

A) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Selección y coordinación a cargo de
Romualdo BERMEJO GARCÍA
Catedrático de Derecho internacional público
Universidad de León

SUMARIO: 1. LAS RECIENTES PROPUESTAS DE REVISIÓN DE LA POLÍTICA EUROPEA DE VECINDAD.—2. LA ADMISIÓN POR LA CONFERENCIA GENERAL DE LA UNESCO DE PALESTINA COMO ESTADO MIEMBRO DE LA ORGANIZACIÓN: REACCIONES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS A LA LUZ DE LA ACTUAL ESTRATEGIA PALESTINA DE BÚSQUEDA DEL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL.—3. LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS Y LAS ECONOMÍAS EMERGENTES: EL APPRI CON VIETNAM.—4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE A LA VOLUNTAD POPULAR: EL CASO *GELMAN*.

1. LAS RECIENTES PROPUESTAS DE REVISIÓN DE LA POLÍTICA EUROPEA DE VECINDAD

1. La posibilidad ofrecida por el Tratado de Lisboa de enfocar la cooperación con los Estados vecinos de una forma más integrada, permitió que tan solo unos meses más tarde de su entrada en vigor se planteara la conveniencia de reconsiderar la Política Europea de Vecindad (PEV). Posteriormente, y con los acontecimientos acaecidos en el mundo árabe desde principios de 2011, se generó en la Unión Europea (UE) la necesidad de reorientar el enfoque de las relaciones euromediterráneas existentes hasta el momento y de forma particular la PEV, con el objetivo de afrontar los retos derivados de la nueva situación que se estaba generando en el sur mediterráneo.

2. A tal efecto, la Comisión Europea y la Alta Representante de la UE para la Política Exterior, presentaron una Comunicación conjunta el pasado 25 de mayo de 2011, con el título «Una nueva respuesta a una vecindad cambiante» [Documento COM (2011) 303 final]. En dicho documento se pone de manifiesto la necesidad de adoptar un nuevo enfoque basado en un compromiso compartido con los países vecinos respecto a los valores universales de la democracia, el Estado de Derecho y los

derechos humanos. Esta nueva orientación exigirá en el futuro aplicar de una forma mucho más rigurosa el principio de diferenciación de tal forma que los vínculos de cada país vecino con la UE dependerán directamente de las aspiraciones, capacidades y necesidades de cada uno de ellos, así como de los resultados obtenidos en el proceso de reformas políticas y económicas emprendidas. Cuanto mayor sean los resultados obtenidos, mayor será también el grado de integración económica y de cooperación política que ofrezca la UE a cada uno de sus vecinos.

3. Con el nuevo enfoque de la PEV, la UE pretende conceder un mayor apoyo a los países vecinos para la consecución de una democracia viable y sólida, basada en el pluripartidismo y en unas elecciones libres y transparentes, en una división real de poderes que incluya un poder judicial fuerte e independiente, en el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como en una Administración pública eficaz y transparente. El apoyo de la UE a los países vecinos debe enfocarse asimismo a la consecución de otros dos objetivos: por un lado, el logro de un desarrollo económico y un crecimiento sostenible capaz de reducir las enormes desigualdades sociales y regionales existentes, de crear empleo y elevar el nivel de vida de los ciudadanos; y por otro lado, la mejora de los sistemas de sanidad y educación.

4. La revisión de la PEV que proponen conjuntamente la Comisión Europea y la Alta Representante se basa igualmente en el principio de condicionalidad que debe regir las relaciones bilaterales, en la medida en que la ayuda de la UE a los países vecinos dependerá directamente de los progresos obtenidos en el proceso de reformas tanto políticas, en particular la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, como económicas. De esta forma la UE prestará mayor apoyo a aquellos vecinos que más hayan avanzado en este proceso reformador, apoyo que se materializará en una mayor financiación que permita más desarrollo económico y social, una mayor facilitación de la movilidad, un aumento de la financiación del Banco Europeo de Inversiones (BEI) en apoyo a las inversiones y un mayor acceso a los mercados comunitarios.

5. Las reformas adoptadas en el periodo 2010-2012, reflejadas en los informes de situación anuales, se tomarán como referencia para decidir las asignaciones financieras nacionales para 2014 y años sucesivos. El principio de condicionalidad deberá operar igualmente en sentido inverso, es decir penalizando, incluso con la reducción de la financiación, a aquellos países vecinos que no hayan avanzado en el proceso de reformas, tomando medidas adicionales, como sanciones selectivas, respecto de aquellos que violen los derechos humanos y las normas básicas democráticas.

6. El apoyo financiero de la UE a los países vecinos en su transición a una democracia viable y sólida, incluirá el refuerzo a los agentes, como partidos políticos, ONG o sindicatos, que luchan por su consecución, a través del establecimiento de una Dotación Europea para la Democracia y de un Mecanismo de Vecindad para la Sociedad Civil, además del ya existente Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos. El nuevo enfoque de la PEV deberá prestar una atención preferente a la consecución en los países de la vecindad, de un crecimiento económico firme y sostenible, para lo cual es indispensable la ayuda al entorno empresarial, en particular a las pequeñas y medianas empresas, a la creación de empleo y al fomento de la Inversión Extranjera Directa (IED), así como a la transferencia de tecnología, cuestiones que sin duda se verán favorecidas con la transición política hacia una democracia estable.

7. La nueva PEV deberá reforzar los vínculos comerciales con los países vecinos principalmente a través de la creación de zonas de libre comercio exhaustivas, que

implican no solo el desmantelamiento progresivo de las barreras comerciales y de los derechos de importación, sino también la convergencia reglamentaria en sectores como las normas sanitarias y fitosanitarias, los procedimientos aduaneros, la contratación pública, la competencia y la protección de las inversiones. El mayor acceso a los mercados de bienes podrá potenciarse a través de acuerdos sobre evaluación de la conformidad y aceptación de los productos industriales, que facilitarán el reconocimiento mutuo de los certificados de conformidad. Con el objetivo de apoyar el proceso de reformas, la UE debe seguir ofreciendo el asesoramiento de expertos a través de los programas de desarrollo institucional o de otros mecanismos como los programas de hermanamiento y el TAIEX, que constituye un instrumento de asistencia y asesoramiento técnico específico e intercambio de información que apoya a los países socios en lo relativo a la aproximación, aplicación y ejecución de la legislación de la UE.

8. La profundización de la cooperación sectorial deberá estar en el punto de mira de la nueva PEV. Aunque la cooperación puede extenderse a toda una serie de sectores relativos a las cuestiones de cooperación política y de seguridad, protección de los consumidores, salud pública, investigación y desarrollo tecnológicos, turismo, política social, derecho de las sociedades o política marítima, entre otros, deberá focalizarse de una forma particular en una serie de sectores prioritarios como la energía, el transporte, la protección del medioambiente y la lucha contra el cambio climático, el espacio común del conocimiento, la enseñanza superior, la investigación y la innovación.

9. La revisión de la PEV debe incluir asimismo un replanteamiento de las cuestiones de la migración y de la movilidad, de tal forma que resulte beneficioso para ambas partes e integren una serie de factores como la gestión adecuada de la migración legal y de las fronteras, el asilo o el desarrollo económico [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Comunicación sobre migración. Documento COM (2011) 248 final, de 4 de mayo de 2011]. El marco para garantizar que la circulación de personas entre la UE y un tercer país está bien gestionada lo proporcionarán las asociaciones de movilidad, que incorporan una serie de medidas como un mejor acceso a los canales de migración legal, y una serie de iniciativas para mejorar la gestión de las fronteras y de la migración irregular.

10. Con independencia de que ya se han establecido asociaciones de movilidad con algunos países de la vecindad oriental, como Moldova y Georgia, o de la que se está a punto de concluir con Armenia, la Comisión, de conformidad con la «Comunicación sobre un diálogo para la migración, la movilidad y la seguridad con los países del Mediterráneo Meridional» [Documento COM (2011) 292/3] iniciará negociaciones con Marruecos, Túnez y Egipto, con los que, con carácter previo, pondrá en marcha un diálogo en materia de migración, movilidad y seguridad. Con el objetivo de mejorar la movilidad de estudiantes, investigadores y empresarios, e incluso de expedir visados de entrada múltiple para estos colectivos, la Comisión insta a los Estados miembros a que utilicen todas las posibilidades que ofrece el código de visados de la UE. En cuanto al asilo, conviene señalar que la aplicación del Programa de Protección Regional, que ya se utiliza para Belarús, Moldova y Ucrania, se extenderá a Egipto, Libia y Túnez, cuando las circunstancias lo permitan.

11. El nuevo enfoque de la PEV debe reforzar de forma decidida sus dimensiones regionales: la Asociación Oriental y el Mediterráneo Meridional, con el objetivo de desarrollar proyectos de cooperación regionales y viables en los ámbitos del comercio, el transporte, la energía, la movilidad o la migración, así como responder a los

específicos retos de cada región en los ámbitos políticos, geográficos, económicos y sociales. Sin lugar a dudas, la potenciación de la cooperación regional es compatible con el refuerzo de la cooperación subregional, centrada en temas más específicos y con la participación más limitada de países. Un ejemplo lo podría constituir la cooperación subregional en el Magreb, que podría centrarse en el apoyo a una mayor interconexión física.

12. Por lo que respecta al Mediterráneo meridional, objeto prioritario de la UE tras las turbulencias acaecidas en el mundo árabe, la Comisión Europea y la Alta Representante ya habían adoptado una Comunicación conjunta en la que exponían las orientaciones generales que debían regir el proceso de revisión de la política mediterránea de la UE [Documento COM (2011) 200 final, Bruselas, 8 de marzo de 2011]. Esta partiría de la creación de una «Asociación para la democracia y la prosperidad compartida con los países del Mediterráneo Meridional», muchos de cuyos planteamientos comparte la citada Comunicación conjunta posterior sobre «Una nueva respuesta a una vecindad cambiante», en particular en las cuestiones relativas a la transición hacia la democracia y el desarrollo institucional; la asociación reforzada con las personas, y el desarrollo económico sostenible e integrador.

13. La nueva asociación, que como ya advertimos estará más orientada a las necesidades concretas y al nivel de ambición en el proceso de reformas demostrado por cada socio, podrá ampliar la concesión del estatuto avanzado, ya concedido a Marruecos en 2008 y a Jordania en 2010, a otros países que demuestren igual disposición y compromiso con las reformas. La concesión del estatuto, que se basa en un Plan de Acción nuevo y más global, podrá implicar un refuerzo a la cooperación política y de seguridad, un incremento de las concesiones comerciales y una mayor integración en el mercado interior de la UE, así como un mayor apoyo financiero a las reformas.

14. Con el objetivo de apoyar la transformación democrática y dar respuesta a los nuevos retos planteados tras los acontecimientos acaecidos en el Mediterráneo meridional, se establecerán Programas Globales de Desarrollo Institucional, similares a los ya aplicados con los vecinos orientales, que proporcionarán asesoramiento y apoyo financiero para desarrollar la capacidad de aquellos organismos que se consideran claves para consolidar el proceso de transición a la democracia. Para crear una asociación más fuerte con las personas, segundo pilar en el que debe basarse la nueva asociación, la Comisión pondrá en marcha, como ya advertimos, un diálogo en materia de migración, movilidad y seguridad con Marruecos, Túnez y Egipto, previo al establecimiento de una asociación de movilidad, y potenciará los programas dirigidos a los jóvenes, como los encaminados a ampliar la cooperación escolar (*eTwinning*); la movilidad de estudiantes y de personal académico universitario (*Erasmus Mundus*); la modernización de las universidades (*Tempus*), y la movilidad de los jóvenes (Juventud en Acción).

15. Finalmente, y en relación con el tercer pilar en el que debe basarse la nueva asociación —el desarrollo económico sostenible e integrador— la UE deberá intensificar sus esfuerzos para mejorar las disposiciones comerciales de los Acuerdos de Asociación y finalizar las negociaciones actuales sobre la agricultura, servicios y derecho de establecimiento, ofreciendo a aquellos vecinos del sur que hayan realizado más rápidamente las reformas necesarias, la posibilidad de establecer zonas de libre comercio exhaustivas. Con el fin de prestar apoyo a las reformas estructurales que serán necesarias a tal efecto, la Comisión financiará programas de desarrollo agrícola y rural, promoverá la cooperación industrial a escala euromediterránea, con la aplicación de la Carta Euromediterránea de la Empresa —en particular entre las PYME— y

fomentará igualmente el diálogo sobre el empleo y la política social mediante el Foro de Diálogo Social Euromediterráneo.

16. La nueva orientación de la PEV basada en un compromiso compartido en los valores universales de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, requerirá incrementar en 1.242 millones de euros los recursos previstos en el IEVA para el periodo 2011-2013, que se situaban en los 5.700 millones de euros. La ayuda financiera se destinará a la financiación de las líneas de acción descritas anteriormente y relativas a los tres grandes pilares de la nueva PEV. Por otra parte y con el fin de impulsar el desarrollo de los vecinos, prestar apoyo a los grandes proyectos de infraestructura y promover la cooperación sectorial, debería aumentarse el mandato exterior del BEI y de otros bancos regionales como el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD).

17. Aunque en el próximo marco financiero plurianual 2014-2020, el IEVA seguirá siendo el principal instrumento de financiación, para lograr el reto de una asistencia financiera externa capaz de cubrir las necesidades planteadas por el nuevo enfoque de la PEV, será necesario que la UE intensifique sus esfuerzos de coordinación con sus Estados miembros, otros donantes bilaterales, el BEI, el BERD y las instituciones financieras internacionales. En este sentido, procede hacer notar que la asignación presupuestaria propuesta por la Comisión para el periodo 2014-2020, dedica un total de 16.100 millones de euros al IEVA y 1.400 al Instrumento Europeo para la Democracia y los Derechos Humanos [Comisión Europea. Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Un presupuesto para Europa 2020. Parte II. Documento COM (2011) 500 final Parte II, Bruselas, 29 de junio de 2011, p. 50].

18. El nuevo enfoque de la PEV ha sido planteado conjuntamente por la Comisión y la Alta Representante en un momento en el que una parte de los vecinos del sur se hallan en un proceso de transformación democrática sin precedentes, que recuerda, aunque con muchas especificidades y todas las cautelas posibles, a la acontecida en el vecindario este en la última década del pasado siglo. Las propuestas, que deberán ser respaldadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, pretenden dar respuesta adecuada a las nuevas necesidades surgidas en el vecindario este, pero sobre todo sur, de la UE que configuran un total de ochocientos millones de personas, cuya libertad, seguridad y desarrollo merecen ser compartidas, lo que sin lugar a dudas redundará en el reforzamiento de los intereses de la propia Unión.

Antonio BLANC ALTEMIR
Universidad de Lleida

2. LA ADMISIÓN POR LA CONFERENCIA GENERAL DE LA UNESCO DE PALESTINA COMO ESTADO MIEMBRO DE LA ORGANIZACIÓN: REACCIONES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS A LA LUZ DE LA ACTUAL ESTRATEGIA PALESTINA DE BÚSQUEDA DEL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL

1. El pasado 31 de octubre la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) votó la admisión de Palestina como Estado miembro de la Organización, con 107 votos a favor, 14 en contra y 52 abstenciones. Esta decisión llevó a Estados Unidos a la retención de los fondos a la Organización. Palestina gozaba hasta entonces del estatuto de observador,

y su petición se enmarca en su estrategia actual de buscar el reconocimiento internacional, que se constituye en una «pieza clave de [su] acción política» en la afirmación de su estatalidad ante «la imposibilidad de desarrollar negociaciones con el Gobierno israelí y el continuo deterioro de la situación en los territorios ocupados» (BARRAÑEDA BAJO, I., «La iniciativa palestina en Naciones Unidas: expectativas, posibilidades y riesgos», *ARI*, 132/2011, 21 de septiembre de 2011, Real Instituto Elcano, p. 1). Las negociaciones de paz directas entre israelíes y palestinos fueron suspendidas en septiembre de 2011 por el Presidente de la Autoridad Palestina, Mahmud Abbas, ante la negativa israelí de prorrogar la moratoria sobre la construcción de asentamientos en los territorios ocupados. La retención de la contribución financiera de Estados Unidos (sesenta millones de dólares que tenía previsto transferir en noviembre) priva a la UNESCO del 22 por 100 de su presupuesto.

2. Esta votación en la UNESCO se produce poco después de que Mahmud Abbas pidiese oficialmente la adhesión plena de Palestina como Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 23 de septiembre. El reconocimiento de Palestina en las Naciones Unidas como Estado miembro, le otorgaría un estatus que le permitiría denunciar ante la justicia internacional la ocupación israelí. La necesidad de que la solicitud tenga que pasar por el Consejo de Seguridad dota a la misma de una relevancia única, de la que por supuesto Israel es consciente como lo muestran las palabras de Amos Gilad, jefe del equipo negociador israelí en las conversaciones con la Autoridad Palestina, al mostrar su descontento: «Han acudido al Consejo de Seguridad que, de acuerdo con la Carta, tiene el poder de forzarnos. Forzarnos a reconocer algo que debía ser resultado de un diálogo. Si obtuvieran el respaldo del Consejo, ¿para qué necesitarían negociar?» («Quieren forzarnos a reconocer lo que debería salir del diálogo», *El País*, 31 de octubre de 2011). El Comité de Admisiones de la ONU no pudo llegar a un acuerdo sobre la cuestión. Palestina solo contaría con el apoyo de ocho Estados, necesitando de al menos nueve votos favorables y evitar el veto de alguno de los cinco miembros permanentes. Los quince Estados miembros del Consejo de Seguridad, especialmente los cinco con derecho de veto, disponen de instrumentos para retrasar la votación todo el tiempo que sea necesario para buscar otras opciones, incluso por meses («Las potencias intentan enfriar el afán palestino de ser un Estado de la ONU», *El País*, 19 de septiembre de 2011). Palestina contaría con el apoyo de China, Rusia, Brasil, India, Sudáfrica y Líbano; Estados Unidos se ha opuesto; Francia, Reino Unido y Colombia han mostrado su voluntad de abstención, Portugal y Bosnia-Herzegovina también se abstendrían. Gabón y Nigeria podrían sumarse a los votos favorables a Palestina, quien de esta forma dispondría de ocho votos («El Consejo de Seguridad se prepara para votar sobre el Estado Palestino», *El País*, 11 de noviembre de 2011). Si Palestina consiguiese los nueve votos, Estados Unidos se vería en la situación de tener que utilizar su veto «alargando aún más la larga lista de vetos en defensa de su socio [...] y deteriorando aún más la imagen de la Administración Obama en este tema» (BARRAÑEDA BAJO, I., *op. cit.*, pp. 3 y 4). Tiene sin embargo, la presión del Congreso, donde un importante grupo de legisladores pretende suspender [la ayuda] que Estados Unidos concede a la Autoridad Palestina si ésta insiste en [...] reclamar su reconocimiento como Estado» («Las potencias intentan...», *doc. cit.*), y también unas elecciones muy próximas («Palestinians Request U. N. Status; Powers Press for Talks», *The New York Times*, 23 de septiembre de 2011).

3. En caso de ser aprobada por el Consejo de Seguridad, la recomendación de ingreso pasaría a la Asamblea General donde la admisión requiere el voto favorable de dos tercios de los miembros (presentes y que voten). Aunque el reconocimiento de los Estados no compete a la organización sino a los Estados, como señala Barra-

ñeda Bajo, «la incorporación plena de Palestina en Naciones Unidas supondría un reconocimiento fuerte de su existencia, precisando la base territorial legal y legítima de esa entidad, y de la persistencia de una realidad constrictiva no conforme al derecho internacional». Implicaría reconocer que no hay ningún obstáculo jurídico y «apremiaría desde el plano multilateral la retirada del ocupante» (BARRAÑEDA BAJO, I., *op. cit.*, p. 4). Y es que como señaló el secretario general adjunto de la ONU para Asuntos Políticos ante el Consejo de Seguridad, Lynn Pascoe, «el consenso internacional y las evaluaciones de entidades como el Banco Mundial que han reconocido la solidez de las instituciones palestinas, así como la mejora de la economía y la seguridad son avances importantes». La Autoridad Palestina es capaz de gobernar un Estado, las dificultades para su creación son políticas: los puntos no resueltos del conflicto entre las partes, la continua ocupación israelí, la división palestina («Los mayores obstáculos para el Estado palestino son políticos, afirma ONU», 27 de septiembre de 2011, Noticias ONU, www.un.org).

4. En medio de las conjeturas sobre el curso que habría de seguir en la ONU la solicitud de admisión se producía en la UNESCO, el 31 de octubre, la votación sobre la admisión de Palestina como Estado miembro de la Organización. España, los Estados latinoamericanos, africanos y árabes votaron a favor, Italia y el Reino Unido se abstuvieron, Alemania, Estados Unidos, Israel y Canadá votaron en contra. Requiere especial atención el voto favorable de Francia, que provocó el descontento de Israel, y cuyos efectos jurídicos resultan de interés siendo Francia miembro permanente del Consejo de Seguridad. Destacó la fuerza de los BRIC —Brasil, Rusia, India y China— que votaron a favor. A diferencia de la ONU, donde la adhesión requiere el aval del Consejo de Seguridad, la admisión en la UNESCO necesita, además de la recomendación del Consejo Ejecutivo —que Palestina obtuvo a principios de octubre— dos tercios de los votos favorables de los Estados que votan y asisten a la Conferencia General, compuesta por todos los Estados miembros. Palestina firmará la Convención para la protección del Patrimonio Mundial, para así poder pedir el reconocimiento de los sitios en los territorios ocupados por Israel. Se busca que la Iglesia de la Natividad de Belén sea el primer sitio inscrito bajo el nombre de Palestina, desde 2012 («La Palestine devient membre à part entière de l'UNESCO», *Le Monde*, 31 de octubre de 2011).

La UNESCO se presenta como el foro paradigmático para iniciar la cadena de admisiones de Palestina en las distintas organizaciones, teniendo en cuenta sus aportaciones en el proceso descolonizador, principalmente en África, desde la vertiente de la soberanía cultural, reafirmandola, apoyando y haciendo participar a los movimientos de liberación en el desarrollo de sus programas y en la redacción de sus publicaciones, contribuyendo a la revalorización de las identidades culturales de los países recién descolonizados (STENOUE, K., *L'UNESCO et la question de la diversité culturelle: bilan et stratégies, 1946-2004*, París, UNESCO, 2004, pp. 1 y 13). No hay que olvidar tampoco su misión última de contribuir al diálogo entre pueblos y Estados. Por lo que a Palestina se refiere, la UNESCO ha desarrollado importantes programas para la cooperación cultural y educativa. Como señaló el Presidente Abbas en la ceremonia de izada de la bandera palestina en la UNESCO, ésta contribuyó enormemente a la preservación de la identidad palestina («La bandera palestina ondea en la UNESCO», 13 de diciembre de 2001, www.unesco.org).

5. Respecto al anuncio de la retención de fondos, Estados Unidos alega una ley de principios de los noventa que le prohíbe financiar agencias de la ONU que reconozcan plenamente a Palestina mientras no exista un acuerdo de paz con Israel, si bien como es sabido, la simple invocación de una norma interna no es en sí misma vincu-

lante para el Derecho internacional. Israel también anunció que cesará su aportación a la UNESCO, la cual, sumada a la de Estados Unidos, supondría una pérdida para la UNESCO de cerca de un cuarto de su presupuesto. Señaló además que lo sucedido en la Conferencia General el 31 de octubre debilitaría la capacidad de los Estados que fueron favorables a Palestina en la votación, para influir en Israel, en concreto en lo relativo al proceso de paz («La Palestine devient membre...», *doc. cit.*).

La directora de la UNESCO lanzó una Declaración sobre la suspensión de fondos por parte de Estados Unidos (disponible en www.unesco.org) en la que resaltaba la traducción de dicha suspensión en la extrema dificultad de seguir llevando a cabo las actividades de la Organización, entre las que destacó algunas en las que Estados Unidos ha puesto especial interés como la «ayuda [...] a desarrollar y mantener medios de información libres y competitivos en Iraq, Túnez y Egipto», y resaltó que «la UNESCO es [...] el único organismo de Naciones Unidas que tiene el mandato de promover la educación sobre el Holocausto en el mundo», mandato que lleva a cabo a través de programas educativos financiados por Estados Unidos e Israel. En su visita a Washington, Bokova se reunió el 14 de diciembre con Steny Hoyer (segundo congresista de mayor rango entre los demócratas) y Gary Ackerman (jefe del subcomité para Oriente Medio y el Sur de Asia de la Cámara de Representantes) a quienes dijo que «el cese de la financiación obstaculiza nuestra capacidad de llevar a cabo programas en Iraq y Afganistán que coinciden plenamente con los intereses nacionales de Estados Unidos». Al día siguiente se reunía con la Presidenta del Comité de Relaciones Exteriores del Congreso de Estados Unidos, Ileana Ros-Lehtinen, y los congresistas demócratas Howard Berman y Russ Carnahan, así como con el Senador Patrick Leahy, Presidente del Comité de Relaciones Exteriores. Todos expresaron su sentir de que «no habrá ningún cambio inmediato», si bien el último señaló que el «Congreso debe también ser consciente de las consecuencias de la situación, que además menoscaban la influencia exterior de Estados Unidos» (sección de noticias de www.unesco.org).

6. Ante esta situación, Irina Bokova lanzó un Fondo de Emergencia Multidonantes, dirigido a Estados miembros, a instituciones públicas, fundaciones e individuos, y al que se está respondiendo con fuerza. El Gobierno de Gabón anunció una donación de dos millones de dólares, Indonesia de diez, e Islandia ha concedido ya 100.000 dólares. Además, la directora general pidió a los Estados miembros que apoyen un aumento inmediato del Fondo de Operaciones de la Organización para 2012-2013 de 30 a 65 millones de dólares y que paguen sus contribuciones obligatorias lo antes posible en 2012.

7. Por su parte, la Autoridad Palestina utiliza su admisión en la UNESCO para ampliar su presencia en otras Organizaciones de la familia de las Naciones Unidas («La autoridad Palestina busca el reconocimiento en 16 agencias de la ONU», *El País*, 2 de noviembre de 2011). Tengamos en cuenta que las normas de cada una son diferentes: por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud solo admite entre sus miembros a Estados miembros de las Naciones Unidas, pero no es el caso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [véase su convenio constitutivo, cuyo art. 5, apartado 2.i) se refiere expresamente a los Estados que sean miembros «de alguno de los organismos especializados vinculados a las Naciones Unidas»], en la que de solicitar Palestina su ingreso, y Estados Unidos cortar la financiación, se verían afectados los intereses de muchas de las industrias estadounidenses, cuyos derechos encuentran en la Organización un mecanismo de protección de primer orden. Además, los Estados que no atiendan sus obligaciones financieras pueden ver suspendidos sus derechos de voto.

8. Quedan por constatar los eventuales efectos que el nuevo estatuto de Palestina en la UNESCO y los intentos en la búsqueda del reconocimiento internacional tendrán en el proceso de negociación entre palestinos e israelíes, si bien Israel ha anunciado que aquellos no lo facilitarían. Como ha señalado repetidamente la ONU, la negociación y la búsqueda del reconocimiento de la estatalidad palestina en la Comunidad Internacional deben ir de la mano. Con la sombra de recientes episodios de violencia, y el anuncio israelí en diciembre de la construcción de nuevos asentamientos en Jerusalén Oriental, las negociaciones se reanudan el 3 de enero en Amman (Jordania). Por lo que respecta a su admisión en las Naciones Unidas, de no ser admitida como Estado miembro, la Asamblea General puede aprobar una resolución sobre el Estado de Palestina, «haciendo incluso explícita mención a las fronteras de 1949-1967 y que podría también, a instancia del secretario general, elevar su actual estatuto de (entidad) observador permanente al de Estado no miembro observador permanente (como el Vaticano en la actualidad o Suiza hasta 2002). Se “reconocería” así el Estado de Palestina, situándolo en la antesala de la adhesión» (BARRAÑEDA BAJO, I., *op. cit.*, p. 4). En fin, las acciones de reconocimiento internacional ponen de manifiesto que la situación de iure, en la que se va avanzando, debe, moralmente, traducirse en una situación de facto. Más allá de la apuesta por la fuerza del Derecho, que supone esta estrategia de Palestina de hacer uso todos los mecanismos del Derecho internacional, y su creciente apoyo en la Comunidad Internacional (por citar los actos más recientes: el reconocimiento de Islandia, la firma del acuerdo de libre comercio entre Palestina y MERCOSUR, o la elevación de la representación de Palestina en Austria a embajada) que son en sí mismos hechos valiosos, al poner en evidencia la diferente realidad de los hechos y del Derecho, «es indispensable un apoyo político claro de ciertos actores implicados y muy particularmente de la UE» (*ibid.*) que se ha mostrado dividida en la votación de la UNESCO, así como que los reconocimientos formales se traduzcan en medidas que efectivamente permitan a Palestina desplegar sus atributos de soberanía.

Beatriz BARREIRO CARRIL
Universidad Rey Juan Carlos

3. LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES ESPAÑOLAS Y LAS ECONOMÍAS EMERGENTES: EL APPRI CON VIETNAM

1. En los últimos meses la celebración de acuerdos para la promoción y la protección recíproca de las inversiones (en adelante APPRI) por parte de España se ha venido desarrollando al calor de dos tendencias. En primer lugar, la política convencional española parece condicionada por la atribución a la Unión Europea (UE) del ejercicio de la competencia sobre protección de las inversiones extranjeras directas mediante el art. 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y, en segundo lugar, tras haber orientado su política convencional hacia los Estados de Europa, el Mediterráneo y América Latina durante los años noventa, España ha enfocado ahora su punto de mira hacia las economías emergentes y, en especial, a los países del Golfo Pérsico. En esta última línea se enmarcan el APPRI celebrado con Kuwait (*BOE*, de 1 de abril de 2008), examinado en esta *Revista* [véase vol. LX (2008), 2, pp. 695-700] y los acuerdos firmados con otros Estados árabes que se están tramitando en sede parlamentaria al tiempo de cerrar estas líneas (Arabia Saudita, Bahrein, Emiratos Árabes Unidos o Yemen). Asimismo, destaca el APPRI celebrado entre España y la República Socialista de Vietnam (*BOE*, de 17 de diciembre de

2011), que se firmó en Hanoi el 20 de febrero de 2006, entró en vigor el pasado 21 de julio de 2011 y será analizado en la presente nota en el contexto de la citada «comunitarización» de esta competencia hasta ahora ejercida por los Estados miembros de la UE.

2. Vietnam es una de las principales economías emergentes de Asia. Así lo entiende la UE, por ejemplo, quien está negociando un acuerdo de asociación y cooperación que sirva como base para incrementar las relaciones bilaterales entre ambas partes, hasta ahora regidas por el Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea y la República Socialista de Vietnam (*DO L 136*, de 7 de junio de 1996, p. 29). Tras la firma del APPRI el 20 de febrero de 2006, España y Vietnam renovaron por cuarta vez su programa marco de cooperación financiera. En el periodo 2008-2010 este programa ha supuesto por parte española un desembolso de 265 millones de euros para financiar diversos proyectos, entre los que destaca la construcción del sistema de metro de la ciudad de Ho Chi Minh (200 millones de euros).

Se trata del octavo APPRI que España celebra con un país de la zona Asia-Pacífico, tras los acuerdos de primera generación concluidos con Corea (*BOE*, de 13 de diciembre de 1994), Filipinas (*BOE*, de 17 de noviembre de 1994), India (*BOE*, de 3 de febrero 1999), Indonesia (*BOE*, de 5 de febrero de 1997), Malasia (*BOE*, de 8 de marzo de 1996) y Pakistán (*BOE*, de 12 de junio de 1996) y el más reciente APPRI de segunda generación celebrado con China (*BOE*, de 8 de julio de 2008), analizado en esta revista [véase LXI (2009), 1, pp. 305-311]. Vietnam ha celebrado apenas una treintena de APPRI principalmente con Estados vecinos y varios miembros de la UE como Dinamarca (25 de agosto de 1993), Finlandia (13 de septiembre de 1993), Francia (8 de noviembre de 1994), Hungría (26 de agosto de 1994), Italia (18 de mayo de 1990), Polonia (31 de agosto de 1994), el Reino Unido (1 de agosto de 2002), la República Checa (25 de noviembre de 1997), Suecia (8 de septiembre de 1993) o la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (UEBL) (24 de enero de 1999), entre otros.

Por lo que respecta al contenido sustantivo principal del APPRI, deben realizarse una serie de consideraciones relacionadas con el concepto de inversión e inversor; el contenido de las obligaciones jurídicas para los Estados miembros y los mecanismos para el arreglo de las controversias.

3. Conforme con el modelo de APPRI español de segunda generación, los conceptos de inversión e inversor se contemplan de una forma amplia en el APPRI. En el art. 1.1 del APPRI se incluye una definición del concepto inversión extranjera que, además de contener el habitual catálogo abierto, se extiende a «las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por cualquier sociedad de esa misma Parte Contratante que sea propiedad o esté controlada efectivamente por inversores de la otra Parte, siempre que se hayan efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la primera Parte Contratante». Asimismo, amén de reconocer como inversores a las personas físicas que sean nacionales de las partes, el art. 1.2.b) del APPRI establece que el lugar de constitución de la sociedad y su domicilio social son los criterios que determinan la nacionalidad de las personas jurídicas y, por tanto, sirven para atribuir la condición de inversor extranjero.

Estos criterios han sido acogidos de manera homogénea por la más reciente práctica convencional española. No obstante, en el contexto de las relaciones entre España y el resto de países de la zona, desarrolladas durante mediados de la década de los noventa, se evidencian importantes diferencias. En efecto, por ejemplo, los APPRI celebrados por España con India y Malasia sólo contemplan el criterio del lugar de constitución; el APPRI con Corea apela al criterio de la residencia; el APPRI celebrado

con Indonesia se refiere al lugar de constitución de la sociedad, pero incorpora adicionalmente el criterio de la dirección efectiva; y, por último, el APPRI celebrado con Filipinas menciona los criterios del lugar de constitución, el domicilio y el ejercicio efectivo de actividades. Debe también mencionarse, en este orden de cosas, que los últimos APPRI citados (Filipinas e Indonesia) consideran como inversores a las personas físicas residentes (y no nacionales) en los Estados partes.

Esta disparidad de criterios se reproduce igualmente en la práctica mantenida por los Estados miembros de la UE con Vietnam, situación que resulta de especial interés en la actualidad por las razones apuntadas *supra*. De hecho, únicamente los APPRI celebrados por Vietnam con Dinamarca, Italia, la República Checa y la UEBL establecen los mismos criterios que el APPRI español. Mientras que, por ejemplo, el art. 1.3.b) del APPRI celebrado con Suecia se refiere a «*any legal person having its seat in the territory of either Contracting Party, or in a third country with a predominant interest of an investor of either Contracting Party*», el art. 1.3.b) del APPRI con Finlandia atribuye la condición de inversor extranjero a «*any legal person having its seat in the Territory of either Contracting Party*». Y los arts. 1.d.i) y 12 del APPRI celebrado con el Reino Unido la confiere a las «*corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in force in any part of the United Kingdom or in any territory to which this Agreement is extended*», entendiéndose como tales los territorios dependientes (como Gibraltar).

4. Las obligaciones de promoción y especialmente la de protección de las inversiones extranjeras constituyen la columna vertebral de los APPRI. Al tratarse de un mandato de actividad, la obligación de promoción y admisión se ha redactado en el art. 2 del APPRI siguiendo un modelo al que España viene acogándose tradicionalmente, por ejemplo, en los APPRI celebrados con India (art. 3), Indonesia (art. 2) o Malasia (art. II). En cualquier caso, como ya se ha explicado en esta *Revista* [véase vol. LXI (2009), 2, pp. 414-419], se trata de una obligación de actividad muy poco utilizada en la práctica de los arbitrajes inversor-Estado.

Más interesante resulta la redacción de las diversas obligaciones de protección reconocidas en estos acuerdos internacionales. En primer lugar, por cuanto a la obligación de proporcionar tanto un trato justo y equitativo como plena protección y seguridad, el art. 3.1 somete este mandato al Derecho internacional (DI). Se trata de una fórmula excepcional en la práctica convencional española, en línea con la empleada por España en el APPRI celebrado con México (art. IV). Esta redacción pretende equiparar el trato justo y equitativo con el estándar mínimo de trato concedido por el DI consuetudinario. Entre los miembros de la UE únicamente Francia utiliza una redacción similar en el APPRI con Vietnam (art. 3). Por el contrario, no se utiliza en los APPRI celebrados con Dinamarca (art. 3.1), Finlandia (art. 2.2), Hungría (art. 2.2), Italia (art. 2.2), Polonia (art. 2.2), la República Checa (art. 2.2), el Reino Unido (art. 2.2), Suecia (art. 2.1) y la UEBL (art. 3). Por tanto, una mayoría de Estados miembros de la UE conciben el concepto de trato justo y equitativo de manera autónoma. España también lo considera desde esta perspectiva, salvo en casos excepcionales como el que nos ocupa.

El art. 3.2 del APPRI también establece una cláusula de cobertura (*umbrella clause*) con el siguiente enunciado: «Cada Parte Contratante respetará toda obligación que haya contraído por escrito con respecto a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante». Así las cosas, las reclamaciones contractuales podrán adquirir la condición de reclamación convencional y, para mayor seguridad de los inversores extranjeros, quedar protegidas por el APPRI.

En segundo lugar, otro de los elementos nucleares de la obligación de protección consiste en la concesión del trato nacional (TN) y de nación más favorecida (NMF) a las inversiones y/o inversores. Los apartados 1 y 2 del art. 4 del APPRI celebrado entre España y Vietnam conceden el trato de NMF tanto a las inversiones como a los inversores extranjeros, si bien para estos últimos sólo por lo que respecta a la «gestión, mantenimiento, utilización, disfrute o enajenación de sus inversiones». En cambio, el mandato de no discriminación reconocido a través del TN sólo se reconoce a las inversiones (art. 4.3), pero no a los inversores extranjeros.

La práctica convencional española con los Estados de Asia-Pacífico también ha sido vacilante. Los APPRI celebrados con Filipinas e Indonesia no reconocen el TN (arts. 3 y 4, respectivamente) y prevén únicamente el trato de NMF. El APPRI con Corea concede el TN y de NMF tanto a inversiones como inversores (arts. 3.1 y 3.2). Mientras que los APPRI con China, India y Malasia otorgan el trato de NMF a inversiones e inversores extranjeros, pero el TN únicamente a las primeras (arts. 3.2, III.2 y 5, respectivamente). En el caso de los APPRI celebrados por Vietnam con otros miembros de la UE tampoco existe homogeneidad. El APPRI con Suecia tan sólo reconoce el trato de NMF a las inversiones extranjeras (art. 3). Los APPRI con Italia y Polonia emplean una solución similar a la adoptada por el APPRI español (arts. 3 y 3, respectivamente). Por último, los APPRI celebrados con Dinamarca, Francia, el Reino Unido y la República Checa admiten el TN y de NMF tanto a los inversores como a las inversiones (arts. 3, 4, 3 y 3, respectivamente).

El art. 4.4 del APPRI establece la necesaria cláusula que restringe la extensión, en virtud del trato de NMF, de los beneficios derivados de la participación de alguno de los Estados partes en una Organización internacional. El Tribunal de Justicia de la UE dictó una serie de sentencias en las que precisamente se declaraba el incumplimiento de Austria (asunto C-205/06), Suecia (asunto C-249/06) y Finlandia (asunto C-118/07), por haber mantenido en vigor APPRI que no contenían la citada cláusula y que, por tanto, suponían una violación de las normas relativas a la libre circulación de capitales previstas en el Derecho primario de la UE.

En tercer lugar, el art. 5 del APPRI establece un precepto destinado a prohibir las expropiaciones (directas o indirectas) injustificadas, ilícitas y discriminatorias. Esta disposición se ha redactado con detalle y conforme al modelo español de APPRI de segunda generación. Por tanto, extiende su ámbito de aplicación sobre tanto las expropiaciones y las nacionalizaciones como aquellas medidas de efecto equivalente, siempre que reúnan los tres caracteres citados. La adopción de estas medidas precisa de una indemnización ajustada a los parámetros de la «cláusula Hull»; según indica el art. 5.1, la indemnización debe ser «pronta, adecuada y efectiva». Los apartados 2 y 3 de este precepto regulan con mayor concisión la forma utilizada para calcular el montante final de la indemnización y se refieren, más en particular, al valor de mercado de la inversión expropiada en el momento inmediatamente anterior a que esta se produjera, a la necesidad de introducir en la misma los correspondientes intereses y, por último, a su efectividad y libre convertibilidad.

El art. 5 del APPRI, adicionalmente, establece dos previsiones de interés en sus apartados 4 y 5. El apartado 4 reconoce al inversor afectado por una expropiación o medida de efecto equivalente el derecho «con arreglo a la legislación de la Parte Contratante que realice la expropiación, a que una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de esta Parte Contratante revise con prontitud el caso, incluidos la tasación de su inversión y el pago de la indemnización, de conformidad con los principios establecidos en el presente artículo». Este derecho se viene recono-

ciendo progresivamente en la práctica convencional española de segunda generación, por ejemplo, en el art. V.3 del APPRI celebrado con México (*BOE*, de 3 de abril de 2008) y en el art. 4.3 del APPRI celebrado con China. Entre los Estados miembros de la UE que han celebrado un APPRI con Vietnam, se reconoce esta posibilidad en el art. 5 del APPRI con Dinamarca.

El art. 5.5 del APPRI extiende la protección convencional contra las medidas de expropiación o nacionalización adoptadas por los Estados, sobre los inversores extranjeros que operen en el Estado receptor de la inversión a través de sociedades locales. Como se explicó en esta misma Revista [véase vol. LXII (2010), 1, p. 278], esta solución constituye una señal de identidad de la segunda generación de APPRI españolas que, no obstante, también prevé algún APPRI concluido en la década de los noventa, como por ejemplo el celebrado con India (art. 6.4). Otros miembros de la UE también han previsto esta disposición en sus APPRI con Vietnam. Es el caso de Hungría (art. 5.3), Italia (art. 5.IV), Polonia (art. 5.3) y el Reino Unido (art. 5.2).

En cuarto lugar, el APPRI celebrado con Vietnam emplea una redacción consistente con la política española de segunda generación para establecer las cláusulas de compensación por pérdidas (art. 6), de libre transferencia de las rentas y capitales derivados de la inversión (art. 7) y de subrogación (art. 9). Importa advertir que la primera cláusula, referida a la compensación de las pérdidas, se ha previsto de manera amplia, como viene siendo habitual en la práctica española salvo cuando la contraparte es un Estado de América Latina. Ello supone no solo el otorgamiento del TN o de NMF ante las posibles indemnizaciones realizadas por el Estado receptor a resultados de los daños ocasionados en las inversiones como consecuencia de un conflicto armado, sino también el reconocimiento expreso del principio, según el cual se genera un derecho de indemnización y compensación a favor del inversor cuando, en el contexto de un conflicto armado, este sufre la destrucción de su inversión o su requisa por la autoridad del Estado receptor «sin que lo exigiera la necesidad de la situación».

En quinto lugar, el art. 8 del APPRI, confirma la no afectación de los compromisos celebrados entre las partes en materia de propiedad intelectual e industrial (apdo. 3) y hace compatible el APPRI con las condiciones más favorables que hubieran pactado un inversor extranjero con el Estado receptor de la inversión (apdo. 2). Además, el apartado 1 del citado precepto reza lo siguiente: «si la legislación de cualquiera de las Partes Contratantes o las obligaciones dimanantes del Derecho internacional, ya existentes o que surjan posteriormente entre las Partes Contratantes además del presente Acuerdo, contienen normas, ya sean generales o específicas, en virtud de las cuales deba concederse a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento más favorable que el previsto en el presente Acuerdo, dichas normas prevalecerán sobre el presente Acuerdo en la medida que sean más favorables».

Desde la perspectiva del Derecho de los tratados este precepto podría invocarse para hacer compatibles las futuras obligaciones contraídas por España y la UE con Vietnam a través de un acuerdo mixto. En particular, entendemos que su interpretación sistemática permitiría salvar las posibles situaciones de superposición normativa que, en el marco de la política convencional que debe emprender la UE en los próximos años, va a generar la cláusula que prevé el mantenimiento temporal de los efectos de un APPRI tras su denuncia para las inversiones ya establecidas (art. 13.3 del APPRI con Vietnam). A excepción de Dinamarca, Finlandia y Suecia, los APPRI celebrados por otros Estados miembros de la UE con Vietnam también recogen esta cláusula.

Por último, conviene señalar que el art. 12 del APPRI extiende su ámbito de aplicación a las inversiones anteriores y posteriores al momento de su entrada en vigor, pero

no limita expresamente su aplicación a las controversias surgidas tras su entrada en vigor (principio de irretroactividad), como es práctica general en la política convencional española. Mientras que el art. 13.2 del APPRI dispone su vigencia por un periodo inicial de diez años, transcurrido el cual se entenderá indefinidamente prorrogado salvo que las partes notifiquen su denuncia.

5. Las disposiciones de carácter procesal destinadas al arreglo de controversias interestatal e inversor-Estado conforman la otra gran clave de bóveda de los APPRI. Respecto a las primeras, establecidas en el art. 10, el APPRI con Vietnam no introduce ninguna novedad a destacar en la práctica española. El arbitraje interestatal de inversiones es un terreno poco explorado, pero con un enorme potencial jurídico. Así lo evidencia, por ejemplo, la reciente publicación del laudo arbitral dictado el 15 de enero de 2008 que resuelve una controversia de esta naturaleza entre Italia y Cuba, las negociaciones emprendidas por Ecuador para denunciar el APPRI celebrado con los Estados Unidos de América o las más recientes acciones de este último Estado, en el marco de los tratados de libre comercio celebrados con Perú y Centroamérica, llevadas a cabo para garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones convencionales en materia de derechos humanos. Así las cosas, la futura actividad convencional de la UE debería prestar atención a este expediente e integrarlo en su política de condicionalidad con terceros países.

Por lo que se refiere al arbitraje inversor-Estado, el APPRI celebrado con Vietnam tampoco incorpora novedades relevantes. El art. 11 no establece periodos de espera ni una cláusula *fork-in-the-road*, circunstancia que permite al inversor, agotadas las negociaciones y transcurridos seis meses desde la notificación por escrito de la controversia al Estado receptor, someter esta bien a los tribunales internos, bien a un arbitraje internacional administrado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o por el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI). Cabe señalar que Vietnam no es parte en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (BOE, de 13 de septiembre de 1994), pero el inversor español afectado podría eventualmente invocar el art. 11.2 del APPRI para activar el Mecanismo Complementario del Convenio CIADI. Hasta el momento se conoce tan sólo un arbitraje de inversión donde haya participado Vietnam, finalizado por acuerdo de las partes el 14 de marzo de 2007. Se trata del caso *Trinh Vinh Binh c. Vietnam*, administrado conforme a las reglas de la CNUDMI en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y sobre la base del APPRI celebrado entre Vietnam y los Países Bajos.

6. En suma, el APPRI celebrado por España con Vietnam constituye un ejemplo de la consolidación de la segunda generación de la política convencional de promoción y protección de las inversiones. Al mismo tiempo, este APPRI revela las importantes diferencias existentes en la política convencional llevada a cabo por los Estados miembros de la UE. Esta heterogeneidad exigirá alcanzar compromisos cuando la UE y sus Estados miembros celebren acuerdos de esta naturaleza con terceros sujetos y puede dar lugar a no pocas controversias derivadas de una superposición normativa o solapamiento entre los APPRI concluidos por los Estados miembros y los posteriores acuerdos que celebren estos junto a la UE con terceros sobre la misma materia.

Francisco José PASCUAL VIVES
Universidad de Alcalá

4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE A LA VOLUNTAD POPULAR: EL CASO *GELMAN*

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, la Corte) en sus más de tres décadas de funcionamiento ha emitido muchas sentencias y opiniones consultivas de las que se desprende una interpretación progresiva de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y otros instrumentos de carácter temático que nacieron en este sistema regional. Siempre *pro homini* ha resuelto asuntos que han generado grandes discusiones en el Derecho interno, justamente, por realizar interpretaciones extensivas para lograr una mejor protección de los derechos humanos.

2. En este sentido, el 24 de febrero del 2011 resolvió el caso *Gelman c. Uruguay*. En esta sentencia, la Corte se pronuncia sobre un hecho cuyo origen se encuentra en 1976, cuando el 24 de agosto, María Claudia García Iruretagoyena, en avanzado estado de embarazo, fue detenida en Buenos Aires junto a otras tres personas, entre ellos Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, su esposo, por agentes estatales uruguayos y argentinos en el marco de la denominada «Operación Cóndor». En octubre del mismo año María Claudia fue trasladada a Montevideo-Uruguay de forma clandestina por autoridades uruguayas donde permaneció detenida, dando a luz a una niña, María Macarena Gelman García, que fue entregada a una familia uruguayaya. Tras el nacimiento de la niña se desconoce, hasta la fecha, el paradero de María Claudia.

3. Uruguay ratificó la CADH y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 19 de abril de 1985. Al ser demandado ante la Corte el Estado uruguayo en su contestación a la demanda reconoció la violación de los derechos de María Claudia y su hija María Macarena durante el ejercicio del poder por un Gobierno de facto que tuvo lugar entre 1973 y 1985 y la categoría de víctima en el proceso a Juan Gelman. Esto para la Corte constituyó un reconocimiento parcial de responsabilidad y señaló la subsistencia de la controversia en cuanto a la determinación de las consecuencias de los hechos ocurridos desde febrero de 1985.

4. La Corte destaca la especial relevancia del caso por haberse desarrollado en un contexto de dictadura militar, y en el marco de la denominada «Operación Cóndor». Durante la década de los setenta la región del Cono Sur se encontraba en manos de Gobiernos dictatoriales (Uruguay, Chile, Argentina, Brasil, Bolivia, Paraguay, Perú) cuya base ideológica era la doctrina de seguridad nacional a través del cual realizaban un seguimiento a los movimientos de izquierda y otros «enemigos comunes» sin importar la nacionalidad, es así que iniciaron a nivel interestatal una represión contra las personas a quienes consideraban «elementos subversivos». Esta situación hizo que los ciudadanos se refugiaran en países fronterizos lo que motivó la adopción de estrategias comunes de «defensa» por las dictaduras. Así nace la «Operación Cóndor» (caso *Gelman*, párr. 44). La doctrina de seguridad nacional y la Operación Cóndor han sido reconocidas en el caso *Goiburú c. Paraguay*, sentencia del año 2006.

5. Estos actos para la Corte además de contradictorios con los fines y propósitos de la organización de la comunidad internacional constituyeron una práctica sistemática de «terrorismo de Estado» a nivel interestatal, que se vio favorecida por la situación de impunidad imperante en aquel entonces en esta región, dada la ausencia del debido proceso y la ineficacia de las instituciones judiciales para hacer frente a las violaciones sistemáticas de derechos humanos.

6. De esta sentencia se advierte, en primer lugar, el pronunciamiento sobre un hecho cuyo origen está en 1976, antes de que este órgano judicial iniciara sus labores;

y en segundo lugar, su pronunciamiento sobre la incompatibilidad de una ley interna, Ley de Caducidad, que había sido sometida a consulta y respaldada en dos ocasiones por el pueblo uruguayo.

7. Respecto al primer punto, la Corte se ha pronunciado sobre hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en funcionamiento y con antelación a que el Estado haya ratificado la CADH y/o asumido la competencia contenciosa del Tribunal. En principio y por regla general, la competencia *ratione temporis* limita la competencia del Tribunal frente a hechos sucedidos con anterioridad a la ratificación de la CADH y a la aceptación voluntaria de la competencia contenciosa del Tribunal. Así, por ejemplo en el caso *Blake*, aceptó la limitación *ratione temporis* de su competencia respecto a la privación de la libertad y muerte del señor Blake que se habían consumado en marzo de 1985 y que no podían considerarse *per se* de carácter continuado (caso *Blake c. Guatemala*, Sentencia CIDH de 24 de enero de 1998, párr. 54), sin embargo, destacó que no obstante a haberse consumado los hechos en fecha anterior a que el Estado haya asumido la competencia contenciosa, «sus efectos podían prolongarse de manera continua o permanente hasta el momento en que se establezca el destino o parade-ro de la víctima», situación que se produjo el 14 de junio de 1992, fecha posterior al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa del Tribunal por parte de Guatemala, y se declaró competente para conocer el caso (párr. 54). La desaparición de Blake marca el inicio de una situación continuada y permitió a la Corte pronunciarse sobre los hechos y efectos posteriores a la fecha de reconocimiento de su competencia por Guatemala.

Similar criterio se aplica en el caso *Almonacid c. Chile* (Sentencia CIDH de 26 de septiembre de 2006). La muerte del señor Almonacid se remonta a septiembre de 1973. Chile ratificó la CADH y asumió la competencia contenciosa de la Corte el 21 de agosto de 1990 y manifestó su reconocimiento para «hechos posteriores a la fecha del depósito de instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sean posteriores al 11 de marzo de 1990». Para la Corte esta declaración es una limitación temporal al reconocimiento de la competencia del Tribunal y no una reserva. Así, señala «de acuerdo al principio de *compétence* de la *compétence*, no puede dejar a la voluntad de los Estados que éstos determinen cuáles hechos se encuentran excluidos de su competencia. Esta determinación es un deber que corresponde al Tribunal en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales» (párr. 45). Ante el alegato de Chile sobre su incompetencia para conocer el caso por tratarse de un hecho sucedido antes de que asumiera su competencia, bajo el argumento de que la investigación criminal constituye un todo único y continuo, permanente en el tiempo y no susceptible de ser dividido, parcializado, ni siquiera material o formalmente (párr. 47), la Corte señala que en un proceso «se pueden producir diversos hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia» (párr. 48) como por ejemplo, la prohibición a los defensores de entrevistarse a solas con sus clientes, y se declaró competente para conocer los hechos ocurridos después de la ratificación de la CADH y de asumir la competencia contenciosa de la Corte.

La Corte en el caso *Gelman* señala que la desaparición forzada de personas constituye una violación grave, múltiple y continuada de derechos humanos debido a la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados. Destaca que «es necesario reiterar el fundamento jurídico que sustenta una perspectiva integral sobre la desaparición forzada de personas en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención» (caso *Gelman*, párr. 72). Es así que «en una perspectiva comprensiva de la gravedad y el ca-

rácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, ésta permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad» (párr. 73). Es una violación múltiple de varios derechos protegidos por la CADH que trae consigo otras violaciones conexas en que la víctima se encuentra en un estado de indefensión, mas aún si forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado (párr. 74).

Para la Corte, la desaparición forzada de María Claudia por la naturaleza de los derechos lesionados constituye una violación de una norma de *ius cogens*, fundamentalmente grave por haberse llevado a cabo como parte de una práctica sistemática de «terrorismo de Estado» a nivel interestatal, al que se le puede calificar como un crimen de lesa humanidad (párr. 99).

8. Respecto al segundo punto, aplicación de las leyes de amnistía, en el caso *Barrios Altos* (caso *Barrios Altos c. Perú*, Sentencia CIDH de 14 de marzo de 2001) por vez primera, la Corte se pronuncia sobre la incompatibilidad de estas leyes con la CADH y destaca que carecen de efectos jurídicos.

En el caso *Gelman*, la Corte ha dado por probado la violación de una serie de derechos reconocidos en diversos instrumentos del Sistema Interamericano y destaca otros actos realizados por el Estado que de alguna manera tienen relación con su conducta en vista con el esclarecimiento de dichas situaciones. Es el caso de la Ley de Caducidad núm. 15.848 aprobada por el Parlamento uruguayo el 22 de diciembre de 1986, en cuyo art. 1 señala: «Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el periodo de facto». Se trata de una ley que impide la investigación de las violaciones a los derechos humanos cometidos con anterioridad al 1 de marzo de 1985. La ley señala que a estos efectos el juez que conozca una causa debe requerir al Poder Ejecutivo que informe si el hecho investigado está comprendido o no en el art. 1 de la ley. Así, el Poder Judicial se ve limitado por la actuación del Poder Ejecutivo quien según sea el caso procederá a ordenar el archivo del caso.

La recepción de los familiares de las víctimas de la Ley de Caducidad no ha sido pacífica. La Suprema Corte, ante el recurso de inconstitucionalidad planteado, sostuvo su constitucionalidad y efectos vinculantes para el caso concreto.

En 1989 se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad, el cual no fue aprobado por el pueblo uruguayo. Dos décadas después, el 19 de octubre de 2009, la Suprema Corte de Justicia en el caso *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela* declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3 y 4 de la ley y resolvió la inaplicabilidad a dicho caso, criterio que reiteró en el caso *Organización de Derechos Humanos*, de 29 de octubre de 2010. El 25 de octubre del mismo año, nuevamente, mediante el mecanismo de «iniciativa popular» se sometió a consideración un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declarararía nula la Ley de Caducidad y dejaría inexistentes los arts. 1, 2, 3 y 4, propuesta que tampoco fue aprobada.

Esta ley, cuyo fin era excluir de la responsabilidad penal a los responsables de la violación a los derechos humanos, desde su aprobación fue respaldada tanto por el Poder Judicial como por el pueblo uruguayo hasta en dos ocasiones.

Esta ley ha sido aprobada en un régimen democrático y posteriormente respaldada por la población uruguaya, pero como bien señala la Corte, esto no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho internacional. «La participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia (referéndum y plebiscito) se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél» (caso *Gelman*, párr. 238). Además, dice, la sola existencia de un régimen democrático no garantiza *per se* el respeto del Derecho internacional.

Así, la legitimación democrática de ciertos actos en una sociedad encuentra su límite en las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos, «de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del poder judicial» (párr. 239).

La desaparición de Claudia Gelman fue denunciada ante el órgano judicial por Juan Gelman el 19 de junio de 2002, la misma que se archivó en aplicación de la Ley de Caducidad en más de una ocasión y su última reapertura fue a instancia de María Macarena el 28 de agosto de 2008 que a la fecha aún no ha concluido.

La Corte destaca en este caso la obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y en caso de desapariciones forzadas su obligación de investigar el caso *ex officio*, sin dilación y de manera efectiva, para ser oportuna.

La Ley de Caducidad uruguaya o «ley de amnistía», así como la prescripción y cualquier excluyente de responsabilidad cuyo fin sea impedir la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos resulta incompatible con las normas de Derecho internacional de los derechos humanos, como lo ha venido señalando la Corte. En el caso *Gelman* afirma que la interpretación y aplicación de la Ley de Caducidad ha afectado la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones referidas a la desaparición forzada de María Claudia y a la sustracción y ocultamiento de identidad de María Macarena, al impedir que los familiares de las víctimas fueran atendidas conforme a los derechos reconocidos por la CADH y debido a su manifiesta incompatibilidad con la CADH, las disposiciones que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y no deben seguir siendo un obstáculo en la investigación de este caso ni de ningún otro.

Así, la Corte conoció este caso cuyos hechos sucedieron hace más de tres décadas y ha concluido que la Ley de Caducidad refrendada por la población uruguaya carece de efectos jurídicos por su incompatibilidad con la CADH y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Además indicó que el Estado asegure que la ley no vuelva a representar un obstáculo en la investigación y sanción de los responsables de tales hechos ni de otros similares sucedidos en Uruguay.

9. En suma advertimos de la sentencia materia de análisis el importante papel de la jurisprudencia en la protección de los derechos humanos. La interpretación que realiza sobre la Ley de Caducidad traspasa la voluntad popular que ratificó su vigencia, algo impensable en otros tiempos, pero también es de destacar la recepción de

esta decisión por parte del Estado, que por encima de la voluntad popular, procedió el 27 de octubre de 2011, mediante Ley núm. 18.831 a la derogación de esta ley tan controvertida en aras de una mejor protección a los derechos humanos. Deja claro que los derechos humanos constituyen un límite infranqueable, incluso a la voluntad de las mayorías.

Florabel QUISPE REMÓN
Universidad Carlos III de Madrid