

Ante una posición tan anacrónica, afortunadamente varios miembros de la CDI expresaron su oposición a la existencia «del «derecho» de expulsión colectiva. Se sostuvo que, en el siglo XXI, debía presumirse que las expulsiones colectivas estaban prohibidas...» (párr. 267). En realidad habrá que recordar simplemente la prohibición de la discriminación y de la arbitrariedad en nuestro ordenamiento; tras ese recordatorio podemos afirmar con nitidez que las expulsiones colectivas constituyen un nefasto atavismo jurídicamente superado (vide mi estudio «El Derecho internacional prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre de 2002, pp. 9-36).

Tampoco la lectura del Informe de la CDI es demasiado estimulante, al menos en algunos aspectos:

1.º Respecto a la no expulsión de los nacionales puede leerse: «Se sugirió también que el tema no comprendiese las medidas de expulsión adoptadas por un Estado con respecto a sus propios nacionales de origen étnico, racial o religioso diferente del de la mayoría de la población» (párr. 255). Pero, ¿no prohíbe el Derecho internacional actual expulsar o extrañar a los nacionales, y mucho más por esos motivos? En otras palabras, ¿alguien duda a estas alturas por ejemplo de la ilegalidad total de las «limpiezas étnicas» de la antigua Yugoslavia? Y si nadie duda de esta ilegalidad, ¿por qué razón ningún miembro de la CDI la ha expresado con claridad?

2.º Admite la CDI el uso de la locución «derechos humanos fundamentales» que el Relator Especial utiliza; la perplejidad de tal locución conduce a preguntarse (sin caer ahora en las artificiosas distinciones que realizan algunos constitucionalistas) si quiere decir que hay algunos derechos humanos que no son fundamentales...

El planteamiento inicial de M. Kamto provoca hoy extrañeza aun cuando hubiera sido normal hace cuarenta o cincuenta años. En todo momento resulta ser un planteamiento estatístico (Derecho del Estado de expulsar, protección diplomática del Estado de origen), que se olvida del Derecho internacional de los derechos humanos; ciertamente el Informe cita (de modo puramente anecdótico) algunos tratados de derechos humanos, pero ni profundiza en ellos ni en las decisiones de los órganos de protección que tales tratados establecen (Comité de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos).

Precisamente desde el punto de vista de los derechos humanos puede defenderse hoy la existencia de un *ius migrandi* (formado por el Derecho a no migrar, el Derecho a migrar, el Derecho a establecerse pacíficamente y el Derecho a retornar); este *ius migrandi* se ha plasmado en parte en la Convención Internacional sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptado en 1990.

Con el olvido de los derechos humanos, el camino elegido por el Relator Especial resulta retrógrado y jurídicamente inadmisibles, sobre todo en cuanto a las expulsiones masivas y en cuanto a los motivos de la expulsión. En lugar de buscar una regulación de la realidad de las migraciones ampliando los derechos de las personas (a situaciones nuevas o renovadas, normas nuevas o renovadas), Kamto reverdece los presuntos derechos de los Estados caminando por la más estrecha de las sendas que éstos marcan, el mantenimiento de su arbitrariedad.

Ángel G. CHUECA SANCHO

4. EL ASUNTO DEL «JUNO TRADER»

El 18 de diciembre de 2004 el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) dictó sentencia en el asunto del «*Juno Trader*» (San Vicente y Granadinas v. Guinea Bissau). Este es

el asunto número 13 sometido al TIDM y el que hace el número 7 de demandas de pronta liberación, prevista en los artículos 73 y 292 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar (Cnudm).

En esta sentencia, además de consolidar los criterios que jurisprudencialmente se consideran relevantes para la concreción de lo que es una fianza «razonable» u otra garantía financiera en cada caso concreto, destaca el problema que puede llegar a plantear, en el contexto de un recurso de pronta liberación, el cambio de propiedad de un buque confiscado por pesca ilegal y sus posibles repercusiones en la nacionalidad de dicho buque.

El argumento central que utilizó el Estado demandado consiste en que la propiedad del buque «*Juno Trader*» revirtió al Estado de Guinea Bissau desde el 5 de noviembre de 2004, como consecuencia de que su anterior propietario no pagase las multas que el 19 de octubre de 2004 le impuso la Comisión Interministerial de Control Marítimo de Guinea Bissau (CICM) (ITLOS/PV.04/03, p. 45). Basándose en este hecho, Guinea Bissau argumentó que el TIDM carecía de competencia en este asunto, que la demanda era inadmisibile y que la pretensión de no haber cumplido el artículo 73 de la Cnudm estaba mal fundada.

Sin dedicarles un análisis en profundidad, que pertenecería al fondo del asunto y no a un recurso de pronta liberación, el TIDM desestimó todas estas alegaciones al considerar que:

«In any case, whatever may be the effect of a definitive change in the ownership of a vessel upon its nationality, the Tribunal considers that there is no legal basis in the particular circumstances of this case for holding that there has been a definitive change in the nationality of the Juno Trader» (párs. 63, 68 y 80).

Ahora bien, esta defensa del Estado demandado sobre el cambio de propiedad del «*Juno Trader*» plantea dos problemas concretos que en este asunto fueron fundamentales, aunque permanecieron en la sombra. El primero se refiere al proceso que determinó el cambio de propiedad de este buque y, el segundo, a las eventuales consecuencias que ello podría tener sobre la nacionalidad del buque.

No existe nada en esta sentencia, ni en las numerosas opiniones separadas que la acompañan, que permita cuestionar, con carácter general, el Derecho de un Estado ribereño a disponer en su normativa interna que los buques de pesca, incluidos sus aparejos y cargamento, puedan ser confiscados si se demuestra que realizaron pesca ilegal dentro de los límites de la jurisdicción de ese Estado. Esta es una previsión relativamente frecuente en el Derecho comparado y la propia FAO ha reconocido que existen diversos procedimientos internos para llevar a la práctica esta normativa. Sin embargo, este Derecho del Estado ribereño debe ejercerse dentro de los límites que establece, la Cnudm y otras normas relevantes del Derecho internacional, incluyendo en concreto las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales sobre protección de los derechos humanos, especialmente las relativas al Derecho a un juicio justo (opinión separada conjunta de los jueces Mensah y Wolfrum, párr. 3).

En cuanto al proceso que determinó el cambio de propiedad del buque «*Juno Trader*», el abogado del Estado demandado, en su intervención oral del 7 de diciembre de 2004 sostuvo que, conforme al artículo 60 del Decreto-Ley número 6-A/2000 relativo a los recursos pesqueros y a los derechos de pesca en las aguas marítimas de Guinea Bissau, los derechos de propiedad del propietario del buque extranjero «*Juno Trader*» automáticamente («*by operation of law*») revirtieron al Estado de Guinea Bissau desde el 5 de noviembre de 2004, al no pagar su anterior propietario las multas impuestas el 19 de octubre de 2004 por la CICM en un plazo de quince días (sentencia, párs. 53 y 58). De su declaración también se desprende que el propietario no disfruta de ningún recurso (ni administrativo ni judicial) para cuestionar la decisión administrativa de la CICM. De las respuestas del abogado del Estado demandado a las preguntas que le planteó el TIDM (dadas en su intervención oral el 8 de diciembre de 2004 y en los documentos escritos que se presentaron posteriormente) parece que el Estado demandado cambió de

opinión acerca de las consecuencias, incluida la confiscación, del impago de las multas impuestas por la CICM, al sugerir que la «reversión de propiedad» del «*Juno Trader*» a favor de Guinea Bissau no resulta jurídicamente definitiva (sentencia, párr. 62). Es más, el abogado del Estado demandado aceptó que el Auto de 23 de noviembre de 2004 de la Corte Regional de Bissau suspendiendo, como medida cautelar, la aplicación de las sanciones decretadas por la CICM hasta que se dictase una sentencia definitiva sobre el fondo del asunto, permanecía en vigor hasta que fuera invalidada por un tribunal superior de Guinea Bissau.

De conformidad con la jurisprudencia del TIDM, el contenido y las consecuencias del Derecho de un Estado que resulte aplicable a un procedimiento que se esté desarrollando ante el propio TIDM es una cuestión de hecho. Dadas las diferencias existentes relativas a si conforme al Derecho interno de Guinea Bissau la confiscación del buque se debía considerar o no como definitiva, tal y como emergen por un lado de las declaraciones iniciales del abogado del Estado demandado ante el TIDM y, por otro lado, del auto de la Corte Regional de Bissau, el TIDM tuvo que elegir en cuál de estas dos opiniones debía basarse para determinar el estatuto del buque.

Al realizar esta elección, el TIDM actuó sobre la base de que las obligaciones de los Estados, Guinea Bissau incluida, conforme a la Cnudm y al Derecho internacional general, incluyen la obligación de no denegar el acceso a la justicia ni el Derecho a un juicio justo, especialmente respecto de los procedimientos legales internos que impliquen una interferencia con los derechos de propiedad de los extranjeros. Este enfoque había sido previamente confirmado por la jurisprudencia del TIDM. En su sentencia en el asunto *M/V «Saiga»*, el TIDM declaró que: «*It is the opinion of the Tribunal that given the choice between a legal classification that implies a violation of international law and one that avoids such implication, it must opt for the latter*» (párr. 72).

Este criterio general también se aplicó en el presente asunto. Por ello, la «reversión» de la propiedad del «*Juno Trader*» a favor del Estado de Guinea Bissau no se podía considerar como definitiva y jurídicamente irreversible. Parece axiomático que el TIDM deba basarse en un pronunciamiento formal de un tribunal competente de un Estado relativo al significado y efectos del Derecho interno de ese Estado, en vez de basarse en una declaración realizada por un abogado de ese Estado en el curso de su argumentación oral en un procedimiento contencioso. Máxime si se tiene en cuenta que desde la detención del «*Juno Trader*», acaecida el 26 de septiembre de 2004, hasta la fecha en que San Vicente y Granadinas planteó ante el TIDM su demanda de pronta liberación, todo el procedimiento sancionador seguido conforme al Derecho interno de Guinea Bissau contra el buque «*Juno Trader*» se hizo *inaudita altera parte*, es decir, sin dar a la parte acusada la posibilidad de ser oída (opinión separada del juez Treves, párr. 6).

En efecto, Guinea Bissau no notificó a San Vicente y Granadinas, Estado del pabellón, la detención del «*Juno Trader*» hasta el 3 de diciembre de 2004 (sentencia, párr. 61), es decir, hasta casi un mes después de que considerara irreversible la sanción de confiscación del buque en cuestión. Actitud que supone no sólo una violación de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a un juicio justo, regulados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sino también una violación de la propia Cnudm, en cuyo artículo 73.4 se exige que, en los casos de apresamiento o retención de buques extranjeros, el Estado ribereño notificará con prontitud al Estado del pabellón las medidas tomadas (sentencia, párr. 76).

Esta consideración sin duda estuvo latente en la conclusión del TIDM acerca de que al suspender la ejecución de las multas impuestas por la CICM, el auto de la Corte Regional de Bissau convirtió en inaplicable cualquier sanción resultante de su impago, incluida la confiscación del buque en cuestión (sentencia, párr. 62). No en balde, el TIDM afirmó que la obligación de pronta liberación incluye consideraciones elementales de humanidad y de respeto a un juicio justo (sentencia, párr. 77). Aseveración que considero de gran calado.

Paso a centrarme en el segundo de los problemas señalados, es decir, en las eventuales consecuencias que el pretendido cambio de propiedad, resultante de la confiscación, tendría

sobre la nacionalidad del «*Juno Trader*», dejando al margen la cuestión de si tal cambio de propiedad se puede considerar o no como definitivo. Cabe recordar a este respecto que, conforme al artículo 292.2 de la Cnudm, la demanda de pronta liberación del buque o de su tripulación sólo podrá ser formulada por el Estado del pabellón o en su nombre. En el asunto del «*Grand Prince*», el TIDM sostuvo que el Estado demandante debe ser el Estado del pabellón, tanto en el momento en el que se produjo el arresto del buque, como en la fecha en la que se inscribió la demanda (sentencia, párs. 77 y 93. Véanse también las Declaraciones del Vicepresidente Nelson, del juez Wolfrum, del juez *ad hoc* Cot y la opinión separada del juez Treves en el asunto citado).

En el presente asunto, Guinea Bissau argumentó que el pretendido cambio en la propiedad del buque resulta ya sea en un cambio automático de la nacionalidad del buque, que adquirió la del Estado demandado (sentencia, pár. 59), ya sea en la pérdida de cualquier nacionalidad. Cabe observar que el abogado de Guinea Bissau ni siquiera tuvo completamente claras las consecuencias del cambio de propiedad sobre la nacionalidad del buque, pues en su comparecencia oral afirmó que:

«I confess that I do not have an answer to the question of what normally happens in respect of the flag of the vessel when the vessel is confiscated by another State for violations of its fisheries regulations or other laws. [...] My understanding is that it may be the case that [...] it is thereupon regarded as ceasing to fly any flag at all and to have become an ordinary chattel until such time as the State that has confiscated it has sold the ship and it is reflagged by a new owner. [...] In any event, although I cannot provide the Tribunal with a clear answer [...] the burden is on the Applicant to establish its case» (ITLOS/PV.04/03, p. 47).

Considero, por un lado, que no es correcta la conclusión jurídica de que se produce automáticamente un cambio de nacionalidad del buque como consecuencia exclusivamente del cambio de su propiedad resultante de una pretendida confiscación. La CNUDM concede una importancia central a la nacionalidad de los buques, sobre todo en lo que se refiere a la aplicación de las normas de Derecho internacional relativas a los derechos y obligaciones de los Estados respecto de los buques que enarbolan su pabellón. Conforme a su artículo 91, corresponde a cada Estado establecer los requisitos para conceder su nacionalidad a los buques y para su inscripción en un registro. La conexión jurisdiccional que se establece entre un Estado y un buque legitimado para enarbolan su pabellón genera un conjunto de derechos y obligaciones mutuas que, en parte, se reflejan en el artículo 94. Todos los Estados que han creado sus registros para la inscripción de buques han establecido en su Derecho interno procedimientos específicos y exigen diversos requisitos que los buques deben cumplir antes de su inscripción en el registro o antes de que se les conceda el Derecho a enarbolan el pabellón de un Estado concreto. Cuando ello ocurre, los buques reciben los correspondientes documentos que acreditan su Derecho a enarbolan un pabellón concreto. De igual manera, las normas internas de los Estados también establecen los procedimientos a seguir para que un buque abandone un registro, incluidas las condiciones conforme a las cuales un buque puede perder el Derecho a permanecer en el registro (opinión separada conjunta de los jueces Mensah y Wolfrum, pár. 9).

Dada la gran importancia que la Cnudm atribuye a la nacionalidad de los buques, así como el papel central del Estado del pabellón en el inicio del procedimiento de pronta liberación del artículo 292 de la Cnudm, no se puede asumir a la ligera la afirmación de que un cambio de la propiedad de un buque, resultante de su confiscación, produzca automáticamente el cambio de su pabellón o nacionalidad. Los derechos y obligaciones del Estado del pabellón no se pueden transferir automáticamente, sobre todo si se tiene en cuenta que el Estado del pabellón tiene, respecto de sus buques, derechos y obligaciones frente a terceros Estados. Por ello, resulta necesario que el cambio de abanderamiento se realice conforme a los procedimientos estable-

cidos para ello por el Estado del pabellón y también es necesario que esos procedimientos sean compatibles con los objetivos fundamentales del Derecho internacional relativos a la nacionalidad de los buques. En el presente asunto, no existe nada que pruebe que el pretendido cambio de pabellón del «*Juno Trader*» se realizara de conformidad con el Derecho interno del Estado del pabellón (es decir, San Vicente y Granadinas), ni con las disposiciones relevantes de la Cnudm. Ni siquiera se habían iniciado los trámites para abanderarlo o inscribirlo en el registro de buques de Guinea Bissau. No se sostiene, en consecuencia, la alegación de que automáticamente el buque perdió la nacionalidad de uno para adquirir la del otro.

De la misma manera, tampoco es de recibo la pretensión de que, como consecuencia de su presunta confiscación, el buque haya perdido su Derecho a enarbolar cualquier pabellón. La posibilidad de buques sin pabellón o sin nacionalidad es la excepción (art. 92.2), por lo que la pérdida del pabellón de un buque tampoco se puede asumir a la ligera. Si no, estaríamos ante un procedimiento que podría generar la aparición masiva de «banderas fantasmas» (opinión separada del juez Ndiaye, pár. 30). Es importante recordar que un buque que pierde su pabellón también pierde la protección de su Estado del pabellón. En el contexto del recurso de pronta liberación del artículo 292 de la Cnudm, los buques son especialmente dependientes de la protección de su Estado del pabellón. Un procedimiento sancionador interno que pretenda resultar en la pérdida del pabellón de los buques con muy pocas o ningunas garantías jurídicas resultaría en la ausencia de toda protección efectiva de los buques detenidos en los puertos extranjeros. Ello destruiría el «delicado equilibrio» entre los intereses del Estado ribereño de adoptar las medidas apropiadas que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de sus leyes y reglamentos y los intereses del Estado del pabellón de asegurar la pronta liberación de sus buques y tripulaciones frente a su detención por terceros Estados (sentencia en el asunto del «*Monte Confurco*», pár. 70), que se pretendió establecer con los artículos 73 y 292 de la Cnudm. No es de recibo, en consecuencia, la declaración unilateral de apatridia de un buque extranjero realizada sin las más mínimas garantías judiciales.

Por las razones anteriores, cabe considerar como totalmente insostenible la pretensión del Estado demandado de que el asunto carece de objeto («*moot case*»), argumentando que, tras su pretendida confiscación por Guinea Bissau, no se podía seguir considerando al «*Juno Trader*» como un buque detenido (sentencia, párs. 67 y 74). El objeto y fin del procedimiento de pronta liberación del artículo 292 es el de conseguir la liberación del buque cuando está pendiente la conclusión final de los procedimientos jurídicos que se lleven a cabo conforme al Derecho interno del Estado ribereño. Se puede aceptar sin más problemas que, cuando estos procedimientos jurídicos nacionales hayan concluido, el procedimiento de pronta liberación no tendrá sentido alguno. Sin embargo, ello no puede significar que se pueda prescindir del procedimiento de pronta liberación por la mera actividad administrativa previa cuando, como ocurre en el presente asunto, los procedimientos judiciales internos en Guinea Bissau todavía no habían concluido. Tal pretensión privaría al procedimiento de pronta liberación del artículo 292 de la Cnudm de cualquier significado o utilidad. Por ello, cabe considerar que el buque «*Juno Trader*» seguía detenido, como exige el artículo 292, por lo menos hasta que se concluyan los procedimientos judiciales nacionales que cumplan los estándares de un «juicio justo», tal y como esta expresión se entiende en el Derecho internacional.

En mi opinión, estas consideraciones que pertenecen al fondo del asunto más que a un recurso de pronta liberación (que nunca debe prejuzgar el fondo del asunto de cualquier demanda interpuesta ante el tribunal nacional apropiado, *ex art.* 292.3) estuvieron latentes en la decisión unánime del TIDM de rechazar todas las objeciones planteadas por el Estado demandado y en la decisión, también unánime, de ordenar la pronta liberación del buque y de su tripulación.

Valentín BOU FRANCH