

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Selección y coordinación a cargo de
Romualdo BERMEJO GARCÍA
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de León

SUMARIO: 1. LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER A LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A LOS ABUSOS DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES.—2. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.—3. ESPAÑA Y LA VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: EL CASO *SERRANO CONTRERAS*.—4. INCIDENTES DE LA GUARDIA CIVIL CON LA *ROYAL GIBRALTAR POLICE* EN LAS AGUAS DE LA BAHÍA DE ALGECIRAS: PERSECUCIÓN EN CALIENTE Y POSIBLES SOLUCIONES.

1. LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER A LOS PUEBLOS INDÍGENAS FRENTE A LOS ABUSOS DE LAS EMPRESAS TRANSNACIONALES

1. Debe recordarse que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 13 de septiembre de 2007 la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual, previo establecimiento de ciertos principios, enuncia los derechos de este grupo vulnerable, destacando con especial relevancia los concernientes a su cultura, salud y educación. Determina, asimismo de forma singular, las prerrogativas para poder preservar sus propias instituciones, costumbres y tradiciones, y así promover su desarrollo de acuerdo con sus propias aspiraciones y necesidades.

En seguimiento a esta línea de apoyo a los pueblos indígenas, la misma Asamblea General adoptó el 21 de diciembre de 2010, la decisión de organizar una reunión plenaria de alto nivel en 2014 en el seno de este órgano principal de las Naciones Unidas, encuentro al que se le ha dado el nombre de Conferencia Mundial de los Pueblos Indígenas.

2. Para la preparación de esta Conferencia, se determinó que las sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas estudiaran las posibles modalidades

de esta reunión. De la misma forma están cooperando en estas labores preparatorias el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Relator Especial dedicado a esta cuestión. El mencionado Foro, como organismo asesor del Consejo Económico y Social, tiene por objetivo y misión el examen de las cuestiones indígenas relacionadas con su desarrollo económico y social, la cultura, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos. A este fin realiza sesiones anuales de diez días de duración, habiendo establecido y tratado en el punto noveno del undécimo periodo de sesiones, llevado a cabo entre los días 7 y 18 de mayo del 2012, «la labor futura del Foro Permanente, incluidas las cuestiones relacionadas con el Consejo Económico y Social y nuevas cuestiones».

3. Pues bien, entre las cuestiones debatidas y sometidas al Foro destaca el «Análisis del deber del Estado de proteger a los pueblos indígenas afectados por las empresas transnacionales y otras empresas» de 23 de febrero de 2012 (E/C.19/2012/3).

El examen del tema se lleva a cabo en cinco puntos. Uno introductorio explana el problema que suscita la actividad de las empresas, principalmente las transnacionales, en cuanto que afecta, de forma notable, a los derechos y formas de vida de los pueblos indígenas, puesto que estas actividades se llevan a cabo en sus asentamientos, explotando en los mismos sus recursos naturales. Un segundo punto se dedica a los supuestos avances del Derecho internacional en la materia. El tercero se introduce para referirse a las obligaciones del Estado, como «garante primario» de los derechos de los pueblos indígenas. El cuarto procede a una somera revisión de la legislación nacional proteccionista de estos grupos, y, finalmente, el último epígrafe efectúa un balance a modo de conclusiones y recomendaciones.

4. En la Introducción, se pone de manifiesto la enorme y cada vez mayor interacción que se está produciendo entre el desarrollo de las actividades de las empresas y los pueblos indígenas, con un claro balance desfavorable para estos últimos. Se señala, en esta línea argumental, que el problema alcanza, en la actualidad, mayor magnitud por cuanto se suceden distintas y novedosas circunstancias, que se desprenden del fenómeno de la globalización. Puntualiza que la misma posibilita el acceso a todos los territorios, con graves perjuicios para los pueblos indígenas, acrecentados por el gran número de empresas transnacionales que pretenden explotar los recursos naturales del planeta, extremo que, como es obvio, tiene amplias repercusiones, siempre negativas, sobre los pueblos indígenas, por cuanto su estabilidad, futuro y medios de vida dependen de las actuaciones que los Estados e instituciones realicen sobre los mismos.

Además el informe no duda en denunciar abiertamente que los «Estados tienden a proteger los intereses de las empresas que invierten en sus países, en lugar de proteger el bienestar de los pueblos indígenas».

En este sentido la explotación de las tierras y los recursos se lleva a cabo avasallando un sinnúmero de derechos (en ocasiones, con conocimiento y/o autorización de los Estados) lo que conduce a la consecuencia de producir gravísimos perjuicios no sólo económicos y para la forma de vida y cultura de tales pueblos, sino ocasionando en ciertos casos hasta la desaparición total de estos grupos.

5. Ciertamente no deben ignorarse, como señala el informe, que a nivel internacional se han establecido mecanismos para tratar de proteger los derechos de estos pueblos, y así nos encontramos con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ya mencionada, y el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales de 1989.

Estos instrumentos no vinculantes (de dudosa eficacia legal dada la imposibilidad de invocar su cumplimiento judicial, entre otros) establecen dos principios directivos de carácter mínimo de los derechos de los pueblos indígenas: el derecho inherente a sus tierras, recursos y autogobierno, y el derecho a ser consultados sobre los proyectos que puedan afectar a las citadas titularidades. Ahora bien, de nuevo debe insistirse en que el reconocimiento programático de estos derechos básicos no va acompañado del oportuno, necesario e imprescindible instrumento jurídico que impida su transgresión, puesto que las normas citadas sólo instan y recomiendan a los Estados a que reconozcan los derechos y cooperen con los pueblos indígenas: olvidando, al mismo tiempo y de forma manifiesta, los mecanismos para que, en caso de incumplimiento, puedan tales recomendaciones ser aplicadas de forma coactiva.

Siendo así, las empresas han aprovechado este vacío jurídico para llevar a cabo la explotación de los recursos naturales en estos territorios, generando una serie de conflictos, que vienen a ser resueltos por estas entidades haciendo uso y abuso de su «posición de fuerza». Y más aún, como se pone de manifiesto en los siguientes epígrafes, los Convenios Bilaterales de Inversiones añaden un gravísimo inconveniente jurídico que atenta de forma directa y con carácter ejecutivo y práctico al derecho de estos pueblos indígenas, que quedan absolutamente desprotegidos en estos acuerdos.

6. A pesar de esta situación sistemática de desequilibrio, el análisis presentado por la Sra. Paimaneh Hasteh apunta a que es necesario «el logro de relaciones equitativas y mutuamente beneficiosas entre los pueblos indígenas y las empresas». Sin embargo, dicha propuesta en las condiciones actuales resulta ser una quimera, habida cuenta de una innegable realidad, que prueba que, de forma generalizada, el aprovechamiento exhaustivo de los escasos y limitados recursos naturales en el mejor de los casos beneficia a los pueblos indígenas tan sólo en forma de mínimas indemnizaciones económicas. Ingresos pecuniarios que para nada pueden compensar los efectos devastadores sobre el medio ambiente, la biodiversidad y los atentados contra la concepción espiritual y holística de la tierra y forma de vida de estos pueblos.

Al no ser desconocidas estas consecuencias para el Foro, en esta parte introductoria, conducente al examen de la situación, explana que es fundamental el derecho de tales pueblos a ser consultados en los casos de explotación de sus recursos. Prerrogativa de consulta que debiera ir acompañada de la facultad que corresponde a estos colectivos de otorgar o no libremente su consentimiento al proyecto. Ahora bien, esta conclusión, que debería ser el eje y norte de toda actuación, queda matizada en el informe, en cuanto tal derecho de consulta debe depender del «alcance del derecho sustantivo en cuestión». Esta puntualización puede conducir a discusiones sobre su contenido, si bien el informe trata de salvar el escollo indicando que la falta de consentimiento al proyecto industrial determina una presunción por la cual la actividad empresarial no debería continuar y que, de seguir adelante, «recae sobre el Estado la pesada carga de justificar que los pueblos indígenas se beneficiarán del proyecto». Realmente, con esta última consideración se puede estimar que se está regalando un cheque en blanco a las actuaciones de las empresas transnacionales, puesto que en definitiva se está reconociendo, y lo que es peor autorizando, a continuar los proyectos en contra del consentimiento de los titulares de los recursos. Resulta llamativo que dicha transgresión jurídica al derecho de libre determinación de estos pueblos pueda ser salvada por el Estado acreditando supuestamente un hipotético y futuro beneficio para éstos. Es decir, se hace árbitro al Estado, y no a los titulares del derecho, para determinar lo que resulta conveniente para los pueblos indígenas, lo que le convierte en pleno administrador de sus derechos, cual si se tratara de gestionar las prerrogativas de menores de edad o incapacitados.

7. Seguidamente el análisis se ocupa de examinar el Derecho internacional aplicable a estas cuestiones, y al efecto cita como fundamentales los acuerdos ya reseñados: la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio de la OIT 169. Asimismo menciona otros instrumentos jurídicos internacionales universales y regionales protectores de los derechos humanos (destacando la labor de la OEA), que efectúan algún puntual reconocimiento a los derechos de estos pueblos; referencia especial se efectúa a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (junto con la Recomendación General núm. 23 del respectivo Comité) y a la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros. En todo caso, como mencionaba el Informe anual al Consejo de Derechos Humanos del Relator Especial de esta problemática (A/HRC/15/37), se ha venido ignorando desde el punto de vista normativo la responsabilidad de las empresas al violar los derechos de los pueblos indígenas. En todo caso resulta decepcionante que, en este contexto, el presente análisis presentado al Foro se limite a apuntar tímidamente que «el deber de las empresas es respetar los derechos humanos». Además precisa que estas personas jurídicas deben únicamente ajustarse al débil e ineficazmente probado mecanismo de la «diligencia debida» sostenido en el controvertido Pacto Mundial o *Global Compact*, surgido a iniciativa del anterior Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan.

Estos procedimientos resultan en todo caso insuficientes e incapaces de controlar a las más de setenta y siete mil empresas transnacionales, que adoptan con mayor frecuencia modelos basados en redes empresariales, las cuales diluyen notablemente la personalidad de las mismas. Éstas, como apunta el informe, si bien ofrecen mayores y más fáciles marcos para que se pueda actuar sobre ellas, tal complejidad acrecienta los problemas jurídicos relativos a su regulación a nivel internacional. Las relaciones interempresariales en estas redes, en principio, y desde el punto de vista jurídico no entrañan sino actividades de compra de bienes y servicios, es decir, transacciones comerciales entre empresas independientes y no relaciones de orden jerárquico de una unidad empresarial con la existencia de una empresa matriz y distintas filiales dentro de su ámbito de organización. En este supuesto, considera la Sra. Hasteh, la empresa principal no puede ser sujeto de responsabilidad del resto de las unidades industriales o comerciales independientes, salvo que conste de forma clara y fehaciente la existencia de una total subordinación o control absoluto sobre el resto por parte de la matriz. En este caso, cada empresa queda sujeta al Derecho nacional del territorio en el que opera, cobrando así especial relevancia el Derecho interno para proteger los derechos básicos de los pueblos indígenas.

8. En este punto el análisis trae a colación la compleja controversia jurídica de si se puede o no considerar a las empresas transnacionales sujetos de Derecho internacional, extremo que ya fue objeto de debate y análisis en los llamados «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”» (A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2011) elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. En este contexto, como señala el presente informe, resulta innegable la constatación por la cual distintas organizaciones empresariales parecen ostentar alguna facultad propia de la personalidad jurídica internacional al celebrar, como sujetos contratantes, convenios bilaterales de inversión con los Estados, por lo que «las empresas transnacionales se han convertido, como mínimo, en participantes del sistema jurídico internacional con capacidad para asumir alguna de las responsabilidades y obligaciones contempladas en el Derecho internacional». Consecuentemente

a mayor poder de actuación y prerrogativas, mayores exigencias deben invocarse en el cumplimiento de otros deberes, como es en este caso la protección de los pueblos indígenas. En esta línea no puede olvidarse la fuerza e influencia de las empresas interestatales en el desarrollo de sus actividades en países fuera de su casa matriz; poder que, admite el informe, puede superar al de los propios gobiernos, por lo que el mismo debe tener la contrapartida de la correspondiente responsabilidad en el desarrollo de su ejercicio.

Pero si uno de los principales problemas se encarna en la obligación de obtener el consentimiento libre de los pueblos indígenas para el aprovechamiento de sus recursos, mayor complejidad presenta la fórmula jurídica que dimana de las normas internacionales para que las transnacionales cumplan con la obligación de respetar los derechos humanos dentro de su área de influencia. Esto es así ya que, por una parte, este concepto jurídicamente no tiene la necesaria nitidez, y, por otro, deriva hacia una mayor problemática cuando los Estados, que son los órganos primarios para respetar los derechos de estos pueblos, no pueden o no quieren asumir tales obligaciones; en este caso, dicho respeto recaería directamente en las empresas. Ahora bien, como ya alertara el informe del Sr. Ruggie, si el Derecho internacional impone directamente a las empresas transnacionales toda una serie de deberes a nivel internacional, tal atribución iría en detrimento «del espacio discrecional de los gobiernos en el ámbito de esas obligaciones». Según el presente documento, dicha situación podría generar no sólo conflictos jurídicos entre los Estados y las empresas, sino que «puede socavar la capacidad nacional y eliminar los incentivos internos para hacer que los gobiernos sean más responsables ante sus propias poblaciones».

9. A continuación, en un tercer apartado, el documento de las Naciones Unidas pasa examen a las obligaciones de los Estados como «garantes primarios» respecto a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En todo caso se reconoce que instrumentos internacionales tales como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y posteriormente la Convención sobre los Derechos del Niño y sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, obligan a los Estados a tomar medidas contra los actos abusivos de las empresas. De cualquier forma las normas dimanantes de estos acuerdos no regulan con detalle ni establecen las medidas concretas que deben adoptar los Estados, propiciando con ello amplios márgenes de discrecionalidad.

Es más, los distintos órganos creados según estos tratados no acaban de establecer obligaciones precisas para los Estados, y únicamente en el mejor de los casos el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado la promulgación de normas para poder activar una jurisdicción extraterritorial y controlar en los Estados de origen los abusos de las empresas cometidos contra los pueblos indígenas en terceros países. Ahora bien, estas actuaciones extraterritoriales parecen preocupar a la Sra. Hasteh, ya que advierte que deben ejercerse con un «criterio general de racionalidad, que incluye la no intervención en los asuntos internos de otros Estados». Ahora bien, ante la persistencia del debate relativo a la extraterritorialidad de las jurisdicciones nacionales, de nuevo se recuerda que las Naciones Unidas se han ido preocupando de la cuestión, habiendo encargado un informe al Representante Especial mencionado, que tras consultar a distintos Estados y llevar a efectos diferentes encuestas, ha constatado que muy pocos de éstos disponían de elementos, estructuras o políticas concretas relativas a la responsabilidad de las empresas. Asimismo tampoco primaba la preocupación en los tratados bilaterales de inversiones de establecer responsabilidades por la infracción de derechos humanos, pese a que estos acuerdos

regulan la explotación de los recursos naturales y afectan directamente a los derechos de los pueblos indígenas.

10. Seguidamente, el informe presentado al Foro pasa revista a la legislación nacional de distintos países relativa a la protección de los pueblos indígenas. Procede a un análisis descriptivo, que va enumerando y enunciando las distintas leyes nacionales de Rusia, de los avances en el contexto americano, destacando los significativos avances en países como Bolivia, Ecuador o Nicaragua, y de las reformas legislativas llevadas a cabo en algunos países de los continentes asiático (Camboya, Malasia y Filipinas) y africano. De este último remarca el exiguo reconocimiento de estos pueblos y de su prácticamente nula protección, salvo contadas excepciones que contemplan el uso de sus propias lenguas.

Finalmente se hace referencia a los derechos de los pueblos indígenas donde formalmente se han reconocido en las distintas leyes de países como Estados Unidos y Australia. Ahora bien, una cuestión es el reconocimiento formal y otra muy distinta la realidad actual de estos pueblos, la cual no se analiza, ni se referencia en modo alguno en el informe en casos tan paradigmáticos y conflictivos como el de las tribus norteamericanas. Por último concluye este epígrafe señalando los marcos jurídicos más progresivos en la materia, como son el Tratado de Waitangi entre el Gobierno de Nueva Zelanda y el pueblo maorí, el acuerdo de autonomía entre Dinamarca y Groenlandia y el Consejo Parlamentario sami integrado por parlamentarios de Noruega, Suecia y Finlandia.

A pesar de estas regulaciones, el informe no niega que la explotación de los recursos naturales de los pueblos indígenas entraña de forma inherente conflictos, y ello aun en el caso de que los mismos participen en el desarrollo de estas actuaciones. Frente a este escenario estos pueblos tratan de establecer planes de actuación tendentes a defender su territorio y patrimonio cultural e intelectual. Y en este marco reivindicativo vienen aplicando distintas formas de protesta contra las actividades abusivas de los Estados y las empresas.

11. De cuanto se ha expuesto, el documento presentado sienta diferentes conclusiones y recomendaciones, estableciendo en primer lugar la necesidad de mejorar la eficacia del Derecho internacional de los Derechos Humanos ante las actuaciones de las entidades transnacionales, estimando que algunos gobiernos no toman medidas para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, bien por una incapacidad manifiesta, bien por una ausencia total de voluntad política. No debe pasar desapercibido que los Estados desean las inversiones extranjeras para su desarrollo y ello les puede llevar a competir entre sí en perjuicio de los pueblos indígenas y sus derechos.

Por ello se estima, en una de las conclusiones finales, que una medida sería la de avanzar «ampliando de forma horizontal el régimen internacional», y de forma progresiva establecer normas para que los Estados protejan de manera efectiva los derechos humanos contra las violaciones de las empresas en el desarrollo de sus proyectos.

Asimismo se considera primordial que la solución al problema de las infracciones de los derechos de los pueblos indígenas se encuadre en un marco más amplio que el de la exigencia de las responsabilidades individuales de las empresas. Se estima que la concreción de la responsabilidad empresarial no soluciona esta injusticia sistémica, ya que dichas violaciones derivan de numerosos agentes intervinientes. Es por ello que se apunta que únicamente una acción colectiva dará satisfacción al conjunto de este desequilibrio global. En esta línea considera el informe que los llamados «arreglos

jurídicos híbridos», constituidos por una simbiosis difusa de elementos voluntarios y obligatorios, aplicables a todos los actores internacionales, desde Estados a empresas importadoras o exportadoras, se encuentran en la línea a seguir para la protección de estos derechos.

En definitiva se concluye (ignorando los postulados de los defensores de los derechos humanos que exigen el superar de forma definitiva los mecanismos voluntaristas), que debe prestarse «más atención y apoyo» a numerosos elementos que «están completamente fuera del ámbito jurídico». En este mismo sentido el informe se muestra alarmantemente comprensivo con la «gran complejidad y los cambios constantes que caracterizan a las fuerzas de la globalización», aunque no puede obviar que el Derecho internacional deba ser un instrumento válido y primordial para resolver estas cuestiones; pero siempre con las precauciones apuntadas.

12. Necesariamente se debe discrepar de las conclusiones que se pretenden afianzar en la sesión del Foro relativa a los abusos de las empresas transnacionales, ya que se pretende poner el énfasis, al igual que hiciera Ruggie en los Principios Rectores, en medidas voluntarias. Recomendaciones que huyen de afianzar un genuino imperio de la ley garantizado por los Estados para que las empresas queden sujetas al respeto de los derechos humanos. Y de esta forma, ante una ineficacia de la responsabilidad de proteger de los Estados y del deber de respetar de las empresas, los mismos pueblos indígenas deben poder acudir a mecanismos judiciales, cuyas decisiones sean vinculantes para todas las partes. Siendo así, en el seno de la búsqueda de responsabilidades debería asentarse de una vez por todas la extraterritorialidad de la jurisdicción con respecto a estos ilícitos, tanto civiles como penales.

Así pues, la responsabilidad de las infracciones que cometan tanto los Estados como las empresas, nacionales o transnacionales, debieran ser directamente exigidas. El camino es precisamente individualizar y no extender (y por ende diluir) la responsabilidad a otros organismos o «mecanismos sociales» de naturaleza difusa. Es más, si la genuina voluntad política de todos los Estados y organismos internacionales fuera la de, en este caso, garantizar la protección de los pueblos indígenas, debiera darse legitimidad a cualquier organización defensora de los derechos humanos para que pudiera formular las oportunas reclamaciones contra los infractores. De este modo podría empezarse a equilibrar la extrema vulnerabilidad de los pueblos indígenas perjudicados; pero la vía no es precisamente la del *softlaw*, las recomendaciones, los mecanismos sociales voluntarios o cuasijudiciales ajenos a todo tipo de supervisión externa, que no son sino eufemismos para mantener la apariencia de solventar un problema, cuando no se tiene la sincera y determinante intención de mejorar los graves abusos que padecen estos colectivos.

José Elías ESTEVE MOLTÓ
Universidad de Valencia

2. EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

1. El 3 de febrero de 2012, el Tribunal Internacional de Justicia dictaba sentencia sobre el caso que en 2008 se había planteado entre Italia y Alemania en relación con la inmunidad de jurisdicción (Sentencia núm. 143, Inmunidad de Jurisdicción del Estado: *Alemania c. Italia*, Grecia interviene). El caso lo presentó Alemania ante la Corte después de que Italia hubiera admitido a trámite demandas civiles iniciadas

por ciudadanos italianos que durante la Segunda Guerra Mundial fueron víctimas de trabajos forzados por el Tercer Reich. Muchos ciudadanos que sufrieron este tipo de conductas vieron reparada su injusticia con la promulgación de la Ley Alemana de «Memoria, Responsabilidad y Futuro», de 2 de agosto de 2000 (cfr. *Federal Law Gazette* I 1263). Sin embargo, aquellos militares italianos que habían mantenido su condición de prisioneros de guerra en lugar de considerárseles trabajadores civiles quedaban excluidos de los beneficios de la citada ley, lo que dio lugar a demandas de estas personas ante las autoridades judiciales italianas.

El primer caso contra la República Federal Alemana lo presentó Luigi Ferrini, en septiembre de 1998, ante el Tribunal de Arezzo. Dicho tribunal consideró inadmisibile la demanda por entender que no respetaba la inmunidad de jurisdicción del Estado alemán. La Corte de Apelación de Florencia confirmó la sentencia en 2001, pero la Corte de Casación italiana reconoció la jurisdicción de los tribunales italianos sobre las demandas de compensación interpuestas por Ferrini, al tratar el fondo de un crimen internacional (*Ferrini c. República Federal Alemana*, Dec. Núm. 5044/2004). El tribunal de Florencia volvió sobre el caso y condenó a Alemania a indemnizar al señor Ferrini (17 de febrero de 2011), lo que condujo a que otras doce personas más recurrieran a distintos tribunales italianos con similares pretensiones.

2. Ante estos y otros hechos, Alemania se dirigió al Tribunal Internacional de Justicia, solicitando que éste declarara que Italia había violado la inmunidad de jurisdicción de Alemania al admitir a trámite y resolver demandas civiles como la del caso *Ferrini*, y al afirmar que ciertos casos ocurridos en Grecia, como el caso *Distomo*, estaban basadas en circunstancias similares. También consideraba Alemania que se había violado su inmunidad de jurisdicción al adoptar Italia ciertas medidas contra «Villa Vigoni», una propiedad del Estado alemán sita en territorio italiano. Pero Alemania no sólo solicitaba al TIJ que declarase esa violación de la inmunidad de jurisdicción, sino que además pedía que el Tribunal declarara comprometida la responsabilidad internacional del Estado italiano por esa violación y, como consecuencia, Italia se viera obligada a adoptar medidas para que las decisiones judiciales italianas que constituyeron dicha violación quedasen sin efectos, así como a adoptar medidas para garantizar que los tribunales italianos no volvieran a enjuiciar casos similares. Italia, por su parte, pedía que se desestimases las peticiones alemanas.

3. La primera cuestión que aborda el TIJ en su sentencia es su competencia para conocer del caso. Tal como afirmara Alemania, el art. 1 de la Convención Europea sobre Arreglo Pacífico de Controversias establece que se deberán someter a dicho Tribunal, entre otras, las cuestiones concernientes a la interpretación de un tratado, cualquier cuestión de Derecho internacional, o cualquier hecho que pueda constituir la violación de una obligación internacional. Pues bien, la inmunidad de jurisdicción entraría dentro de estos supuestos. Además, aclara el Tribunal que la restricción temporal impuesta por el art. 27.a) de la Convención no impide su jurisdicción sobre el caso puesto que, aunque los hechos de que traen causa las demandas ante tribunales italianos datan de 1943 a 1945, son las recientes decisiones judiciales de los tribunales italianos las que originan la discordia entre los dos países por la posible vulneración de la inmunidad de jurisdicción de Alemania.

Además de justificar su jurisdicción sobre el caso, el TIJ dedica algunos párrafos de la sentencia a delimitar materialmente las cuestiones sobre las que debe conocer, manteniendo posteriormente a lo largo del resto de la sentencia esa delimitación de forma férrea, y sin entrar a conocer de cuestiones que excedieran de éstas. Así, en su párrafo 50, el Tribunal establece que su misión es determinar si, como mantiene

Italia, el hecho de que un Estado no cumpla su obligación de reparar puede tener como efecto la reducción del alcance de su inmunidad de jurisdicción. Si ése fuera el caso, el Tribunal debería además determinar si, en las circunstancias específicas del supuesto, teniendo en cuenta la conducta de Alemania en relación con la reparación, los tribunales italianos tenían fundamentos suficientes para no respetar la inmunidad de jurisdicción de Alemania.

4. Otra cuestión a la que la sentencia dedica una explicación detallada es el Derecho aplicable. En este sentido, observa que existe un cierto acuerdo entre las partes sobre las normas aplicables y que ambas reconocen que la inmunidad se rige por el Derecho internacional, y no es una mera cuestión de cortesía internacional. Se refiere, dentro del Derecho internacional, al consuetudinario, puesto que Italia no es parte de la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados, y ninguno de los dos Estados ha firmado la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y su Propiedad.

A partir de ahí, la sentencia se detiene a analizar la práctica y la *opinio iuris*, justificando la existencia de ambas y apoyando en ello su afirmación de que es una regla general de Derecho internacional, sólidamente enraizada en la práctica actual de los Estados, afirmación que algunos votos particulares matizan. Además, el Tribunal afirma que la inmunidad de jurisdicción deriva de la igualdad soberana. Sobre lo que no parece existir tal consenso, llama la atención la sentencia, es sobre si se debe aplicar el Derecho vigente entre 1943 y 1945 o el vigente en el momento de los procesos ante los tribunales italianos. Aclara la sentencia que la legislación aplicable es la vigente en el momento en que se produjeron los procesos ante los tribunales italianos, sin deber remontarse a mediados del siglo XX, puesto que son esos procedimientos los que podrían, eventualmente, haber violado la inmunidad de jurisdicción alemana.

5. Uno de los argumentos utilizados por Italia para justificar su actuación es que un Estado no estaría protegido por la inmunidad respecto de actos que ocasionen muerte, daños personales o daños a propiedades en el territorio del Estado del foro, aunque se trate de actos *iure imperii*. Tras revisar numerosa jurisprudencia, la Corte niega que con base en la misma se pueda reconocer una norma consuetudinaria que recoja tal principio, por lo que entiende que Alemania debe gozar de inmunidad de jurisdicción incluso por actos de ese tipo cometidos en territorio del Estado del foro.

Otro argumento de Italia que desecha la Corte es el de la gravedad de las violaciones. Entendía Italia que la gravedad de los trabajos forzados justificaba la inaplicación de la inmunidad de jurisdicción, por lo que sus tribunales no habrían incurrido en incumplimiento de una obligación internacional. El TIJ se apoya en la revisión de la jurisprudencia griega y en la práctica de otros Estados para negar la consolidación de esta disposición como norma de Derecho internacional consuetudinario. De este modo, afirma que las acusaciones de haber violado seriamente los derechos humanos o el Derecho internacional en un conflicto armado no privan a un Estado de la protección de la inmunidad.

El Tribunal continúa su defensa a ultranza de la inmunidad de jurisdicción afirmando que la violación de una norma de *ius cogens* por parte de un Estado no afecta a la obligación de los demás Estados de respetar su inmunidad de jurisdicción. Se posiciona así en una interpretación muy restrictiva de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción, postura mantenida por autores como Lauterpacht y Singer, aunque sin negar esas excepciones (LAUTERPACHT, H., «The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States», *British Yearbook of International Law*, vol. 28, 1951, pp. 220 y ss.; SINGER, M., «Abandoning Restrictive Sovereign Immunity: an Analysis in Terms

of Jurisdiction to Prescribe», *Harvard International Law Journal*, vol. 26, invierno de 1985, núm. 1, pp. 1-61, p. 2). Además, frente al argumento italiano de que, al fracasar el resto de medidas de reparación a las víctimas, el reconocimiento por parte de los jueces italianos era el último recurso, el Tribunal estableció que la obligación de reparación y la responsabilidad internacional de un Estado son una cuestión separada de la inmunidad del Estado.

6. Las medidas adoptadas por Italia contra «Villa Vigoni», una villa propiedad del Estado alemán y sita en territorio italiano, también son objeto de análisis en la sentencia. Con base en una sentencia de la Corte de Florencia, que declaraba ejecutable en Italia una sentencia de un tribunal griego, impuso el pago de una compensación contra Villa Vigoni. Para Alemania, esto constituye de nuevo una violación de su inmunidad. En la sentencia, el TIJ confirma la existencia de una separación clara entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución. Además, recuerda que para poder ejecutar medidas contra una propiedad de otro Estado es requisito indispensable que dicha propiedad esté en uso para una actividad «*not pursuing government non-commercial purposes*». Puesto que no era el caso, el TIJ confirma que la decisión italiana supone una violación de su obligación de respetar la inmunidad de Alemania.

7. La Corte también considera violación de la inmunidad del Estado alemán por parte de Italia su decisión de declarar ejecutable en Italia una sentencia de un tribunal griego que resolvía un asunto civil contra Alemania. El asunto relevante en este caso no es determinar si Grecia violó la inmunidad de jurisdicción alemana, cuestión que escaparía del objeto de esta sentencia, sino establecer si Italia lo hizo, al reconocer la aplicabilidad de la sentencia griega contra Alemania en Italia. La posición del Tribunal es que Italia no podía reconocer el exequátur sin incurrir en violación de la inmunidad de jurisdicción de Alemania.

8. Alemania fue especialmente insistente en el asunto de la responsabilidad internacional derivada de la violación de la inmunidad de jurisdicción por parte de Italia. A ese respecto, el TIJ afirma que no hay duda de que esa violación implica una responsabilidad internacional y, por tanto, una reparación del daño causado por los hechos ilícitos cometidos por Italia, reafirmando la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el caso de la *fábrica de Chorzow* (CPJI, serie A, núm. 9, 1927, p. 29). No obstante, el Tribunal entiende innecesario incluir una declaración expresa en la sentencia por la que la responsabilidad internacional de Italia quede comprometida, pues ésta se infiere automáticamente de la violación de la inmunidad. No en vano, se entiende que la responsabilidad nace para el Estado de un hecho ilícito *ipso iure*, aunque para que pueda hacerse efectiva deba ser invocada formalmente [GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional de Estados y organizaciones (Balance provisional de coincidencias y matices)*, Murcia, Diego Marín, 2010, p. 69].

Asimismo, de esa violación y el consiguiente daño causado deriva la obligación de cesar la conducta que lo haya causado, en este caso de que las sentencias italianas queden sin efectos. Sin embargo, la Corte no acepta la petición de Alemania de que en la sentencia se haga constar una obligación impuesta a Italia por la que ésta deba tomar las medidas necesarias para que no se vuelva a producir una situación similar. En este sentido, el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en su art. 30, establece como una obligación «ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen». Sería, por tanto, una consecuencia de la comisión del hecho ilícito. Refiriéndose a jurisprudencia anterior (*Costa Rica c. Nicaragua*, *Argentina c. Uruguay* —Papeleras, Genocidio en Bosnia—), el TIJ entiende

que, como regla general, no hay razón para suponer que un Estado, uno de cuyos actos ha sido declarado ilícito por éste, vaya a repetir ese acto o conducta en el futuro, puesto que se presume la buena fe.

9. Con todos estos argumentos, el TIJ expuso su fallo, cuyo contenido se recapitula a continuación. Por 12 votos a 3, se considera que Italia había violado la inmunidad de Alemania al conocer de demandas civiles interpuestas con base en violaciones de Derecho internacional humanitario cometidas por el Tercer Reich alemán entre 1943 y 1945. Por 14 votos a 1, se consideran las medidas contra Villa Vigoni como constitutivas de violación de la inmunidad. Por 14 votos a 1, se sentencia que Italia ha violado la inmunidad de Alemania al declarar ejecutables en Italia sentencias de tribunales griegos en relación con situaciones similares. También por 14 votos a 1, el Tribunal entiende que Italia debe adoptar la legislación apropiada y utilizar los métodos necesarios para garantizar que todas las decisiones que constituyeron violación del principio de inmunidad dejen de tener efecto. Por último, por unanimidad se rechaza el resto de pretensiones alemanas, esto es, la de mencionar expresamente la responsabilidad internacional de Italia derivada de este incumplimiento, y la de exigirle la adopción de medidas que garanticen que esta situación no volverá a producirse.

10. Como se puede apreciar, sólo dos de las reclamaciones de Alemania se resolvieron por unanimidad, lo que nos conduce al análisis de los votos particulares, que aportan matices interesantes a una sentencia que ha apostado por mantenerse en la línea clásica que había venido perfilando el Tribunal en los últimos años. Los jueces menos críticos con la sentencia han sido Keith, Benouna y Koroma. El juez Gaja está de acuerdo con la sentencia, pero no totalmente. Frente a ellos, los jueces Yusuf y Cançado Trindade abren una línea diferente a la establecida en la sentencia.

11. El juez Keith se muestra favorable a la sentencia adoptada por la mayoría y en su voto particular aporta argumentos adicionales que sostienen la postura mantenida en ella. Su propósito con el voto particular es enfatizar cómo las normas de Derecho internacional que reconocen la inmunidad de un Estado se basan en principios de Derecho internacional y en políticas del orden jurídico internacional. Para ello, llama la atención sobre la importancia de dos principios que entran en juego en materia de inmunidad y sobre la necesidad de conciliarlos. Se trata de la igualdad soberana y la independencia de los Estados. Para estos principios, aporta jurisprudencia interesante que pretende confirmar lo establecido en la sentencia.

12. El juez Benouna se muestra de acuerdo con la decisión de la sentencia, pero introduce matices que aclaran ciertas argumentaciones que no comparte con el conjunto de los jueces. En primer lugar, formula una controversia que la sentencia no manifiesta entre los distintos Estados respecto del alcance de la inmunidad de jurisdicción. Mientras que la sentencia parece detectar unanimidad en la práctica acerca de la inmunidad de jurisdicción, el juez Benouna manifiesta que esa unanimidad no es tal, ilustrándolo con algunos ejemplos. Además, al igual que hacía el juez Keith, Benouna asocia la responsabilidad de los Estados a la igualdad soberana.

Respecto del argumento de «último recurso» que utiliza Italia, Benouna sostiene que el TIJ no debería haberlo rechazado argumentando la ausencia de práctica o jurisprudencia que lo apoye, puesto que la función de la Corte es decidir de acuerdo con el Derecho internacional las disputas que se le someten, y por tanto debería aplicar e interpretar las normas en función del contexto legal en que se encuentra. En la misma línea, lamenta el juez que los argumentos del Tribunal no se basaran en las características del Derecho internacional contemporáneo para el que la inmunidad no puede

suponer un obstáculo a la justicia debida a las víctimas. Su postura en este sentido se alinea, en cierto sentido, con los votos más disidentes.

13. El voto particular del juez Koroma es muy breve, y favorable a la sentencia. En él se apunta, a favor de ésta y ante las críticas que se pueden encontrar en otros votos particulares, que examinar materias que fueran más allá de la inmunidad de jurisdicción relacionadas con la conducta de Alemania habría sido *ultra petita*. Afirma además Koroma que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción alemana no es óbice para que las partes deban negociar para resolver las cuestiones que les llevarán a la diferencia que nos ocupa.

14. El juez Gaja también se muestra a favor del contenido de la sentencia, aunque llama la atención sobre la conveniencia de haber profundizado más en algunos aspectos, como el alcance del «*tort principle*» que, como él indica, fue recogido en el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y su Propiedad. Revisa Gaja normas nacionales de Estados como Argentina, Canadá, Australia, Estados Unidos, Francia o Reino Unido para ilustrar que la práctica ha sido variada en lo que respecta a esta excepción a la inmunidad. Con base en dicho análisis afirma que la naturaleza de la obligación que está en el origen de la demanda, en este caso los trabajos forzados, no proporciona per se evidencia suficiente de que la inmunidad deba aplicarse en todo caso. No obstante, dice que tampoco se puede afirmar lo contrario, con base en esa práctica revisada. Su conclusión es que el TIJ debería haber examinado con más detalle las decisiones de los tribunales italianos, puesto que al examinarlas caso por caso es posible que en alguno de ellos no fuera necesario observar la inmunidad de jurisdicción de Alemania y, por tanto, no existiría incumplimiento por parte de Italia.

15. El juez Yusuf es uno de los más críticos con la sentencia en su voto particular. Manifiesta expresamente su desacuerdo con el fallo del TIJ en lo que se refiere a la violación por parte de Italia de la inmunidad de jurisdicción alemana por haber aceptado demandas civiles contra Alemania, por los hechos descritos entre 1943 y 1945. Denuncia que la sentencia no lleva a cabo un análisis profundo de los asuntos claves del caso, ciñéndose a lo formal y evitando entrar en el fondo de las cuestiones. Para él, la formulación de los asuntos centrales del caso por parte del TIJ es demasiado abstracta y formalista comparada con la situación real de las víctimas, que no tenían otra alternativa para buscar justicia que acudir a los tribunales italianos.

Considera Yusuf que la relación entre la falta de alternativas para reparar a las víctimas y la violación de la inmunidad de Alemania no se ha tomado en consideración y ha pasado inadvertida en el proceso. En su opinión, en lugar de comprobar el impacto de la ausencia de reparación y de medios alternativos de reparación, la Corte se limita a afirmar que «resulta sorprendente y lamentable que Alemania decidiera denegar la compensación [...]». Apunta Yusuf que los Estados no recurren al principal órgano judicial de las Naciones Unidas buscando sorpresa o lamentos, sino la solución de controversias con base en el Derecho internacional. En la misma línea, considera que la Corte debería haber arrojado algunas conclusiones jurídicas sobre la legalidad o ilegalidad de las decisiones de los tribunales italianos.

También sobre el alcance de la inmunidad y su posible conflicto con las demandas de reparación se pronuncia Yusuf, reconociendo que la inmunidad es una norma de Derecho internacional consuetudinario, pero advirtiendo al mismo tiempo de que su uso se ha contraído en el último siglo, fruto de la evolución de un sistema jurídico centrado en el Estado a otro centrado en los individuos, con los derechos humanos como máximo exponente. Considera que habría sido más acertado reconocer que el

Derecho internacional consuetudinario permanece fragmentado en la actualidad. Es ilustrativa su expresión en la que compara la inmunidad del Estado con un queso suizo lleno de agujeros. De hecho, afirma que no se trata de un valor inmutable en Derecho internacional.

Finaliza su voto particular el juez Yusuf afirmando que, como principal órgano judicial de las Naciones Unidas, el TIJ tiene un papel importante como guía de las normas de Derecho internacional, clarificándolas, especialmente cuando existen dudas. Considera que esta sentencia era una oportunidad única para ejercer esa labor, clarificando que en los casos en que no exista medio alternativo para reparar el daño a las víctimas, la inmunidad de jurisdicción se puede exceptuar.

16. El voto particular del juez Cañado Trindade llama la atención por su extensión, superior a la de la propia sentencia, que contiene un estudio doctrinal sobre las materias que se abordan en la misma y que se han venido mencionando. A lo largo de todo su voto particular, Cañado Trindade se muestra muy crítico con la sentencia, afirmando que disiente del fallo, la metodología, la selección de los asuntos clave y las argumentaciones utilizadas.

Crítica el juez el hecho de que la sentencia haya tenido en cuenta únicamente la legislación vigente, y que se haya abstraído de la situación de hecho que subyace en esta controversia. Asimismo, recoge numerosas aportaciones doctrinales de juristas fuertemente influidos por los horrores de la guerra y que incorporan su visión al Derecho internacional contemporáneo. En ese sentido, también apunta la evolución desde un modelo estatocéntrico a otro centrado en el individuo.

La afirmación de mayor relevancia respecto de la sentencia es la que hace en relación con el alcance de la inmunidad. Considera el juez que no hay inmunidad para los crímenes contra la humanidad, en virtud del derecho a un acceso a la justicia para todos los individuos. Asimismo, entiende que, en caso de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, está justificado que los individuos tengan reconocida jurisdicción internacional para poder hacer valer sus derechos y resarcirse del daño.

17. La postura mantenida por los jueces Yusuf y Cañado Trindade abre una vía a la limitación de la inmunidad de jurisdicción en determinados supuestos. La sentencia del TIJ es tajante respecto de la violación del Derecho internacional consuetudinario que suponen las actuaciones llevadas a cabo por Italia contra Alemania. Sin embargo, estos dos jueces aportan una visión menos limitada a cuestiones formales y entienden que la gravedad del asunto que está en juego, la reparación de daños causados a una víctima de guerra, justifica ir más allá de lo formal para entrar a conocer los detalles de un asunto, para asegurarse de que, en último término, se reparen esos daños.

Efectivamente, como apunta el juez Yusuf, el TIJ no es un órgano únicamente encargado de aplicar el Derecho internacional sino que también lo crea, ya que su jurisprudencia tiene un valor esencial en la creación de normas y la cristalización de normas consuetudinarias. Por eso, habría sido conveniente que entrara a conocer del fondo de estas cuestiones, dada la envergadura del asunto. Una valoración basada fundamentalmente en cuestiones formales no es la mejor vía para dar respuesta a una cuestión esencial: determinar si la inmunidad de jurisdicción puede ceder ante la protección de las víctimas cuando éstas no tienen otro medio de defensa.

Rosana GARCÍANDÍA GARMENDIA
Universidad de Murcia

3. ESPAÑA Y LA VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO: EL CASO *SERRANO CONTRERAS*

1. España ha ratificado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) el 4 de octubre de 1979, veintiséis años después de su entrada en vigor, y ha aceptado la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), estando en la obligación de proteger adecuadamente aquellos derechos reconocidos en el Convenio acondicionando, de ser necesario, su Derecho interno. Así, toda alta parte contratante, a requerimiento del Secretario General del Consejo de Europa, deberá suministrar las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su Derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones del CEDH (art. 52). Es también obligación del Estado adecuar su ordenamiento interno a la interpretación judicial que deriva de las decisiones del órgano judicial del sistema europeo de protección de los derechos humanos. De este modo, los Estados se obligan a respetar el CEDH y a acatar la interpretación que realiza el TEDH de este instrumento jurídico.

2. El CEDH reconoce, entre otros derechos, en el art. 6, el derecho a un proceso equitativo, también llamado debido proceso, disposición que ha sido objeto de numerosas interpretaciones por parte del Tribunal europeo debido a ser uno de los derechos más invocados por su frecuente violación. En España este derecho está recogido en el art. 24.2 de la Constitución Española (CE), siendo igualmente uno de los más invocados, a la luz de las decisiones del Tribunal Constitucional Español (TCE).

En el presente trabajo nos referiremos solo al inciso 1 del art. 6 ya que por la violación de éste se condena a España. El art. 6.1 establece: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable (...)». La primera sentencia del TEDH contra España por la violación del art. 6.1 fue en el caso *Barberá, Messegué y Jabardo*, de 6 de diciembre de 1988, y la última, la sentencia materia de estudio, de 20 de marzo de 2012.

3. La demanda interpuesta por Bernardo Serrano Contreras contra España ante el TEDH (núm. 49183/08) se inicia con fecha de 29 de septiembre de 2008. Los hechos que llevaron al demandante ante este Tribunal se resumen: Bernardo Serrano Contreras, Presidente del Consejo Rector de una cooperativa agrícola, en el proceso seguido ante la Audiencia Provincial de Córdoba, tras la celebración de un juicio oral en el que fueron oídos varios acusados, el 11 de noviembre de 2003, fue absuelto por los delitos de estafa y de falsedad en documento oficial y mercantil en relación con la comercialización de una nueva variedad de semilla de trigo. Serrano Contreras fue acusado de haber proporcionado falsas etiquetas de las semillas comercializadas, con el objetivo de beneficiarse de las subvenciones de la Unión Europea. Las etiquetas procedían de Italia y fueron expedidas por el organismo nacional responsable de las semillas certificadas. La Audiencia Provincial no apreció voluntad de «engaño» en la actuación de Serrano Contreras. Ante esta absolución, las partes acusadoras (la Asociación de Producción de Semillas APROSE, la Fiscalía y el Abogado del Estado) recurrieron en casación con fundamento en el art. 849, párrs. 1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con fecha de 14 de octubre de 2005, sin que se hubiera celebrado una vista pública, el Tribunal Supremo estimó el recurso. Además, emitió la sentencia donde establece que las etiquetas eran «efectivamente fraudulentas», tomando en cuenta las comisiones rogatorias a Italia cursadas por el juez encargado del caso, y condenando a Serrano Contreras a una pena de cuatro años de prisión por los delitos de estafa y

falsedad, con fundamento en los arts. 303 y 528 del Código Penal de 1973. Por otro lado, el Tribunal Supremo examinó de oficio la cuestión de duración del procedimiento. Destacó que el procedimiento penal se había iniciado en diciembre de 1996, con la remisión del expediente administrativo a la Fiscalía; que en noviembre de 1998 el juez había decidido tramitar el caso conforme al procedimiento abreviado, y, luego de la Sentencia de la Audiencia Provincial de 11 de noviembre de 2003, se interpuso el recurso de casación, cuya deliberación se llevó a cabo el 9 de marzo de 2005 y la fecha para dictar sentencia se había prolongado por la complejidad del asunto hasta el 14 de octubre de 2005.

Ante tal hecho, Serrano Contreras solicitó la anulación del procedimiento, basándose en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por un lado, se quejaba de la excesiva duración del procedimiento y, por otro, alegaba que se le había condenado con fundamento en pruebas de carácter no documental, sin haber sido oído previamente. Ante ello, el Tribunal Supremo, por auto de fecha 17 de marzo de 2006, desestimó la petición de nulidad, porque la consideraba una solicitud para prolongar artificialmente el procedimiento, y sobre la condena sin vista pública, recordando la Sentencia del TCE (167/2002) de 18 de septiembre de 2002 y otras sentencias posteriores, no consideró aplicable al recurso de casación, por cuanto se trataba de un recurso extraordinario, en ningún caso comparable al recurso de apelación. Ante la negativa del Tribunal Supremo, interpuso recurso de amparo ante el TCE, bajo el fundamento de los arts. 14 (prohibición de la discriminación) y 24 (derecho a la tutela judicial efectiva, a la duración razonable del procedimiento y a la presunción de inocencia) de la Constitución. El TCE con fecha de 10 de marzo de 2008 declaró inadmisibles dicho recurso manifestando que las pretensiones carecen manifiestamente de contenido constitucional. Con ello Serrano Contreras agotaba los recursos internos.

4. El TEDH sobre la demanda y los hechos mencionados *supra* se pronunció, condenando al Estado español por la violación del art. 6.l del CEDH, en primer término por habersele privado a Serrano Contreras del derecho a defenderse en el marco de un procedimiento contradictorio, violando el derecho a un proceso equitativo garantizado por el art. 6.1 del CEDH; y en segundo término por la duración total del procedimiento que no satisfizo la obligación del «plazo razonable».

5. Respecto a la violación del derecho a un proceso equitativo, el TEDH destaca que el Tribunal de casación se basó, entre otras cosas, en un elemento de prueba que no se había examinado durante el juicio oral ante la Audiencia Provincial, como fueron los informes redactados en el marco de las comisiones rogatorias remitidas por el juez de instrucción encargado del asunto. Estos informes eran conocidos por las partes, pero no habían solicitado que fueran reproducidos ante la Audiencia. Por tanto, no tuvieron la ocasión de examinarlos de acuerdo con los principios de intermediación y contradicción. En palabras del Tribunal europeo, el hecho de que el Tribunal Supremo haya tenido en cuenta un medio de prueba que no había sido examinado por el tribunal *a quo* y que se convirtió en determinante para el establecimiento de la culpabilidad del demandante privó a éste de defenderse frente al mismo (párr. 36). Por otro lado, el TEDH señala que el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva interpretación jurídica del comportamiento del acusado, se basó en circunstancias subjetivas que le concernían, en particular su conocimiento de la irregularidad de las operaciones comerciales y de la falta de coincidencia entre semillas reales y las etiquetadas que supuestamente la identificaban. Elemento subjetivo éste que fue decisivo para determinar la culpabilidad del acusado. En efecto, dice el TEDH, tanto el delito de estafa como el de falsedad exigen que el acusado haya actuado de manera dolosa, y en este

caso tras la celebración de un juicio oral en el que fue oído el demandante, la Audiencia Provincial consideró que no concurría este requisito subjetivo de los delitos en cuestión. No obstante el Tribunal Supremo concluyó que existía intencionalidad del demandante sin haber procedido a la valoración directa del testimonio del demandante, contradiciendo las conclusiones del tribunal de instancia, que sí había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos (párr. 37). Siendo ello así, el acusado no tuvo la oportunidad de contradecir los hechos que fueron determinantes para ser declarado culpable, motivo por el cual el TEDH concluye que el demandante se vio privado del derecho de defenderse en el marco del procedimiento contradictorio y por consiguiente hay violación del derecho del demandante a un proceso equitativo garantizado por el art. 6.1 del Convenio. El TEDH en lo que se refiere a los principios generales en este caso concreto remite a los apdos. 36 a 38 del caso *Lacadena Calero c. España* (sentencia de 22 de noviembre de 2011), caso similar al de *Serrano Contreras*, donde el Estado español fue condenado por una actuación parecida de la Sala Penal del Tribunal Supremo, que condenó a un notario ya fallecido que había sido absuelto por la Audiencia Nacional.

6. En relación con la duración excesiva del procedimiento, el TEDH señala que el periodo a considerar comienza el 5 de febrero de 1997, fecha en que se inicia el procedimiento contra el demandante por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Montilla, y en la que el demandante tuvo conocimiento de las acusaciones formuladas en su contra. El procedimiento termina el 10 de marzo de 2008 con la resolución del TCE. Según se advierte de la jurisprudencia del TEDH el cómputo del plazo razonable se inicia con la acusación, la cual queda determinada por la notificación oficial dirigida a un particular por parte de la autoridad competente en la que se imputa la presunta comisión de una infracción penal (caso *Deweer c. Bélgica*, sentencia de 27 de enero de 1980) y finaliza cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (caso *Guincho c. Portugal*, sentencia de 10 de julio de 1984). Teniendo en cuenta ello, determina que el caso materia de análisis duró once años, un mes y cinco días.

7. El TEDH analiza el carácter razonable de la duración del procedimiento a la luz de las circunstancias de la causa —que, en este caso concreto, requieren una evaluación global y la utilización de los criterios consagrados por su jurisprudencia: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales—. El CEDH al igual que otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se limita a establecer el derecho a ser oído «dentro de un plazo razonable», pero no le confiere un contenido a este derecho, al no indicar a partir de qué momento se computa el plazo razonable y cuál es el límite de tiempo. Justamente esta indeterminación hizo que el Tribunal europeo estableciera los tres criterios por vez primera en el caso *Neumeister c. Austria*, sentencia del 27 de junio de 1968. Desde entonces, como también lo hace en el caso materia de este trabajo, utiliza estos criterios para determinar la razonabilidad del plazo en un determinado asunto. Para el TEDH esta disposición tiene por objeto, en materia penal, que los acusados no permanezcan durante un tiempo muy largo bajo la implicación de una acusación y que se decida sobre su fundamento (caso *Wemhoff c. Alemania*, sentencia del 27 de junio de 1968).

8. El TEDH si bien, en este caso, reconoce que el asunto revestía cierta complejidad por el número de documentos que debían ser examinados y el hecho de que el procedimiento se refería a varios acusados y que requiriera dos comisiones rogatorias dirigidas a las autoridades italianas, considera que esta complejidad no es suficiente

para explicar una duración de casi once años y medio. En cuanto al comportamiento del demandante, considera que del expediente resulta que no ha causado notables retrasos, es decir, no ha contribuido en alguna medida a prolongar indebidamente la duración del proceso. Es de señalar que el TEDH se pronuncia respecto a los argumentos formulados por la Audiencia Provincial para justificar el retraso en dictar sentencia, en concreto la sobrecarga de trabajo, recordando que, según su jurisprudencia el atasco crónico en los asuntos atribuidos a un tribunal no es una explicación válida (*Probstmeier c. Alemania*, sentencia de 1 de julio de 1997) (párr. 57). En este contexto reitera su jurisprudencia: «corresponde a los Estados contratantes organizar su sistema judicial de forma que sus órganos jurisdiccionales puedan garantizar a todos el derecho a obtener una resolución definitiva en un plazo razonable, y si el resultado llega a constituir un laberinto procedimental es el Estado el que debe sacar las consecuencias, y si fuera necesario simplificar el sistema con el fin de responder al art. 6.1 del Convenio» (caso *Frydlender c. Francia*, sentencia de 27 de junio de 2000 y caso *König c. Alemania*, sentencia de 28 de junio de 1978). Sin duda, es el Estado el encargado de adoptar los medios necesarios para asegurar el cumplimiento efectivo de este derecho en todos los ámbitos. El TEDH responsabiliza a los Estados por la deficiencia del aparato judicial y, en cumplimiento del Convenio, estos deben adecuar su legislación y la organización judicial para satisfacer los derechos protegidos por este instrumento. El TEDH recuerda que, al exigir el respeto del «plazo razonable», el Convenio destaca la importancia que se atribuye a que la justicia no sea administrada con retrasos susceptibles de comprometer su eficacia y credibilidad. Es esencial que en el desarrollo de una investigación o de un proceso exista celeridad, pero siempre acompañada de los demás elementos del debido proceso, ya que la celeridad procesal que no cumpla con las garantías del debido proceso atenta contra este derecho. Así, en el caso *Neumeister* subrayó que la preocupación por la celeridad no debe exonerar a los magistrados que conocen la instrucción de la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para esclarecer el asunto. La celeridad no necesariamente significa eficacia.

En este contexto reitera que únicamente las dilaciones imputables al Estado pueden conducir a la declaración de que se haya sobrepasado un «plazo razonable». Así lo ha venido señalando desde el caso *König*. Por ello, teniendo en cuenta cada una de las actuaciones a lo largo del procedimiento, el TEDH considera que, a la luz de los criterios establecidos por la jurisprudencia en relación con el «plazo razonable», y habida cuenta del conjunto de los elementos en su poder, la duración total del procedimiento objeto de este caso es contrario a las exigencias del «plazo razonable». Por tanto hay violación del art. 6.1 del CEDH.

9. A pesar de la aportación del TEDH en la interpretación de este derecho, en la actualidad no existen criterios interpretativos concretos que determinen su alcance según las materias. En consecuencia, sigue siendo un concepto abierto susceptible de ser interpretado y justificado desde diversos puntos de vista por quien administra justicia. Entre ellos el exceso de trabajo de los magistrados, la situación económica del país o falta de impulso procesal del interesado.

10. De este modo España suma una sentencia más del Tribunal europeo por la violación del derecho al debido proceso, específicamente por no respetar el proceso equitativo y el plazo razonable. Con ello se pone de relieve que para el Estado español es aún una tarea pendiente la protección efectiva de éste, conforme a las obligaciones adquiridas a nivel internacional, considerando que se trata de un derecho fundamental exigible en todos los ámbitos de la actividad del Estado. Por ende España debe

redoblar los esfuerzos de su administración de justicia en la aplicación del CEDH y la interpretación que realiza de éste el TEDH a través de su jurisprudencia.

Florabel QUISPE REMÓN
Universidad Carlos III de Madrid

4. INCIDENTES DE LA GUARDIA CIVIL CON LA ROYAL GIBRALTAR POLICE EN LAS AGUAS DE LA BAHÍA DE ALGECIRAS: PERSECUCIÓN EN CALIENTE Y POSIBLES SOLUCIONES

1. El contencioso sobre las fronteras marítimas entre España y Reino Unido, en relación con las aguas de Gibraltar ha provocado innumerables problemas entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de ambos países en los últimos años. De todos es sabido los continuos incidentes en aguas de la bahía de Algeciras entre la Guardia Civil española y la *Royal Gibraltar Police* (en adelante, RGP) así como la *Royal Navy*, como el ocurrido con las prácticas de tiro por parte de esta última sobre unas boyas con los colores de la bandera española en noviembre de 2009, las continuas detenciones de ciudadanos españoles en aguas en disputa o los hostigamientos por parte de Gibraltar sobre la Guardia Civil española en su labor de lucha contra el narcotráfico. Posiblemente, el incidente de mayor relevancia jurídica fue el que se produjo en diciembre de 2009 cuando una patrullera de la Guardia Civil, tras detectar una pequeña embarcación junto a un buque de Estados Unidos, aplicó la normativa antiterrorista a fin de identificarla. La misma, una lancha motora semirrígida con dos tripulantes a bordo, comenzó una huida que la llevó a penetrar en las aguas del puerto de la colonia de Gibraltar. En todo momento, la patrullera de la Guardia Civil realizó una persecución de forma ininterrumpida y avisando por medios acústicos y sonoros. Finalmente, la lancha perseguida llegó hasta una zona residencial gibraltareña, *Harbour Views*, en donde los dos tripulantes descendieron huyendo del lugar. Los cuatro tripulantes de la patrullera de la Benemérita procedieron igualmente a desembarcar y tres de ellos continuaron la persecución a pie, produciéndose la detención de los huidos dentro del término de Gibraltar. Ante estos hechos, y previo el aviso de los residentes de la zona, se acercaron miembros de la RGP que procedieron a detener a los dos huidos, de nacionalidad española, y solicitar a los miembros de la Guardia Civil que los acompañaran para prestar declaración, al haberse introducido en territorio bajo jurisdicción británica sin autorización, reteniendo tanto las embarcaciones como las armas reglamentarias. El incidente finalizó con unas disculpas oficiales del Ministro español del Interior — recalcando la falta de intencionalidad política ni de otro tipo en el suceso (Nota de Prensa del Ministerio del Interior, de 8 de diciembre de 2009 y *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IX Legislatura, de 16 de diciembre de 2009, pp. 46-47)—, la puesta en libertad de los guardias civiles dos horas después, la devolución de la embarcación y las armas al día siguiente y la imposición de una sanción económica a los tripulantes de la lancha semirrígida por haber introducido en Gibraltar una embarcación prohibida. Estos últimos fueron detenidos por las autoridades españolas una vez penetraron en nuestro territorio, tras pagar una sanción, y acusados de un delito contra la salud pública. No hay constancia de que los cuatro guardias civiles fueran sancionados disciplinariamente.

2. Frente a estos hechos, surgen una serie de cuestiones de interés. En primer lugar, la aplicación del régimen de la «persecución en caliente» (*Hot Pursuit*) de acuerdo con el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En segundo lugar, la necesidad de protocolos de actuación conjunta entre España y Reino Unido en el área

Schengen, en materia de persecución en caliente, y similar a los convenios bilaterales ya existentes con Francia y Portugal para la persecución terrestre. Y en tercer lugar, el caso específico de Gibraltar, territorio fuera de la aplicación del art. 41 del Convenio de Aplicación de Schengen, de 1990, y que recoge la persecución en caliente.

3. En relación con el suceso comentado, España defendió que se estaba produciendo una persecución en caliente. Hay que destacar, no obstante, que esta figura no ha sido alegada habitualmente, por el simple hecho de que España jamás ha reconocido la soberanía británica sobre las aguas del Peñón (véase GONZÁLEZ GARCÍA, I., «The Anglo-Spanish Dispute over the Waters of Gibraltar and the Tripartite Forum of Dialogue», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2011, núm. 26, pp. 91-117), y por tanto no se produciría una penetración en una zona de otro Estado. Según establece la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en su art. 111, y en el Convenio de Ginebra sobre el Alta Mar, art. 23, las condiciones para la persecución en caliente son cumulativas (Sentencia del Tribunal Internacional para el Derecho del Mar, de 1 de julio de 1999, as. *Saiga*), y serían: la persecución debe iniciarse cuando la nave o sus lanchas se hallen en aguas interiores, aguas archipelágicas, mar territorial o zona económica exclusiva; debe realizarse siempre por un buque militar o de Estado autorizado para ello, como las patrulleras de la Guardia Civil; para iniciar la persecución, es necesario haber emitido previamente una señal visual o auditiva desde una distancia que permita al buque perseguido verla u oír-la, además de entenderla; la persecución debe ser continua, sin interrupción y pudiendo mantenerse en alta mar; la persecución cesará cuando la nave haya entrado en el mar territorial del Estado de su pabellón o en el de un tercer Estado, salvo que exista acuerdo al respecto. Finalmente, la persecución debe permitir arrestar a la nave perseguida y escoltarla a un puerto del Estado ribereño. Sin embargo, y a pesar de las manifestaciones de las autoridades españolas, en el caso que comentamos, no podemos hablar de la figura de persecución en caliente, en contra de lo defendido por la Asociación Unificada de la Guardia Civil (AUGC) y la Unión de Oficiales de la Guardia Civil (UO) (*El Faro de Algeciras*, de 8 de diciembre de 2009 y de 12 de diciembre de 2009). En efecto, la Guardia Civil inició la persecución, correctamente, en aguas de jurisdicción españolas como son las aguas interiores del puerto de Algeciras, prolongándose en el mar territorial español hasta entrar en las aguas del puerto — antiguo — de Gibraltar. Y el caso es que estas últimas, de acuerdo con el Tratado de Utrecht, son aguas de soberanía británicas, reconocidas por España (*Europa Sur*, de 8 de diciembre de 2009), y en donde no cabe mantener la persecución salvo que exista acuerdo al respecto. Y es en este último punto donde se produce el no cumplimiento de todos los requisitos para poder asegurar la existencia de una persecución en caliente. Son clarificadoras las manifestaciones del entonces diputado socialista por Cádiz, Sr. de la Encina, quien manifestaba días después del incidente que todo se desarrolló dentro de «una persecución en caliente», término jurídico de la actuación, «aunque es cierto que no se avisó y quizás ese pudo ser el error» (*Libertad Digital*, de 8 de diciembre de 2009). Este reconocimiento, manifestado igualmente por la RGP, es más patente cuando los agentes de la Guardia Civil llegaron a descender de su embarcación y penetrar a pie en suelo gibraltareño, territorio bajo jurisdicción británica, sin que en ningún momento se informara a las autoridades gibraltareñas, ni exista convenio alguno bilateral España-Reino Unido en la materia. Por tanto, debemos concluir que no se produjo *stricto sensu* una persecución en caliente y, en consecuencia, existió un acto ilegal, sujeto a responsabilidad internacional, por parte de las autoridades españolas. Es más, tal y como ya hemos apuntado, no es habitual alegar la persecución en caliente, dado que, al no haber reconocimiento de la soberanía británica sobre las aguas del Peñón, se produciría persecución en aguas

españolas, salvo, como en el presente caso y ahí halla su excepcionalidad, si se produce una penetración en las aguas del puerto antiguo, espacio cedido a Reino Unido según el Tratado de Utrecht —si bien hay que apuntar que el mismo no corresponde con el espacio del puerto cedido históricamente—.

4. La falta de un acuerdo bilateral que recoja protocolos de actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad españolas y británicas está provocando una clara ineficacia de la lucha contra el tráfico de estupefacientes principalmente. En este punto, conviene analizar las diversas posibilidades de regular la persecución de forma bilateral o multilateral y más allá del Convenio sobre el Derecho del Mar. En particular, tenemos en Europa el ejemplo del art. 41 del Convenio de Aplicación de Schengen de 1990. Este artículo permite la persecución en caliente, únicamente terrestre, entre los Estados partes, sobre una lista de delitos previstos en el mismo artículo o bien las infracciones que puedan dar lugar a la extradición entre los Estados implicados —en este último caso, es interesante observar que la Orden de Detención Europea, la Decisión marco 2002/584/JAI, aparte de eliminar la extradición entre los Estados miembros, incluye en su listado todas las infracciones recogidas en el art. 41—, y sin necesidad de la previa autorización del Estado donde se desarrolla la persecución si existe una especial urgencia, al no haber podido ser advertidas previamente de la entrada o cuando las autoridades no hayan podido personarse en el lugar con tiempo suficiente. De cualquier modo, y si no hay un elemento de urgencia, cuando se produce el cruce de las fronteras deberá notificarse a las autoridades competentes, cesando la misma cuando éstas así lo reclamen. A nivel bilateral, los Estados partes podrán ampliar el ámbito de aplicación y adoptar disposiciones adicionales (véase *Council Doc.*, núm. 15732/03, de 12 de diciembre de 2003). De este modo, España ha firmado acuerdos con Francia y Portugal. En ambos acuerdos la persecución se permitiría para el caso de la comisión de las infracciones o delitos previstos en el art. 41, si bien respecto a Francia se prevé la persecución durante diez kilómetros en el territorio del otro Estado, y para Portugal una persecución de hasta cincuenta kilómetros, o bien durante un máximo de dos horas (Declaraciones en el momento de la ratificación del Convenio de Aplicación Schengen, de 1990, *BOE*, núm. 81, de 5 de abril de 1994). Estos dos ejemplos, aparte de limitarse a la persecución terrestre, no son viables para el caso de Gibraltar, dada la rapidez con que se producen las persecuciones y el escaso espacio marino en disputa: milla y media en la zona de poniente y tres millas en la zona de levante y al sur del Peñón. De cualquier modo, cabe destacar otros ejemplos que podrían servirnos de modelo, en cuanto que no establecen límites temporales ni espaciales o simplemente permiten la persecución por tierra, mar y aire. Así, Reino Unido tiene un Acuerdo con Estados Unidos para la persecución de buques sospechosos de tráfico de drogas; Francia tiene varios convenios con Bélgica, Luxemburgo y Alemania, que le permite recíprocamente llevar a cabo un derecho de persecución sin límite en tiempo y espacio; el Convenio sobre asistencia mutua y cooperación entre las administraciones de aduanas de 1997, Convenio Nápoles II (*DO C 24*, de 23 de enero de 1998), prevé la persecución por tierra, mar y aire, si bien con una cláusula *opting out* a la que está suscrita Reino Unido; Benelux tiene un Convenio sobre intervención policial transfronteriza, que recoge más infracciones que Schengen, permite la persecución en caliente por tierra, mar y aire y carece de limitaciones respecto a la detención; e incluso la Comisión Europea presentó una propuesta para modificar el Convenio de Aplicación de Schengen, que fue retirada en marzo de 2009 [Doc. COM (2005) 317 final, de 18 de julio de 2005].

5. Conviene entonces analizar las posibilidades de un convenio España-Reino Unido que recogiera un Protocolo de actuación en materia de persecución en calien-

te, más allá de Schengen. Ello facilitaría una mejor cooperación entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en la lucha contra el contrabando en el estrecho de Gibraltar. Y en este punto, el Foro tripartito de Diálogo podría ser el mejor de los escenarios.

A fin de determinar las posibilidades de aplicar a Gibraltar un protocolo de actuación en materia de cooperación policial, conviene destacar la posición que ostenta en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y que deriva de la propia situación de Reino Unido. Así, y en el contexto del Tratado de Lisboa, el Protocolo núm. 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, mantiene la cláusula *opting out* para las medidas relativas a asilo, visados, inmigración y cooperación judicial en materia civil, a las que se añaden, con Lisboa, la cooperación policial y judicial en el ámbito penal. Además, una de las principales consecuencias de la integración de todo el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Título V de la tercera parte del TFUE es su normal inserción en el sistema judicial, de tal modo que el nuevo esquema de Lisboa conlleva la no sujeción de Reino Unido, salvo decisión en contrario, a la jurisprudencia del TJUE en materias de cooperación judicial y policial penal, produciéndose, por tanto, un debilitamiento del ámbito territorial de actuación del Alto Tribunal.

Respecto a Gibraltar y la legislación europea aplicable, debemos acudir a la Decisión 2000/365/CE, relativa a la participación parcial del Reino Unido en el acervo Schengen (DO L 131, de 1 de junio de 2000), y Decisión 2004/926/CE, sobre la ejecución de partes del acervo de Schengen por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DO L 395, de 31 de diciembre de 2004). Según las mismas, y en el marco de la cooperación policial, se aplicará a Gibraltar la normativa sobre asistencia policial, cooperación para la tramitación de información y protección de datos de carácter personal (arts. 87 y 88 TFUE). Por contra, se ha excluido expresamente la normativa sobre cooperación policial en relación con el derecho de persecución y vigilancia transfronteriza (arts. 40 y 41 del Convenio de Aplicación de Schengen de 1990).

Con todo, no podríamos aplicar actualmente la regulación Schengen en materia de persecución en caliente a Gibraltar, además de que dicha regulación está limitada a la persecución por vía terrestre, con lo que no solucionarían los continuos incidentes marítimos entre la Guardia Civil y la RGP. No obstante, sería perfectamente factible, fuera de Schengen y en el marco del Foro tripartito de Diálogo, un acuerdo entre Reino Unido y España, en el que se previera un Protocolo de actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en la lucha contra el contrabando. Así, la cooperación policial ha sido objeto de tratamiento en la reunión ministerial del Foro de 2 de julio de 2008 y de 21 de julio de 2009 [véase, Anexo Documental en GONZÁLEZ GARCÍA, I. y DEL VALLE GÁLVEZ, A. (eds.), *Gibraltar y el Foro Tripartito de Diálogo*, Madrid, Dykinson, 2009], y más recientemente en julio de 2010, España y Reino Unido estuvieron trabajando sobre un acuerdo de cooperación policial marítima que sin embargo no logró cristalizarse en un Protocolo de actuación (*Europa Sur*, de 1 de octubre de 2010). Al igual que el acuerdo ya adoptado para el caso del Aeropuerto de Gibraltar entre ambos Estados, se observa fundamental excluir cualquier referencia a la soberanía y la jurisdicción de las aguas en disputa, estableciendo únicamente pautas de actuación, mecanismos de cooperación en torno a las aguas de Gibraltar. Estas pautas y mecanismos, adaptados a las singularidades de la bahía de Algeciras, pasarían por no establecer como obligatorio, en caso de urgencia, el aviso previo a las autoridades del otro Estado, de tal forma que se pudiera continuar la persecución, incluso, en las denominadas aguas «en disputa», mejorando la eficacia de la lucha contra el contrabando; cabría la detención de las embarcaciones y puesta en custodia por parte del Estado perseguidor,

informando en todo momento a la otra parte y para el caso de haberse cometido igualmente una infracción punible en ambos Estados; al finalizar la actuación se emitirá un informe a la otra parte, detallando todas las acciones realizadas.

6. Claramente, es necesario un compromiso serio por parte de ambas partes, por medio de *soft law* y *gentlemen's agreements* como en la generalidad de los acuerdos España-Reino Unido sobre Gibraltar. Y con objeto de favorecer la cooperación policial marítima en la zona del Estrecho, más allá de cualquier reclamación de soberanía, y haciendo uso del Foro tripartito de Diálogo como mecanismo vehicular para estos fines, pueden representar, sin duda, el escenario más idóneo para lograr una zona estable y libre de contrabando en el estrecho de Gibraltar, y con plena cooperación entre los Estados.

Miguel Ángel ACOSTA SÁNCHEZ
Universidad de Cádiz