

CRÓNICAS

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, N. PASTOR PALOMAR,
E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO, M. GARCÍA CASAS,
E. M. RUBIO FERNÁNDEZ, F. PASCUAL-VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA,
A. D. ARRUFAT CÁRDAVA Y R. FERNÁNDEZ EGEA**

**COORDINADA POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ*
Y M. GARCÍA CASAS****

SUMARIO:

LA SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2023 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DE LA LAUDO ARBITRAL DE 3 DE OCTUBRE DE 1899 (GUYANA C. VENEZUELA)

POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO PP. 551-556

CIERTOS ACTIVOS IRANÍES (REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN c. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 30 DE MARZO DE 2023

POR N. PASTOR PALOMAR PP. 557-562

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 28 DE ABRIL DE 2023 EN LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO (MAURICIO/MALDIVAS)

POR E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO PP. 563-567

LAS OPINIONES DISIDENTES DE LOS ÁRBITROS: ¿UNA OPORTUNIDAD PARA ESPAÑA? (LA SOLICITUD DE ANULACIÓN EN OPERAFUND Y WATKINS c. ESPAÑA)

POR F. PASCUAL-VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA PP. 569-573

* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia (evarubio@um.es).

** Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad Autónoma de Madrid (maria.garciac@uam.es).

LA OBLIGACIÓN DE ELEGIR A LOS MIEMBROS DEL CGPJ: SENTENCIA DEL TEDH DE 22 DE JUNIO DE 2023, ASUNTO LORENZO BRAGADO Y OTROS C. ESPAÑA

POR M. GARCÍA CASAS pp. 575-578

LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA EN LA SEDE CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (SENTENCIA, CASO *BRÍTEZ ARCE ET AL. c. ARGENTINA*, DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2022)

POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ pp. 579-583

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN 5ª) N° 1038/2023 Y N° 1079/2023, DE 18 DE JULIO DE 2023: LOS “JUICIOS POR EL CLIMA 1.0 Y 2.0”

POR R.M. FERNÁNDEZ EGEA pp. 585-591

DE RESORTE AUTOMÁTICO PARA LA OBTENCIÓN DE REPARACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA A MERO INSTRUMENTO ORIENTADOR DE MEDIDAS LEGISLATIVAS: VAIVENES EN TORNO AL VALOR DE LAS DECISIONES DEL CAT SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. LA SENTENCIA 786/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 2023

POR A.D. ARRUFAT CÁRDABA pp. 593-597

LA SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 2023 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DE LA LAUDO ARBITRAL DE 3 DE OCTUBRE DE 1899 (GUYANA C. VENEZUELA)

SOLEDAD TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO*

I HECHOS

La Corte Internacional de Justicia (en adelante, la CIJ o la Corte) se pronunció, en su Sentencia de 6 de abril de 2023, acerca de la excepción preliminar venezolana de admisibilidad de la demanda interpuesta, el 9 de marzo de 2018, por Guyana respecto del Laudo arbitral de 3 de octubre de 1899. Se trata de la segunda sentencia dictada por la CIJ en relación con la demanda guyanesa, pues el 18 de diciembre de 2020 se había declarado competente para conocer del fondo de la demanda que perseguía que el órgano judicial principal de Naciones Unidas se pronunciara acerca de la validez del citado Laudo¹.

Nos encontramos ante “el litigio territorial más antiguo sin resolver en el continente” americano², que hunde sus raíces remotas en el Tratado de Münster de 24 de octubre de 1648, en el que se reconocieron las posesiones de España y Países Bajos en América, Asia y África³. El territorio que nos ocupa fue adquirido por Reino Unido⁴ en el Convenio anglo-neerlandés de 1814, por el que Países Bajos le cede “Demerara, Berbice y Esequibo”⁵. Cesión que no detuvo el comportamiento expansivo británico característico durante la segunda mitad del siglo XIX⁶.

* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid. Comentario realizado al amparo del Proyecto de investigación titulado “Hacia una Corte Internacional de Justicia del siglo XXI” (PID2022-141166NB-I00).

1 Existe variada literatura en la que se cuestiona la validez del Laudo, entre la que puede verse CARRILLO ZAMORA, M.A. “La impugnación internacional del Laudo arbitral por fraude procesal: especial referencia a la reclamación venezolana sobre el territorio de la Guayana Esequiba”, en *RJUAM*, nº 17, 2008-1, pp. 75 y ss.

2 LASO PÉREZ, J., “Comentario a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 18 de diciembre de 2020, Laudo arbitral de 3 de octubre de 1899 (Guyana c. Venezuela), en *REEI*, nº 41, 2021.

3 USUNÁRIZ J. M. “América, la política internacional europea y las “relaciones de sucesos” españolas tras los tratados de Westfalia” en *Revista Chilena de Literatura*, nº 85, noviembre 2013, puede verse en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22952013000300008

4 Ver sobre la versión británica de la historia, entre otros: LANDOWNER, A., *British Guiana. Demerara. After fifteen years of freedom*, Londres, 1858, en: <https://books.google.co.ve/books?id=DW5YRW1agzsC&printsec=frontcover&dq=British+Guiana&hl=es&sa=X&ved=0CCIQ6AEwAWoVChMI16zBw-vXxxgIVwZYeCh2WlQQu#v=onepage&q=British%2520Guiana&f=false>

5 MOROS CONTRERAS, E.G., “El ejercicio de la soberanía venezolana en aguas del Mar de las Antillas durante el siglo XIX y principios del siglo XX”, tesis doctoral defendida en la Universidad de Granada el 18 de diciembre de 2015, p. 54. Puede descargarse desde: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/42195?show=full>

6 Id. nota anterior, p. 15.

Venezuela y Reino Unido celebraron el 2 de febrero de 1897 un tratado en virtud del cual someten la controversia territorial a arbitraje⁷ con el propósito de determinar la soberanía sobre este espacio, cuyo resultado se materializó en el Laudo arbitral el 3 de octubre de 1899, por el que Venezuela perdía “159.500 km que constituían más del noventa por ciento del territorio controvertido, extensión que resultaba mucho mayor de la cedida por Países Bajos mediante el Tratado de Londres de 13 de agosto de 1814”⁸.

Tras el fallecimiento de Severo Mallet-Prevost, abogado de Venezuela en aquel procedimiento, se publica un texto de su autoría en el que afirma la ilegalidad del Laudo⁹. El 14 de febrero de 1962, Venezuela alegó la nulidad de esta sentencia arbitral en Naciones Unidas debido a la parcialidad del órgano arbitral que lo había emitido¹⁰. El 17 de febrero de 1966 se firma en Ginebra el Acuerdo para resolver la controversia entre Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y Guyana Británica¹¹. Se trata de un texto convencional de gran interés pues no solo reconoce la existencia de una controversia respecto del Esequibo, también crea una Comisión Mixta con el objeto de “buscar soluciones satisfactorias para el arreglo práctico de la controversia entre Venezuela y el Reino Unido surgida como consecuencia de la contención venezolana de que el Laudo arbitral de 1899 sobre la frontera entre Venezuela y Guyana Británica es nulo e irritado” (artículo I). Si, no se lograra el acuerdo sobre el medio de solución aplicable “referirán la decisión a un órgano internacional apropiado que ambos Gobiernos acuerden”; y, si no lo alcanzasen, será el Secretario General de Naciones Unidas quien escogerá uno de los medios de solución de controversias incorporados en el artículo 33 de la Carta “sucesivamente hasta que la controversia haya sido resuelta, o hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho Artículo hayan sido agotados” (artículo IV.2).

Tras el fracaso de los buenos oficios prolongados en el tiempo, el 16 de diciembre de 2016, el Secretario General de Naciones Unidas elige, con fundamento en el precepto recién transcrito, el arreglo judicial ante la CIJ¹². La respuesta del Presidente de Venezuela oponiéndose a la elección del medio indicado por el Secretario General no se hace esperar. El 29 de marzo de 2018, Guyana deposita su demanda ante el Secretario de la CIJ. El 12 de abril de 2019, Venezuela confirma su decisión de no participar en el procedimiento. La Corte, en su sentencia de 18 de diciembre de 2020 decide afirmativamente acerca de su competencia. Con fundamento en el artículo 79 bis del Reglamento de la CIJ, Venezuela deposita su escrito de excepciones preliminares de admisibilidad de la demanda guyanesa, a la que la Corte responde mediante la Sentencia que es objeto de este comentario.

7 Puede verse junto con el Laudo dictado en: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVIII/331-340.pdf

8 BADELL MADRID, R., *La reclamación de Venezuela sobre el territorio Esequibo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2023, p. 44.

9 Vid. En *AJIL*, vol. 43, n° 3, julio 1949, pp. 523 y ss. El texto del memorándum se encuentra en la p. 528 y ss.

10 Sentencia de la CIJ, de 18 de diciembre de 2020, en el asunto del Laudo arbitral de 3 de octubre de 1899, Jurisdicción de la Corte, párrafo 35.

11 Puede verse en *United Nations Treaty Series*, 1966, pp. 322.

12 Id. Nota10, párrafo 57.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El asunto en presencia plantea problemas jurídicos de interés, uno de ellos, resuelto por la Sentencia dictada por la CIJ dos años y medio antes, derivaba de que el fundamento de la jurisdicción de la Corte se encuentra en la elección indirecta del medio de solución aplicable, puesto que las partes acordaron dejar en manos de un tercero la identificación del mecanismo aplicable. De este modo se quiebra el principio de libre elección de medios de solución de controversias internacionales tal y como lo entendíamos hasta ahora, puesto que, como ya indicara la CIJ en su jurisprudencia, sólo la voluntad de las partes fundamenta su competencia¹³, lo que no ocurre en este asunto, puesto que Venezuela se opone a la aplicación del arreglo judicial para procurar la solución de la controversia en presencia.

La Sentencia de la CIJ objeto de este comentario se enfrenta a distintos problemas jurídicos: el primero, si nos encontramos ante una excepción preliminar que cuestiona la competencia de la Corte (como afirma Guyana) o la admisibilidad de la demanda; el segundo, el núcleo de la excepción preliminar, es la doctrina del *oro amonedado*¹⁴, debido a la ausencia del Reino Unido en el procedimiento, pues son tres los Estados parte en el Acuerdo de Ginebra de 1966 (que proporciona el vínculo jurisdiccional, según la Sentencia de 2020). Ello es así, por cuanto el artículo VIII de este texto convencional, en previsión de la inminente independencia de Guyana, establecía que este Estado sería parte junto con los dos firmantes y no sucesor de la que fue su potencia administradora.

Por lo que se refiere a la naturaleza de la excepción preliminar, Guyana defiende estar en presencia de una excepción preliminar de competencia, cuestión resuelta en la Sentencia de 2020, de modo que la CIJ solo podría pronunciarse acerca de ella vulnerando el principio de cosa juzgada característico de la jurisprudencia del tribunal principal de las Naciones Unidas. En concreto, Guyana sostiene que se trata de una suerte de apelación contra la sentencia previa de este órgano judicial¹⁵.

La Corte resuelve esta primera argumentación indicando la diferencia entre la existencia de competencia para conocer del fondo del asunto y el ejercicio de la misma. Así, en la Sentencia de 2020 se proclamó competente para conocer del fondo de la demanda introducida por Guyana frente a Venezuela. Sin embargo, la excepción preliminar ahora introducida versa sobre el ejercicio de la competencia decidida, pues solo un órgano competente puede pronunciarse sobre la admisibilidad de las demandas a él sometidas¹⁶. Por ello, la Corte concluye que la ex-

13 Ver en este sentido la Sentencia de 20 de diciembre de 1988, en el caso de las actividades armadas y transfronterizas (Nicaragua c. Honduras) parágrafo 16.

14 Sobre esta doctrina puede verse JIMÉNEZ PIERNAS, C., "Fundamento, concepto y naturaleza jurídica de la doctrina del oro amonedado (tercero indispensable) en la jurisprudencia internacional", en VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., SALINAS FRÍAS, A. (coords.) *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Córdoba, Universidad de Sevilla y Universidad de Málaga, 2005, vol. 2, pp. 733 y ss.

15 Ver en este sentido las observaciones escritas de Guyana sobre las excepciones preliminares interpuestas por Venezuela, especialmente parágrafo 5, en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20220715-WRI-01-00-EN.pdf>

16 Parágrafos 64 y ss. De la Sentencia.

cepción venezolana, ciertamente, versa sobre la admisibilidad de la demanda interpuesta por Guyana y no sobre la competencia para conocer judicialmente de la misma.

Resuelto lo anterior, la CIJ ha de centrarse en el aspecto nuclear de la Sentencia objeto de este comentario: la inadmisibilidad (o no) de la demanda guyanesa por la ausencia en el procedimiento del tercero indispensable para ello. La República Bolivariana de Venezuela argumenta su posición alrededor de los siguientes ejes: en primer lugar, las dudas acerca de la legitimidad de Guyana; en segundo término, la consideración del Reino Unido como tercero indispensable en el procedimiento en curso; y, por último, los derechos de Venezuela¹⁷. Por lo que se refiere al eje indicado en primer lugar, la legitimidad de Guyana, ha de considerarse que el objeto de la controversia es la validez del Laudo arbitral en el que el demandante careció de participación alguna, máxime teniendo en cuenta que el artículo VIII del Acuerdo de Ginebra lo proclama como tercer Estado parte en este texto convencional y no sucesor de Reino Unido.

En cuanto al segundo de los ejes, la consideración de Reino Unido como tercero indispensable, Venezuela defiende que la CIJ no puede pronunciarse sobre el fondo de la demanda guyanesa por dos motivos: el primero de ellos, debido a que el vínculo jurisdiccional —aunque indirecto— se encuentra en un tratado trilateral tras la independencia del demandante; el segundo, íntimamente relacionado con lo indicado en el párrafo anterior, por cuanto la Corte se pronunciará acerca de la validez de un laudo arbitral en ausencia de una de las partes en aquel, puesto que las obligaciones y derechos derivados de aquella no se han transferido al ahora demandante. En consecuencia, todo pronunciamiento acerca de esta cuestión ha de realizarse en presencia de los dos Estados parte en aquel proceso. Además, hay que tener en cuenta la historia del Laudo de 1899, del que si se pronunciara la nulidad habría que detenerse en determinar la responsabilidad del Reino Unido en ello, aspecto del que discrepa el demandante en el procedimiento sobre el fondo, puesto que el laudo puede ser válido o no, pero no tiene por qué cuestionarse la responsabilidad del Estado ahora ausente¹⁸. La argumentación guyanesa en este punto es discutible en la medida en que la declaración de nulidad o validez de un acto deriva de la identificación de la presencia o no de vicios existentes en la adopción del Laudo. Por tanto, el asunto en causa sí que podría tener esos efectos sobre el tercero ausente en el proceso.

Los motivos de la discrepancia guyanesa se encuentran en las siguientes razones: 1) la CIJ ha admitido su competencia para pronunciarse acerca de las cuestiones de validez (o no) del Laudo de 1899; 2) el Reino Unido carece de interés legítimo en la actualidad en relación con este litigio; 3) Guyana es sucesor del Reino Unido en todas las cuestiones relativas al territorio de la antigua colonia; 4) Venezuela, desde la adquisición de la independencia por parte de Guyana, ha discutido exclusivamente con Guyana acerca del objeto que se encuentra en el origen de esta controversia; 5) lo que se solicita de la CIJ es que se pronuncie acerca de la frontera existente entre Venezuela y Guyana.

17 La argumentación Venezolana al respecto puede leerse en el escrito de introducción en la instancia de las excepciones preliminares de incompetencia de 7 de junio de 2022, en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20220607-WRI-01-00-EN.pdf>.

18 Audiencias orales del jueves 22 de noviembre de 2022, a las 10 a.m., Párrafo 9.

La CIJ descarta el primer argumento venezolano atendiendo a que el artículo IV del Acuerdo de Ginebra (fundamento de la decisión del Secretario General de Naciones Unidas) exclusivamente menciona a Guyana y a Venezuela, omitiendo la referencia al Reino Unido, por lo que no es un tercero jurídicamente indispensable para resolver la controversia en causa. Así las cosas, el papel protagónico en el procedimiento de solución del litigio en causa lo desempeñan los dos Estados indicados en primer lugar.

Por su parte, la doctrina del oro amonedado se fundamenta en la existencia de un tercero no parte en el proceso a quien podría resultar oponible la decisión a adoptar por la Corte¹⁹, por lo que la solución a la cuestión de la soberanía sobre el territorio controvertido no afecta a los intereses del Reino Unido. Además, y a mayor abundamiento, la CIJ recuerda distintos comportamientos de los que se desprende la idea anterior, como la ausencia de Reino Unido de las reuniones de la Comisión mixta prevista en el Acuerdo de Ginebra de 1966, la información remitida por parte de Venezuela el 14 de febrero de 1962 al Secretario General de Naciones Unidas, acerca de la existencia de una controversia con el Reino Unido sobre la frontera en este territorio. Ciertamente es que la argumentación de la Corte resulta demasiado ingenua en alguna ocasión, por ejemplo, cuando se refiere a las reuniones de 9 y 10 de diciembre de 1965 (párrafo 101) entre Reino Unido, la Guyana Británica y Venezuela para revisar la documentación existente sobre la validez del Laudo arbitral. Evidentemente, un examen tripartito no podría alcanzar más conclusión que la obtenida: inexistencia de motivos de nulidad de aquel, aunque solo fuera porque una decisión en contrario habría supuesto una pérdida territorial más que considerable para la todavía, en aquel momento, colonia británica.

En consecuencia, la Corte, si bien admite la excepción preliminar venezolana, se pronuncia en contra del contenido de la misma, al entender que no cabe, en este momento procesal, prever si a lo largo del procedimiento sobre el fondo tendrá que pronunciarse sobre comportamientos desarrollados por la que fue potencia administradora de Guyana.

III. CONCLUSIONES

Resulta meridianamente claro que, si el título jurídico que alega Guyana sobre el territorio de la Guyana Esequiba es el Laudo arbitral de 1899 y, en la hipótesis en que fuera declarado nulo como consecuencia del comportamiento británico en él, la responsabilidad derivada de la decisión será del Estado a quien resulta atribuible el vicio causante de la nulidad, sin que exista la posibilidad de suceder en la responsabilidad internacional derivada de aquel eventual comportamiento.

A la vista de la argumentación desarrollada por la CIJ a lo largo de la sentencia objeto de este comentario, resulta previsible un pronunciamiento favorable a los intereses de Guyana, aunque solo sea por la forma en la que descarta la presencia de la nulidad del Laudo, al modo de ver de quien escribe este breve comentario, susceptible de ser calificada como precipitada y

19 RUIZ COLOMÉ, M.A., “El tercero Indispensable en el asunto de Timor Oriental: Una noción a la medida de la Corte Internacional de Justicia para la determinación de su propia competencia”, 1996 n° 48-1, pp. 99 y ss. Especialmente p. 112 y ss.

sin la profundidad necesaria. Por lo demás, a la vista de los desarrollos del caso en presencia, la diferencia seguirá siendo la más dilatada en el tiempo en el continente americano, puesto que, en el momento en el que se escribe este comentario, Guyana ha depositado una solicitud de medidas cautelares debido a la convocatoria de un referéndum consultivo a celebrar el día 3 de diciembre de 2023 en Venezuela. El 24 de octubre se hicieron públicas las preguntas a las que responderían los participantes en la consulta, todas ellas relacionadas con el conflicto en presencia, alguna de las cuales (la tercera) pretende evitar la solución judicial en presencia.

Como la esperanza es lo último que se pierde, confiemos en que la CIJ se pronuncie sobre el fondo del asunto y que, al hacerlo, profundice en la argumentación jurídica que sostenga su decisión. En cada una de sus decisiones se pone a prueba la credibilidad del órgano judicial principal de las Naciones Unidas, máxime en estos momentos en los que nos encontramos con un tribunal con un procedimiento lento y cuya jurisprudencia ha sido calificada como conservadora en más de una ocasión. La CIJ ha de demostrar en todas las ocasiones que es un tribunal útil y apropiado para resolver las controversias del siglo XXI, la cuestión es si la propia Corte es conocedora del reto al que cada día se enfrenta.

CIERTOS ACTIVOS IRANÍES (REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN C. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 30 DE MARZO DE 2023

NURIA PASTOR PALOMAR*

I. HECHOS

El 30 de marzo de 2023, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) dictó sentencia sobre el fondo del asunto *Ciertos activos iraníes (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)*¹. Se puso así fin al procedimiento iniciado por la República Islámica de Irán contra los Estados Unidos de América el 14 de junio de 2016 en relación con el incumplimiento por Estados Unidos de obligaciones derivadas del Tratado de Amistad, Relaciones Económicas y Derechos Consulares, firmado por ambos Estados el 15 de agosto de 1955 y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 16 de junio de 1957².

Como antecedentes, la CIJ recuerda que Irán y los Estados Unidos rompieron sus relaciones diplomáticas en 1980, a raíz de la revolución iraní de 1979 y la ocupación ese mismo año de la Embajada de los Estados Unidos en Teherán. En 1983, Estados Unidos alegó la responsabilidad de Irán en el ataque terrorista que tuvo lugar en Beirut, causando la muerte de 241 militares estadounidenses y un año después designó a Irán como “Estado patrocinador del terrorismo”. En 1996, Estados Unidos modificó su *Foreign Sovereign Immunities Act* (en adelante, FSIA) a fin de eliminar, en ciertos supuestos, la inmunidad de jurisdicción ante sus tribunales de los Estados designados patrocinadores del terrorismo. La excepción por terrorismo permitió la interposición de demandas contra Irán ante los tribunales estadounidenses por daños y perjuicios, aunque Irán no compareció en esos juicios al alegar que la legislación estadounidense infringía el derecho internacional sobre las inmunidades de los Estados. En 2002, Estados Unidos aprobó la *Terrorism Insurance Act* (en adelante, TRIA), que estableció medidas de ejecución de sentencias dictadas a raíz de la modificación en 1996 de la FSIA. En 2008, la FSIA sería modificada de nuevo ampliando los activos disponibles para satisfacer los créditos de los acreedores judiciales, que comprendían las propiedades de los Estados patrocinadores de actos terroristas, independientemente de que hubiesen sido o no bloqueados previamente por el Gobierno norteamericano y del grado de control ejercido por el Estado sobre esas entidades. En 2012, el Presidente de Estados Unidos aprobó el Decreto 13599 por el que bloqueó los activos del Gobierno iraní, incluidos los del Banco Central (Banco Markazi) así como otras instituciones financieras. También, en ese año, Estados Unidos aprobó la Ley de

* Profesora asociada de Derecho internacional público de la UNED (npastor@der.uned.es).

1 *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Reports 2023. Los documentos relativos al caso comentado están disponibles en el siguiente enlace: <https://www.icj-cij.org/case/164>. Las páginas web citadas han sido consultadas por última vez el 15/10/2023.

2 Su texto puede consultarse en <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20284/v284.pdf>.

Reducción de las Amenazas a Irán y de Derechos Humanos en Siria, quedando estos bienes sujetos a procedimientos de ejecución. El Banco central impugnaría la validez de esta decisión ante los tribunales estadounidenses pero el Tribunal Supremo afirmaría su constitucionalidad (paras. 21-30).

El 14 de junio de 2016, Irán interpuso demanda ante la CIJ en la que alegaba que, como resultado de actos judiciales y legislativos adoptados por Estados Unidos, Irán y sus entidades estaban sufriendo daños graves y continuos, con vulneración del Tratado de Amistad adoptado en 1955.

II. JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

El 13 de febrero de 2019, la CIJ pronunció su fallo sobre las excepciones preliminares planteadas por los Estados Unidos³. La CIJ se consideró competente para conocer de una parte de la demanda de la República Islámica de Irán y determinó que la demanda era admisible. Además, la CIJ declaró que no tenía competencia en virtud del Tratado de Amistad para examinar las reclamaciones de la República Islámica de Irán en la medida en que se referían a la presunta violación de las normas del derecho internacional sobre inmunidades soberanas. La CIJ declaró además que la tercera excepción preliminar referente a “cualquier reclamación relativa a presuntas violaciones [...] basadas en el trato dispensado al Estado iraní o al Banco Markazi” no poseía, en las circunstancias del caso, un carácter exclusivamente preliminar (para. 126 sentencia 2019). Ciertamente, se trataba de determinar si el Banco era o no una “sociedad” de acuerdo con la definición suministrada por el Tratado de Amistad, puesto que en caso afirmativo estaría justificada la reivindicación de los derechos y la protección concedidos a las sociedades por los artículos III, IV y V. Ahora bien, al no disponerse de todos los elementos fácticos necesarios para determinar si esta entidad estaba desarrollando actividades empresariales, la CIJ señaló que se pronunciaría sobre ello después de que las partes presentasen sus argumentos en la siguiente fase del procedimiento. A estos efectos, Irán sostiene que la Ley Monetaria y Bancaria de 1972 confiere al Banco Markazi las funciones típicas de un banco central, pero también le autoriza para realizar otras actividades financieras y bancarias de naturaleza comercial. Sin embargo, Estados Unidos señala que las actividades realizadas por la entidad entran en el ámbito tradicional de las actuaciones soberanas de un banco central y no de transacciones de carácter comercial (paras. 37-39). Sobre esta cuestión, la CIJ recuerda que una entidad sólo puede ser caracterizada como “sociedad” si tiene personalidad jurídica propia de conformidad con la legislación del Estado en que se haya creado, así como que una entidad que es total o parcialmente propiedad del Estado puede constituir una sociedad en el sentido del Tratado de Amistad (para. 41). Y, teniendo en cuenta que el Banco Markazi tiene personalidad jurídica propia de conformidad con la legislación iraní y es propiedad plena del Estado iraní —el cual ejerce una facultad de dirección y un control estricto de sus actividades—, no se excluye que sea una “sociedad”, por lo que queda por determinar es la naturaleza de sus actividades. Al respecto, la CIJ observa que las únicas actividades en las que se basa Irán para calificar al Banco

3 *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment on Preliminary Objections, ICJ Reports 2019.

como una sociedad son la compra, entre 2002 y 2007, de los bonos emitidos en por el mercado financiero de Estados Unidos y para la CIJ estas operaciones no son suficientes para establecer que el Banco se dedicaba, en el momento de los hechos, a actividades de carácter comercial, sino que, precisa, tales operaciones son una forma de ejercer su soberanía (paras. 49-50). La CIJ concluye, por ello, que el Banco Markazi no puede ser caracterizado como una “sociedad” en el sentido del Tratado de Amistad (para. 54).

La CIJ examina también la objeción a la admisibilidad presentada por la parte demandada basada en la falta de agotamiento de los recursos internos. Recuerda que, según el Derecho internacional consuetudinario, cuando un Estado presenta una reclamación internacional en nombre de sus nacionales sobre la base de la protección diplomática debe agotar los recursos internos (para. 61). Ahora bien, este requisito se considera también satisfecho cuando no existen recursos nacionales que proporcionen a las personas perjudicadas una oportunidad razonable de obtener reparación. En este caso, la CIJ señala que cada vez que una entidad iraní solicitaba a los tribunales estadounidenses que anularan una disposición legislativa federal por considerarla contraria con los derechos previstos por el Tratado de Amistad, el tribunal aplicaba habitualmente la ley federal al estar promulgada después del Tratado (paras. 68-69). En base a ello, la CIJ concluye que las entidades iraníes no tenían posibilidades razonables de hacer valer con éxito sus derechos en los procedimientos judiciales de Estados Unidos (para. 72), lo que le lleva a rechazar las alegaciones del país demandado sobre la falta de agotamiento de recursos internos.

III. ALEGACIONES DE ESTADOS UNIDOS SOBRE EL FONDO

La CIJ rechaza tres alegaciones distintas invocadas por Estados Unidos. Respecto a la doctrina de “manos limpias”, que fue rechazada en la sentencia sobre excepciones preliminares de 2019, vuelve a ser planteada por el país demandado señalando el presunto patrocinio y apoyo del terrorismo internacional por parte de Irán y sus presuntas acciones respecto de la no proliferación nuclear y tráfico de armas. La CIJ recuerda la no consideración de la doctrina como norma consuetudinaria y que, aun cuando se aplicara las “manos limpias”, sería necesario un nexo suficiente entre la conducta ilícita imputada a Irán y sus reclamaciones en virtud del Tratado de Amistad, el cual no existe (para. 83), por lo que rechaza esta alegación.

A continuación, la CIJ examina la alegación relativa al abuso de derecho basada en que Irán trata de extender la aplicación del Tratado de Amistad, así como eludir la obligación de reparación a favor de las nacionales estadounidenses víctimas de actos terroristas en los que se ha visto implicado (para. 85). La CIJ, considerando los elementos esenciales de su jurisprudencia, señala que no puede acreditarse abuso de derecho por parte del demandante, por lo que desestima también esta alegación (para. 93).

Asimismo, la CIJ desestima la alegación de la parte demandada referida a que su Orden de 13599 —que bloqueó los activos del Gobierno iraní así como de las instituciones financieras— entraba en los dos supuestos previstos en el artículo XX, párrafo 1, apartados c) —“regulating the production of or traffic in arms, ammunition and implements of war, or traffic in other materials carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment”,

y d) —“ necessary to fulfill the obligations of a High Contracting Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests”—. La CIJ concluye que las medidas contenidas en la Orden sólo tuvieron un impacto indirecto en la producción y el tráfico de armas por parte de Irán, así como que Estados Unidos no ha probado de manera convincente que dicha Orden era necesaria para proteger sus intereses esenciales de seguridad, sino que respondía principalmente a consideraciones financieras más que de seguridad (para. 108). La CIJ considera también que las disposiciones citadas no limitan su competencia, sino que simplemente ofrecen a las partes una vía de defensa respecto del fondo del asunto (para. 94).

IV. PRESUNTAS VIOLACIONES DEL TRATADO DE AMISTAD

Habiendo rechazado las anteriores alegaciones del demandado, la CIJ pasa a examinar las reclamaciones de Irán que se refieren a un conjunto de medidas legislativas, ejecutivas y judiciales adoptadas por Estados Unidos desde 2002 por las que el Estado y empresas iraníes se han visto privados de los derechos de los que disfrutaban en virtud del Tratado de 1955. Irán sostiene la vulneración por parte Estados Unidos de los artículos III (párrafos 1 y 2), el artículo IV (párrafos 1 y 2), artículo V (párrafo 1), artículo VII (párrafo 1) y artículo X (párrafo 1) del Tratado de Amistad.

Respecto al artículo III, párrafo 1, y a efectos de determinar qué es una “sociedad”, la CIJ recuerda lo dicho en su sentencia del 2019 sobre excepciones preliminares: que una entidad sólo puede ser caracterizada por “sociedad” si tiene personalidad jurídica propia de conformidad con la legislación del Estado en que se haya creado, el cual establece su estatus legal (para. 136). Y señala que el artículo III, párrafo 1 establece el reconocimiento, dentro del territorio de ambos Estados, de la personalidad jurídica de las sociedades constituidas conforme a la legislación nacional. Asimismo, el artículo IV, párrafo 1 establece un trato justo y equitativo prohibiendo la adopción de medidas irrazonables o discriminatorias contra los nacionales o empresas del otro Estado parte. Pues bien, el desacuerdo principal gira en torno a si las medidas legislativas, ejecutivas y judiciales adoptadas por Estados Unidos privaron a las empresas iraníes de la personalidad jurídica independiente conferida por su estatuto jurídico y fusionaron sus activos con los del Estado iraní, en violación del artículo III, párrafo 1 del Tratado de Amistad (para. 138). Y la CIJ señala que una medida no es razonable, según el Tratado, cuando no persigue un objetivo público legítimo, no existe una relación adecuada entre el objetivo perseguido y la medida adoptada, o es manifiestamente excesiva en relación con el objetivo. Teniendo en cuenta estas condiciones, la CIJ constata la finalidad pública legítima de las medidas, puesto que se trata de compensar a las víctimas del terrorismo perpetrado por Irán conforme a lo dictaminado por los tribunales norteamericanos. Sin embargo, la CIJ concluye que las medidas legislativas adoptadas son manifiestamente excesivas por el menoscabo causado en los derechos de las empresas iraníes. En relación con la Orden Ejecutiva 13599, la CIJ considera que es manifiestamente excesiva en relación con su objetivo de responder al “apoyo sostenido a actos terroristas” de Irán porque incluye cualquier institución financiera iraní. En tanto medidas irrazonables, la CIJ concluye que se vulneró el artículo IV, párrafo 1

del Tratado, así como el artículo III, párrafo 1, al no cumplir Estados Unidos con su obligación de reconocimiento del estatus jurídico de las empresas iraníes (paras. 156-159).

En cuanto al artículo III, párrafo 2, la CIJ sostiene que no ha habido vulneración por parte de Estados Unidos de dicha disposición, que se refiere a la libertad de acceso a los tribunales y a una justicia pronta e imparcial. Y se señala que la reclamación de Irán relativa a que la legislación aplicada por dichos tribunales ha sido desfavorable para las sociedades iraníes y con pocas probabilidades de éxito, son cuestiones relacionadas con los derechos sustantivos de las empresas, recordando que estos derechos no entran en el campo de aplicación de la disposición (paras. 167-168).

En lo concerniente al artículo IV, párrafo 2, la CIJ concluye que Estados Unidos ha vulnerado tal disposición, relativa a la protección de la propiedad de las personas físicas y jurídicas que los Estados contratantes deben necesariamente procurar. Al respecto, Irán alegó que las propiedades de las empresas iraníes fueron bloqueadas, incautadas o eliminadas y que, tomadas sin compensación alguna, equivalía a una expropiación ilegal en violación del artículo IV, párrafo 2 (para. 170). La CIJ señala que tal violación ha tenido lugar respecto a las medidas legislativas adoptadas por Estados Unidos (FSIA y TRIA). Precisa que una decisión judicial que embarga y ejecuta bienes o derechos sobre bienes no constituye *per se* una expropiación de esos bienes, requiriéndose un elemento de ilegalidad (para. 184). Y considera que las medidas estadounidenses no han sido legales al no ser razonables y, por tanto, equivale a una expropiación sin compensación (paras. 186-187). Sin embargo, respecto a la Orden Ejecutiva 13599, la CIJ considera que no hay expropiación ilegal, sosteniendo que Irán no ha sido capaz de identificar las propiedades ni los intereses de las sociedades iraníes particularmente perjudicadas por la Orden. Señala, también, que el efecto principal de dicha Orden era bloquear los activos del Banco Markazi, el cual no queda bajo su ámbito jurisdiccional (para. 188). Asimismo, la CIJ precisa que la obligación de dar protección y seguridad más constantes establecida en el artículo IV, párrafo 2, es respecto a daños físicos y no legales (cubiertos estos por el párrafo 1 de dicho artículo), tal y como reclama Irán (para. 190).

Con relación al artículo V, párrafo 1, la CIJ sostiene que Estados Unidos no ha privado a las empresas iraníes del derecho a disponer de sus bienes establecido en dicho artículo, tal y como alegó Irán, precisando el órgano judicial que las medidas que equivalen a una expropiación quedan fuera del alcance de dicho artículo (paras. 199 y 201).

Respecto a la no aplicación de restricciones a la realización de pagos, remesas y otras transferencias de fondos (Artículo VII, párrafo 1), la CIJ rechaza la interpretación dada por Irán en el sentido de una prohibición general de cualquier restricción al movimiento de capitales. La CIJ considera la intención de las partes, con esta disposición, de regular las restricciones cambiarias para preservar el comercio bilateral, y dado que Irán no ha alegado la aplicación de estas restricciones por Estados Unidos, se desestiman las reclamaciones de Irán relativas a esta disposición (paras. 207-208).

Asimismo, la CIJ concluye que Estados Unidos ha vulnerado sus obligaciones relativas a proporcionar libertad de comercio a las empresas iraníes, al entender que dentro del término comercio protegido por el Artículo X, párrafo 1, se encuentran las operaciones financieras impedidas por las medidas adoptadas por el demandado (paras. 214-223).

V. CONSIDERACIONES FINALES

A finales de marzo de 2023, la CIJ dictó esta esperada sentencia sobre el fondo del asunto *Ciertos activos iraníes (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)*. La CIJ concluyó que Estados Unidos había vulnerado diversas disposiciones del Tratado de Amistad, por lo que Irán le solicitó que declarase que Estados Unidos estaba obligado a poner fin a la situación generada por dichas violaciones del Derecho internacional cesando en la realización de los mismos⁴, reparando plenamente el daño causado (mediante una cantidad a determinar en una fase ulterior del procedimiento), y presentando una disculpa formal a Irán (para. 224). Únicamente la segunda de las peticiones iraníes fue aceptada por la CIJ, y tan solo parcialmente, ya que la indemnización será establecida judicialmente a falta de un acuerdo al respecto entre las partes.

Acogida con satisfacción por ambas partes, el Ministerio de Asuntos Exteriores de Irán señalaría que la sentencia demostraba la “rectitud” de Irán y las violaciones del Tratado cometidas por el gobierno de Estados Unidos. Pero Estados Unidos emitiría también una declaración calificando la sentencia como una “gran victoria para Estados Unidos y las víctimas del terrorismo patrocinado por el Estado de Irán”. Ciertamente, la mayor parte de los activos reclamados por Irán, casi 1750 millones de dólares, estaban asociados al Banco central Markazi, sobre el que la CIJ carece de jurisdicción. Por su parte, la sentencia tiene implicaciones en el Derecho internacional de las inversiones, ya que la CIJ ha clarificado algunos aspectos hasta entonces controvertidos, como los relativos a los estándares de protección y seguridad plenas.

4 Téngase en cuenta que en 2018 Estados Unidos puso fin al Tratado de Amistad, al notificar a Irán su retirada conforme al artículo XXIII, párrafo 3, por lo que no estando en vigor el tratado, no es posible cumplir con el cese de los hechos internacionalmente ilícitos en los términos solicitados (para.225).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 28 DE ABRIL DE 2023 EN LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO (MAURICIO/MALDIVAS)

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA
Y DANIELA GONZÁLEZ GRECO*

I. HECHOS

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), por medio de una Sala *ad hoc* constituida con arreglo al artículo 15 de su Estatuto y compuesta por nueve magistrados, dictó el 28 de abril de 2023 sentencia en la controversia relativa a *la delimitación de la frontera marítima entre Mauricio y Maldivas en el Océano Índico*¹. Cabe recordar que estos dos Estados insulares situados en el Océano Índico son partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), considerando Mauricio que su territorio incluye, además de su isla principal y otras, el archipiélago de Chagos (que fue administrado por Reino Unido entre 1814 y 1965 como “una dependencia de la colonia de Mauricio”), situado aproximadamente a 2.200 kilómetros al noreste de la Isla de Mauricio y que el TIDM dictó sentencia sobre excepciones preliminares en enero de 2021. En ella afirmó su jurisdicción para conocer de la controversia sobre la delimitación marítima entre ambos Estados y pospuso a esta fase, relativa al fondo, la decisión sobre su jurisdicción para delimitar la plataforma continental extendida (para.22)².

En este asunto, Mauricio solicitaba al TIDM que, una vez declarada su jurisdicción para conocer de la delimitación de su plataforma continental extendida (más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base), estableciera una frontera marítima única —para la

* Profesor Sustituto (acreditado a Contratado Doctor) y Profesora Colaboradora Honoraria de Derecho Internacional Público de la Universidad de Córdoba.

1 *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Judgment*, ITLOS Reports 2023, en prensa. La sentencia y los documentos relativos a este asunto pueden consultarse en: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/28/Merits_Judgment/C28_Judgment_28.04.2023_orig.pdf, última consulta 24/10/2023. Todas las traducciones son de los autores. Dicha Sala estuvo compuesta por los siguientes magistrados: Paik (presidente), Jesus, Pawlak, Yanai, Bouguetaia, Heidar, Chadha, Oxman (magistrado *ad hoc* nominado por Maldivas) y Schrijver (magistrado *ad hoc* nominado por Mauricio) (para.35).

2 Nos remitimos a este respecto al comentario de dicha sentencia sobre excepciones preliminares que publicamos en la *Crónica de Derecho Internacional Público* de la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 41, 2021, pp. 9-12. Respecto de esta controversia, véase también PIGRAU SOLÉ, A., “La descolonización de Mauricio y el asunto de las Islas Chagos ante la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, núm. 21, 2021, pp. 233-285.

zona económica exclusiva y la plataforma continental— entre Mauricio y Maldivas siguiendo unas determinadas coordenadas geográficas (para.75). Por su parte, Maldivas pedía al Tribunal que declarase inadmisibile la pretensión de Mauricio de una plataforma continental extendida y decidiese el trazado de una frontera marítima única conforme a otras coordenadas que indicaba (para.75).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

A la luz de los desacuerdos entre las partes —el objeto de la controversia sometida, su jurisdicción y la admisibilidad o no de la pretensión de Mauricio de una plataforma continental extendida (para.81)—, el Tribunal conoció, en primer lugar, de la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental comprendida dentro de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base (para.89), a la que, habida cuenta de que ambos Estados son partes en la CNUDM, es de aplicación la Convención, en particular, sus artículos 13, 47, 74, 76 y 83 (paras.87-88).

Con relación a la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental hasta las 200 millas marinas, la Sala recordó que el método de delimitación “ha sido desarrollado a lo largo del tiempo por las cortes y tribunales internacionales a través de los casos de los que han conocido” y que “está asentado que la metodología para ser aplicada en la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental hasta las 200 millas marinas es el método de la ‘equidistancia/circunstancias relevantes’, salvo que el recurso al mismo no sea factible o apropiado” (para.96). Además, el Tribunal señaló que, “aunque su aplicación no es obligatoria, el método de equidistancia/circunstancias relevantes no solamente conduce a una solución equitativa en la mayoría de los casos, sino que también aporta transparencia y predictibilidad al proceso de delimitación” (para.96), por lo que no consideró que existieran “circunstancias o factores que hicieran la aplicación del método de la equidistancia/circunstancias relevantes inapropiada o inviable en este caso” (para.98). Por tanto, la Sala determinó que “el método apropiado para la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental hasta las 200 millas marinas entre Mauricio y Maldivas es el de la equidistancia/circunstancias relevantes”, para lo que aplicó el proceso de las tres etapas comenzando por la construcción de la línea provisional equidistante basada en la geografía de la costa y en cálculos matemáticos (para.98).

La identificación de las costas relevantes para el trazado de la línea provisional equidistante constituyó un elemento crucial en este caso, por cuanto ambos Estados no estaban de acuerdo en si el Arrecife Blenheim, bajo soberanía de Mauricio, es un lugar adecuado para ser seleccionado “como punto de base en aras de la construcción de la línea provisional equidistante” (para.109). Así, la Sala identificó las costas relevantes de ambos Estados (para.111) y realizó la primera etapa del proceso de delimitación mediante la construcción de la línea provisional equidistante (para.112). A tal efecto, puso de manifiesto que “no existen fórmulas precisas para identificar y calcular las costas relevantes”, dado que lo “importante en la identificación de una costa relevante es considerar si la proyección marítima de una parte se solapa con la de la otra parte” (para.145), y decidió que “no necesariamente el Arrecife Blenheim debe ser considerado como un punto de base para el propósito de la delimitación”, ya que, de manera

relevante, “la selección de los puntos de base es un ejercicio distinto de la identificación de la costa relevante” (para.147). Así, la Sala no consideró que exista “una regla general que exija que una elevación en bajamar deba descartarse en la selección de los puntos de base para la delimitación” (para.152), si bien concluyó que “el Arrecife Blenheim, en tanto que elevación en bajamar, no es un apropiado como punto de base para la construcción de la línea provisional equidistante” (para.155).

En este orden de ideas, Mauricio daba importancia al hecho de que esta controversia versaba sobre la delimitación entre dos Estados archipelágicos y la Sala, señalando que Mauricio y Maldivas se encuentran entre los 22 Estados que se han declarado archipelágicos, procedió a examinar si dicho régimen, previsto en la Parte IV de la Convención, era “de alguna relevancia para la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental entre dos Estados archipelágicos” (para.176). En este sentido, afirmó que “es obvio que el artículo 48 de la Convención no se refiere a la cuestión de la delimitación”, “ni pueden derivarse implicaciones de este artículo a los efectos de que los arrecifes emergentes deban ser puntos de base y deba otorgarse efecto completo para la delimitación” (para.187). En este caso, la Sala no consideró necesario entrar a conocer de la validez de las líneas de base archipelágicas por Mauricio alrededor del archipiélago de Chagos (para.191) y decidió que no podían situarse puntos de base en el Arrecife Blenheim para la construcción de la línea provisional equidistante (para.192).

Por otra parte, en la determinación de si el Arrecife Blenheim es una única elevación en bajamar o comprende varias elevaciones en bajamar y si el artículo 47, parágrafo cuarto de la Convención se aplica a dicho arrecife, el Tribunal señaló que “la cuestión de cómo trazar las líneas de base archipelágicas en Mauricio no es directamente relevante para la construcción de la línea provisional equidistante” (para.213). A la luz de sus consideraciones previas, la Sala consideró que, aunque el Arrecife Blenheim “no puede ser considerado como un punto de base para la construcción de la línea provisional equidistante”, sí constituye una elevación en bajamar, situada total o parcialmente dentro de las 12 millas marinas de la Isla Takamaka, que puede emplearse como una línea de base para medir el límite de las 200 millas marinas desde Mauricio (para.230).

Comoquiera que no todos los puntos de base aportados por las partes son necesariamente relevantes para la construcción de la línea provisional equidistante, la Sala seleccionó los puntos de base que consideró más apropiados (paras.231, 233). De este modo, “la línea provisional equidistante empieza, en el oeste, en el punto de intersección entre las 200 millas marinas de Mauricio y de Maldivas”, límite que debe ser medido desde las respectivas líneas de base archipelágicas publicadas por cada parte, con la excepción de las trazadas alrededor del Arrecife Blenheim (para.325), línea que va en dirección este hasta que alcanza el límite de las 200 millas marinas de Maldivas (para.236).

En relación con la segunda etapa, la consistente en el ajuste de la línea provisional en función de las posibles circunstancias relevantes que concurren, el TIDM puso de relieve las diferencias de las partes sobre el impacto del Arrecife Blenheim en la línea provisional equidistante (para.243). Al respecto, la Sala consideró que ignorar dicho efecto “no conduciría a una solución equitativa en este caso”, por lo que, teniendo en cuenta los términos empleados

de acuerdo con el artículo 46, inciso b, de la Convención, decidió que “el Arrecife Blenheim constituye una circunstancia relevante en este caso que requiere el ajuste de la línea provisional equidistante” (para.245).

Una vez ajustada la línea de delimitación (para.248), el Tribunal llevó a cabo la tercera fase del proceso de delimitación consistente en el test de proporcionalidad cuyo objetivo “no es asegurar un resultado estrictamente proporcionado sino verificar una posible desproporción que pudiera conducir a una delimitación inequitativa” (para.252). Habida cuenta de que la ratio de las longitudes de las costas relevantes es de 1:1.033 a favor de Mauricio y de que la ratio de las áreas marítimas adjudicadas a las partes es de 1:0.960 a favor de Maldivas, la Sala, en una decisión un tanto cuestionable, determinó que “no existe desproporción significativa entre esta ratio y la ratio de las longitudes de las respectivas costas de las partes” (paras.253, 255, 256).

Por último, a propósito de la delimitación de la plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas, la Sala declaró, recurriendo a la jurisprudencia consolidada, que “su jurisdicción necesariamente comprende la plataforma continental en su conjunto, tanto si está dentro o más allá de las 200 millas marinas” (para.338), ya que “la parte de la plataforma continental dentro de las 200 millas no debería ser tratada como un área marítima separada y diferente de un Estado ribereño, dando lugar a dos controversias distintas” (para.340). Por consiguiente, concluyó que “su jurisdicción para delimitar la plataforma continental entre las partes incluye no solamente la plataforma continental hasta las 200 millas marinas sino también cualquier porción de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, incluyendo la ‘Región Norte del Archipiélago de Chagos’” (para.343). Sobre este particular, Maldivas objetaba que la pretensión de Mauricio de una plataforma continental extendida es inadmisibles por no haber presentado información completa a la Comisión de límites de la plataforma continental (CLPC), extremo que fue rechazado por el TIDM a la luz de la abundante jurisprudencia internacional en la materia (paras.376, 383).

A juicio de la Sala, la cuestión que debía resolver radicaba en “si las partes tienen derecho a una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas en el área concernida y, en tal caso, si esos derechos se solapan”, ya que, “si ese no es el caso, la Sala no puede proceder a la delimitación” (para.428). En este sentido, la Sala consideró que existe una “incertidumbre significativa” sobre la prolongación natural de Mauricio (para.448) y expuso que se debe ejercer una especial precaución en este caso, dado que “puede existir un riesgo de perjuicio para los intereses de la comunidad internacional en la Zona y para el principio de patrimonio de la humanidad” (para.453). A mayor abundamiento, la Comisión no es capaz en este caso de hacer recomendaciones a las partes en virtud del artículo 76, apartado 8, de la CNUDM, por lo que “ninguna parte va a recibir recomendaciones de la Comisión y a establecer límites exteriores, definitivos y obligatorios, de sus plataformas continentales” (para.455). Por todo ello, el TIDM animó a cada parte a que diera su consentimiento para que la Comisión pudiera considerar las solicitudes de la otra y no procedió a “delimitar la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas entre Mauricio y Maldivas en el Océano Índico” (paras.456, 458).

En fin, la Sala del Tribunal, por unanimidad, decidió el trazado de una frontera marítima única para la zona económica exclusiva y la plataforma continental hasta las 200 millas marinas entre Mauricio y Maldivas y afirmó su jurisdicción para delimitar la plataforma continental

extendida, aunque puso de manifiesto que “no está en posición para determinar el derecho de Mauricio a una plataforma continental extendida en la Región Norte del Archipiélago de Chagos”, decidiendo, consecuentemente, no proceder a delimitar la plataforma continental extendida entre Mauricio y Maldivas (para.466)³.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Este trabajo ha tratado de poner de manifiesto este nuevo seguimiento por parte de uno de los tribunales internacionales implicados, el TIDM por medio de una Sala *ad hoc*, del método de delimitación marítima basado en la equidistancia/circunstancias relevantes y consistente en tres etapas bien asentadas: trazado de la línea provisional equidistante, posible corrección de ésta en función de las circunstancias relevantes y comprobación de que dicha línea no dé lugar a un resultado desproporcionado mediante el test de proporcionalidad.

Respecto del caso comentado cabe igualmente destacar la importancia del Arrecife Blenheim (situado al norte del Archipiélago de Chagos), que no ha sido empleado por el Tribunal como un punto de base, pero sí ha sido tomado en consideración en tanto que circunstancia relevante en la segunda fase del proceso de delimitación. Por otro lado, puede señalarse la omisión por el Tribunal de la importancia a efectos de delimitación marítima del hecho de que ambos sean Estados archipelágicos.

En fin, el aspecto más resaltante de esta sentencia es la situación de las islas (y de las aguas que desde ellas se proyectan) integrantes del archipiélago de Chagos —pendiente de descolonización por parte del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte— al suroeste de la frontera marítima trazada por el TIDM, es decir, dentro de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental adjudicadas a Mauricio. De este modo, esta sentencia debe ser aplaudida en la medida en que acoge plenamente la sentencia sobre excepciones preliminares dictada en enero de 2021.

3 La sentencia contó con tres declaraciones realizadas por los magistrados Paik (presidente de la Sala), Heidar y *ad hoc* Schrijver.

LAS OPINIONES DISIDENTES DE LOS ÁRBITROS: ¿UNA OPORTUNIDAD PARA ESPAÑA? (LA SOLICITUD DE ANULACIÓN EN *OPERAFUND* Y *WATKINS C. ESPAÑA*)*

FRANCISCO PASCUAL-VIVES**
y LAURA ARAGONÉS MOLINA***

I. HECHOS

Durante el año 2023 se han resuelto varios recursos de anulación planteados por el Reino de España (España) en arbitrajes sustanciados en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)¹, sustanciados, una vez más, en el marco de controversias sobre las medidas normativas adoptadas por España entre los años 2012-2014 en el sector de las energías renovables². En primer lugar, en *OperaFund* y *Schwab c. España* (en adelante, *OperaFund*), un órgano arbitral dictó un laudo que declaraba, por mayoría³, la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo y garantizar condiciones estables a la inversión, contenida en el art. 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)⁴ y le impuso una indemnización de 29,3 millones de dólares estadounidenses, más intereses. Y, en segundo lugar, en *Watkins Holdings y otros c. España* (en adelante, *Watkins*), el órgano arbitral declaró, también por mayoría⁵, la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de la misma obligación, imponiéndole una indemnización de más de 77 millones de euros, más intereses.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “El respeto de los derechos humanos y la actividad exterior de las empresas españolas: retos y respuestas desde el Derecho internacional” (Ref. PID2019-107311RB-I00).

** Profesor Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales y Director del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad de Alcalá (f.pascualvives@uah.es).

*** Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional público y Relaciones internacionales e investigadora del IELAT de la Universidad de Alcalá (laura.aragones@uah.es).

1 *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/44, Decisión sobre anulación de 21-2-2023); y *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (caso CIADI n° ARB/15/36, Decisión sobre anulación de 2-3-2023).

2 Ver nuestras anteriores crónicas en “Crónica de Derecho internacional público”: *REEI*, n° 35 (2018), pp. 19-28; n° 36 (2018), pp. 25-29; n° 37 (2019), pp. 20-24; n° 39 (2020), pp. 32-36; n° 40 (2020), pp. 20-23; n° 41 (2021), pp. 25-28; n° 44 (2022), pp. 34-39.

3 *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (caso CIADI n° ARB/15/36, Laudo de 6-9-2019). El laudo estuvo acompañado por una opinión disidente del árbitro Philippe Sands.

4 *BOE* de 17-5-1995.

5 *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/44, Laudo de 21-1-2020). El laudo estuvo acompañado por una opinión disidente de la árbitra Hélène Ruiz Fabri.

España solicitó la anulación de ambos laudos alegando tres de las cinco causales de anulación previstas en el art. 52.1 del Convenio CIADI, a saber: extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal; quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y falta de expresión de los motivos en que se funda el laudo. En ambos casos, los comités *ad hoc* rechazaron la solicitud de España.

En este comentario nos centramos en el estudio de la causal basada en la falta de falta de expresión de los motivos en que se funda el laudo (art. 52.1.e) del Convenio CIADI), pues resulta especialmente relevante por dos razones. Primera, porque los árbitros disidentes discreparon de la decisión de la mayoría sobre el incumplimiento de España de su obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión (al considerar que esta conclusión no estaba suficientemente motivada); y, segunda, por la inextricable relación entre los aspectos sustantivos y procesales en esta causal de anulación, que puede llevar a un comité a traspasar los límites de su función.

II. LA DECISIÓN NO UNÁNIME DE LOS ÓRGANOS ARBITRALES EN *OPERAFUND Y WATKINS*

Tanto en *OperaFund* como en *Watkins*, los órganos arbitrales adoptaron su decisión sobre la responsabilidad internacional de España por mayoría, no por unanimidad. Los árbitros disidentes expresaron los motivos de sus discrepancias en sendas opiniones.

En *OperaFund*, el árbitro Ph. Sands señaló que, aunque estaba conforme con la decisión de la mayoría sobre la jurisdicción del CIADI, excepto en lo referente a la medida fiscal impuesta por España (Impuesto sobre el Valor de la Producción de Energía Eléctrica), disintió respecto a la declaración de responsabilidad del Estado y a la cuantificación de los daños por incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo a la inversión (art. 10.1 del TCE), pues se basaba en ciertas conclusiones de hecho que, según el árbitro disidente, no tenían sustento alguno en las pruebas que obraban en el expediente y habían sido alcanzadas sin razonamiento ni explicación⁶. En particular, se refirió a la interpretación de las legítimas expectativas del inversor extranjero y a los principios aplicados por el órgano arbitral para determinar si se violó o no este estándar, así como a la diligencia debida que debían haber empleado las demandantes. En su opinión, la conclusión de la mayoría no se sustentaba en pruebas fehacientes, por lo que la decisión carecía de motivación⁷.

En *Watkins*, la árbitra H. Ruiz Fabri declaró su conformidad con la conclusión de la mayoría en cuanto a la jurisdicción del CIADI en los mismos términos que el árbitro Ph. Sands en *OperaFund*. Su discrepancia radicaba también en la declaración de responsabilidad del Estado y en la cuantificación de los daños por incumplimiento de la obligación contenida en el art. 10.1 del TCE, ya que consideró que la mayoría no había fundamentado suficientemente su conclusión sobre este punto: “*the judicial function of an international investment tribunal*

6 *Opinión disidente sobre responsabilidad y daños*, Ph. Sands, párr. 2.

7 *Ibid.*, ver esp. párrs. 37 y 43.

*entails a duty of legal reasoning that goes far beyond the exercise of qualifying certain awards as convincing or discarding the reasons of others as non-satisfactory*⁸. Ruiz Fabri se centró en la interpretación de las legítimas expectativas de los inversores de manera similar a la fundamentación de Sands en el caso anteriormente citado.

De las tres causales invocadas por España, los argumentos relativos a la falta de expresión de motivos en que se funda el laudo encuentran una evidente similitud con los fundamentos expresados en las opiniones disidentes de los árbitros. Esto es, pareciera que España habría encontrado en estas opiniones disidentes un asidero jurídico sobre el que fundamentar su solicitud de anulación. Por esta razón, a continuación, analizaremos esta causal.

III. LA FALTA DE EXPRESIÓN DE LOS MOTIVOS EN QUE SE FUNDA EL LAUDO

En ambos casos España alegó que el órgano arbitral no había justificado suficientemente su conclusión sobre la inaplicabilidad del derecho de la Unión Europea (UE) al fondo del asunto, argumento sobre el que no hubo discrepancia entre los miembros del órgano arbitral al rechazarlo en el laudo. En cambio, la supuesta falta de motivación sobre el incumplimiento de la obligación sustantiva de brindar un trato justo y equitativo a la inversión generó discrepancias entre los árbitros.

La causal de anulación basada en la falta de expresión de motivos presenta la dificultad de discernir los límites de la función de un comité *ad hoc* para no convertir a la anulación en una apelación, expresamente excluida de la jurisdicción del CIADI (art. 53.1 Convenio CIADI)⁹. Para ello, es fundamental que los comités establezcan claramente el alcance del estándar aplicable.

Tanto en *OperaFund* como en *Watkins*, los comités coincidieron sustancialmente en la función limitada que tenían al abordar esta causal. En *OperaFund*, el comité afirmó que la expresión de los motivos en que se funda el laudo no era un requisito que impusiera un listón alto, sino un requisito mínimo que podía cumplirse en ausencia de contradicciones o motivos frívolos¹⁰. Además, cualquier alegación sobre un “razonamiento inadecuado” del laudo no era aplicable, habida cuenta de que el procedimiento de anulación no era un recurso de apelación que permitiera corregir un error de hecho o de derecho¹¹. El estándar aplicable también consistía en que las partes fueran capaces de comprender el razonamiento de la conclusión alcanzada por el órgano arbitral¹², como también el comité debía comprender el razonamiento aplicado¹³. Por

8 *Dissent on liability and quantum*, H. Ruiz Fabri, párr. 4.

9 Como señaló el comité en relación con ciertos argumentos presentados por España “*the issue in this proceeding is not one of right or wrong on the merits; it concerns the reasons stated in the Award*”: ver *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (Decisión de 21-2-2023, párr. 443).

10 *Ibid.*, párr. 397.

11 *Ibid.*, párr. 398.

12 *Ibid.*, párrs. 399-400.

13 *Ibid.*, párr. 400.

último, la ausencia de un pronunciamiento sobre una cuestión suscitada por las partes solo era causa relevante para la anulación, cuando esta ausencia impidiera comprender el laudo¹⁴.

El comité en *Watkins* añadió que la fundamentación del laudo no tenía por qué ser una larga narración de todos los aspectos técnicos de las consideraciones que dieron lugar a la decisión, siempre que se pudieran identificar los puntos clave y se conectaran con la conclusión, como tampoco era necesario que abordara todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino más bien respondiera a las posiciones y teorías subyacentes de las partes¹⁵. Finalmente, tampoco cabía esperar que la falta de motivos sobre aspectos que no afectaran a la decisión fuera motivo para la anulación del laudo¹⁶.

En ambos casos España deslizó argumentos que, en definitiva, correspondían con los argumentos de los árbitros disidentes. En *Watkins*, por ejemplo, alegó que el órgano arbitral no tuvo en cuenta la fecha en que se realizó la inversión, a pesar de su relevancia para valorar la intensidad de las expectativas que pudiera albergar el inversor¹⁷, ni las particularidades de la energía eólica sobre la que versaba la inversión a diferencia de otros precedentes en los que España era parte y que el órgano arbitral había tomado como referencia en su laudo¹⁸, o la valoración de la proporcionalidad de las medidas normativas adoptadas por España¹⁹. De hecho, en ambos casos el propio comité rebatió expresamente algunos argumentos de España y de los árbitros disidentes²⁰.

Finalmente, tras reconocer que el laudo fue adoptado por mayoría y aplicando el estándar fijado, ambos comités concluyeron que el órgano arbitral había fundamentado suficientemente su decisión y, por tanto, no había lugar a la anulación. No obstante, conviene advertir que, mientras en *Watkins* el comité decidió que cada parte sufragara sus propias costas y a partes iguales los gastos del procedimiento de anulación, considerando que la solicitud de España estaba bien fundamentada²¹, en *OperaFund* impuso la totalidad de los gastos derivados del procedimiento a España, además de una cantidad de las costas de las demandantes basándose en lo acordado por ellas²².

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La fundamentación de las decisiones judiciales o arbitrales es un requisito imprescindible para obtener una tutela judicial efectiva, no solo porque permite controlar que el órgano decisor no

14 Ibid., párr. 401.

15 *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (Decisión de 2-3-2023, párr. 133).

16 Ibid., párr. 134.

17 Ibid., párrs. 145 y 174. Cfr. *Dissent on liability and quantum*, Ruiz Fabri, párrs. 12-15.

18 Ibid., párrs. 145 y 184. Cfr. *Dissent on liability and quantum*, Ruiz Fabri, párr. 4.

19 Ibid., párrs. 145 y 191. Cfr. *Dissent on liability and quantum*, Ruiz Fabri, párrs. 14-15.

20 *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (Decisión de 2-3-2023, párrs. 156 y 187); *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (caso CIADI nº ARB/15/36, Decisión de 21-2-2023, párrs. 409 y 448).

21 *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (Decisión de 2-3-2023, párr. 318).

22 *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. España* (Decisión de 21-2-2023, párr. 615).

ha actuado arbitrariamente, sino porque dar a conocer los motivos de su decisión permitirá a las partes interesadas decidir si procede plantear un recurso con ella.

En los casos comentados, España ha encontrado en las opiniones disidentes de los árbitros una ventana de oportunidad para solicitar la anulación de estos laudos que declaraban su responsabilidad, como ha sido la práctica frecuente en la “saga de las renovables”. Conviene señalar que en ambos casos los árbitros disidentes habían sido nombrados por España para constituir el órgano arbitral, conforme a la autonomía de la voluntad de las partes que caracteriza al arbitraje CIADI y que avala su normativa (art. 37 del Convenio CIADI).

Esto nos lleva a plantear una reflexión más general (que por razones de espacio no se puede desarrollar en este lugar) sobre dos cuestiones. Primera, sobre la finalidad de las opiniones disidentes y su repercusión en la percepción pública de la legitimidad del laudo. Y, segunda, sobre las cualidades de independencia e imparcialidad que se exigen de los árbitros en el desempeño de su función (art. 14.1 del Convenio CIADI), a menudo objeto de crítica en el arbitraje de inversiones.

Ambas cuestiones afectan a la confianza de inversores y Estados en este mecanismo de arreglo de controversias. Como señaló el árbitro Sands en su opinión disidente, “el sistema de arbitraje inversor-Estado es una criatura frágil que atrae una mirada cada vez más crítica”²³. Por ello, aunque emitir una opinión disidente es una prerrogativa de los árbitros inherente a su función, convendría evitarlas mediante un mayor esfuerzo en alcanzar consensos en el seno del órgano arbitral, impidiendo la fragmentación en la interpretación de las normas. Asimismo, el mecanismo de anulación puede contribuir a reforzar la confianza y legitimidad del arbitraje de inversiones; primero, porque la composición del comité no depende de la voluntad de las partes en el proceso (art. 52.3 Convenio CIADI), lo que refuerza la percepción de imparcialidad e independencia de los árbitros; y, segundo, porque su pronunciamiento puede ayudar a unificar criterios y reforzar la garantía de la corrección de la decisión de la mayoría, aunque siempre dentro de los límites de su función.

23 *Opinión disidente sobre responsabilidad y daños*, Ph. Sands, párr. 3.

LA OBLIGACIÓN DE ELEGIR A LOS MIEMBROS DEL CGPJ: SENTENCIA DEL TEDH DE 22 DE JUNIO DE 2023, ASUNTO LORENZO BRAGADO Y OTROS C. ESPAÑA

MARÍA GARCÍA CASAS*

I. HECHOS

El 22 de junio de 2023, la Sección 5ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló sobre el fondo del asunto Lorenzo Bragado y otros c. España, que aunaba seis demandas interpuestas contra el Reino de España el 22 de octubre de 2021¹, derivadas de la inadmisión de un recurso de amparo por el Tribunal Constitucional. Los recurrentes ante el TEDH y en amparo ante el TC, son seis jueces españoles que, en el año 2018, presentaron sus candidaturas para integrar el Consejo General del Poder Judicial, cuya renovación aún no se ha producido, y se encontraban en la lista final de candidatos para ser elegidos por las Cortes Generales.

El recurso de amparo se presentó en octubre de 2020, por la vulneración del derecho de acceso a la función pública, previsto por el artículo 23.2 de la Constitución, provocada por la inacción de las Cortes en el proceso de renovación del Consejo durante más de dos años. De acuerdo con los recurrentes en amparo, la falta de convocatoria de sesiones plenarias con el objetivo de acordar la renovación del CGPJ implicó para ellos la necesidad de mantener su estatus profesional con vistas a seguir cumpliendo con las condiciones necesarias para su eventual nombramiento. Asimismo, los demandantes justificaron la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo en el informe que la Comisión Europea emitió sobre el Estado de Derecho en España y en la falta de correspondencia entre la composición del CGPJ y la del Congreso y el Senado. El Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de amparo en abril de 2021 por extemporáneo, al considerar que el plazo de seis meses en el que debe presentarse comenzó en la fecha del fin del mandato del CGPJ, diciembre de 2018, e incluso si se considerara que la renovación del órgano debía seguir a la constitución de una nueva legislatura, también sería extemporáneo, pues la legislatura comenzó en diciembre de 2019.

Los jueces demandantes alegan que la inadmisibilidad de su recurso de amparo por extemporaneidad —al haber transcurrido los tres meses que impone el artículo 42 de la LOTC, de acuerdo con la interpretación del TC— vulnera su derecho a un proceso equitativo. La decisión del TC no era admisible por no apoyarse en ninguna jurisprudencia previa y, de hecho, contradecía una sentencia previa del año 2014 acerca de la no aplicación del plazo de presentación del recurso en contextos de inactividad.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional público de la Universidad Autónoma de Madrid, maria.garciac@uam.es

1 Se trata de las demandas presentadas por los jueces Juan Luis Lorenzo Bragado, Manuel María Jaén Vallejo, Mónica García de Yzaguirre, Rafael Estévez Benito, María Tardón Olmos y José Antonio Baena Sierra.

El Gobierno consideró que la demanda ante el TEDH no puede ser admitida porque los demandantes en amparo estaban alegando la vulneración de derechos puramente políticos, no civiles. Para los demandantes, el recurso de amparo se refería claramente a un derecho de naturaleza civil —no político— en tanto que traía su causa de un proceso de selección en el que debía considerarse el cumplimiento de unos requisitos fijados por ley; el único elemento político que tenía era el contexto de falta de renovación del Consejo General del Poder Judicial a causa de la actitud de algunos grupos parlamentarios. En este sentido, la renovación del CGPJ es una función no legislativa del Parlamento y un control judicial sobre esta, en nada afecta a sus funciones legislativas.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

El TEDH señala que la cuestión principal que plantea esta demanda es la aplicación del artículo 6 del CEDH, en su rama civil, a una disputa que surge por no llevarse a cabo el procedimiento parlamentario necesario para la renovación del órgano de gobierno de los jueces; es decir, se debe determinar si la demanda está fundamentada en un derecho reconocido por el ordenamiento doméstico, con independencia de si está también protegido por el CEDH. Para que el TEDH pueda determinar la vulneración del artículo 6 del CEDH, es necesario partir de un derecho —ya sea sustantivo o procesal— en el ordenamiento doméstico, pues no puede el TEDH crear derechos a través de la interpretación del artículo 6. Sin embargo, para considerar aplicable el artículo 6, es suficiente con mostrar una base legal en el ordenamiento nacional que podría defenderse ante un tribunal, con independencia de si hubiera tenido éxito esa reclamación de haber sido atendida por un tribunal.

Para resolver si los demandantes son titulares de un derecho en el ordenamiento nacional que no fue atendido por el TC, el TEDH se apoya en la configuración del proceso para nombrar a los miembros del CGPJ que prevé, necesariamente, la votación de entre una lista de jueces candidatos en una sesión plenaria y en un marco temporal específico. Es requisito para su elección que los jueces candidatos se encuentren en activo durante el proceso de selección. Entiende el TEDH que los demandantes se encontraron en un estado de incertidumbre con respecto a una oportunidad profesional para su carrera durante un tiempo prolongado. Por todo ello, el tribunal considera que los argumentos de los demandantes ante el TC eran suficientemente defendibles y que se puede argumentar de forma razonable que en el ordenamiento español existe un derecho a que la lista final de las candidaturas al CGPJ sea examinada por las Cortes en el plazo debido.

Sobre el carácter civil o político de ese derecho, el TEDH indica que esa sí es un concepto propio de la Convención y, como tal, debe analizarlo. El Gobierno español alegaba que el derecho cuya protección los demandantes pedían al TC y la omisión imputada a las Cortes tienen una naturaleza estrictamente política. En este punto el TEDH recuerda que el catálogo de derechos protegidos por el CEDH y el Protocolo nº1 contiene derechos civiles y políticos y que las controversias originadas por derechos políticos no entran dentro del ámbito del artículo 6 del CEDH, definido en el Convenio como el derecho a que un Tribunal decida sobre “derechos y obligaciones de carácter civil”. Sin embargo, en este asunto, el TEDH indica que los recurrentes en amparo no buscaban la protección de derechos políticos, ni en el sentido del CEDH y el Protocolo ni en el ordenamiento español, en tanto que la pretendida pertenencia al CGPJ

no implica el ejercicio de derechos políticos ni afectaba a obligaciones de carácter político; por el contrario, el nombramiento como miembros del CGPJ les excluiría de la asunción de responsabilidades políticas. Tampoco el proceso de elegir a los integrantes del CGPJ debería ser político, ni politizado, en tanto que la función del parlamento en este proceso no afecta a su función legislativa.

Una vez aclarada la existencia de un derecho en el ordenamiento nacional, debe atenderse a una cuestión conexas, señalada por el Gobierno español: si a ese derecho le acompaña un derecho procesal que pudiera reclamarse ante los tribunales. El Gobierno objeta precisamente esa circunstancia, alegando que la condición de funcionarios públicos de los demandantes les excluye de beneficiarse de la protección prevista por el artículo 6 CEDH, en consecuencia, la pretensión de los demandantes no supera el test *Eskelinen*². Al respecto, el TEDH recuerda que el test *Eskelinen* consta de dos condiciones que deben darse: que el ordenamiento nacional haya excluido del derecho de acceso a la justicia las controversias relativas al puesto o categoría profesional en cuestión y que esa exclusión se justifique de forma objetiva por el interés del Estado. Al aplicar el test a las circunstancias del caso, el TEDH estima que la primera condición no se cumple. Según el Gobierno, el artículo 42 de la LOTC, al permitir sólo el recurso de amparo frente a decisiones o actos sin valor de Ley emanados de las Cortes, está excluyendo estos del ámbito competencial de los jueces. Sin embargo, el TEDH señala que el Gobierno no discute que ese artículo esté proporcionando un recurso frente a la violación de derechos constitucionales, por tanto, incluso aunque el ámbito de la revisión sea reducido, no hay una exclusión clara del acceso a la justicia por lo que se refiere a estas controversias. Además, el TEDH entiende que el recurso de amparo configurado en nuestro ordenamiento abarca también las omisiones imputables al Parlamento o a sus órganos y que, en este caso, no afectaba a la función legislativa de éste. Por estas razones, el TEDH entiende que el Gobierno no ha presentado pruebas suficientes para considerar que el ordenamiento excluya la pretensión de los recurrentes en amparo del acceso a la justicia y, como tal, no supera la primera condición del test.

Una vez afirmada la existencia de un derecho en el ordenamiento nacional que pueda hacer aplicable el artículo 6 del CEDH, el TEDH procede a analizar la posible vulneración de este artículo por parte del Tribunal Constitucional, al inadmitir el recurso de amparo por extemporáneo. La sentencia parte de que las condiciones de admisibilidad de recursos de casación o amparo pueden ser más estrictas que las de los recursos ordinarios, pero no cabe admitir una discrecionalidad ilimitada al respecto. Además, teniendo en cuenta que el recurso de amparo era la única vía por la que los particulares podían reclamar su derecho y la aparente rareza de las cuestiones que fundamentaban su recurso de amparo, era razonable esperar que un rechazo del recurso exclusivamente por extemporáneo contara con una explicación adecuada. Sin embargo, el TC señala como el *dies a quo* el día en que comenzó la decimocuarta legislatura (el 4 de diciembre de 2019) sin explicar por qué, cuando no era una interpretación previsible del artículo 42 LOTC.

2 Con esta denominación se hace referencia a la doctrina del TEDH acerca del ámbito de aplicación del artículo 6 del CEDH con respecto a los funcionarios del Estado. En la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto Vilho Eskelinen y otros c. Finlandia, el TEDH introdujo dos criterios que deben cumplirse para sustraer los conflictos con los empleados públicos de las garantías del artículo 6 del CEDH.

Es precisamente la interpretación imprevisible y el impacto adverso que esta produjo en el acceso a la justicia de los demandantes, para reclamar la protección de los derechos civiles, lo que constituye para el TEDH una vulneración del derecho protegido por el artículo 6 del CEDH.

III. CONCLUSIONES

Este pronunciamiento se refiere a una cuestión, el procedimiento de nombramiento de los miembros del CGPJ, que ha sido objeto de múltiples comentarios y críticas, no sólo en el espacio público español sino también por parte de la Comisión Europea, la Comisión de Venecia y el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa. Como marcaba el contenido de la demanda, el TEDH no se pronuncia acerca de este controvertido procedimiento, pero sí contiene dos aseveraciones que deberían ser tenidas en cuenta, más allá de las posibles vías de ejecución del fallo.

La primera es la afirmación de que las Cortes deben realizar su elección a partir de la lista final de candidatos en el plazo previsto por la ley. La obligatoriedad del cumplimiento de esa función, dispuesta por la Ley Orgánica del Poder Judicial, genera, en consecuencia, un derecho subjetivo de los candidatos incluidos en la lista final a que el Parlamento lleve a cabo la selección. Ahonda el TEDH en que el cumplimiento de este mandato no forma parte de las actividades legislativas de las cámaras y, en tanto que función no legislativa, es una actividad susceptible de revisión por los tribunales. Teniendo en cuenta que el incumplimiento alcanza ya los cinco años, este pronunciamiento debería al menos incomodar a los parlamentarios. Por otro lado, la afirmación del TEDH de que la elección de los miembros del CGPJ es una función de carácter no político asignada a las Cortes Generales nos hace preguntarnos —junto con tantos otros— si es necesario reservar al Parlamento el ejercicio de una función a la que se le niega el carácter político, cuando éste sin duda atenderá a la configuración política de las cámaras.

Por último, aunque el trasfondo del pronunciamiento requería el análisis de la existencia de un derecho de carácter civil en el ordenamiento interno, no debemos perder de vista que la vulneración del derecho fundamental se produce, a juicio del TEDH, por la falta de argumentación del TC al inadmitir el recurso de amparo. La mayoría de los jueces del TEDH consideran que un asunto de semejante calado, en el que la vía de amparo constitucional es la única vía de protección del derecho en cuestión, merecía al menos una mayor explicación al ser inadmitido por cuestiones procesales. Esta sentencia contiene, sin duda, una llamada de atención a los magistrados del TC. En palabras de la Presidenta del TEDH en su visita oficial al TC el pasado mes de octubre, indicó que esta sentencia “subraya que cuando se producen bloqueos a nivel político en relación con el nombramiento de jueces, los tribunales nacionales y europeos pueden tener que intervenir en defensa tanto de la independencia judicial como del buen funcionamiento de un Estado democrático de Derecho”³.

3 S. O’Leary, “El TEDH: contribución al espacio jurídico europeo y desafíos actuales”, Discurso en la Visita Oficial al Tribunal Constitucional de España, 5 de octubre de 2023. Disponible en: <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/speech-20231005-oleary-const-court-spain-spa>

LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA EN LA SEDE CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (SENTENCIA, CASO *BRÍTEZ ARCE ET AL. C. ARGENTINA*, DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2022).

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ*

I. HECHOS

El 18 de enero de 2023 se notificaba la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) en el caso *Brítez Arce et. al. c. Argentina*, adoptada el 16 de noviembre de 2022¹, la cual, entre otras cuestiones, constituye su primer pronunciamiento sobre la violencia obstétrica en casos contenciosos², en un ámbito regional pionero en su recepción en los desarrollos normativos nacionales.

La Sra. Brítez Arce, de 38 años, madre de E. M. A. y de V. V. A., de 15 y 12 años de edad, y embarazada de 40 semanas, falleció el 1 de junio de 1992 por un “paro cardio respiratorio no traumático” acontecido tras la hospitalización e inducción al parto de un feto, muerto de acuerdo con la ecografía practicada ese día, sin haber recibido información sobre el procedimiento a seguir tras esa constatación y habiendo tenido que esperar dos horas de las tres que duró el trabajo de parto sentada en una silla, con la correlativa situación de angustia y estrés. Durante el embarazo, había puesto de manifiesto un antecedente de preeclampsia en dos centros diferentes (uno de ellos el hospital en el que se produjeron los fatales hechos), y su peso había aumentado diez kilos, sin que en ninguna de las consultas, ecografías y monitoreos fetales realizados durante el estado de gravidez se estimare necesario calificar el embarazo de alto riesgo, ni formularle recomendación alguna de carácter dietético (paras. 1, 27-29 y 83). Alrededor de estos hechos se siguieron cinco procesos, cuatro de ellos penales y uno civil por daños y perjuicios, sin que ninguna de las acciones emprendidas y recursos planteados tuviera fallo favorable a los intereses de la familia de la fenecida (paras. 30-51).

* Profesora de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Murcia (evrubio@um.es).

1 Pronunciada sobre fondo, reparaciones y costas, su texto se halla disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_474_esp.pdf, y Comunicado, de 18 de enero de 2023, disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_02_2023.pdf. En este caso, la Corte estuvo integrada por cuatro jueces y dos juezas, puesto que la jueza Verónica Gómez, de nacionalidad argentina, no participó en su tramitación (artículo 19 del Reglamento de la Corte disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>). La última consulta de la totalidad de enlaces incorporados a este trabajo se produjo el 30 de octubre de 2023.

2 Previamente, la Corte se había pronunciado sobre esta violencia en su Opinión consultiva OC-29/22, sobre los *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*, de 30 de mayo de 2022, paras. 160-162, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf Sin mención explícita a ella, pueden citarse entre sus *antecedentes* en la Corte las Sentencias en los casos *I.V. c. Bolivia*, de 30 de noviembre de 2016, o *Manuela et al. c. El Salvador*, de 27 de julio de 2022.

Casi veinte años después de la presentación de la petición por E. M. A. y V. V. A ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), esta somete a la Corte las acciones y omisiones identificadas en su informe de fondo³ al haber “tenido en cuenta la necesidad de justicia para las víctimas, así como la posición de éstas respecto del envío del caso a la Corte Interamericana” (paras. 2-4).

En su contestación, el Estado argentino reconocería su responsabilidad internacional respecto de todos los hechos y las violaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)⁴, y del artículo 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará) (1994)⁵ (paras. 7, 14-15 y 18), ya aceptada en su primera respuesta a la notificación del informe de fondo⁶. Ello por su intención de “restituir su tradicional política de cooperación con el sistema interamericano”, resaltando que, por vía jurisprudencial, en su Derecho interno las recomendaciones de la CIDH, así como a los acuerdos de solución amistosa celebrados ante esta tienen carácter vinculante y son directamente ejecutables ante sus tribunales⁷. No obstante, discrepó de esta⁸ en el origen de la falta de avances, ya que, vistas las numerosas acciones efectuadas a título de garantías de no repetición⁹, este se hallaba en el rechazo de la contraparte a la determinación arbitral de la compensación pecuniaria; y, en su decisión de someter el caso a la Corte por lo erróneo de “desincentivar los esfuerzos de aquellos Estados que procuran el cumplimiento de las recomendaciones mientras el trámite aún está” en su sede, apuntando vías *mejores* para los pronunciamientos sobre las cuestiones de orden público interamericano¹⁰.

3 Véase CIDH, Informe No. 236/19. Caso 13.002, Informe de Fondo en el *caso Cristina Brítez Arce y familia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.Doc.264, de 6 de diciembre de 2019, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/britez_arce_ar/2_informe.pdf.

4 Con veinticuatro Estados Partes, Argentina depositó su instrumento de ratificación y su aceptación de la jurisdicción de la Corte el 5 de septiembre de 1984 (Véase: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm)

5 Argentina es uno de sus treinta y dos Estados Partes al haber depositado el 5 de julio de 1996 su instrumento de ratificación, siendo esta la fecha a partir de la cual se afirma la competencia de la Corte (Información extraída de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>)

6 Véase Escrito de contestación del Estado, de 20 de agosto de 2021, pp. 26 y 34-35, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/britez_arce_ar/4_contest.pdf. Ante ello, la Corte consideró “que hab(ia) cesado la controversia” (Sentencia, paras. 19 y 137.1), tal y como avanzó el Estado argentino.

7 *Ibid.*, p. 25. Sobre ello, véase RUIZ-MORALES, M. L., “El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 21, 2017, pp. 129-160, pp. 142-143. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.06>.

8 Véase CIDH, Escrito de sometimiento del caso, de 25 de febrero de 2021, p. 4, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/britez_arce_ar/1_som.pdf.

9 Entre ellas, la adopción de la Ley 25.929 de *Parto Humanizado*, de 25 de agosto de 2004, y del Decreto 2035/2015 con su *Reglamentación*, de 24 de septiembre de 2015, o la Ley 26.485 sobre la *Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*, de 11 de marzo de 2009.

10 *Ibid.*, pp. 26-34. Así, p. ej., señaló la mayor idoneidad de una opinión consultiva para que la Corte se *explayase* sobre la cuestión. Opción que despierta las sombras acerca de su alcance, salvo que se acoja fuera de toda duda el carácter vinculante de dichas opiniones a través del control de convencionalidad afirmado por la Corte (Véanse las posiciones críticas LÓPEZ ZAMORA, L. A., “Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Algunas Lecciones Provenien-

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El pronunciamiento conjunto por la Corte sobre el alcance de las violaciones de los derechos a la vida (art. 4.1 de la Convención Americana), a la integridad personal (art. 5.1) y a la salud (art. 26) de la Sra. Brítez, en relación con el art. 1.1 de dicho tratado (paras. 23), se escindiría en la parte resolutive entre las violaciones a los primeros y la violación al tercero, con diferente apoyo judicial¹¹. Corresponde indicar que sería la CIDH quien en el informe de fondo introduciría el examen relativo a los arts. 5.1 y 26 conforme al principio *iura novit curia*¹².

De nuevo, la Corte partió de la relación “inescindible” entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) (paras. 57, 59 y 69), para reiterar su fundamentación previa (Convención Americana y Carta de la Organización de Estados Americanos) sobre el carácter autónomo del derecho a la salud, respaldado por un “amplio consenso regional” evidenciado en diversos ordenamientos internos (para. 58). En esa suerte de prueba de la existencia de una norma consuetudinaria, llama la atención que, aun con citas en notas al hilo de los deberes especiales que surgen para el Estado ante una situación de especial vulnerabilidad como el embarazo y el posparto, así como de los principios que rigen los derechos de estas dos generaciones, ni la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948), que recoge el derecho a la protección de la salud y al bienestar en su art. IX, ni el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (1988), que hace lo propio en su art. 10, y del cual es Parte Argentina junto con otros diecisiete Estados¹³, fueran mentados siquiera en inciso. Sea como fuere, ello siguió siendo insuficiente para erosionar siquiera un ápice las posturas disidentes, constantes también, a favor de una posible justiciabilidad de los DESCAs por vía de la conexidad con los derechos de primera generación, pero en contra de su predicamento directo¹⁴.

Profundizando en la atención a la salud durante el embarazo, el parto y el postparto, la Corte procedió a reiterar sus pronunciamientos previos, con diversas referencias a instrumentos universales y práctica universal y regional, sobre las obligaciones estatales. Así, recordó el deber de proporcionar servicios de salud, incluidos los de emergencia, adecuados, especializados y diferenciados durante cada una de esas fases que garanticen la salud materna y prevengan su morbilidad y mortalidad, incidiendo en el respeto del derecho a la vida de la madre (para.

tes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre «Medio Ambiente y Derechos Humanos»”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 37, 2021, pp. 199-248, pp. 231-234, y VIO GROSSI, E., “La Naturaleza No Vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica UNADES*, vol. 2, 2018-2, pp. 200-214).

11 Sus consideraciones y la correspondiente responsabilidad argentina sobre las primeras recibieron el voto unánime de la Corte IDH, mientras que la segunda y correlativa responsabilidad obtuvieron cuatro votos a favor y las dos disensiones del juez Humberto Sierra Porto (Colombia) y la jueza Patricia Pérez Goldberg (Chile) (paras. 137.2 y 3).

12 Véase CIDH, Informe No. 236/19, *op. cit.*, paras. 54-55.

13 Depositó su instrumento de ratificación el 23 de octubre de 2003 (Información extraída de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>).

14 Sus argumentaciones, coincidentes con las anteriormente expresadas al respecto, se pueden consultar en Sentencia..., *op. cit.* en nota 1, pp. 40-41 y 42-47.

62-69). De ahí que, si se adoptan medidas, pero la mortalidad materna aumenta, como ocurrió en este caso tras 2019, se estime que hay violación de la misma (paras. 70-71 y 118). Por ende, insistió en el deber de satisfacer los elementos de disponibilidad, aceptabilidad, calidad y accesibilidad, deteniéndose en la accesibilidad de la información (para. 72), que implica la obligación, vulnerada en este caso, de informar plenamente a las mujeres durante el embarazo, el postparto y la lactancia sobre su condición médica, con información precisa, oportuna y adecuada sobre su salud reproductiva y materna, sin sesgos ni discriminación, incluyendo un plan de parto y respetando el derecho al contacto materno-filial (paras. 73 y 82-83).

La Corte mantuvo su posición previa de que “la falta de atención médica adecuada o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos pueden implicar” la violación de su derecho a la integridad, siendo posible que las mujeres sean sometidas a formas específicas de violencia, malos tratos o tortura en el contexto del embarazo (para. 74), como antesala de su mayor caracterización de la violencia obstétrica. Reiteró que esta comprende “todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente o de denegación de tratamiento, durante el embarazo o etapa previa, y durante el parto o postparto, en centros de salud públicos o privados”¹⁵, y es componente de la violencia de género que los Estados tienen la obligación de prevenir, sancionar y erradicar (art. 7 de la Convención de Belém do Pará), así como una vulneración del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en todos los ámbitos donde ha de tenerse en cuenta la especial vulnerabilidad derivada de situaciones de embarazo y período postparto (arts. 2 y 9 de la misma) (paras. 76-77). La cita al análisis que de esta violencia han hecho otras instancias internacionales (Relatorías Especiales sobre el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental y sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, con cita expresa al histórico Dictamen en el caso *S.F.M. c. España*, 2020¹⁶; y, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará) precedió a la afirmación de que esta “se expresa mayoritaria, aunque no exclusivamente, en un trato deshumanizado, irrespetuoso, abusivo o negligente hacia las mujeres embarazadas; en la denegación de tratamiento e información completa sobre el estado de salud y los tratamientos aplicables; en intervenciones forzadas o coaccionadas; y en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales, entre otras manifestaciones amenazantes” (para. 81).

15 La Corte reproduce la definición acogida por la CIDH (Véanse, CIDH, Informes *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*, Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17, de 17 de abril de 2017, para. 80, y, *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233/19, de 14 de noviembre de 2019, para. 181, disponibles en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MujeresIndigenas.pdf> y <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>.

16 Sobre este véase JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., “La violencia obstétrica como violación de derechos humanos: el caso S.F.M. contra España”, *Deusto Journal of Human Rights-Revista Deusto de derechos humanos*, vol. 7, 2021, pp. 157-178. El Comité ha adoptado dos dictámenes más sobre la responsabilidad derivada por actos de violencia obstétrica en los casos *N.A.E. c. España*, de 27 de junio de 2022 (CEDAW/C/82/D/149/2019, de 13 de julio de 2022), y *M.D.C.P. c. España*, de 24 de febrero de 2023 (Doc. CEDAW/C/84/DR/154/2020, de 7 de marzo de 2023). Vista la posición de nuestro Tribunal Constitucional hasta la fecha (p. ej., en las Sentencias 66/2022, de 2 de junio de 2022 (recurso de amparo 6313-2019), y 11/2023, de 23 de febrero de 2023 (recurso de amparo 899-2021), relativas a una misma situación de parto), cabe augurar que, lamentablemente, nuevos pronunciamientos de instancias supranacionales cuasi jurisdiccionales o jurisdiccionales se añadirán a estos.

A pesar de que la Corte, dado el alcance temporal de la Convención de Belém do Pará respecto de Argentina, no pudo estimar responsabilidad en su virtud, respaldó que los hechos del caso, donde a la paciente se la “perdió de vista” tras el diagnóstico de muerte del feto, constituían violencia obstétrica (paras. 84-85).

En cuanto a los derechos de la prole de la Sra. Brítez a la integridad personal (art. 5.1), a la protección de la familia (art. 17.1) y a la niñez (art. 19) respecto del art. 1.1 de la Convención Americana, introducidos los dos últimos por la Corte vía principio *iura novit curia* (para. 96), la reiteración de su jurisprudencia anterior llevó a la apreciación de los correlativos ilícitos (paras. 90-94), de entre los que se señala la falta de adopción de medidas que, ajustadas a sus características propias, propiciaran su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (con mención especial en este extremo a la Convención de los Derechos del Niño (y de la Niña), 1989) (para. 95).

Finalmente, ante el reconocimiento argentino, la Corte estimó innecesario ahondar en las violaciones de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (arts. 8.1 y 25.2 de la Convención Americana) respecto del art. 1.1 de dicha Convención y del art. 7 de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de E.M.A. y V.V.A., que fueron recogidas directamente en la parte resolutive de la sentencia¹⁷.

III. CONSIDERACIONES FINALES

En el ámbito interamericano esta sentencia ha supuesto un importante ahondamiento en la clarificación de las obligaciones existentes alrededor de la eliminación de la violencia obstétrica, así como la confirmación de la recepción judicial de su existencia a nivel supranacional en una decisión vinculante (y unánime, vista la ausencia de disidencia en este extremo). Por ende, a nivel universal, constituye un hito de remarcable trascendencia sobre su reconocimiento y las consiguientes obligaciones internacionales frente a esta violencia, principalmente discutida por los sectores profesionales a los que pertenecerían sus sujetos activos. No en balde se ha desvanecido el posible argumento de que son solo mecanismos y órganos supranacionales de carácter no jurisdiccional, junto a algunos Estados, quienes respaldan su consideración como expresión de la violencia de género.

Cierto es que la Corte podría haber empleado una sistemática diferente para poner de relieve el impacto de esta violencia sobre el respeto, entre otros, a los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud de las mujeres embarazadas o en períodos de parto y postparto (derecho este cuya apreciación autónoma no ha despertado reservas, al menos expresas, para Argentina). También, que la Corte podría haber aprovechado la oportunidad de ahondar en las obligaciones de los Estados relativas a la investigación y enjuiciamiento de los hechos en estos contextos, de cara a favorecer previsiones normativas internas mejor perfiladas y más eficaces. Teniendo presente alguno de sus casos pendientes, posiblemente, no tarde demasiado en hacerlo.

17 Véase Parte IX. *Puntos resolutive*, para. 137.4, adoptado por unanimidad.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – SECCIÓN 5ª) Nº 1038/2023 Y Nº 1079/2023, DE 18 DE JULIO DE 2023: LOS “JUICIOS POR EL CLIMA 1.0 Y 2.0”

ROSA M. FERNÁNDEZ EGEA*

I. ANTECEDENTES

El 18 y el 24 de julio de 2023 la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español (TS) emitió las sentencias que daban respuesta a los recursos planteados por tres organizaciones ecologistas (Greenpeace, Ecologistas en Acción y Oxfam Intermón) contra el Gobierno español, conocidos como los “Juicios por el Clima 1.0 y 2.0”, respectivamente¹.

Estas sentencias se incardinan dentro de la “litigación climática”, fenómeno que está teniendo lugar ante todo tipo de tribunales, ya sean nacionales o internacionales, y que tienen por objeto reivindicar una mayor y más intensa actuación por parte de los poderes públicos en la adopción de medidas para luchar contra el cambio climático y remediar sus efectos. Ello se debe a que los Estados, y entre ellos, los industrializados, tienen una mayor responsabilidad histórica en término de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) y una mayor capacidad económica para hacerlo, pero no están siendo lo suficientemente ambiciosos para evitar los graves riesgos que lleva aparejado este fenómeno. España se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad a los impactos del calentamiento global, por lo que no debe extrañarnos que también se haya cuestionado la actuación del Gobierno español en materia de reducción de GEI. Paradójicamente, no obstante, estos casos de litigación climática se han interpuesto contra el Gobierno nacional que más ha avanzado, hasta la fecha, en materia climática en este país.

A diferencia de otros casos y litigios acaecidos ante las más altas esferas judiciales en países de nuestro entorno más cercano, así como en otras partes del mundo, el TS español ha desestimado los dos recursos planteados atendiendo a una serie de razones. El presente análisis se centrará en los razonamientos que afectan a la normativa internacional y europea en materia de cambio climático.

* Profesora Titular de Derecho internacional público de la Universidad Autónoma de Madrid (rosamaria.fernandez@uam.es).

¹ Doreste Hernández, J./Ruíz-Huerta García de Viedma, L., “Los ‘Juicios por el clima’ o cómo la litigación climática en España se estrelló contra el principio de la separación de poderes”, en Peñalver Cabre, A., *El papel de la ciudadanía y de los jueces en la litigación climática*, en prensa.

II. PRINCIPALES ARGUMENTOS PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

La principal argumentación de las partes reclamantes es que la reducción del 23% de GEI no permite cumplir con el objetivo de temperatura incluido en el artículo 2 del Acuerdo de París (AP), que establece que la temperatura global no debería incrementarse más allá de 2 grados centígrado, así como insta a todas las partes a esforzarse para que este incremento no supere los 1,5 grados.

El motivo es que un incremento de temperatura tal supondrá someter a nuestro planeta a unos riesgos que, de producirse, provocarían unos daños irreversibles y de extrema gravedad para todos los ecosistemas y seres vivos, incluidos los seres humanos. Así ha sido afirmado de forma tajante por el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) en los informes que lleva realizando en las últimas décadas². Para ello, las recurrentes sostienen que a un país como España, le corresponde una reducción de, al menos el 55% de emisiones GEI, a conseguir para 2030, que es el objetivo fijado por la Unión Europea. La normativa española recurrida, en cambio, prevé una reducción del 23% para dicha fecha.

El primer recurso en el tiempo (“Juicio por el Clima 1.0”) se interpuso en septiembre de 2020 ante una inacción climática del Gobierno, por no haber aprobado el preceptivo Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC), en cumplimiento de la normativa climática internacional y europea. Tal inacción terminó en marzo de 2021 con la aprobación del PNIEC, y antes de que el TS entrara a conocer del asunto. Esta circunstancia pudo haber dejado sin objeto al recurso (tal y como solicitó la Abogacía del Estado). No obstante, contra todo pronóstico, el Tribunal aceptó el argumento de las recurrentes que sostuvieron que el recurso no solo contemplaba la omisión “formal” de la falta del PNIEC, sino una omisión “material”, por cuanto la reducción de GEI recogida en el PNIEC (23% para 2030) era claramente insuficiente para cumplir con los objetivos climáticos internacionales.

El segundo recurso (“Juicio por el Clima 2.0”) tenía como objeto que se condenara a la Administración central a revisar los objetivos de mitigación establecidos en el PNIEC y acompañarlos a la legalidad internacional, esto es, a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) y al AP. En particular, se solicitaba elevar el 23% de reducción de GEI previsto en el PNIEC a un porcentaje no inferior al 55% para 2030, respecto de los valores de 1990, para garantizar el respeto a los derechos humanos y un medio ambiente sano.

Por lo tanto, en ambos recursos se trataba de denunciar la insuficiente actuación del Gobierno para mitigar el cambio climático, centrada en el porcentaje de reducción de GEI previsto, para ajustarlo a la legalidad internacional en esta materia. Por este motivo, aunque formalmente las sentencias sean dos, es cierto que las razones para desestimarlas han sido prácticamente las mismas. En este sentido, se hará un tratamiento unitario de los argumentos presentes en ambas sentencias, si bien ha de señalarse que la exposición de los argumentos ha sido más clara, ordenada y rigurosa en la primera de ellas.

2 Los informes del IPCC pueden consultarse en: http://www.ipcc.ch/home_languages_main_spanish.shtml.

III. ARGUMENTOS MÁS RELEVANTES POR LOS CUALES SE HAN DES-ESTIMADO LOS RECURSOS

La formulación imprecisa y no vinculante de los compromisos internacionales climáticos y el amplio margen de discrecionalidad de las Partes en el Acuerdo

A la hora de comprobar si la actuación del Gobierno ha incumplido la legalidad internacional, el TS acoge la argumentación de la Abogacía del Estado al considerar que es vital determinar el carácter vinculante del porcentaje de reducción requerido por la parte demandante (55%). Y es en este punto donde las sentencias cobran interés a efectos de este comentario pues en ellas se lleva a cabo un estudio sobre la naturaleza vinculante de la normativa climática internacional.

Al examinar el carácter vinculante de los compromisos asumidos por España con la ratificación del AP, el TS considera que buena parte del texto tienen naturaleza de *soft law*; y que los escasos compromisos que contiene se han formulado “con una gran indefinición” (STS “Juicio por el Clima 2.0”, p. 64). Tampoco incorpora el Acuerdo un objetivo (porcentaje) de reducción de emisiones GEI concreto, sino que su determinación se deja a la decisión de cada una de las partes, que hacen pública a través de las contribuciones determinadas a nivel nacional (NDC, por sus siglas en inglés). De esta forma, en las sentencias se afirma que, a la hora de cumplir con el AP, los Estados cuentan con un “amplio margen de libertad” para autoimponerse unas obligaciones de reducción de GEI “lo suficientemente significativas como para alcanzar ese logro conjunto” (STS “Juicio por el Clima 1.0”, p. 28).

El TS es consciente de que el AP sí que requiere que los Estados parte cumplan con una serie de obligaciones procedimentales. La más importante a efectos de mitigación (reducción de emisiones GEI) es la de presentar las NDC cada cinco años, reflejando cada vez una mayor progresión en la ambición de los compromisos autoimpuestos (art. 4 AP). Estos extremos formales, sí podrían ser objeto de fiscalización por parte de los jueces. Pero, a la vista de la inexistencia de un porcentaje de reducción de emisiones de GEI a nivel internacional y la indefinición del resto de obligaciones, el TS termina por afirmar que el PNIEC cumple con la normativa internacional climática (AP y CMNUCC).

El cumplimiento del AP bajo la “burbuja comunitaria” y la “bendición” europea de la actuación del Gobierno

Otro de los argumentos clave para desestimar los recursos es el hecho de que el PNIEC fue notificado a la Comisión Europea, que lo consideró conforme con la normativa climática de la UE y, por ende, significa que también es conforme con el Derecho internacional climático (STS “Juicio por el Clima 2.0”, p. 72). Efectivamente, al igual que los sus Estados miembros, la Unión Europea (UE) es parte del AP y debe cumplir con este acuerdo internacional. El AP, además, admite que se lleve a cabo un cumplimiento conjunto cuando se trata de organizaciones de integración, como es el caso de la UE (art. 4.16 AP). Esto es lo que explica que se sólo la UE la que remita la NDC, en al que se incardinan los compromisos individuales de sus Estados miembros y de la propia Unión. A esta posibilidad se la conoce como “burbuja comunitaria”.

De esta manera, el TS señala que España se comprometió a cumplir con el AP en el marco del reparto de esfuerzos fijado por la UE, que, a diferencia del AP, sí establece obligaciones concretas. Sostiene que si se alteraran los porcentajes de reducción por parte de España se abocaría al Gobierno a renegociar esta política en el seno de la Unión (id., p. 55). Es más, a juicio del TS, afirmar que España incumple con el AP significa que la propia Unión está incumpliendo con sus compromisos climáticos internacionales. En este punto el TS reprocha que la parte demandante no haya cuestionado las medidas adoptadas por la Unión. Tal vez este tribunal podría haber planteado una cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia de la UE para salir de dudas.

Así, el TS concluye que no puede sustituir la discrecionalidad y flexibilidad del texto internacional ni pueden sustituir los parámetros de control establecidos a nivel internacional y europeo.

El objetivo del “desarrollo sostenible” y la valoración de los efectos de las medidas climáticas sobre la economía

Otro de los argumentos que merecen atención, pero que sólo ha surgido en la segunda de las sentencias, es que, según el TS, en los tratados internacionales de materias como las del cambio climático, los compromisos se adoptan de forma poco definida porque afectan a las economías de los Estados. En este punto, el Tribunal destaca la importancia del principio del desarrollo sostenible, presente en los textos internacionales ambientales, que implica mantener un equilibrio entre las medidas de mitigación del cambio climático y el mantenimiento del bienestar de los ciudadanos.

El TS afirma que las consecuencias de la implementación de las medidas de reducción de GEI para la economía son evidentes y que requieren una ponderación con los efectos para la propia economía nacional, pues, al afectar especialmente al sector energético, afecta necesariamente a todas las facetas de la vida económica. En su opinión, si la UE no está siendo más ambiciosa (y con ello España, cobijada bajo el “paraguas europeo”) es porque se tienen en cuenta estas cuestiones (id., p. 74).

Reprocha también que no se haya hecho un examen exhaustivo de los efectos de las medidas climáticas sobre las economías de los países, ni se hayan considerado las privaciones que ello conllevaría para la ciudadanía (id., p. 68). Según el TS no puede afirmarse que las medidas de mitigación no son suficientes si se desconoce si se ha guardado la necesaria ponderación en relación con los efectos que estas medidas pueden tener para nuestras sociedades actuales. En cambio, en lo relativo a los efectos sobre los derechos fundamentales de las medidas adoptadas por el Gobierno, de escasa ambición climática, el TS ha evitado pronunciarse. Se limitó a afirmar que al no existir una necesidad de imponer un porcentaje de reducción de emisiones GEI, no existe tal afeción a los derechos fundamentales (id., p. 69).

En definitiva, el TS considera que con el recurso, las recurrentes no solo tratan de que se incrementen la reducción de las emisiones de GEI, sino que se “se imponga al Gobierno la adopción de una política económica muy diferente de la que tiene establecida nuestro País, obligando a la Administración a reformular dicha política” (id., p., 51). Tal decisión no le compete al TS

porque supondría una invasión excesiva contraria al art. 106 de la Constitución. Invoca aquí el argumento de la separación de poderes para evitar fiscalizar la actuación del Gobierno.

IV. VALORACIÓN GLOBAL

La valoración que me merecen los pronunciamientos del TS no es positiva. Al margen de algunas imprecisiones más o menos graves en relación con el AP, como el hecho de cambiarle de denominación y referirse a él como “Convenio de París” o confundir este acuerdo internacional con el órgano plenario de la CMNUCC (la Conferencia de las Partes o COP, por sus siglas en inglés)³, también demuestra un cierto desconocimiento de la especialidad de este acuerdo.

El principal argumento que se sostiene para desestimar el recurso es que carece de contenido sustantivo vinculante por cuanto no establece compromisos específicos de reducción de GEI. Este hecho tiene una explicación y se debe a la experiencia previa que supuso el Protocolo de Kioto (PK), y que parece que el TS desconoce al haber sostenido que el AP es el primer instrumento en el que las Partes de la CMNUCC han acordado dar cumplimiento a dicha Convención (id., p.6). El PK de 1997 fue el primer acuerdo internacional que aplicó la CMNUCC y lo hizo fijando unos compromisos específicos de reducción, eso sí, sólo vinculantes para los Estados industrializados. Dicha “imposición” a nivel internacional constituyó, no obstante, una de las razones (la más importante) por las cuales el Protocolo terminara por perder el apoyo de los países. La experiencia previa del PK es fundamental para entender la aproximación y contenido del AP, pues explica que este último se limite prácticamente a definir obligaciones de procedimiento y deje la fijación de los contenidos sustantivos de reducción de GEI en manos de los Estados. Esta nueva aproximación sí ha permitido sumar un apoyo global al acuerdo.

El AP es, por tanto, un marco en el que los Estados han de autoimponerse compromisos climáticos, de los que han de informar en determinados plazos, y lo que es más importante, han de revisar cada cinco años siempre al alza, es decir, reflejando mayores esfuerzos de mitigación. Ello, no obstante, no significa que su contenido no sea vinculante, ni que carezca de obligación sustantiva alguna⁴. Tampoco significa que los Estados parte cuenten con total libertad para establecer sus políticas climáticas y para perfilar el contenido de las NDC comunicadas. Efectivamente, el AP presenta algunas herramientas para comprobar si los compromisos nacionales en los NDC son o no suficientes para cumplir con su objetivo global, que no es otro que estabilizar las emisiones de GEI a un nivel que no suponga un riesgo grave para el planeta. Entre estas herramientas se encuentra el compromiso de no aumentar la temperatura global, recogido en el artículo 2 del AP, y considerado como una obligación sustantiva vinculante por buena parte de la doctrina.

3 El TS afirma que el AP “no es más que una Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”, la COP 21, confundiendo así el tratado con el órgano plenario de la CMNUCC (v. STS “Juicio por el Clima, 2.0, p. 59). La COP no es, por tanto, un texto normativo, con lo que tampoco es correcto afirmar que las COP son “acuerdos ulteriores” a efectos de la interpretación de los tratados climáticos (id., p. 61); aunque sí pueden serlo las Decisiones adoptadas en su seno.

4 Voigt, Ch., “The Power of the Paris Agreement in international climate litigation”, *RECIEL*, vol. 33, nº2, pp. 237-249.

Por otro lado, también se afirma en las sentencias que los compromisos recogidos en la normativa climática internacional son a largo plazo y que no se fija plazo alguno, lo cual no es del todo cierto. Si bien la CMNUCC no establece plazo, el AP, que concreta los compromisos climáticos de la Convención, establece en su artículo 4 que las emisiones mundiales de GEI tiene que alcanzar su punto máximo “lo antes posible”, alcanzando la estabilización climática “en la segunda mitad del siglo”. En otras palabras, para el 2050 los países no han de emitir más GEI de los que se puedan absorber (a través de los sumideros) para neutralizar estas emisiones. Si bien se deja cierta flexibilidad para los países menos adelantados, éste no es el caso de España que, en 30 años tendría que pasar de una reducción del 23% al 100%.

Tal vez el TS no podía decidir que España tiene que comprometerse a reducir un 55% para 2030 (aunque otros tribunales supremos en Europa han fijado porcentajes respecto de sus propios países), pero lo que sí podría haber hecho es constatar que un 23% es claramente insuficiente para cumplir con los compromisos climáticos internacionales. La prueba de que el 23% no era la reducción más ambiciosa que pudo haber asumido España es que en el actual PNIEC (apenas 3 años después del recurrido), ha subido al 32% (casi 10 puntos).

Pero lo más lo más decepcionante de las sentencias es que han evitado pronunciarse sobre los efectos que puede tener las medidas adoptadas por el Gobierno para los derechos fundamentales, que ha sido uno de los argumentos más importantes invocados por las recurrentes. El TS sí que ha mencionado, en cambio, la importancia de tener en cuenta los efectos que las políticas climáticas tendrán para la economía de un país, desconociendo que el coste de no actuar o de actuar insuficientemente ahora, supondrá un coste exponencialmente superior de hacerlo más adelante. Los efectos sobre los derechos fundamentales importan. Así se ha constatado en la mayor parte de los casos acaecidos en las instancias nacionales e internacionales, constituyendo una de las principales argumentaciones para atacar las actuaciones de las administraciones públicas poco ambiciosas. Y es que ya no puede negarse el vínculo intrínseco que existe entre la inacción climática y la afectación sobre los derechos fundamentales más básicos⁵.

El TS invocó el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 para indicar la importancia de tener en cuenta el AP a la hora de interpretar la CMNUCC, lo cual es evidente porque el primero es aplicación de la segunda (art. 2 AP). Sin embargo, lo obvia para dotar de valor interpretativo al preámbulo del AP, que alude precisamente a la necesidad de cumplir con las obligaciones relativas a los derechos humanos. Esta mención no sólo es importante porque el AP es el primer acuerdo multilateral de medio ambiente que menciona la importancia de cumplir con los derechos fundamentales, sino porque reclama una lectura de sus compromisos en clave de derechos humanos⁶.

5 En este sentido, el TEDH podrá brindar algo de luz cuando resuelva los casos que tiene pendientes ante la Gran Sala (ass. *Duarte Agostinho et al. c. Portugal y otros 32 Estados*, de 13.11.2020, *Unión de Mujeres Mayores Suizas para la Protección del Clima c. Consejo Federal Suizo et al.*, de 26.11.2020, y *Carême c. Francia*, de 28.01.2021).

6 Montini, M., “*Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*”, *Rivista Ordine internazionale e diritti umani*, n. 3/2020, pp. 506-537.

En conclusión, considero que el TS no ha sido valiente y ha defendido argumentos ya superados por otros tribunales supremos de nuestro entorno, en circunstancias parecidas⁷. Sin embargo, la ocasión requería de una actuación audaz. El pasado mes de septiembre, en su discurso ante los líderes mundiales reunidos en la Asamblea General de Naciones Unidas, el Secretario General, António Guterres, afirmó que “hemos abierto las puertas del infierno” por no luchar suficientemente contra el cambio climático. Pronunciamientos jurisprudenciales como los aquí comentados hacen un flaco favor a los esfuerzos mundiales por intentar, al menos, entornar estas puertas.

7 Gonzalez Merinero, S./Tigre, M.A., “Understanding Unsuccessful Climate Litigation: The Spanish Greenpeace Case. Climate Law”, *Sabin Center Blog*, 11.09.2023; disponible en: <https://blogs.law.columbia.edu/>.

DE RESORTE AUTOMÁTICO PARA LA OBTENCIÓN DE REPARACIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA A MERO INSTRUMENTO ORIENTADOR DE MEDIDAS LEGISLATIVAS: VAIVENES EN TORNO AL VALOR DE LAS DECISIONES DEL CAT SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. LA SENTENCIA 786/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 2023

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA *

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia aquí analizada es un pronunciamiento de Tribunal Supremo acontecido el 13 de junio de 2023¹ y que viene a resolver el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado —con el apoyo de la Fiscalía— contra la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional en fecha 27 de abril de 2022 a propósito del caso E.L.G. La sentencia recurrida ya fue objeto de análisis en la presente revista por lo que, a propósito de los hechos, me limitaré a realizar un breve resumen y a resaltar únicamente los aspectos más relevantes acontecidos en el nuevo pronunciamiento².

Conviene recordar que, en enero de 2013, E.L.G. fue interpelada por la policía a la salida de una discoteca de Córdoba bajo sospecha de ser la responsable de varios hurtos cometidos esa noche en el local de ocio al encontrar en su bolso una cartera que no le pertenecía. Antes de introducirla en el vehículo, la esposaron sin notificarle por qué la detenían, le tiraron del pelo y la golpearon contra el coche. E.L.G. afirmó que durante el trayecto su cabeza sufrió multitud de impactos contra la mampara separadora consecuencia de la aceleración y frenados premeditados efectuados por el conductor de la patrulla. Al cabo de media hora en comisaría, los agentes le indicaron que quedaba en libertad y podía abandonar las dependencias policiales.

Durante el tiempo en comisaría no fue asistida por un médico; una vez fuera, llamó por sus propios medios a una ambulancia que la recogió frente a las dependencias policiales y la trasladó a un hospital donde un facultativo certificó la rotura de su nariz con necesidad de cirugía y la existencia de hematomas en una de sus muñecas.

* Profesor permanente laboral de Derecho internacional público de la Universitat Jaume I de Castellón (aarrufat@uji.es).

1 STS 786/2023 de 13 de junio de 2023, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 2842/2023 – ECLI:ES:TS:2023:2842, disponible aquí (todos los enlaces en este comentario fueron consultados por última vez 10 de noviembre de 2023)

2 Véase E. Jiménez Pineda, C. Quesada Alcalá, M. E. Salamanca Aguado, N. M. Ochoa Ruiz, M. I. Torres Cazorla, F. Gómez Isa, F. Pascual Vives, L. E. Aragonés Molina, A. D. Arrufat Cárdaya, E. M. Rubio Fernández (coordinadora) y M. García Casas (coordinadora). DOI: 10.17103/reei.44.13. Disponible aquí.

Dos días más tarde presentó una denuncia contra los agentes por tortura e incumplimiento del deber de cuidado cuando solicitó asistencia médica. La misma resultó archivada porque “de las grabaciones no se podía asegurar que dichas lesiones fueran resultado de la acción policial”. En el mismo sentido, se pronunciaron primero la Audiencia Provincial de Córdoba —en el recurso de apelación y en el incidente de nulidad— y posteriormente, el Tribunal Constitucional que inadmitió el amparo por Auto de fecha 16 de marzo de 2015.

Agotadas las instancias internas presentó una Comunicación individual ante el Comité contra la tortura (en adelante CAT), dónde denunciaba la violación por España de los artículos 1, 12, 13 y 16 de la Convención contra la Tortura, y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de Naciones Unidas. La Decisión adoptada por el CAT resolvió que España había vulnerado la Convención al no facilitar la asistencia médica y le instó a que proporcionara a la víctima una reparación plena y adecuada por los sufrimientos padecidos, incluidas medidas de indemnización y rehabilitación; igualmente, instó al estado a adoptar medidas administrativas para evitar futuras infracciones. Las medidas de seguimiento del cumplimiento —establecidas por el CAT en noventa días a partir de la fecha de envío de la Decisión— fueron desoídas por el Estado, las reparaciones señaladas, también.

En octubre de 2022, E.L.G. presentó escrito a la Secretaría de Estado de Seguridad pidiendo información sobre los acuerdos adoptados en ejecución de la Decisión del CAT, los motivos del retraso injustificado y la impartición de instrucciones para su inmediato cumplimiento. A continuación, planteó una reclamación en vía administrativa por responsabilidad patrimonial contra el Ministerio de Interior por las lesiones sufridas y por la omisión de asistencia médica. El silencio negativo recibido como respuesta a ambas acciones fundamentó el recurso contencioso-administrativo presentado ante la Audiencia Nacional bajo el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona³.

En su pronunciamiento de 27 de abril de 2022, la Audiencia Nacional estimó parcialmente dicho recurso contencioso-administrativo al entender que “mientras no se proceda a la reparación plena y adecuada de los daños causados en ejecución de la Decisión del CAT, se mantiene, persiste y se perpetúa la vulneración de derechos humanos que aquella declara, a saber, que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ex artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 7 del PIDCP o su correlativo o equivalente el derecho a la integridad física del artículo 15 de la Constitución”. Por ello, condenó al Estado a pagar a E.L.G. la cantidad de 3.000 euros como indemnización, de acuerdo con el informe del médico forense. Un automatismo que “sentó una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y afecta a un gran número de situaciones, no siendo aplicable solo al caso individualmente analizado”, según el abogado del Estado.

Tras el recurso presentado por la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo dictó primero auto —el 27 de octubre de 2022— admitiendo el recurso y, posteriormente —el 13 de junio de 2023—, sentencia, rechazando el pronunciamiento de la Audiencia Nacional y negando el derecho a indemnización de la actora.

3 Recogido en el artículo 53.2 de la CE y desarrollado en el artículo 114 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

En su sentencia, el Tribunal Supremo comienza situando el interés casacional en que se determine si, en el supuesto de decisiones del CAT que concluyan la existencia de vulneración de algunos de los derechos reconocidos en la Convención e insten a su reparación por el Estado, las mismas vinculan a la administración y a los órganos jurisdiccionales españoles como prueba de la existencia de responsabilidad patrimonial, sin necesidad de análisis de la concurrencia de la misma. Hay varios aspectos que conviene analizar de la Sentencia:

En primer lugar, el Tribunal Supremo niega el carácter jurisdiccional de los Comités de las Naciones Unidas para los Estados afirmando que la función del CAT es la de “resolver quejas” que se le presentan y que no ostenta el monopolio en la interpretación de la Convención. En segundo lugar, niega el carácter vinculante de dichas decisiones afirmando que se trata de meras observaciones, recomendaciones y declaraciones, así como propuestas de medidas destinadas a evitar futuras lesiones de derechos. Sin embargo, sorprende que, a continuación, afirme el carácter jurídico de las mismas y les otorgue “cierto valor jurídico”, como meros “indicadores relevantes” del cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones contenidas en los tratados y que deben ser tenidos en cuenta para encauzar la acción legislativa del Estado. En definitiva, una suerte de obligación de asistir, oír, pero no de atender. Nótese también que las Decisiones de los Comités no son Observaciones Generales ni tampoco Recomendaciones emitidas al Estado tras informes periódicos, sino respuestas concretas a denuncias planteadas por vulneraciones a particulares.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo reitera la reducción de las Decisiones a mero indicador orientador apoyándose en elementos semánticos contenidos en las decisiones de los Comités de la ONU como “el Comité observa”, el “Comité recuerda”, el “Comité toma nota” o el “Comité recomendando al Estado Parte”⁴. Efectivamente así es, pero una revisión más detenida de la semántica del Dictamen del CAT permite aflorar otros términos más expeditivos —y que no han sido mencionados en la sentencia que se analiza. Entre ellos, se utiliza la expresión “el Comité considera” a la hora de determinar que “se han agotado los recursos internos y que no hay obstáculos para la admisibilidad de la Comunicación individual” abriendo con ello, la vía para la protección internacional de los derechos de la actora; también lo “considera” cuando afirma que España cumplió “su obligación de proceder a una investigación pronta e imparcial de las acusaciones de la autora sobre tortura o tratos crueles, de conformidad con el artículo 12 de la Convención” en el caso de autos⁵. En otras ocasiones y siempre dentro del mismo pronunciamiento, el Comité “concluye” por ejemplo, a la hora de catalogar “que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación —por parte del Estado— del artículo 2, párrafo 1, leído conjuntamente con el artículo 16, y de los artículos 11, leído solo y conjuntamente con el artículo 2, y 16 de la Convención”; también lo hace, cuando incluye en su Decisión que puede

4 Fundamento Jurídico Quinto. STS 786/2023 de 13 de junio de 2023, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 2842/2023 – ECLI:ES:TS:2023:2842, disponible aquí (todos los enlaces en este comentario fueron consultados por última vez 10 de noviembre de 2023).

5 Véanse párrafos 7.4 y 8.5 Dictamen E.L.G. *contra España* adoptado por el Comité contra la Tortura en virtud del artículo 22 de la Convención, respecto de la comunicación núm. 818/2017, de 26/11/2019. CAT/C/68/D/818/2017. Texto disponible aquí.

“concluirse” que existieron indicios razonables de tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no han sido disipados por el Estado parte”⁶. Utiliza también el término “decidir” a la hora de determinar si la cuestión no estaba siendo valorada por otra instancia internacional, lo que habría implicado el decaimiento inmediato de la pretensión de la actora; y vuelve a hacerlo para establecer su función —debe decidir— de conformidad con el artículo 12 de la Convención, si existen motivos razonables para creer que se cometieron actos que configuraron tratos crueles, inhumanos o degradantes contra la autora y, en caso afirmativo, si las autoridades del Estado parte cumplieron con su obligación de proceder a una investigación pronta e imparcial al respecto⁷. Del mismo modo, el Comité justifica su labor cuando afirma que “actúa” en virtud del artículo 22 de la Convención para concluir que los hechos fueron constitutivos de vulneración internacional; e “insta” al Estado parte a reparar el daño causado⁸.

En cuarto lugar, el Tribunal Supremo rechaza nuevamente la vía de la reclamación por responsabilidad patrimonial por un funcionamiento anormal de la Administración por el incumplimiento del Dictamen y reitera su jurisprudencia “*a propósito del artículo 2 del Pacto cuando afirmó que* «cada uno de los Estados parte (...) se compromete a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto”. Y continúa indicando que “*cada Estado parte asume el compromiso de “adoptar (...) las medidas oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto”*. Sin embargo, a continuación, señala que dichas medidas únicamente podrán adoptarse vía acciones legislativas —que se deberán adoptar en el futuro—, olvidando que la expresión “adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los tratados” alcanza al conjunto de poderes del Estado. Y con ello, rechaza también el papel de los tribunales como vehículo provisional de reparación ante vulneraciones internacionales cometidas por el Estado —en tanto en cuanto dichas medidas legislativas hayan sido adoptadas—.

Finalmente, el Tribunal sostiene que la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal únicamente puede darse una vez probado dicho funcionamiento anormal y que el mismo no se produjo ni cuando consideró insuficientemente demostrado el comportamiento reprochable de los agentes, ni cuando en vía administrativa, se resolvió con silencio negativo la reclamación de reparación ni, tampoco, cuando incumplió la obligación de informar al CAT en un plazo de noventa días “sobre las medidas que haya adoptado para dar curso a la presente decisión”.

A fecha de entrega del presente trabajo⁹ ya se conoce que la defensa del E.L.G. ha instado recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional sosteniendo la especial trascendencia constitucional en dos aspectos: a) la cuestión novedosa que se esgrime consiste en dilucidar si el art. 15 CE implica la responsabilidad del Estado sobre los malos tratos sufridos por personas privadas de libertad bajo la custodia del Estado, en los casos en los que los órganos judiciales no han podido identificar expresamente a los autores de los mismos, tal y como sostiene la

6 Véanse párrafos 9 y 8.4 Dictamen [E.L.G. contra España ... op. cit.](#) Texto disponible aquí.

7 Véanse párrafos 7.1 y 8.3 Dictamen [E.L.G. contra España ... op. cit.](#) Texto disponible aquí.

8 Párrafos 9 y 10 Dictamen [E.L.G. contra España ..op. cit.](#) Texto disponible aquí

9 Esto es, el 10 de noviembre de 2023.

jurisprudencia del TEDH¹⁰ y, b) sobre el valor de las Decisiones del CAT en los procedimientos de responsabilidad patrimonial a través del procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales —una cuestión sobre la que aún no se ha recaído jurisprudencia— y, particularmente a propósito de supuestos donde no se solicita la revisión de una sentencia ya dictada sino el pago de una indemnización.

III. CONCLUSIONES

Con la sentencia analizada, se da un paso más para afianzar la excepcionalidad de la doctrina González Carreño a propósito de la naturaleza vinculante de los dictámenes de Comités de seguimiento de tratados en procedimientos para determinación de la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración.

Una sentencia que reviste particular interés pues niega tal consideración en vía administrativa y que, más allá de sorprender —son múltiples ya los pronunciamientos en sentido semejante— deja un sabor amargo por el desconocimiento —y en cierto modo, desconsideración— judicial que se evidencia de la finalidad, conformación y labor de los Comités de tratados y, en consecuencia, de los actos que emiten.

Un pronunciamiento del Tribunal Supremo demoledor para la sentencia objeto de recurso porque —como indica el voto particular—, más allá del interés por establecer el valor que se le deba otorgar a las decisiones del CAT en los tribunales internos españoles, implica rechazar la responsabilidad patrimonial por la omisión de asistencia médica a una persona bajo custodia del Estado.

10 *Vid.* Sentencias TEDH, *Tomasi c. Francia*, de 27 de agosto 1992, serie A núm. 241-A, pp. 40-41, pp. 108-111, y *Ribitsch c. Austria*, de 4 diciembre 1995, serie A núm. 336, p. 26, § 34^o (§ 87).

