preguntaba al Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación, Sr. García-Margallo, cuál era la agenda de nuestro país en su nuevo desempeño. No quiso el ministro avanzar ésta en términos concretos, pero sí se refirió a algunas cuestiones: en el contencioso de Gibraltar, dijo, «no hay ningún paso atrás», «el Estado islámico y el ébola son los temas del momento, pero hay otros: Libia, Ucrania, la reforma del Consejo de Seguridad, Palestina» [...]. Ya se ha pedido a España, nuevo miembro no permanente del Consejo, su apoyo en este órgano para el debate y toma de decisiones en varios temas:

A) La activista saharauí pro derechos humanos, Aminetu Haidar, afirmó el martes 18 de noviembre de 2014: «España puede ayudar mucho en la búsqueda de una solución pacífica al conflicto del Sáhara Occidental» (<http://www.spsrasd.info>, 19 de noviembre de 2014). Sin duda. Nuestro país, antigua potencia colonial del territorio, debe impulsar el que el Consejo de Seguridad tome una decisión definitiva para poner fin al contencioso. Y en esa decisión, se lo debemos al pueblo saharauí, no pueda faltar el dar a este pueblo la posibilidad de elegir, entre otras opciones si se quiere pero que ésta también esté entre ellas, si ese es su deseo, un estatuto jurídico y político como Estado independiente y soberano.

B) El jueves 20 de noviembre de 2014 el politólogo Xavier Abu Eid, miembro del equipo negociador de la Autoridad Nacional Palestina, pedía a nuestro país que impulse en Naciones Unidas la fijación de una fecha límite a la ocupación israelí de Palestina y que lo haga aunque Estados Unidos vote la propuesta («si Estados Unidos se opone, tendrá que explicar a la opinión pública los motivos de por qué no frena esta ocupación») (<http://noticias.lainformacion.com>, pp. 1-2). Sabido es que la Autoridad Nacional Palestina (Palestina es un *Estado observador no miembro* en la Asamblea General de Naciones Unidas) (véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.^a J., «Sobre el reconocimiento de Palestina por la Asamblea General de Naciones Unidas como “Estado observador no miembro”», *REDI*, LXV, 2013, núm. 1, pp. 255-262) hizo circular el 30 de septiembre de 2014 un proyecto de resolución en el que se fija una fecha concreta para que Israel en la que este país debe haberse retirado de todos los territorios ocupados desde la Guerra de los Seis Días (1967): «noviembre de 2016» (véase su texto en inglés y otros documentos en WECKEL, Ph., «Conseil de Sécurité, la

proposition palestinienne du résolution sur le règlement du conflit», *Sentinelle*, bulletin núm. 408, de 26 de octubre de 2014, pp. 1-16).

El sábado 29 de noviembre de 2014 los ministros de Asuntos Exteriores de la Liga Árabe, reunidos en El Cairo (Egipto) acordaron presentar un proyecto de resolución ante el Consejo de Seguridad en el que se decide la creación del Estado de Palestina; el comunicado final no fijaba la fecha de presentación, aunque según fuentes diplomáticas ello podría ocurrir en las próximas semanas (<http://sp.ria.ru>, 29 de noviembre de 2014).

El Congreso de los Diputados español, en una proposición no de ley presentada por el PSOE y con enmienda transaccional del PP, adoptaba el martes 18 de noviembre de 2014 (por 319 votos a favor, dos en contra y una abstención), insta al Gobierno a: «1. “Impulsar el reconocimiento de Palestina como Estado, sujeto de Derecho internacional [...]”, y 2. “Promover de manera coordinada con la Unión Europea el reconocimiento del Estado palestino, como Estado soberano, contiguo, democrático e independiente que conviva en paz y seguridad con el Estado de Israel”» (*BOCG. Congreso de los Diputados*, X Legislatura, núm. 545, 24 de octubre de 2014, 162/001060: Proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, sobre el reconocimiento del Estado de Palestina, pp. 15-16; *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente*, X Legislatura, núm. 240, sesión plenaria núm. 225 celebrada el martes 18 de noviembre de 2014, pp. 40-57).

Éstos son los mimbres que deberían llevar al Gobierno a elaborar el cesto en el que presente su posición ante el Consejo de Seguridad en esta cuestión; no estoy defendiendo que lo haga estrictamente en los mismos términos que se le piden, pero sí, desde luego, a que impulse el fin de un acuerdo de paz definitivo que culmine con la presencia de dos Estados en la zona, Israel y Palestina, en el marco de fronteras seguras para ambos.

Tiene oportunidad, sin duda, nuestro país, de volver sobre el tema. Y es que el martes 30 de diciembre de 2014 Estados Unidos vetó en el Consejo un proyecto de resolución que Jordania propuso en nombre de la Autoridad Nacional Palestina, en el que se proponía lograr en un año un acuerdo de paz para el conflicto israelo-palestino y conseguir la retirada de las fuerzas israelíes de los territorios ocupados en un plazo de tres años; el acuerdo supondría, en esencia, la aparición de un Estado palestino independiente en el marco de las fronteras existentes el 4 de junio de 1967, un día antes de la Guerra de los Seis Días. El proyecto obtuvo el voto en contra de Estados Unidos (miembro permanente) (<http://www.un.org>).

C) Y finalmente, el ministro español de Asuntos Exteriores mismo, en una reciente visita a Colombia declaraba en una rueda de prensa conjunta con su homóloga colombiana: «Uno de los objetivos como miembro no permanente del Consejo de Seguridad, del que vamos a ser parte a partir del 1 de enero [de 2015], es cómo facilitar que el Consejo se implique en la solución del conflicto» (entre las FARC y el Gobierno colombiano) (<http://elmundo.es>, 21 de noviembre de 2014, pp. 1-2, p. 2).

Sáhara, Palestina, Colombia [...], temas importantes sin duda sobre los que España podrá pronunciarse. Pero hay otros tan o más importantes, directamente conectados además con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales o, dicho de otro modo, sobre el uso de la fuerza armada.

4. El Consejo de Seguridad es el principal responsable del uso «institucional» de la fuerza armada. Él puede, de considerar real una amenaza a la paz, ruptura de la

paz o acto de agresión (art. 39 de la Carta), adoptar las medidas necesarias para poner fin a esa situación, las necesarias, incluidas las medidas coercitivas no armadas o aún armadas (arts. 41 y 42). Puede, repárese, no está obligado a hacerlo.

Y lo hace [como en el caso de la Guerra de Libia, Resolución 1973 (2011), de 17 de marzo del Consejo de Seguridad] o no lo hace [como en el caso de la Guerra de Siria (desde 2011 hasta nuestros días)]. Así, el Consejo de Seguridad, pese a que el conflicto de Siria constituye sin duda (por su internacionalización, por la zona del mundo en la que se desarrolla, por las violaciones de los derechos humanos y los crímenes internacionales cometidos...) una amenaza a la paz y seguridad del mundo, ha sido incapaz de adoptar medida alguna capaz de acabar con él; el veto de dos de sus miembros permanentes (Rusia y China) lo han impedido. Y no hay regla jurídica alguna que impida a los miembros permanentes del Consejo a hacer uso de su derecho de veto cuando lo crean oportuno, aun si al hacerlo impiden que el Consejo de Seguridad cumpla con sus funciones como garante de la paz y seguridad internacionales en casos evidentes de ruptura de ambas. España, como miembro no permanente del Consejo puede, muy probablemente, tener que tomar posición sobre este tema en los próximos meses.

5. El Consejo de Seguridad es el órgano clave para la Responsabilidad de Proteger. La Responsabilidad de Proteger es un concepto que establece, en casos de genocidios, limpiezas étnicas, crímenes de guerra o contra la humanidad a gran escala, que la comunidad internacional tiene el deber (repárese «el deber») de proteger a la población de un Estado en el que esos crímenes tienen lugar cuando dicho Estado no puede, no quiere, no sabe impedirlos o fuera él el autor de los mismos, adoptando todas las medidas necesarias para impedirlo; todas las necesarias, incluso, de ser preciso para acabar con la situación, el uso de la fuerza armada. El concepto fue aceptado por los Estados miembros de Naciones Unidas en el Documento Final (2005) de la Cumbre del Milenio. El Secretario General de Naciones Unidas viene defendiendo, en los Informes anuales que sobre este concepto viene adoptando desde hace años, la pervivencia, actualidad e importancia de esta figura (por ejemplo, *La responsabilidad de proteger: respuesta oportuna y decisiva. Informe del Secretario General, A/67/874-S/2012/578*, 25 de julio de 2012, pp. 18-19, párrs. 59, 61). En los supuestos en los que fuera necesaria una intervención armada, el Documento Final aprobado exige que la autorización pertinente provenga necesariamente del Consejo de Seguridad (véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.^a J., *Nacimiento, auge y decadencia del concepto de Responsabilidad de Proteger*, Granada, Comares, 2014).

Es de reparar en una reflexión que creo de interés hacer precisamente aquí y ahora: el Derecho internacional prohíbe a los Estados cualquier uso de la fuerza no autorizado por el Consejo de Seguridad salvo en genuina y estricta legítima defensa, y considera que esta prohibición forma parte del Derecho internacional imperativo (del *ius cogens*, del orden público internacional). El Derecho internacional prohíbe también el genocidio, la limpieza étnica o la comisión de crímenes de guerra o contra la humanidad a gran escala, e igualmente que aquélla, considera hoy que estas prohibiciones forman parte del Derecho internacional imperativo.

En Siria se han dado los presupuestos necesarios para haber puesto en marcha en su momento la Responsabilidad de Proteger. No se ha hecho. La clamorosa inacción del Consejo de Seguridad en la adopción de las medidas necesarias se debe al veto de dos de sus miembros permanentes (Rusia y China).

España en cuanto miembro no permanente del Consejo puede tener que tomar posición sobre esta cuestión en los próximos meses.

6. El derecho de veto puede privar de efecto útil al capítulo VII de la Carta y al concepto de la Responsabilidad de Proteger. Práctica reciente lo demuestra, añadiendo su gota de agua al vaso prácticamente ya colmado de las crítica a esa figura. Su reforma es una necesidad tan evidente como difícil su realización.

Once rondas de negociaciones se han consumido ya desde 2005, sin éxito, sobre la reforma del Consejo de Seguridad. En noviembre de este mismo año (2014), mes en el que se inicia la décimo primera de estas rondas en Naciones Unidas, sigue constatándose que la divergencia y enfrentamiento entre los diversos grupos de Estados continúa (véase BRUSIL MIRANDA, M., «Ouverture du onzième cycle de négociations sur la réforme du Conseil de Sécurité: Le 70e. anniversaire des Nations Unies en 2015 coïncidera-t-il avec la réforme du Conseil de Sécurité?», *Sentinelle, bulletin* núm. 411, 15 de noviembre de 2014, pp. 1-10). Es el derecho de veto y su reforma uno de los grandes escollos. No es realista pensar en su supresión sin más, pero un enfoque, más adecuado, de eliminación progresiva (digamos a lo largo de un periodo de quince o veinte años) (véase SCHWARTZBERG, J. E., *Transforming the United Nations System or a Workable World*, Tokyo-Nueva York-París, United Nations University Press, 2013, pp. 89-90) podría comenzar por incrementar el número de miembros permanentes necesarios para el que el veto pudiese activarse (¿no sería el de tres miembros permanentes un buen número?) y, simultáneamente, limitar los ámbitos materiales en los que el veto pudiera jugar.

Precisamente en septiembre de 2013, el Presidente Hollande, citando Siria, la catástrofe humanitaria que se vive en ese país y la intolerable inacción del Consejo, propone un Código de Conducta [véase GUTIÉRREZ ESPADA, C. y CERVELL HORTAL, M.^a J., «Sobre la propuesta francesa (2013) de reforma del derecho de veto en el Consejo de Seguridad», *REDI*, LXVII, 2014, núm. 1, pp. 324-331] acordado por los propios miembros permanentes del Consejo según el cual cuando se constata la comisión de crímenes en masa (citándose al efecto los elementos que desencadenan la responsabilidad de proteger: genocidios, limpiezas étnicas, crímenes de guerra o contra la humanidad), los miembros permanentes del Consejo se abstendrían de interponer su veto para que el Consejo pudiese adoptar las medidas que la situación demandase, todas las que fuesen necesarias. La propuesta es de interés por su sencillez (no implicaría reforma formal de la Carta de Naciones Unidas) y por el intento de quien la propone de que sea lo más objetiva posible: así, la constatación de la existencia de un crimen masivo (que activaría automáticamente el Código de Conducta) la haría el Secretario General de Naciones Unidas a instancias de cincuenta de sus Estados miembros. Sólo un elemento de esta propuesta no resulta aceptable: Francia entiende («por realismo» afirma) que el Código de Conducta no se activaría cuando uno de los miembros permanentes del Consejo alegara un interés vital nacional. Así no es aceptable, pero podría modularse si es que de realismo hablamos: ¿por qué no tres los miembros permanentes necesarios, que alegaran o apoyaran la existencia de un interés vital, para que la excepción se aplicase?

Una propuesta, de naturaleza diferente aunque análoga en su resultado, es la del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Rodas (2011): la realidad de un genocidio, limpiezas étnicas, crímenes de guerra o contra la humanidad masivos debería ser calificada *necesariamente* por el Consejo de Seguridad como una amenaza a la paz y seguridad internacionales, debiendo, por ello, actuar en consecuencia *ex* capítulo VII de la Carta [*Résolution de la Dixième Commission (problèmes actuels du recours à la force en droit international), Sous groupe D (L'autorisation du recours à la force par les Nations Unies), Institut de Droit International, Rapporteur: M. Raúl Emilio Vinuesa, Session de Rhodes 2011, arts. 4 y 6*].

7. España, como miembro no permanente del Consejo de Seguridad, debería apoyar el debate y adopción en 2015, setenta aniversario de la creación de Naciones Unidas, de la propuesta francesa corregida. Incluso, lo que la delegación francesa no descarta, la adopción de un Código de Conducta a tres (Francia, Reino Unido y Estados Unidos), que trasladaría a los otros dos miembros permanentes (Rusia y China) toda la presión del mundo [...].

Así, nuestro país haría honor a una de las «diez razones de un socio fiable» que la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación incluía como factores que habrían de contribuir a apoyar la candidatura española como miembro no permanente para el bienio 2015-2016 (*supra* párr. 2): «Daremos a los derechos humanos [...] la dimensión que les corresponda para garantizar la seguridad y la estabilidad. No es posible la paz sin el respeto a la dignidad humana».

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

Universidad de Murcia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.1.2015.4a.08>