

# CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**Por 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, y A. D. ARRUFAT Cárdava**

**Coordinada por E. M. RUBIO FERNÁNDEZ\*  
y M. GARCÍA CASAS\*\***

Sumario:

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 21 DE ABRIL DE 2022 EN LA CONTROVERSIA SOBRE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES DE DERECHOS SOBERANOS Y ESPACIOS MARÍTIMOS EN EL MAR CARIBE (NICARAGUA C. COLOMBIA)  
POR E. JIMÉNEZ PINEDA..... pp. 3-7

LA CPI ANTE LA INTERVENCIÓN DE RUSIA EN GEORGIA: COMENTARIO A LA VERSIÓN PÚBLICA REDACTADA DE LA SOLICITUD DE LA FISCALÍA EN VIRTUD DEL ART. 58 PARA LAS ÓRDENES DE DETENCIÓN CONTRA MIKHAIL MINDZAEV, GAMLET GUCHMAZOV Y DAVID SANAKOEV (ICC-01/15-34-CONF-EXP, DE 10 DE MARZO DE 2022)  
POR C. QUESADA ALCALÁ..... pp. 8-14

LA SENTENCIA *SAFI Y OTROS CONTRA GRECIA* Y LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER A LOS REFUGIADOS Y MIGRANTES EN EL MAR  
POR M.E. SALAMANCA AGUADO Y N.M. OCHOA RUIZ...pp.15-21

CUANDO EL TIEMPO ES EL GRAN ENEMIGO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 1 DE FEBRERO DE 2022 (CASO FEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES MARÍTIMOS Y PORTUARIOS (FEMAPOR) VS. PERÚ; EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO Y REPARACIONES)  
POR M. I. TORRES CAZORLA.....pp.22-27

COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS C. REPÚBLICA DE KENIA, SENTENCIAS DE LA CORTE AFRICANA DE 26 DE MAYO DE 2017 Y DE 23 DE JUNIO DE 2022 (REPARACIONES)  
POR F. GÓMEZ ISA.....pp. 28-33

---

\* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Murcia ([evarubio@um.es](mailto:evarubio@um.es)).

\*\* Profesora de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Madrid ([maria.garciac@uam.es](mailto:maria.garciac@uam.es)).

LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS COMO CAUSA DE ANULACIÓN DEL LAUDO: ¿UN ÚLTIMO RECURSO PARA ESPAÑA? (*INFRARED c. ESPAÑA* Y *NEXTERA c. ESPAÑA*)

POR F. PASCUAL-VIVES Y L. ARAGONÉS-MOLINA..... pp.34-39

SOBRE LA AUTOMATICIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ANTE EL SILENCIO NEGATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DE DICTAMENES EMITIDOS POR EL COMITÉ CONTRA LA TORTURA: LA SENTENCIA 1804 DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE ABRIL DE 2022

POR A. D. ARRUFAT CÁRDAVA..... pp. 40-45

# LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 21 DE ABRIL DE 2022 EN LA CONTROVERSIA SOBRE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES DE DERECHOS SOBERANOS Y ESPACIOS MARÍTIMOS EN EL MAR CARIBE (NICARAGUA C. COLOMBIA)

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA\*

## I. HECHOS

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) dictó el 21 de abril de 2022 sentencia en la controversia sometida, el 26 de noviembre de 2013, por Nicaragua contra Colombia relativa a las violaciones de los derechos soberanos y de las zonas marítimas declaradas por la Corte en una previa sentencia de 19 de noviembre de 2012, en la controversia territorial y marítima entre ambos Estados<sup>1</sup>. En dicha sentencia previa, la Corte decidió que Colombia era soberana sobre ciertas islas situadas entre ambos Estados en el Mar Caribe y estableció una línea única fronteriza para la delimitación de sus respectivas plataformas continentales y zonas económicas exclusivas (para. 26).

En el caso que nos ocupa, Nicaragua alegó que Colombia había violado sus derechos soberanos y su jurisdicción en la zona económica exclusiva (ZEE) mediante, entre otras actuaciones, las interferencias de buques de la armada colombiana en la pesca de buques que enarbolaban el pabellón nicaragüense, así como en la navegación de buques que realizaban actividades de investigación científica marina, o la concesión de licencias para la exploración y explotación de los recursos naturales en dicho espacio marino (para. 28). Por su parte, Colombia en su demanda reconvencional manifestó que Nicaragua había infringido sus obligaciones internacionales al impedir a los habitantes del archipiélago de San Andrés ejercer su derecho de pesca tradicional y, además, que el Decreto 33, por el que Nicaragua trazó líneas de base rectas, era ilegal por cuanto impedía a Colombia ejercer su jurisdicción en el Mar Caribe (paras. 30-31).

---

\* Profesor Doctor de Derecho Internacional Público, Universidad de Córdoba ([eduardo.jimenez.pineda@uco.es](mailto:eduardo.jimenez.pineda@uco.es)).

<sup>1</sup> *Alleged violations of sovereign rights and maritime spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, ICJ Reports 2022, en prensa. La sentencia y los documentos relativos a esta controversia pueden consultarse en: <https://www.icj-cij.org/en/case/155>. Todas las traducciones son del autor y las referencias electrónicas han sido consultadas por última vez el 25/10/2022.

Dicha sentencia contó con cuatro declaraciones (vicepresidente Gevorgian, magistrados Bennouna, Iwasawa y Xue), tres opiniones separadas (magistrados Tomka, Yusuf y Robinson), y tres opiniones disidentes (magistrados Abraham, Nolte y *ad hoc* McRae).

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En primer lugar, la Corte conoció del argumento de Colombia por el que rechazaba la jurisdicción *ratione temporis* de la misma al considerar que los hechos que dieron lugar a esta controversia ocurrieron con posterioridad al momento en que el Pacto de Bogotá dejó de estar en vigor para dicho Estado (para. 39). Al respecto, la CIJ trajo a colación su jurisprudencia previa para afirmar que “si un título de jurisdicción existía en la fecha del inicio del proceso, cualquier interrupción o retirada subsiguiente del instrumento jurisdiccional no tiene efectos para la jurisdicción de la Corte” (para. 42). Comoquiera que la controversia versa sobre la posible violación por parte de Colombia de sus obligaciones en virtud del Derecho internacional consuetudinario con relación a los derechos de Nicaragua en su ZEE, aspecto sobre el que la Corte ya afirmó su jurisdicción en la sentencia previa de 2016, y, al tratarse de incidentes conectados con otros respecto de los que la Corte había declarado previamente su competencia, concluyó que tenía jurisdicción *ratione temporis* sobre las pretensiones de Nicaragua (paras. 46-47).

A juicio de la Corte, el aspecto principal de la controversia entre ambas partes guardaba relación con “los derechos y deberes del Estado ribereño y los derechos y deberes de otros Estados en la zona económica exclusiva” (para. 48). Ambos Estados estaban de acuerdo en que el derecho aplicable es el Derecho internacional consuetudinario, dado que, a diferencia de Nicaragua, Colombia no es parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) (para. 48). Al no coincidir ambos Estados en el carácter consuetudinario de ciertas disposiciones de la Convención, la Corte analizó “si las previsiones particulares de la Convención relevantes para el presente caso reflejan el Derecho internacional consuetudinario” (para. 48).

Pues bien, la Corte recordó que en 1985 “consideró incontestable que la institución de la zona económica exclusiva se había convertido en parte del derecho consuetudinario” y que “las normas consuetudinarias sobre los derechos y deberes en la zona económica exclusiva de los Estados ribereños y otros Estados están reflejadas en varios artículos de la CNUDM, incluyendo los artículos 56, 58, 61 y 73” (paras. 56-57). En particular, la Corte sostuvo que, “de acuerdo con el Derecho internacional consuetudinario, todos los Estados disfrutan de las libertades de navegación y sobrevuelo, además de otros usos legales relativos a tales libertades, en la zona económica exclusiva de otro Estado”. De este modo, “las normas consuetudinarias están reflejadas en los artículos 88 a 115 de la CNUDM y otras normas pertinentes del derecho internacional que son aplicables a la zona económica exclusiva en la medida en que no sean incompatibles con el régimen de dicha zona” (para.63).

En este sentido, la CIJ afirmó que, en el ejercicio de estos derechos, otros Estados deben comportarse con la diligencia debida respecto de los derechos soberanos y de la jurisdicción del Estado ribereño en dicho espacio (para. 63), toda vez que, según el derecho consuetudinario, el Estado ribereño “disfruta de derechos soberanos sobre las actividades pesqueras y de jurisdicción para tomar medidas para proteger y preservar el medio ambiente marino en su zona económica exclusiva” (para. 100). Tras analizar una serie de incidentes producidos entre 2013 y 2018 (paras. 71-90) y las pruebas aportadas,

la Corte coligió que “la conducta de las fragatas colombianas en las zonas marítimas nicaragüenses no se limitó a observar las actividades pesqueras abusivas e ilegales o a informar a los buques pesqueros de tales actividades”, sino que aplicaron medidas de conservación sobre buques bajo pabellón nicaragüense, de modo que esta conducta de Colombia “contraviene las normas consuetudinarias de Derecho internacional reflejadas en los artículos 56, 58 y 73 de la CNUDM” (para. 100). Por todo ello, concluyó que Colombia “ha violado su obligación internacional de respetar los derechos soberanos y la jurisdicción de Nicaragua en su zona económica exclusiva por sus interferencias en las actividades pesqueras y en la investigación científica marina” (paras. 101,134,261). Sin embargo, la CIJ rechazó por falta de prueba la presunta violación de los derechos soberanos nicaragüenses por la concesión de licencias de explotación de petróleo por parte de Colombia (para. 143).

A mi juicio, una de las mayores contribuciones de la Corte en esta sentencia ha sido su interpretación del régimen jurídico de la zona contigua. Al respecto, ambos Estados estaban en desacuerdo sobre si el artículo 33 de la CNUDM sobre zona contigua refleja el Derecho internacional consuetudinario (para. 146). Como demuestra la práctica general de los Estados, el concepto de zona contigua está bien establecido en el Derecho internacional, habiendo establecido zonas contiguas, según la Corte, alrededor de 100 Estados, incluyendo Estados no parte en la Convención (para. 149). En la zona contigua -un espacio distinto de otros en el sentido de que no confiere al Estado ribereño soberanía o derechos soberanos sobre dicho espacio o sus recursos- los Estados han aceptado generalmente poderes limitados a la toma de medidas aduaneras, fiscales, de inmigración o sanitarias, como establece el artículo 33.1 de la CNUDM (para. 151).

Con relación a la anchura de este espacio, según la Corte, la mayoría de los Estados se han ajustado al límite de 24 millas marinas previsto en el párrafo segundo del artículo 33, e incluso algunos Estados redujeron la extensión máxima de su zona contigua para conformarla a dicho límite (para. 151). Sobre la cuestión de si la zona contigua incluye competencias para ejercer su control en materia de seguridad, aunque ciertos Estados siguen esta práctica, dicha “práctica ha sido protestada por otros Estados” (para. 154). Además, la Corte rechazó, como alegaba Colombia, que el Derecho internacional consuetudinario hubiera evolucionado desde la adopción de la Convención hacia un límite exterior máximo de la zona contigua más allá de las 24 millas marinas (para. 154).

De manera muy relevante, la Corte concluyó que “el artículo 33 de la CNUDM declara el Derecho internacional consuetudinario sobre zona contigua, tanto respecto a los poderes que un Estado ribereño puede ejercer como a la limitación de la anchura máxima de la zona contigua en 24 millas marinas” (para. 155). A partir de esta decisión, la CIJ consideró que su sentencia de 2012 no incluye la delimitación de las zonas contiguas de ambas partes (para. 158).

En este orden de ideas, la Corte señaló que “la zona contigua y la zona económica exclusiva están gobernadas por dos regímenes distintos” y, asimismo, que “la declaración por un Estado de una zona contigua en un área específica no es, generalmente, incompatible con la existencia de la zona económica exclusiva de otro Estado en esa

misma área” (para. 160). Conforme al Derecho internacional, “los poderes que un Estado puede ejercer en la zona contigua son diferentes de los derechos y deberes que un Estado ribereño tiene en su zona económica exclusiva”, de modo que “los dos espacios pueden solaparse, pero los poderes que pueden ser ejercidos en ellos y la extensión geográfica no son los mismos” (para. 161). A este respecto, la Corte recordó que “la zona contigua constituye una extensión del control por el Estado ribereño a los efectos de prevención y persecución de ciertas conductas ilegales de acuerdo con sus leyes y normas nacionales, mientras que la zona económica exclusiva se establece para la salvaguarda de los derechos soberanos del Estado ribereño sobre sus recursos naturales y de la jurisdicción con relación a la protección del medio ambiente marino” (para. 161).

Dado que en el ejercicio de sus derechos y deberes en virtud de su régimen respectivo cada Estado debe observar una diligencia debida respecto del otro, la Corte decidió que Colombia tiene derecho al establecimiento de una zona contigua alrededor del archipiélago de San Andrés conforme al Derecho internacional consuetudinario (para. 163). Ahora bien, al considerar la compatibilidad de la “zona contigua integral” declarada por el Decreto Presidencial 1946 con el Derecho internacional consuetudinario (para. 164), la Corte concluyó que ésta se extendía más allá del límite de las 24 millas marinas, lo que Colombia justificaba por la “simplificación de las fronteras marítimas” (paras. 172-173). No obstante, habida cuenta de que la declaración de esta zona contigua es un acto unilateral de Colombia que afecta directamente a los derechos e intereses de Nicaragua, Colombia “puede elegir reducir la extensión de su ‘zona contigua integral’ si desea simplificar la configuración del espacio, pero no tiene derecho a extenderla más allá de 24 millas marinas” (para. 174).

Por otra parte, la Corte confirmó que el decreto antes referido incluye competencias en materia de seguridad, lo que no está permitido por el Derecho internacional consuetudinario (para. 177). En cambio, dicho decreto, al incluir competencias para la protección del patrimonio cultural arqueológico en la zona contigua colombiana, no viola el Derecho internacional consuetudinario, ya que, según la Corte, el artículo 303, parágrafo 2, de la Convención tiene carácter consuetudinario, lo que permite, a pesar de la oposición de Nicaragua, que este precepto le sea aplicable a Colombia por la vía de la costumbre (paras. 181-186). Como consecuencia de la violación por el citado decreto del Derecho internacional consuetudinario que rige en la zona contigua, al extenderse más allá del límite máximo de este espacio y al incluir competencias de seguridad, la Corte determinó que Colombia ha incurrido en responsabilidad internacional y como reparación estableció la modificación de las disposiciones de dicha norma para ajustarlas al Derecho internacional aplicable (paras. 194-196).

Por último, al considerar la contra memoria de Colombia, la Corte determinó que era aplicable a las zonas económicas exclusivas de ambos Estados el Derecho internacional consuetudinario reflejado en los artículos 56, 58, 61 y 62 de la CNUDM (paras. 215-216). De acuerdo con estas normas consuetudinarias, los Estados distintos al ribereño disfrutaban en la ZEE de éste “de las libertades de navegación y sobrevuelo y de otros usos” que deben ser ejercidas observando la diligencia debida respecto a los derechos del Estado ribereño (para. 217). En este sentido, la Corte concluyó que Colombia no había

demostrado que los habitantes del archipiélago de San Andrés disfrutaban de derechos de pesca artesanal en las aguas que actualmente forman parte de la ZEE de Nicaragua, por lo que rechazó esta pretensión colombiana, si bien tomó nota de la intención de Nicaragua de negociar con Colombia un acuerdo para el acceso a la pesca de esta comunidad, poniendo de manifiesto el derecho a la libertad de navegación de los habitantes del citado archipiélago en dichas aguas (paras. 231-233).

Finalmente, al analizar la presunta violación por parte de Nicaragua de los derechos de Colombia por el trazado de líneas de base rectas, la Corte declaró que el artículo 7 de la CNUDM refleja el Derecho internacional consuetudinario relativo al trazado de líneas de base rectas, estableciendo dos requisitos geográficos alternativos, no cumulativos, para el establecimiento de estas líneas (paras. 242-244). Respecto a la existencia de una franja de islas a lo largo de la costa situada en su proximidad inmediata, la Corte señaló que “no existen reglas específicas relativas al número mínimo de islas, aunque la mención de la ‘franja de islas’ implica que no debería ser un número demasiado pequeño de islas con relación a la longitud de la costa”, concluyendo que el número de islas de Nicaragua no es suficiente para constituir una “franja de islas” alrededor de la costa de dicho Estado (para. 252). Por consiguiente, la Corte determinó que “las líneas de base rectas no cumplen los requisitos del Derecho internacional consuetudinario declaradas en el artículo 7, apartado primero, de la CNUDM” y que, al convertir ciertas zonas de su ZEE en aguas interiores o mar territorial, las líneas de base rectas de Nicaragua impiden a Colombia el ejercicio de sus derechos en la ZEE, de modo que son contrarias al Derecho internacional consuetudinario (paras. 259-260).

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Estamos en presencia de una sentencia de gran relevancia, en la que la Corte Internacional de Justicia ha realizado una contribución significativa a diversos ámbitos del Derecho del Mar, sobre todo, a la clarificación del régimen jurídico de la zona contigua y, en menor medida, a los requisitos para el establecimiento de las líneas de base rectas. Con relación a la zona contigua, cabe destacar que el artículo 33 de la CNUDM declara, a juicio de la Corte, el Derecho internacional consuetudinario, tanto en lo relativo a las competencias del Estado ribereño como al límite exterior máximo de este espacio. Además de declarar el carácter consuetudinario de otras disposiciones de la Convención como sus artículos 7, 56, 58, 61 y 62, la Corte ha afirmado la compatibilidad en una localización determinada (*specific area/endroit donné*) de la zona contigua de un Estado ribereño con la zona económica exclusiva de otro, ya que, al tener ambos espacios regímenes jurídicos distintos, ambos espacios pueden coexistir. En conclusión, esta última interpretación puede tener importantes consecuencias prácticas entre determinados Estados ribereños con costas situadas frente a frente, que deberán observar la diligencia debida en ese espacio respecto de los derechos del otro Estado.



# **LA CPI ANTE LA INTERVENCIÓN DE RUSIA EN GEORGIA: COMENTARIO A LA VERSIÓN PÚBLICA REDACTADA DE LA SOLICITUD DE LA FISCALÍA EN VIRTUD DEL ART. 58 PARA LAS ÓRDENES DE DETENCIÓN CONTRA MIKHAIL MINDZAEV, GAMLET GUCHMAZOV Y DAVID SANAKOEV (ICC-01/15-34-CONF-EXP, DE 10 DE MARZO DE 2022)**

**CARMEN QUESADA ALCALÁ\***

## **I. INTRODUCCIÓN: EL CONFLICTO DE GEORGIA Y PARALELISMOS CON LA SITUACIÓN DE UCRANIA**

La posibilidad de intervención de la Corte Penal Internacional (CPI) en Georgia viene dada por la ratificación por parte de dicho país del Estatuto de Roma el 5 de septiembre de 2003. De este modo, se otorga competencia a la Corte sobre los crímenes cometidos en su territorio desde el 1 de diciembre de 2003 en adelante. En este sentido, hemos de recordar que, entre 1990 y 1992, se produjo un primer conflicto con la intervención de la Federación Rusa en Osetia del Sur. Mucho más tarde, en agosto de 2008, se desencadena otro conflicto armado, con las mismas partes involucradas, que duraría una semana. Bajo los auspicios de la UE, las partes acordaron cesar las hostilidades el 12 de agosto de 2008. Con todo, se habrían continuado cometiendo crímenes en la última etapa del conflicto, produciéndose la firma del alto el fuego el 15 de agosto de 2008.

A petición de la Fiscalía de la CPI<sup>1</sup>, y en relación con los crímenes cometidos entre el 1 de julio y el 10 de octubre de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares autorizó la apertura de una investigación sobre la Situación en Georgia el 27 de enero de 2016<sup>2</sup>. Los crímenes respecto de los cuales la Fiscalía tenía motivos para creer que existían tres responsables penales a nivel internacional, eran crímenes de guerra cometidos en Osetia del Sur, Georgia y alrededores entre el 8 y el 27 de agosto de 2008. En particular, se refería a los siguientes: reclusión – artículo 8(2)(a)(vii)-2; tortura – artículo 8(2)(a)(ii)-1; trato inhumano – artículo 8(2)(a)(ii)-2; atropellos a la dignidad personal - artículo 8(2)(b)(xxi); toma de rehenes – artículo 8(2)(a)(viii); y, transferencia ilícita – artículo 8(2)(a)(vii)-1.

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) ([cquesada@der.uned.es](mailto:cquesada@der.uned.es)).

<sup>1</sup> La petición de la Fiscalía se basaba en la comisión de posibles casos de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, cometidos tanto por las fuerzas armadas georgianas como por las milicias osetias y las fuerzas armadas rusas (ICC Pre-Trial Chamber I, Public Document with Confidential, EX PARTE, Annexes A, B, C, D.2, E.3, E.7, E.9, F H and Public Annexes 1, D.1, E.1, E.2, E.4, E.5, E.6, E.8, G, I, J, Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15, disponible en: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015\\_19375.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2015_19375.PDF)).

<sup>2</sup> ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in Georgia, Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation, 27 January 2016, N° ICC-01/15.

Los responsables penales respecto de los cuales la Fiscalía solicitaba se emitiera una orden de detención ostentaban competencias durante la ocupación de Osetia del Sur, y las órdenes de detención se centraban en el confinamiento ilegal, los malos tratos, la toma de rehenes y el posterior traslado ilegal de civiles de etnia georgiana en el contexto de una ocupación por parte de la Federación Rusa.

Conviene destacar que, en el momento de los hechos, la mayoría de la población civil georgiana que vivía en Osetia del Sur sufrió un desplazamiento forzado. Tras la expulsión de las fuerzas de Georgia de Osetia del Sur, las fuerzas rusas y las de Osetia comenzaron la captura de civiles georgianos. La mayoría eran ancianos y enfermos que no querían o no podían abandonar sus hogares y huir de los combates. Sin existir causa justificada conforme al Derecho y sin respetar los derechos al debido proceso, fueron capturados y confinados ilegalmente en condiciones insalubres e inseguras. Igualmente, dichos civiles fueron sometidos a torturas y tratos inhumanos o degradantes. A este respecto, la Fiscalía ha encontrado patrones de conducta similares durante el examen preliminar de la situación en Ucrania<sup>3</sup> en la actualidad. Ambos países se encuentran en el ámbito de antigua influencia soviética, y ambos han experimentado sendas intervenciones por parte de Rusia con repercusiones catastróficas para la población civil<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Hemos de resaltar que Ucrania no es un Estado Parte del Estatuto de Roma, pero ha ejercido dos veces sus prerrogativas para aceptar la jurisdicción de la Corte sobre presuntos crímenes en virtud del Estatuto de Roma ocurridos en su territorio, de conformidad con el artículo 12(3) del Estatuto de Roma. La primera declaración presentada por el Gobierno de Ucrania aceptaba la jurisdicción de la CPI con respecto a los presuntos delitos cometidos en territorio ucraniano del 21 de noviembre de 2013 al 22 de febrero de 2014. La segunda declaración prorrogó este período de forma indefinida para abarcar los presuntos delitos cometidos en todo el territorio de Ucrania. desde el 20 de febrero de 2014 en adelante.

El 28 de febrero de 2022, el Fiscal de la CPI anunció que solicitaría autorización para abrir una investigación sobre la Situación en Ucrania, sobre la base de las conclusiones anteriores de la Fiscalía derivadas de su examen preliminar, y que abarcaría cualquier nuevo presunto delito que fuera competencia de la Corte.

El 1 de marzo de 2022, la Oficina recibió una remisión de la situación de Ucrania por parte de un Estado Parte en el Estatuto de Roma: la República de Lituania. El 2 de marzo de 2022, el siguiente grupo coordinado de Estados Partes presentó una remisión conjunta sobre dicha situación: República de Albania, Commonwealth de Australia, República de Austria, Reino de Bélgica, República de Bulgaria, Canadá, República de Colombia, República de Costa Rica, República de Croacia, República de Chipre, República Checa, Reino de Dinamarca, República de Estonia, República de Finlandia, República de Francia, Georgia, República Federal de Alemania, República Helénica, Hungría, República de Islandia, Irlanda, República de Italia, República de Letonia, Principado de Liechtenstein, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Malta, Nueva Zelanda, Reino de Noruega, Reino de los Países Bajos, República de Polonia, República de Portugal, Rumania, República Eslovaca, República de Eslovenia, Reino de España, Reino de Suecia, Confederación Suiza, y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

El 2 de marzo de 2022, el Fiscal anunció que había procedido a abrir una investigación sobre la situación en Ucrania sobre la base de las referencias recibidas. De este modo, el alcance de la situación abarca cualquier acusación pasada y presente respecto de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o genocidio cometidos en cualquier parte del territorio de Ucrania por cualquier persona desde el 21 de noviembre de 2013 en adelante, con lo que se incluiría la situación actual.

El 11 de marzo de 2022, el Fiscal confirmó que otros dos Estados, Japón y Macedonia del Norte, habían remitido la Situación en Ucrania a la Fiscalía. El 21 de marzo de 2022, Montenegro informó además a la Oficina de su decisión de unirse al grupo de remisión de Estados Parte, y el 1 de abril de 2022, la República de Chile se unió a dicho grupo también.

<sup>4</sup> Véase LÓPEZ JIMÉNEZ, J.A., “La Corte Penal Internacional y el antiguo espacio soviético: una relación compleja. Los casos de Ucrania y Georgia”, en SALINAS DE FRÍAS, A., y PETIT DE GABRIEL, E. W.

El 24 de junio de 2022, la Sala de Cuestiones Preliminares I consideró, sobre la base de la solicitud del Fiscal del 10 de marzo de 2022, que había motivos razonables para creer que cada uno de estos tres sospechosos es responsable de crímenes de guerra. El 30 de junio de 2022, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional emitió las versiones públicas redactadas de las órdenes de arresto para tres personas en el contexto de la situación en Georgia: el Sr. Mikhail Mayramovich Mindzaev, el Sr. Gamlet Guchmazov y el Sr. David Georgiyevich Sanakoev<sup>5</sup>.

## II. CUESTIONES JURÍDICAS: LA COMPLEMENTARIEDAD Y LA DETERMINACIÓN DE QUÉ CRÍMENES SE HAN COMETIDO Y POR QUIÉN

Como primer dato, hay que resaltar que la solicitud de la Fiscalía de la CPI está directamente relacionada con la paralización de las investigaciones nacionales sobre los crímenes cometidos en Georgia durante el conflicto mencionado<sup>6</sup>. De hecho, las autoridades de Georgia informaron, en una carta de 17 de marzo de 2015, la suspensión de las actuaciones judiciales, debido a causas relacionadas con la seguridad del país (para. 132). Por otra parte, las autoridades rusas también habían iniciado una investigación de presuntos delitos cometidos en relación con el conflicto de 2008, pero no en cuanto a los crímenes detallados por la CPI.

De hecho, y tras la autorización de apertura de la investigación en enero de 2016, las autoridades rusas cesaron todo tipo de contacto con la Fiscalía de la CPI. Yendo más allá, la Federación Rusa retiró su firma del Estatuto de Roma por Decreto de 16 de noviembre de 2016<sup>7</sup>. Además, se da la circunstancia de que la Federación Rusa reconoce a Osetia del Sur como Estado independiente, y considera que las autoridades de facto de Osetia del Sur tienen jurisdicción para la investigación de los crímenes cometidos en su territorio. La complementariedad de la Corte respecto de las jurisdicciones nacionales actúa de una manera clara en esta situación, puesto que ni Georgia ni Rusia se hallan en disposición de juzgar los crímenes aquí examinados.

En segundo lugar, conviene analizar qué personas son identificadas por la CPI como responsables de crímenes de guerra, y porqué. El Sr. Mikhail Mayramovich Mindzaev,

---

(dirs.); GARCÍA ANDRADE, P., y ÁLVAREZ ARCÁ, I. (coords.), *La Corte Penal Internacional 20 años después*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 451-468.

<sup>5</sup> ICC, Pre-Trial Chamber, Situation in Georgia, Public redacted version of ‘Prosecutor’s application pursuant to article 58 for warrants of arrest against Mikhail MINDZAEV, Gamlet GUCHMAZOV and David SANAKOEV’, 10 March 2022, ICC-01/15-34-Conf-Exp.

<sup>6</sup> <https://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20160912/datos-clave-para-entender-la-investigacion-de-georgia>, consultado por última vez el 20 de septiembre de 2022.

<sup>7</sup> En este sentido, hubo una reacción unánime de la UE, expresando que: ‘We regret the Russian Federation’s decision to withdraw its signature and not to become a party to the Rome Statute establishing the International Criminal Court (ICC), according to the order signed yesterday by President Putin. The Russian Federation signed the Rome Statute on 13 September 2000 and the European Union has consistently urged Russia to ratify it, considering Russia’s special responsibility for upholding accountability for the most serious crimes of concern to the international community as a whole in its capacity as a permanent member of the UN Security Council’ (<https://www.dipublico.org/104691/rusia-anuncia-que-retira-su-firma-del-estatuto-de-roma-que-crea-la-corte-penal-internacional-cpi/> consultado por última vez el 7 de noviembre de 2022).

nacional de Rusia, nacido el 28 de septiembre de 1955 en Vladikavkaz, Osetia del Norte, fue, anteriormente, un alto oficial de policía del Ministerio del Interior de Rusia. Lo determinante es que, desde 2005 hasta al menos el 31 de octubre de 2008, ostentó el cargo de ministro del Interior de la administración *de facto* de Osetia del Sur. En consecuencia, es presuntamente responsable de crímenes de guerra (confinamiento ilegal, tortura y trato inhumano o degradante, ultrajes a la dignidad personal, toma de rehenes y traslado ilegal de civiles) cometidos entre el 8 y el 27 de agosto de 2008. El segundo presunto responsable de crímenes de guerra es el Sr. Gamlet Guchmazov, nacional de Rusia y presumiblemente de Georgia, nacido el 9 de julio de 1976 en Osetia del Sur. Éste fue jefe del “Isolator” en el momento referido, por lo que es presuntamente responsable de crímenes de guerra (confinamiento ilegal, tortura y trato inhumano o degradante, ultrajes a la dignidad personal, toma de rehenes y traslado ilegal de civiles), cometidos entre el 8 y el 27 de agosto de 2008. Finalmente, destaca el Sr. David Georgiyevich Sanakoev, nacido el 14 de diciembre de 1976 en Tskhinvali, Georgia. Éste fue el Representante Presidencial para los Derechos Humanos de la administración *de facto* de Osetia del Sur, también conocido como Defensor del Pueblo en ese momento, y es presuntamente responsable de crímenes de guerra (toma de rehenes y traslado ilegal de civiles) cometidos entre el 8 y el 27 de agosto de 2008.

En definitiva, las órdenes de detención se relacionan con conductas durante el conflicto armado de 2008 entre Rusia y Georgia, en particular en Osetia del Sur, dejando de lado las acciones que afectaron colateralmente a Abjasia. De este modo, la Fiscalía ha examinado los crímenes cometidos, durante el período del 1 de julio al 10 de octubre de 2008, por cada una de las tres partes en el conflicto: las fuerzas georgianas, las fuerzas rusas y las autoridades de facto de Osetia del Sur Este. En este sentido, la CPI contaba ya con la determinación de qué tipo de conflicto se había dado y qué actuaciones habían tenido lugar por parte los implicados en el conflicto gracias a la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de enero de 2021<sup>8</sup>.

Pero, finalmente la CPI no se dedica a todos los crímenes cometidos por todas las partes en el conflicto, sino que se centra específicamente en algunos de estos crímenes, cometidos (entre el 8 y 27 de agosto de 2008) por fuerzas de la administración de facto de Osetia del Sur, incluidos miembros del Ministerio del Interior, en el contexto de una ocupación por parte de las Fuerzas Armadas de la Federación Rusa (para. 2). Así, la Sala de Cuestiones Preliminares I retuvo los argumentos mantenidos por la Fiscalía, de modo que estimó existían motivos razonables para creer que los civiles percibidos como étnicamente georgianos fueron arrestados en Osetia del Sur. Posteriormente, dichos civiles fueron detenidos, maltratados y mantenidos en duras condiciones en un centro de detención en Tskhinvali (el llamado “Isolator” o centro de detención “KPZ”). Dichas detenciones fueron utilizadas como herramienta de negociación por parte de Rusia y las autoridades *de facto* de Osetia del Sur, procediéndose al intercambio de prisioneros y detenidos.

Dichos crímenes se calificaron como crímenes de guerra por la existencia de los tres elementos necesarios: la existencia de un conflicto armado, el nexo entre los crímenes

---

<sup>8</sup> *Georgia c. Rusia (II)* (GS), núm. 38263/08), TEDH de 21 de enero de 2021.

cometidos y el conflicto armado y la conciencia por parte de los acusados de las circunstancias fácticas que establecen la existencia de un conflicto armado (para. 23). En este sentido, se dieron dos fases claras. Una primera fase en la que el conflicto existía entre las autoridades georgianas, por un lado, y las fuerzas rusas y las autoridades de facto de Osetia del Sur; y un período posterior en el que las fuerzas rusas y las autoridades de Osetia del Sur ocuparon el territorio de Georgia de dicha región. A ojos de la CPI quedó probado que las fuerzas osetias y las rusas luchaban en el mismo bando, puesto que hasta portaban brazaletes iguales. Y, de hecho, antes de 2008, a juicio de la Corte, resultaba demostrado que las fuerzas de Osetia del Sur ya habían sido armadas, entrenadas y financiadas por las autoridades rusas, y recibían instrucciones de ellas (para. 25). En este sentido, las fuerzas rusas procedieron a sustituir a las autoridades de Georgia en los territorios ocupados de Osetia del Sur, nombrando comandantes y otras autoridades, controlando el acceso al territorio y la negociación basada en intercambio de prisioneros. En consecuencia, todas las autoridades sobre las cuales pesan las órdenes de detención que hoy examinamos fueron nombradas por la Federación Rusa.

En cuanto al segundo de los requisitos, hemos de resaltar que los presuntos crímenes se cometieron en conexión con el conflicto armado anteriormente mencionado, tal y como lo demuestran factores tales como el hecho de que las víctimas sean miembros de la parte contraria; el hecho de que los actos realizados contribuyen al objetivo final de una campaña militar; y el que dichos crímenes se cometan como parte o en el contexto de los deberes de un oficial que perpetra un crimen (para. 28).

Finalmente, los sospechosos no pueden alegar que no tenían consciencia de la existencia del conflicto armado mencionado, con la posterior ocupación de las fuerzas rusas, puesto que ellos estuvieron presentes en Osetia del Sur durante el período en que se produjeron intensos combates y bombardeos (para. 30).

Igualmente, queda probado que las víctimas fueron principalmente civiles, puesto que la gran mayoría de los detenidos eran hombres y mujeres de edad avanzada, incluidos muchos por encima de la edad de 70 años en el momento de su detención. Dicho elemento de vulnerabilidad es tomado en consideración también por la CPI a efectos de determinar la admisibilidad en relación con el criterio de gravedad, junto con la existencia de un plan o política (para. 130). Por otro lado, ninguno de los detenidos estaba armado o participaba en hostilidades activas cuando fueron capturados (para. 41). En la decisión comentada se relatan detenciones ilegales, abusos verbales y físicos durante las detenciones, la imposición de trabajos forzados, y la expulsión de georgianos del territorio de Osetia del Sur. Los presuntos responsables ostentaban cargos tales como el Ministerio del Interior, la Jefatura del Centro de Detención, y la Defensoría del Pueblo, que los hacen responsables de las actuaciones antes relatadas.

### **III. LECCIONES APRENDIDAS DE GEORGIA PARA UCRANIA**

Coincidimos con López Jiménez, cuando éste afirma que en el antiguo espacio soviético nos encontramos ante un escenario en el que se cometen, con cierta frecuencia, una serie de crímenes dignos de ser calificados como crímenes de guerra y crímenes contra la

humanidad<sup>9</sup>. Los casos más recientes, el de Georgia, en relación con Osetia del Sur y Abjasia, y el de Ucrania, en cuanto a Crimea y los distritos orientales del Donbass, así lo atestiguan.

Sin embargo, la invasión de Ucrania por parte de la Federación Rusa en 2022 supera con creces las vulneraciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario cometidas hasta el momento por parte de Rusia. En este sentido, las decisiones adoptadas por órganos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional en referencia a Georgia pueden constituir un precedente importante que sirva de aplicación a la situación de Ucrania.

En la decisión aquí comentada la Corte Penal Internacional decide focalizar su atención en crímenes muy específicos: determinados crímenes de guerra, cometidos por las autoridades de facto de Osetia del Sur en una segunda etapa del conflicto, tras los bombardeos e intervención de la Federación Rusa. Los obstáculos procesales respecto del conocimiento por parte de la CPI de otros crímenes como los cometidos por las fuerzas rusas propiamente dichas resultan más que evidentes. Podemos calificar dicha orden de detención de conservadora, pero no olvidemos que la CPI puede seguir investigando la situación de Georgia, llegando a conclusiones más avanzadas, de modo que se extienda su competencia sobre otros crímenes cometidos en el territorio de Osetia del Sur. De momento, es un logro, y podemos aventurarnos a decir que este logro puede ser crucial en el futuro para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en Ucrania

---

<sup>9</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ, J.A., “La Corte Penal Internacional y el antiguo espacio soviético: una relación compleja. Los casos de Ucrania y Georgia”, *op. cit.*, p. 452.



# LA SENTENCIA *SAFI Y OTROS CONTRA GRECIA* Y LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER A LOS REFUGIADOS Y MIGRANTES EN EL MAR

MARÍA ESTHER SALAMANCA AGUADO\*  
NATALIA M. OCHOA RUIZ\*\*

## I. HECHOS Y CONTEXTO

El asunto tiene su origen en una demanda presentada contra Grecia por trece nacionales afganos, dos sirios y un palestino (“los demandantes”) con motivo del naufragio de un barco pesquero ocurrido la mañana del 20 de enero de 2014 en el Mar Egeo, frente a la isla de Farmakosini, que provocó la muerte de once personas que se encontraban a bordo, familiares todos ellos de los demandantes<sup>1</sup>. Las causas del accidente fueron discutidas por las partes. Según la versión de los demandantes, el naufragio fue causado por el remolque de su embarcación a muy alta velocidad por parte de un buque guardacostas que pretendía empujarlos de vuelta a la costa turca, de donde habían salido (*push back*<sup>2</sup>). Además, denunciaron importantes omisiones por parte de los guardacostas durante la operación de rescate, que contribuyeron a la muerte de algunas de las víctimas (paras. 9-24).

Por su parte, el gobierno heleno declaró que, cuando el barco de rescate llegó al lugar en el que se encontraba el pesquero, a 1’5 millas de la costa griega, descubrió que el número de pasajeros superaba el límite máximo autorizado, el barco no estaba en condiciones de navegar, carecía de equipo de salvamento, de equipo de protección y de luces de navegación, salvo las laterales. Además, las condiciones climatológicas eran desfavorables. Por estos motivos, los guardacostas recibieron la orden de poner a salvo el pesquero con sus pasajeros en el puerto de Farmakosini. Una vez iniciado el remolque, debido al fuerte oleaje y a la escasa capacidad de la embarcación, los pasajeros entraron en pánico y el pesquero volcó. Lograron rescatar a dieciséis personas, pero las que estaban atrapadas en la cabina del barco se hundieron con él. Una vez comunicado el naufragio al

---

\* M. E. Salamanca Aguado, Profesora de Derecho Internacional Público, Universidad de Valladolid ([mariaesther.salamanca@uva.es](mailto:mariaesther.salamanca@uva.es)).

\*\* Natalia M. Ochoa Ruiz, Profesora de Derecho Internacional Público, Universidad Camilo José Cela (Madrid) ([nmochoa@ucjc.edu](mailto:nmochoa@ucjc.edu)).

<sup>1</sup> *Safi y otros c. Grecia*, núm. 5418/15, TEDH 7 julio 2022. Los hechos tuvieron lugar en el marco de la operación conjunta europea Poseidón 2014 de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex).

<sup>2</sup> Debido a las continuas acusaciones e informes sobre las prácticas de *push back* en actividades coordinadas de Frontex en la frontera marítima greco-turca en el Mar Egeo, el Consejo de Administración de Frontex creó el 26 de noviembre de 2020 un Grupo de Trabajo sobre Derechos Fundamentales y Aspectos Jurídicos y Operativos de las Operaciones. Véase *Preliminary Report of the Frontex Management Board Working Group*, 19 January 2021, disponible en: <https://www.statewatch.org/media/1814/frontex-wg-push-backs-preliminary-report.pdf> [última visita: 8 de noviembre de 2022].

centro nacional de coordinación y búsqueda, se movilizaron todos los recursos de rescate disponibles en la zona (paras. 25-33). Tampoco coinciden las declaraciones de los demandantes y del gobierno respecto a lo sucedido una vez que llegaron a la isla de Farmakosini. Algunos de los supervivientes alegaron malos tratos por parte de los guardacostas, hechos que fueron negados por el gobierno griego (paras. 34-35).

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En su demanda ante el Tribunal, los demandantes alegaron violaciones de los artículos 2, 3 y 13 del Convenio de Roma, que reconocen, respectivamente, los derechos a la vida, a no sufrir malos tratos y a un recurso efectivo. El Tribunal no analizó separadamente las presuntas violaciones del artículo 13, sino que abordó esta cuestión en el contexto de las obligaciones procedimentales del artículo 2.

En su sentencia, el Tribunal se ocupó, en primer lugar, de las alegaciones de violación del artículo 2 (derecho a la vida), tanto en sus aspectos procesales como sustantivos. Para ello, analizó sucesivamente la eficacia de las investigaciones realizadas por las autoridades griegas y las medidas positivas tomadas por ellas para proteger la vida de las personas que iban a bordo de la embarcación.

En relación con la primera cuestión (eficacia de las investigaciones), los demandantes alegaron que el fiscal del Tribunal marítimo del Pireo había archivado el caso sin haber realizado un examen exhaustivo de sus alegaciones y de las causas del naufragio, ni haber recogido las pruebas necesarias. No pudieron tampoco presentar un recurso efectivo contra la decisión del fiscal. Dada la divergencia entre las dos versiones de los hechos y la falta de pruebas objetivas, a juicio de los demandantes, las autoridades deberían haber llevado a cabo una investigación adicional en lugar de archivar el caso (paras. 110-112).

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal, en caso de lesiones graves potencialmente mortales, o de pérdidas de vidas humanas en circunstancias que puedan dar lugar a la responsabilidad del Estado, el artículo 2 del Convenio impone a este que garantice, por todos los medios a su alcance, una respuesta apropiada, ya sea judicial o de otro tipo, para que se aplique efectivamente el marco legislativo y administrativo establecido para la protección de la vida y para que, en su caso, se castiguen y sancionen las violaciones del derecho en cuestión<sup>3</sup>, y se proporcione una reparación adecuada a la víctima (para. 115)<sup>4</sup>.

El cumplimiento de los requisitos procesales del artículo 2 exigen la realización de una “investigación efectiva” (para. 116)<sup>5</sup>. Para que se considere “efectiva” la investigación de unos hechos que comportaron la muerte de varias personas, esta debe ser “adecuada”, es

---

<sup>3</sup> Véanse, *inter alia*, *Öneryıldız c. Turquía* (GS), núm. 48939/99, TEDH 30 de noviembre de 2004, para. 91, *Dodov c. Bulgaria*, núm. 59548/00, TEDH 17 de enero de 2008, para. 83, y *Banel c. Lituania*, núm. 14326/11, TEDH 18 de junio de 2013, para. 66.

<sup>4</sup> Véanse *Ciechońska c. Polonia*, núm. 19776/04, TEDH 14 de junio de 2011, para. 67, e *İlbeyi Kemaloğlu y Meriye Kemaloğlu c. Turquía*, núm. 19986/06, TEDH 10 de abril de 2012, para. 39.

<sup>5</sup> Véase *Mustafa Tunç y Fecire Tunç c. Turquía* (GS), núm. 24014/05, TEDH 14 de abril de 2015, para. 225.

decir, capaz de conducir a la identificación de los responsables y, en su caso, a su castigo (para. 117)<sup>6</sup>. Por lo demás, se trata de una obligación de comportamiento, y no de resultado, y, por ello, “las autoridades deben haber tomado las medidas razonables a su alcance para garantizar la obtención de pruebas relacionadas con los hechos en cuestión, incluyendo, entre otras cosas, las pruebas de testigos oculares y la prueba pericial” (paras. 118-120).

En el asunto que nos ocupa, al examinar los procedimientos penales contra los guardacostas implicados en los hechos, el Tribunal concluyó que se había producido una violación del artículo 2 en su aspecto procesal con respecto a todos los demandantes. El Tribunal observó, en primer lugar, que, a pesar de que las declaraciones de los demandantes presentaban graves deficiencias, sobre todo por problemas de traducción, formaron parte del expediente. En segundo lugar, que era muy dudoso que los demandantes hubieran podido participar adecuadamente en el procedimiento, ya que no tuvieron acceso a las grabaciones de las comunicaciones de los guardacostas, como habían solicitado. En tercer lugar, que existieron líneas de investigación obvias que no se siguieron, comprometiendo así la capacidad del fiscal para arrojar luz sobre las circunstancias del hundimiento (paras. 124-128).

Por lo que se refiere a la obligación de adoptar medidas positivas para la protección de la vida, los demandantes alegaron que los guardacostas no habían cumplido con las obligaciones internacionales en materia de salvamento marítimo, contenidas, principalmente, en el artículo 98 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), de 1982, que establece el deber de prestar auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar, así como la obligación de contar con un servicio de búsqueda y salvamento marítimo adecuado y eficaz. El Tribunal carece de competencia para conocer del cumplimiento de la CNUDM, pero se sirvió de su artículo 98 como criterio para determinar si el Estado había respetado sus obligaciones derivadas del artículo 2 del Convenio.

Para el Tribunal, la cuestión primordial consistía en saber si las autoridades habían actuado en este caso concreto con la intención de garantizar la protección de la vida de los demandantes y de sus familiares y si, en el curso de la operación de salvamento, habían situado la vida de las personas afectadas en el centro de sus preocupaciones, de forma suficiente y adecuada (para. 148).

El Tribunal recordó que el Estado no sólo está obligado a abstenerse de causar la muerte de forma deliberada e irregular sino también a adoptar las medidas necesarias para proteger la vida de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción<sup>7</sup>. Sin embargo, esta obligación “debe interpretarse de manera que no imponga una carga desproporcionada o

---

<sup>6</sup> Véase *Armani Da Silva c. Royaume-Uni* (GS), núm. 5878/08, TEDH 30 de marzo de 2016, para. 233.

<sup>7</sup> Una vez iniciada la operación de rescate, las personas que se encontraban a bordo del pesquero se situaron bajo la jurisdicción de Grecia. El Tribunal ha afirmado en varias ocasiones que así sucede cuando un Estado ejerce control sobre individuos en alta mar. Véase *Medvedyev y otros c. Francia* (GS), núm. 3394/03, TEDH 29 de marzo de 2010, para. 67.

excesiva a las autoridades”<sup>8</sup>. Es decir, debe demostrarse que las autoridades sabían, o deberían haber sabido, en ese momento, que una persona concreta estaba bajo una amenaza real e inmediata y que no adoptaron las medidas en el ámbito de sus competencias que habrían impedido que se produjera dicha amenaza. Para establecer los hechos alegados, el Tribunal utiliza el criterio de la prueba “más allá de toda duda razonable”, si bien dicha prueba puede basarse en un conjunto de indicios suficientemente graves, precisos y coherentes o en presunciones no refutadas (paras. 148,153)<sup>9</sup>.

Teniendo en cuenta estas ideas, el Tribunal examinó las circunstancias particulares del caso concreto, y entendió que no había pruebas suficientes para establecer algunos de los hechos “más allá de toda duda razonable”, en particular detalles concretos de la operación de salvamento o si los demandantes habían sido objeto de un intento de *push back* hacia la costa turca. Subrayó, sin embargo, que la imposibilidad de establecer los hechos se debía en buena medida a la ausencia de una investigación exhaustiva y eficaz por parte de las autoridades griegas. Por ello, el Tribunal examinó la demanda sobre la base de los hechos que no eran discutidos por las partes o que se desprendían de manera innegable del material que obraba en el expediente y de las decisiones de los tribunales internos (paras. 155-156).

A la vez, el Tribunal admitió que no sería razonable esperar que las autoridades puedan salvar a todas las personas en situación de peligro en el mar. En este punto, subrayó que los guardacostas tienen una obligación de comportamiento y no de resultado. Además, en el contexto de la operación, el comandante y la tripulación deben tomar decisiones difíciles y rápidas que, aunque son discrecionales, deben inspirarse en el esfuerzo primordial de garantizar el derecho a la vida de las personas que se encuentran en peligro (paras. 157-158).

Por otro lado, de acuerdo con jurisprudencia reiterada del Tribunal, el artículo 2 del Convenio no puede garantizar a toda persona “un nivel absoluto de seguridad en todas las actividades de la vida que comportan un riesgo para el derecho a la vida, en particular cuando la persona afectada es responsable hasta un cierto punto del accidente que le ha expuesto a un peligro injustificado”<sup>10</sup>. Teniendo en cuenta todos estos aspectos, el Tribunal concluyó que las autoridades griegas no habían hecho todo lo que razonablemente se podía esperar de ellas para ofrecer a los demandantes y a sus familiares el nivel de protección exigido por el artículo 2 del Convenio (para. 166).

El artículo 3 del Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, independientemente de las acciones de la víctima, incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada o el flujo de migrantes y solicitantes de asilo, con independencia de la

---

<sup>8</sup> Véase *Kurt c. Austria* (GS), núm. 62903/15, TEDH 15 de junio de 2021, paras. 158-160.

<sup>9</sup> Véase *Labita c. Italia* (GS), núm. 26772/95, TEDH 6 de abril de 2000, para. 121.

<sup>10</sup> Véanse *Molie c. Rumanía* (dec.), núm. 13754/02, TEDH 1 de septiembre de 2009, para. 44; *Koseva c. Bulgaria* (dec.), núm. 6414/02, TEDH 22 de junio de 2010; *Gökdemir c. Turquía* (dec.), núm. 66309/09, TEDH 19 de mayo de 2015, para. 17, y *Çakmak c. Turquía* (dec.), núm. 34872/09, TEDH 21 de noviembre de 2017.

conducta de la persona afectada<sup>11</sup>. Según la jurisprudencia del Tribunal, para que los malos tratos entren dentro del ámbito de aplicación del artículo 3, deben alcanzar un “umbral mínimo de gravedad” cuya valoración es relativa y depende de las circunstancias del caso (paras. 165-168)<sup>12</sup>.

El Tribunal ha reconocido que la privación de libertad va inevitablemente acompañada de sufrimiento y humillación, y que, por ello, no supone una violación del artículo 3 por sí sola. Sin embargo, esta disposición obliga al Estado a garantizar que todo preso es detenido de forma compatible con el respeto de la dignidad humana, que las condiciones de su detención no los someten a angustias o penurias de una intensidad que exceda el nivel del sufrimiento inevitable inherente a tal medida y que se garantizan debidamente su salud y bienestar. Además, las medidas adoptadas en el marco de la detención deben ser necesarias para lograr el fin legítimo perseguido (paras. 186-187)<sup>13</sup>.

Debe destacarse que es la primera vez en la que el Tribunal se ocupó de la valoración de los malos tratos infligidos a personas rescatadas en el mar. En el caso que nos ocupa, las alegaciones de tratos inhumanos y degradantes se referían únicamente a los registros corporales que les realizaron al llegar a tierra, en particular porque fueron obligados por las autoridades a desnudarse ante al menos trece personas (para. 184). El Tribunal concluyó que no podría decirse que los registros estuvieran justificados en “una necesidad convincente de seguridad, defensa del orden público o prevención de delitos”<sup>14</sup> y que pudieron haber dado lugar a “un sentimiento de arbitrariedad, inferioridad y angustia” que va más allá de la humillación tolerable e inevitable que conlleva un registro corporal<sup>15</sup>.

Sobre la base de los razonamientos anteriores, el Tribunal concluyó que se habían producido sendas violaciones del artículo 2, tanto de las obligaciones procesales como sustantivas, y del artículo 3 del Convenio, y condenó a Grecia a otorgar unas cantidades a cada uno de los demandantes, en concepto de satisfacción equitativa.

### III. CONCLUSIONES

La presente sentencia se inscribe en una línea jurisprudencial reciente del Tribunal relativa al trato dado a personas rescatadas o interceptadas en alta mar, en la que destacan

---

<sup>11</sup> Véanse. *inter alia*, A. y otros c. Reino Unido (GS), núm. 3455/05, TEDH 19 de febrero de 2009, para. 126; *Mocanu y otros c. Rumanía* (GS), núm. 10865/09, 45886/07 y 32431/08, TEDH 17 de septiembre de 2014, para. 315; *El-Masri c. la antigua República Yugoslava de Macedonia* (GS), núm. 39630/09, TEDH 13 de diciembre de 2012, para. 195; *Khlaifia y otros c. Italia*, núm. 16483/12, TEDH 15 de diciembre de 2016, para. 158, y *Z.A. y otros c. Rusia* (GS), núm. 61411/15, 61420/15, 61427/15 y 3028/16, TEDH 21 de noviembre de 2019, paras. 187-188.

<sup>12</sup> Véase *Bouyid c. Bélgica* (GS), núm. 23380/09, TEDH 28 de septiembre de 2015, paras. 86-87.

<sup>13</sup> Véase *Ramírez Sánchez c. Francia* (GS), núm. 59450/00, TEDH 4 de julio de 2006, para. 119.

<sup>14</sup> Véanse *Francesco Schiavone c. Italia* (dec.), núm. 65039/01, TEDH 13 de noviembre de 2007, *Ciuperescu c. Rumanía*, núm. 35555/03, TEDH 15 de junio de 2010, para. 116, y *Frérot c. Francia*, núm. 70204/01, TEDH 12 de junio de 2007, para. 38.

<sup>15</sup> Véase *Frérot c. Francia*, *ibidem*, para. 47.

las sentencias *Hirsi Jamaa, Khlaifia, Tsalikidis y Sarwari*<sup>16</sup>. A través de estas sentencias, el Tribunal ha ido determinando las obligaciones que incumben a los Estados en esta materia. Si bien el Convenio de Roma no reconoce el derecho al asilo, el Tribunal ha afirmado que los Estados partes están obligados a respetar los derechos de las personas en situación irregular que se encuentran bajo su jurisdicción, en particular la obligación derivada del artículo 3 de no devolución a países donde quedarían expuestos a un trato que vulneraría el Convenio y no recibirían ningún tipo de protección, el derecho a un recurso efectivo (artículo 13) y la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (artículo 4 del Protocolo nº 4 al Convenio).

La sentencia que hemos analizado incide en las obligaciones de los Estados de garantizar el derecho a la vida y la protección contra los malos tratos de los inmigrantes que tratan de alcanzar ilegalmente por mar las costas de los países ribereños del Mediterráneo. Retomando una amplia jurisprudencia, el Tribunal ha subrayado la necesidad de realizar una investigación efectiva sobre las causas del naufragio que ha comportado la pérdida de varias vidas humanas. Resulta interesante también que el Tribunal ha entendido comprendida en el artículo 2, que garantiza el derecho a la vida, la obligación de los Estados de organizar y desplegar adecuadamente las operaciones de salvamento marítimo<sup>17</sup>. Por último, el Tribunal ha considerado constitutivos de tratos degradantes los registros corporales efectuados sobre los inmigrantes naufragados.

---

<sup>16</sup> Véanse *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (GS), núm. 27765/09, TEDH 23 de febrero de 2012, *Khlaifia y otros c. Italia*, núm. 16483/12, TEDH 15 de diciembre de 2016, *Tsalikidis y otros c. Grecia*, núm. 73974/14, TEDH 16 de noviembre de 2017, y *Sarwari y otros c. Grecia*, núm. 38089/12, TEDH 11 de abril de 2019.

<sup>17</sup> Véase ACNUR/IMO, *Salvamento en el mar. Una guía sobre los principios y prácticas aplicables a refugiados y migrantes*, Mayo 2011.



# **CUANDO EL TIEMPO ES EL GRAN ENEMIGO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 1 DE FEBRERO DE 2022 (CASO FEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES MARÍTIMOS Y PORTUARIOS (FEMAPOR) VS. PERÚ; EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO Y REPARACIONES)**

**MARÍA ISABEL TORRES CAZORLA\***

## **I. HECHOS**

Este reciente y relevante caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup> permite reflexionar acerca de un tema que atañe de manera especial al colectivo de las personas de edad, a la necesidad de que sus derechos gocen de una protección –si se quiere, reforzada–, teniendo presente una realidad de la que el Tribunal es plenamente consciente. El paso del tiempo y la situación de especial vulnerabilidad de las personas relacionadas con este caso hace que la idea de justicia se diluya, impidiendo alcanzar los objetivos perseguidos por los instrumentos de protección de derechos humanos –de forma general y con carácter específico en la órbita iberoamericana–, si existen dilaciones indebidas en la ejecución de los pronunciamientos judiciales.

El caso que nos ocupa goza de una enorme repercusión, dado que son 4.090 personas las presuntas víctimas<sup>2</sup>, trabajadores marítimos y portuarios de Perú organizados en sindicatos y afiliados a FEMAPOR (Federación Nacional de Trabajadores Marítimos y Portuarios); el factor tiempo es de una enorme relevancia para la situación analizada, al referirse a la ejecución de una sentencia que data del 12 de febrero de 1992, dictada por la Corte Suprema de Justicia de este país<sup>3</sup>. Sentencia que impacta directamente en un colectivo de personas de edad avanzada, lo que supone que la Corte Interamericana argumenta su decisión teniendo muy presente este dato, como veremos seguidamente.

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Málaga ([mtorres@uma.es](mailto:mtorres@uma.es)).

<sup>1</sup> Dicha sentencia se puede consultar íntegra en el siguiente vínculo [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_448\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_448_esp.pdf). Esta página web, así como el conjunto de las citadas en este comentario ha sido objeto de consulta por última vez el día 4 de octubre de 2022.

<sup>2</sup> El Anexo I a la sentencia contiene el listado de las mismas, así como quien representaba a cada una de ellas, y puede accederse en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/anexos\\_448\\_esp\\_No.1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/anexos_448_esp_No.1.pdf).

<sup>3</sup> Casi treinta años antes de que se dictase la sentencia que comentamos, remontándose los hechos que motivaron estos pronunciamientos judiciales al año 1991, cuando los trabajadores de este sector, que trabajaban rotativamente bajo el control y regulación de CCTM (Comisión Controladora del Trabajo Marítimo), entidad perteneciente al Ministerio de Defensa de Perú, fueron despedidos, disolviéndose dicha entidad a consecuencia de una grave crisis económica y financiera. Véase para. 44 de la sentencia comentada.

Las cuestiones fácticas a tener en cuenta son las siguientes, que ofrecen un panorama de la complejidad y consiguientes perjuicios que para el colectivo al que afectan estos hechos suponen:

1) Una primera acción de amparo interpuesta el 20 de agosto de 1990 por FEMAPOR ante el Juzgado de Primera Instancia de Callao, alegando que se había producido una incorrecta aplicación del incremento adicional de remuneraciones (con referencia a la variación del costo de vida)<sup>4</sup> antes de que se disolviese la CCTM. La demanda se amplió el 8 de enero de 1991, se declaró fundada por el Segundo Juzgado de lo Civil del Callao el 12 de abril de 1991, confirmándose el 12 de agosto de 1991 por la Sala Civil de la Corte Superior del Callao y el 12 de febrero de 1992 por la Corte Suprema de Justicia.

2) El 2 de septiembre de 1992 se derogaron por parte del poder ejecutivo dos normas referidas al proceso de disolución de la CCTM, que tenían un impacto directo en el pago de los beneficios sociales de los trabajadores marítimos y portuarios; ello provocó que el 24 de septiembre de 1992, FEMAPOR solicitase ante los Ministerios de Transporte, Economía y Finanzas que se repudiesen las normas derogadas o medidas alternativas.

3) Una segunda acción de amparo se interpuso el 11 de agosto de 1997 por FEMAPOR, ante el Juzgado Especializado Civil Colectivo del Callao, solicitando que, en trámite de ejecución de sentencia emitida por la Corte Suprema el 12 de febrero de 1992, se emplazara al Ministerio de Economía y Finanzas para que, bajo apercibimiento de trabar embargo de bienes del Estado, cumpliera con pagar la suma adecuada a los trabajadores marítimos y fluviales (para. 52). Dicha demanda fue declarada improcedente, tanto en esta instancia el 15 de enero de 1998, como un año después el recurso de queja presentado ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, que lo archivó el 15 de diciembre de 1999.

4) La Defensoría del Pueblo recibió una queja de FEMAPOR el 21 de noviembre de 1996, en cuya Resolución de 3 de noviembre de 1997, exhortaba al Ministerio de Economía y Finanzas a que incluyese en el Presupuesto General de la República “los recursos que permitiesen atender los pagos que por concepto de beneficios sociales” debían abonarse a los afiliados de FEMAPOR. Ello fue seguido de diversos oficios de la Defensoría del Pueblo dirigidos al mismo Ministerio el 12 de enero, 4 de mayo y 14 de agosto 1998, requiriendo el cumplimiento de dicha Resolución, así como un Informe de octubre de ese mismo año, referido al “Incumplimiento de sentencias por parte de la administración estatal”. No en vano, de las 101 quejas tramitadas desde la creación de la Defensoría en 1993, más del 50% se referían a “mandatos judiciales de contenido laboral que son incumplidos” (paras. 53-55).

5) El 4 de junio de 2003 un Decreto conformaría una Comisión Multisectorial cuyo informe final estableció que “algunas de las cantidades asignadas a los trabajadores habían sido calculadas de manera inexacta o se habían omitido ciertos conceptos,

---

<sup>4</sup> La petición de los trabajadores se basaba en que el incremento adicional de remuneraciones se debía aplicar sobre el ingreso básico que percibe el trabajador al momento de su cálculo y pago (y no conforme al monto básico cuando se inició la negociación colectiva). Véase párr. 48 de la sentencia.

conminando a todo trabajador que su cálculo era incorrecto a acudir a la instancia judicial correspondiente y realizar la oportuna reclamación adicional” (para. 56)<sup>5</sup>. El 15 de junio de 2004, el Estado peruano autorizó al Ministerio de Economía y Finanzas para que efectuara el pago progresivo de los beneficios sociales de los trabajadores marítimos, portuarios y fluviales con cargo a su presupuesto institucional, que comenzaría ese mismo año y que, en diciembre de 2017 el Estado afirmaba haber cumplido por completo (paras. 57-59).

6) El caso que se plantea ante la Corte Interamericana y que da lugar a la sentencia que comentamos trae causa de la petición formulada el 10 de noviembre de 1998 por los representantes. Finalmente, tras haber otorgado tres prórrogas al Estado, la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el 26 de julio de 2019 todos los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en su Informe de Fondo “ante la necesidad de obtención de justicia y reparación” (paras. 3-4). La Comisión solicitaba que la Corte declarara la responsabilidad internacional del Estado, así como que ordenase a Perú las medidas de reparación oportunas.

## **II. PROBLEMAS JURÍDICOS**

La Corte Interamericana se enfrenta a un caso en el que “nota con preocupación que, entre la presentación de la petición inicial ante la Comisión y el sometimiento del caso ante la Corte, han transcurrido más de veinte años” (para. 4). Más de treinta, si tenemos en cuenta cuando comenzó la controversia, en los años noventa. Esta va a ser una cuestión nuclear del razonamiento de la Corte para resolver el presente caso, que sin duda constituirá un hito jurisprudencial, que marca la senda de algunos precedentes previos.

Las cuestiones procedimentales se van a dilucidar de forma sencilla por parte de la Corte. No plantean problema alguno la competencia de la Corte ni las dos excepciones preliminares que Perú interpuso, siendo ambas desestimadas por la Corte (paras. 13-26).

Resulta esencial detenernos en los derechos vulnerados, y en la forma de garantizar los mismos de forma efectiva, teniendo presentes el elevado número de personas afectadas (más de 4.000) y la edad de las mismas (en su mayoría de más de 70 años, habiendo fallecido hasta la fecha en que se dictó la sentencia más de 800).

El derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, sin duda ha sido conculcado. En palabras de la Corte, “la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o sentencia, sino que se requiere además que el Estado garantice los medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas, de modo que se protejan de manera efectiva los derechos declarados” (para. 78)<sup>6</sup>. Que la ejecución sea completa, perfecta, integral y sin

---

<sup>5</sup> Ello daría lugar a que un subgrupo de 2.317 trabajadores, reclamasen judicialmente ante el Sexto Juzgado Civil del Callao la correcta liquidación del incremento adicional a las remuneraciones. Un Informe Pericial Judicial de 2012 ordenaba al Ministerio de Economía y Finanzas al pago, si bien la decisión fue apelada y otras posteriores igualmente recurridas en amparo (paras. 60-65).

<sup>6</sup> Esta misma argumentación fue puesta de relieve en *Garantías judiciales en estados de emergencia* (Arts.

demora es otra cuestión relevante que la Corte apunta. Junto al criterio reforzado de celeridad que debe darse respecto a las personas mayores, atendiendo a la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran las mismas, constituyendo “un principio general del derecho internacional público” (para. 7)<sup>7</sup>. Máxime atendiendo a lo establecido en la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (en su art. 31) que “establece un derecho a un tratamiento preferencial de las personas mayores en la ejecución de las sentencias a su favor y un correlativo deber estatal de garantizar un acceso diligente, célere y efectivo de las personas mayores a la justicia, tanto en los procesos administrativos como judiciales” (para. 80).

A mayor abundamiento a las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2008 y actualizadas en 2018, configuran la agilidad y la prioridad como premisas a seguir (para. 81-83). Este caso pone de relieve todo lo contrario; dado que “versa sobre el incumplimiento de una sentencia cuyo impago se prolongó durante aproximadamente 25 años, afectando de esta manera a un grupo de personas que, en su mayoría se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, al ser personas mayores” (para. 93).

En relación con la presunta violación del art. 2 de la Convención Americana (adecuar el derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados), si bien no constata dicha vulneración de forma fehaciente, la Corte sí observa una actitud dilatoria por parte del Estado: “la Corte nota, con preocupación, que el paso del tiempo en el presente caso ha tenido un impacto de especial gravedad sobre las víctimas, en tanto que, tal y como alegaron los representantes, habrían fallecido más de 800, cuestión que no es de extrañar si se tiene en cuenta que una gran mayoría de estas tienen una edad que oscila entre los 80 y los 90 años y la expectativa actual de vida al nacer en el Perú es de 77 años” (para. 102).

La Corte ofrece una visión de largo alcance del derecho al trabajo, consagrado en el art. 26 de la Convención<sup>8</sup>, acudiendo a diversos instrumentos internacionales y llegando a la conclusión de que lo acontecido repercutió negativamente en el derecho al cobro íntegro

---

27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, para. 24 y *Caso Profesores de Chañaral y otras municipalidades Vs. Chile. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de noviembre de 2021. Serie C N° 443, para. 152.

<sup>7</sup> Se detiene la Corte de manera particular en el conjunto de instrumentos internacionales y regionales que tratan de proteger al colectivo de las personas mayores. Especialmente significativa es la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, de 15 de julio de 2015, de la que Perú es Estado Parte desde 1 de marzo de 2021. Véase la misma en [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_a-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf); si bien el número de Estados Parte aún es bastante limitado, pudiendo consultarse en [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores\\_firmas.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp). Un análisis de dicha convención véase en SEATZU, F., “Sulla convenzione dell’organizzazzione degli stati americani sui diritti delle persone anziane”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 31, 2015, pp. 349-366.

<sup>8</sup> Si bien esta posición contó con los votos parcialmente disidentes de los jueces Edoardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto; véase [https://www.corteidh.or.cr/casos\\_sentencias.cfm](https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm).

de las remuneraciones de los trabajadores afectados, así como en su derecho al trabajo, lo que además tuvo “un impacto diferenciado en las víctimas del presente caso debido a su edad” (paras. 107-110, especialmente). La Observación General n° 6 sobre personas mayores del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1995)<sup>9</sup> lo corrobora. El salario como parte integrante del derecho al trabajo y componente fundamental del mismo configuran un elemento evolutivo, novedoso y también discutido por los jueces de la Corte<sup>10</sup>.

El derecho a la propiedad privada (art. 21 de la Convención) es objeto de debate en la sentencia, considerando la Corte que “el derecho a cobrar estas cantidades generó un efecto en el patrimonio de los integrantes de FEMAPOR ya que –ante el pago tardío o, en su caso, impago-, las víctimas no pudieron gozar integralmente de su derecho a la propiedad privada, entendido aquello como los montos dejados de percibir” (paras. 112-114).

La parte IX se refiere a las reparaciones, ofreciendo la Corte una visión exhaustiva de diferentes medidas de restitución, satisfacción y medidas compensatorias –tanto de los daños materiales como inmateriales- así como una explicación de la forma en que habrán de cumplirse los pagos ordenados, con sumo detalle (paras. 116-148)<sup>11</sup>.

### **III. CONCLUSIONES**

La sentencia comentada supone grandes avances en lo relativo a la responsabilidad estatal por impago del Estado de cantidades adeudadas a los trabajadores, en particular a un colectivo vulnerable: las personas de edad. La argumentación de la Corte Interamericana versa acerca de este colectivo, la vulneración de sus derechos y la necesaria celeridad procesal que habría de producirse para que la tutela judicial efectiva sea real en casos como este. Especial interés para comprender la evolución de la jurisprudencia de la Corte respecto a la especial protección de las personas mayores, además de la lectura de la propia sentencia, lo tiene el voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (sus párrafos 7 a 28)<sup>12</sup>. Algunas cuestiones podrían ser objeto de reflexión a la luz de la

---

<sup>9</sup> Véase [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN6](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html#GEN6).

<sup>10</sup> El voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (párrs. 29-31), así como el voto razonado concurrente del juez Ricardo C. Pérez Manrique (en especial párrs. 4-18), ilustran esta cuestión, así como la discusión acerca de este derecho y la justiciabilidad directa (o no) del mismo.

<sup>11</sup> En los puntos resolutivos 6 a 11 especifica que la sentencia constituye una forma de reparación, que el Estado realizará el pago de los reintegros pendientes, las publicaciones pertinentes de la sentencia, las indemnizaciones fijadas por daño inmaterial, rendirá un informe en el plazo de un año sobre las medidas adoptadas, siendo supervisado por la Corte.

<sup>12</sup> Además de ofrecernos una visión muy detallada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana donde se muestran los avances alcanzados para la protección del colectivo de las personas de edad, también se menciona la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El ámbito de la Unión Europea no aparece referenciado, tal vez por el hecho de que el art. 25 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con esa parca referencia a que “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”, no constituye un gran paso adelante. Sobre ello, véase TORRES CAZORLA, M.I., “La Regulación de los Derechos de los

sentencia (el hecho de que la petición ante la Comisión data de 1998), que constituye un dato indicativo de que aún queda mucho por hacer al objeto de evitar dilaciones innecesarias en los procedimientos judiciales. La situación se hace especialmente grave cuando las personas que se ven envueltas en ellos son colectivos vulnerables para los cuales el paso inexorable del tiempo constituye un hándicap, cuando no una verdadera imposibilidad de que se pueda hacer justicia.

---

mayores en la Unión Europea y en el Escenario Internacional: una Comparativa”, en SALINAS DE FRÍAS, A.M. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. (dirs.), *La Unión Europea y la protección de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 469-490, pp. 478-481 especialmente. Los avances en este sentido, de la mano de la jurisprudencia, tal vez permitan hacer realidad, poco a poco, el interrogante que planteaba TORRECUADRADA GARCIA-LOZANO, S., “¿Un derecho internacional de protección de las personas mayores?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2021, pp. 55-80.

# COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS C. REPÚBLICA DE KENIA, SENTENCIAS DE LA CORTE AFRICANA DE 26 DE MAYO DE 2017 Y DE 23 DE JUNIO DE 2022 (REPARACIONES)

FELIPE GÓMEZ ISA\*

## I. HECHOS

Al igual que ocurre con muchos otros pueblos indígenas a lo largo y ancho del planeta, este caso se refiere al desplazamiento por parte del Estado de Kenia de la comunidad indígena Ogiek de su territorio ancestral en el bosque Mau motivado por razones de conservación y protección ambiental, y sin el consentimiento de la propia comunidad. Este desplazamiento producido en 2009 no es algo puntual, sino que se trata de un eslabón más en la cadena de sucesivos desplazamientos sufridos por el pueblo Ogiek desde la época colonial. En este sentido, un factor relevante a tener en cuenta en este caso es el fenómeno de las injusticias históricas y la discriminación estructural sufrida por los pueblos indígenas en Kenia. Como señalaron los demandantes en su escrito de acusación, la notificación del desplazamiento por parte del Estado no es sino “la perpetuación de las injusticias históricas sufridas por los Ogiek”<sup>13</sup>.

En noviembre de 2009, el Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) y Minority Rights Group International (MRGI) presentaron una comunicación ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en representación de la comunidad Ogiek del bosque Mau. En julio de 2012, ante la inacción por parte del Estado demandado, la Comisión Africana decidió presentar el caso ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, tal y como le permite el artículo 5.1 del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre la creación de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>14</sup>. La Comisión Africana alegaba las violaciones de los artículos 1, 2, 4, 8, 14, 17.2, 17.3, 21 y 22 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>15</sup>. La Corte Africana emitió su decisión sobre el fondo del asunto el 26 de mayo de 2017, una decisión histórica para el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el continente africano<sup>16</sup>. Asimismo,

---

\* Catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto e investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe ([felipe.gomez@deusto.es](mailto:felipe.gomez@deusto.es)).

<sup>13</sup> Judgement, 2017, para. 8. Sobre el fenómeno de las injusticias históricas sufridas por los pueblos indígenas y su derecho a la reparación véase GÓMEZ ISA, F., “Repairing Historical Injustices: Indigenous Peoples in Post-Conflict Scenarios”, en ORÉ AGUILAR, G and GÓMEZ ISA, F. (eds.), *Rethinking Transitions. Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 265-300.

<sup>14</sup> Adoptado el 10 de junio de 1998, entró en vigor el 25 de enero de 2004.

<sup>15</sup> Adoptada en Nairobi el 27 de junio de 1981, entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

<sup>16</sup> MINORITY RIGHTS INTERNATIONAL GROUP, “African Court Delivers Landmark Judgment on Ogiek Land Rights Case Against Kenyan Government”, *Cultural Survival Quarterly Magazine*, June 2017.

la Corte decidió que las formas de reparación de las violaciones de los derechos contenidos en la Carta Africana serían objeto de una decisión separada, lo que ha acontecido con la sentencia de la Corte pronunciada el 23 de junio de 2022. Dada la relación intrínseca entre las dos sentencias, el presente comentario versará sobre ambas.

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Dada la brevedad de este comentario, no voy a poder entrar a analizar en detalle todos los novedosos aspectos de estas dos sentencias en relación con el reconocimiento y la garantía de los derechos de los pueblos indígenas en África. Por ello, me voy a centrar en los que considero que son fundamentales.

El primer aspecto controvertido que aborda la Corte es la consideración de los Ogiek como un pueblo indígena. Debemos reconocer que la definición de lo que podemos considerar como pueblos indígenas es un asunto contestado y controvertido sobre el que todavía no ha recaído un consenso de alcance universal. La definición que figura en el artículo 1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (1989) es la que goza de mayor aceptación, pero hay que subrayar que este Convenio está todavía muy lejos de alcanzar una ratificación universal; es más, su aceptación en África y Asia es muy limitada, como lo demuestra el hecho de que solamente la República Centroafricana, en África, y Nepal, en Asia, hayan procedido a su ratificación<sup>17</sup>. Lo cierto es que la cuestión de la existencia de pueblos indígenas en el continente africano es una cuestión que sigue generando un enconado debate tanto político como jurídico<sup>18</sup>. Para Kenia, los Ogiek de hoy son muy diferentes a los de principios del siglo XX, habiendo transformado sus formas de vida a través del tiempo y habiéndose adaptado a la vida moderna, lo que significa que ya no se pueden distinguir del resto de la población keniana. La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no acepta sin más este argumento, acudiendo al debate promovido por el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>19</sup>. Para este Grupo de Trabajo existen varios criterios sobre la base de los cuales se puede identificar la existencia de comunidades indígenas en África. Estos criterios son la auto-identificación por parte de los propios pueblos indígenas, una especial relación con sus tierras tradicionales y un estado de subyugación y exclusión por parte de los grupos hegemónicos de la sociedad. Sobre la base de la aplicación de estos criterios al caso de los Ogiek, la Corte Africana los reconoce “como un pueblo indígena que es parte del pueblo de Kenia pero con un status particular, lo que les hace acreedores de una especial protección derivada de su vulnerabilidad”<sup>20</sup>. Este pronunciamiento es muy relevante, sentando un precedente que deberá ser tenido en

---

<sup>17</sup> GÓMEZ ISA, F., “El Convenio 169 de la OIT: Origen y Contenido”, *Aportes. Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, No. 22, 2020, pp. 4-5.

<sup>18</sup> MUKWIZA NDAHINDA, F., *Indigeness in Africa. A Contested Legal Framework for Empowerment of 'Marginalized' Communities*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2011.

<sup>19</sup> *Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities*, Submitted in accordance with the “Resolution on the Rights of Indigenous Populations/Communities in Africa” adopted by The African Commission on Human and Peoples’ Rights at its 28th ordinary session, ACHPR and IWGIA, 2005.

<sup>20</sup> Judgement, 2017, para. 112.

cuenta por otros Estados africanos a la hora de relacionarse con los pueblos indígenas que convivan dentro de sus territorios.

El segundo aspecto crucial que aborda la Corte es el relativo a si la orden de desalojo sin el consentimiento del pueblo Ogiek constituyó una violación de su derecho de propiedad (artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos). En primer lugar, la Corte se enfrentaba al dilema de ampliar o no el alcance del derecho de propiedad para que éste alcanzase también la propiedad comunal de los pueblos indígenas. Al igual que hizo la Corte Inter-americana de Derechos Humanos en su emblemático caso de la comunidad indígena *Awas Tingni v. Nicaragua* en 2001<sup>21</sup>, la Corte Africana también establece que “el derecho de propiedad tal y como viene garantizado por el artículo 14 también se puede aplicar a grupos o comunidades”<sup>22</sup>, es decir, tiene una naturaleza tanto individual como colectiva. Ahora bien, y aquí viene otro de los aspectos profundamente novedosos de la Sentencia de la Corte Africana, para determinar el alcance del derecho de propiedad sobre las tierras ancestrales de las comunidades indígenas la Corte sostiene que “la Carta debe ser interpretada a la luz de los principios aplicables especialmente por las Naciones Unidas”<sup>23</sup>, en particular el artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007<sup>24</sup>. Como vemos, la Corte Africana está otorgando carta de naturaleza jurídica a una declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, un documento de *soft law* que recoge el consenso de la comunidad internacional en lo tocante al reconocimiento y la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. Ello contribuye a incrementar notablemente el alcance jurídico de la Declaración de las Naciones Unidas aprobada en 2007<sup>25</sup>. Como concluye la Corte Africana, “mediante la expulsión de los Ogiek de sus tierras ancestrales en contra de su voluntad y sin consulta previa, el Estado vulneró sus derechos territoriales tal y como están garantizados por el artículo 14 de la Carta interpretada a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007”<sup>26</sup>.

Un último aspecto relevante que quiero subrayar en las decisiones de la Corte Africana es precisamente su utilización de la jurisprudencia de la Corte Inter-americana de Derechos Humanos en un interesante proceso de fertilización cruzada de las jurisprudencias de las cortes regionales de derechos humanos. A pesar de que Kenia expuso el argumento de que “la jurisprudencia de la Corte Inter-americana de Derechos Humanos no es vinculante para la Corte Africana”<sup>27</sup> y, por lo tanto, no debería servir de base para sus decisiones, la propia Corte admite que “puede recibir inspiración de otros

---

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *de la Comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, n.º 79.

<sup>22</sup> Judgement, 2017, para. 123.

<sup>23</sup> *Ibid.*, para. 125.

<sup>24</sup> Doc. ONU, ASAMBLEA GENERAL, Resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007.

<sup>25</sup> GÓMEZ ISA, F., “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71, No. 1, 2019, pp. 119-138.

<sup>26</sup> Judgement, 2017, para. 131.

<sup>27</sup> Judgement (Reparations), 2022, para. 23 xiv.

pronunciamientos de otros órganos supranacionales de derechos humanos”<sup>28</sup>. Lo cierto es que la Corte Africana ha basado ampliamente su decisión, tanto en cuanto al fondo como en materia de reparaciones, en la progresiva jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

### III. CONCLUSIONES

Tras constatar violaciones de los artículos 1, 2 (no discriminación), 8 (libertad religiosa), 14 (derecho de propiedad), 17.2 (derecho a participar en la vida cultural) 17.3 (protección de los valores morales y las tradiciones), 21 (derecho a la libre disposición de la riqueza y los recursos naturales) y 22 (derecho al desarrollo) de la Carta Africana, la Corte ha decidido en junio de 2022 acerca de las reparaciones que tiene que llevar a cabo el Estado en favor de los Ogiek. En este punto, la Corte utilizó como fuente de inspiración las diversas sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los numerosos casos que involucraban la violación de diferentes derechos de los pueblos indígenas en las Américas. En primer lugar, la Corte ordenó a Kenia el pago de una suma importante de dinero en concepto de daños tanto materiales (57.850.000 chelines kenianos) como morales (100.000.000 chelines kenianos) sufridos por el pueblo Ogiek (para. 160, ii y iii). Sin embargo, es en la parte relativa a las reparaciones no pecuniarias donde la Corte Africana toma las decisiones de mayor alcance. Así, ordena al Estado que tome todas las medidas necesarias para “identificar, en consulta con los Ogiek y sus representantes, delimitar, demarcar y titular las tierras ancestrales del pueblo Ogiek, y otorgar un título colectivo sobre dichas tierras...” (para. 160, iv). Asimismo, ordena al Estado que, allí donde se hayan llevado a cabo concesiones que afecten al territorio ancestral del pueblo Ogiek, abra un proceso de diálogo y consultas con los Ogiek y sus representantes para llegar a un acuerdo sobre si se pueden continuar las operaciones teniendo en cuenta el principio del disfrute de los beneficios de la explotación por parte de los Ogiek. Cuando dicho acuerdo sea imposible, el Estado deberá compensar a los terceros y devolver las tierras a los Ogiek (para. 160, v). Otra medida importante para el pueblo Ogiek y para todos los pueblos indígenas del continente africano es la obligación del Estado de “garantizar el pleno reconocimiento de los Ogiek como un pueblo indígena, incluyendo, aunque no sólo, el pleno reconocimiento de la lengua Ogiek y de sus prácticas culturales y religiosas” (para. 160, vi). Finalmente, la Corte ordena al Estado de Kenia que tome todas las medidas que resulten necesarias para “reconocer, respetar y proteger el derecho de los Ogiek a ser efectivamente consultados, de acuerdo con sus tradiciones y costumbres, en relación con todos los proyectos de desarrollo, conservación e inversión que tengan un impacto en el territorio ancestral del pueblo Ogiek” (para. 160, ix). A pesar de que la Corte no acogió las demandas de reparación de los representantes del pueblo Ogiek relativas a la emisión de una disculpa pública por parte del Estado de Kenia y a la erección de un monumento para conmemorar las violaciones de derechos humanos sufridas por el pueblo Ogiek, lo cierto es que las reparaciones concedidas por la Corte pueden suponer un punto de inflexión en la historia de exclusión y marginación del pueblo Ogiek tanto bajo el mandato colonial británico como por parte del Estado y la sociedad

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, para. 71.

keniana contemporánea. El tiempo acabará diciendo si realmente estas dos decisiones de la Corte Africana suponen un cambio de tendencia o simplemente se convierten en un nuevo ejercicio de retórica que acabará engullida por la denominada “brecha de la implementación”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup>STAVENHAGEN, R., “Pueblos Indígenas: Retos después de la Batalla”, en GÓMEZ ISA, F., BERRAONDO, M. (eds.), *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 15-38, p. 16.

# LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS COMO CAUSA DE ANULACIÓN DEL LAUDO: ¿UN ÚLTIMO RECURSO PARA ESPAÑA? (*INFRARED c. ESPAÑA Y NEXTERA c. ESPAÑA*)\*

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

## I. HECHOS

En varios precedentes recientes España ha solicitado la anulación del laudo alegando la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal (art. 52.1.b) del Convenio CIADI), en relación con actos de fraude o falsificación de documentos supuestamente cometidos por las empresas demandantes. Para sostener este argumento ha invocado la “doctrina de las manos limpias”, una institución jurídica arraigada en el Derecho internacional (DI) público. En los casos *NextEra c. España* y en *InfraRed c. España*, España solicitó la anulación de los respectivos laudos<sup>1</sup> basándose, entre otros argumentos, en que las empresas demandantes hicieron declaraciones falsas sobre la capacidad instalada de su inversión para beneficiarse de un sistema de subvenciones al que no tendrían derecho, habiendo actuado de mala fe, de forma fraudulenta o ilícita.

Tanto en *NextEra c. España* como en *InfraRed c. España*, el Estado fue declarado responsable del incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo previsto en el art. 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)<sup>2</sup>. En consecuencia, los órganos arbitrales ordenaron el pago de una indemnización por daños a las empresas demandantes que ascendía a 290,6 millones de euros más intereses y costas en el primer caso y a la suma de 28,2 millones de euros más intereses y costas del arbitraje en el segundo caso.

Las alegaciones de fraude u otras actuaciones ilícitas para obtener una inversión no son infrecuentes en el arbitraje de inversión. Por ello, estos precedentes nos permiten analizar

---

\* 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 de la Universidad de Alcalá. Director del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad de Alcalá ([f.pascualvives@uah.es](mailto:f.pascualvives@uah.es)).

\*\*\* Investigadora Doctora del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad de Alcalá ([laura.aragones@uah.es](mailto:laura.aragones@uah.es)).

<sup>1</sup> *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España* (caso CIADI nº ARB/14/11, Laudo de 31-5-2019); *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España* (caso CIADI nº ARB/14/12, Laudo de 2-8-2019). En adelante, nos referiremos a estos casos como *InfraRed c. España* y *NextEra c. España*.

<sup>2</sup> *BOE*, de 17 de mayo de 1995.

la efectividad del procedimiento de anulación como último recurso para impugnar un laudo por estas causas, así como valorar si existen otros mecanismos procesales más eficaces para salvaguardar la buena administración de justicia.

## II. LA EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA DE FACULTADES DEL TRIBUNAL: EL ESTÁNDAR GENERAL APLICABLE EN LA PRÁCTICA ARBITRAL

Las causales de anulación del art. 52.1 del Convenio CIADI deben interpretarse a la luz del alcance limitado que sus redactores atribuyeron a este mecanismo procesal, que implica dejar sin efecto a un laudo definitivo y, por ello, se considera excepcional.

A este respecto, los órganos arbitrales del CIADI han reiterado que el procedimiento de anulación no es una apelación, sino que está condicionado por las cinco causales previstas en la normativa del CIADI. Así, los comités *ad hoc* tienen unas funciones limitadas, de manera que deben “vencer la “tentación” de abordar los laudos del CIADI como si ocuparan el lugar de los árbitros en una nueva valoración de los hechos y del derecho y “recrear” una solución que, a la postre, ellos entiendan como un mejor resultado del caso”<sup>3</sup>. Las decisiones sobre anulación deben entenderse, por consiguiente, a la luz del objetivo y alcance de este mecanismo procesal y de las funciones limitadas de los miembros del comité *ad hoc*.

En los casos examinados en esta nota los comités de anulación han coincidido en que la extralimitación manifiesta de facultades impone un estándar exigente al solicitante de la anulación<sup>4</sup>, ya que este deberá probar, primero, que se ha producido una extralimitación de las facultades conferidas por las partes al órgano arbitral y, segundo, que esta extralimitación es «manifiesta»<sup>5</sup>, término que los redactores del Convenio CIADI introdujeron intencionadamente y que, por tanto, no se puede obviar.

En cuanto al primer elemento, la existencia de una extralimitación de facultades por el órgano arbitral, esta se puede producir respecto a su jurisdicción para conocer del asunto, como también sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia<sup>6</sup>. En los casos examinados, el argumento basado en la doctrina de las manos limpias planteado por España podría constituir un exceso de poder relativo a la jurisdicción del CIADI, pues una inversión realizada contraviniendo la legislación del Estado receptor no puede prevalecerse de la protección que este le confiere mediante el acceso al arbitraje internacional para dirimir la controversia (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)<sup>7</sup>, aunque el derecho aplicable no disponga de una cláusula expresa sobre la

<sup>3</sup> *InfraRed c. España* (caso CIADI n° ARB/14/12, Decisión sobre anulación de 10 de junio de 2022, párr. 405).

<sup>4</sup> *NextEra c. España* (caso CIADI n° ARB/14/11, Decisión sobre anulación de 18 de marzo de 2022, párr. 79); e *InfraRed c. España* (caso CIADI n° ARB/14/12, Decisión..., *op. cit.*, párr. 421).

<sup>5</sup> *NextEra c. España* (caso CIADI n° ARB/14/11, Decisión..., *op. cit.*, párr. 72).

<sup>6</sup> *NextEra c. España* (caso CIADI n° ARB/14/11, Decisión..., *op. cit.*, párr. 82); e *InfraRed c. España* (caso CIADI n° ARB/14/12, Decisión..., *op. cit.*, párr. 423).

<sup>7</sup> La práctica arbitral arroja precedentes en los que, basándose en la noción de orden público internacional y en los principios de buena fe y *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, se ha denegado la protección sustantiva del TCE: véase *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* (caso CIADI n° ARB/03/24,

legalidad de la inversión, como ocurre con el TCE.

Resulta intrínseco a la naturaleza del arreglo arbitral que los árbitros ejerzan su función en los términos establecidos por las partes en el acuerdo arbitral. Los comités *ad hoc* en el CIADI han interpretado que se produce un exceso de poder si un órgano arbitral concluye erróneamente que tiene jurisdicción, cuando en realidad no la tiene y a la inversa, cuando teniéndola, se declara incompetente; pero también cuando traspasa los límites de la jurisdicción que se le atribuyó para conocer de las controversias entre las partes<sup>8</sup>.

Respecto al segundo elemento contenido en la causal del art. 52.1.b) del Convenio CIADI, esto es, que la extralimitación sea «manifiesta», existen varios enfoques en la práctica arbitral del CIADI. En *NextEra c. España*, el comité optó por aplicar la definición, apoyada por algunos comités, basada en la «facilidad» con que se puede percibir el exceso de poder, capaz de identificarlo con poco esfuerzo, es decir, sin que sea necesario un análisis profundo del caso, en lugar del estándar aplicado por otros comités centrado en la «gravedad» o «seriedad» del exceso de poder<sup>9</sup>. Así, el comité estableció que mientras la decisión y el razonamiento del órgano arbitral expresado en el laudo fuera «sostenible» («*tenable*»), no se podría considerar que hubiera incurrido en un exceso de poder «patente», «claro», «evidente», «obvio», «flagrante» o «fácil de ver o entender»<sup>10</sup>. En *InfraRed c. España*, el comité *ad hoc* acogió una interpretación similar, basada en que «para ser manifiesta, la extralimitación debe ser obvia, evidente y determinante del resultado del caso, que tiene que ser diferente, y no basarse en pruebas nuevas»<sup>11</sup>.

### III. LA EFECTIVIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE ANULACIÓN ANTE LAS ALEGACIONES DE FALTA DE MANOS LIMPIAS

Los procedimientos de anulación iniciados por España en ambos litigios se fundamentan en las mismas tres causales de anulación del laudo conforme al Convenio CIADI, a saber: i) extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal (art. 52.1.b); ii) falta de expresión de motivos (art. 52.1.e); y iii) quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento (art. 52.1.d). Si bien para los efectos de esta nota nos centramos únicamente en el análisis de la primera.

Ambos casos coinciden en los argumentos que sustentan la extralimitación manifiesta de

---

Laudo de 27-8-2008, párrs. 139-146). En este caso las alegaciones de fraude y falsedad se examinaron en la fase de fondo.

<sup>8</sup> CIADI, *Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID*, 5-5-2016, párr. 84.

<sup>9</sup> *NextEra c. España* (caso CIADI n° ARB/14/11), Decisión sobre anulación de 18-3-2022, párr. 76: “The Committee concludes that based on the ordinary meaning of the term “manifest”, the excess of power must reach the level of being “patent”, “clear”, “evident” and “easy to see or understand”. The Committee decides that its analysis should focus on the “ease with which [the excess of power] is perceived” such that it must be “discerned with little effort and without deeper analysis”. Thus, instead of the “gravity” or “seriousness” of the excess of powers, the focus should be on “the cognitive process that makes it apparent””.

<sup>10</sup> *NextEra c. España* (caso CIADI n° ARB/14/11, Decisión..., *op. cit.*, párr. 85).

<sup>11</sup> *InfraRed c. España* (caso CIADI n° ARB/14/12, Decisión..., *op. cit.*, párr. 422).

las facultades del tribunal. España alegó que las empresas demandantes formularon declaraciones falsas al exponer que la capacidad instalada del proyecto era inferior a 50 MW cuando, según el Estado, era superior a 50 MW. España afirmó que, para poder acogerse al régimen especial que establecía el Real Decreto 661/2007<sup>12</sup>, las plantas debían tener una potencia instalada que no superara los 50 MW, como establecía la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico<sup>13</sup>. Por consiguiente, España mantuvo que la tergiversación de las empresas *NextEra* e *InfraRed* era constitutiva de delitos de fraude de subvenciones y falsedad en documento público según la legislación española.

España se basó en el art. 26.6 del TCE, relativo a la solución de controversias entre un inversor y una Parte Contratante, el art. 42 del Convenio CIADI sobre el derecho aplicable a la controversia, incluidas las normas de DI y el art. 38 del Estatuto de la CIJ relativo a las fuentes del DI, para justificar la existencia de una prohibición absoluta de beneficiarse de actuaciones ilícitas y fraudulentas. La presunta mala fe de los inversores al establecer su inversión vulneraría los principios más elementales del DI público. En suma, el laudo había conferido protección internacional a los autores de una falsedad<sup>14</sup>, por lo que España solicitaba su anulación, bien porque el órgano arbitral no tenía jurisdicción para conocer del asunto o por inadmisibilidad de la demanda, o bien porque se habían infringido principios esenciales del DI y del *jus cogens*<sup>15</sup>.

Los comités *ad hoc* rechazaron este argumento por una razón eminentemente procesal que goza de especial relevancia. En ambos casos los comités apreciaron que el argumento de la capacidad instalada y la doctrina de las manos limpias como objeciones a la jurisdicción del Centro se plantearon por primera vez en el procedimiento de anulación, cuando estas objeciones pudieron haberse planteado en el procedimiento de origen. En efecto, conforme a la Regla 41.1 de las Reglas de Arbitraje del CIADI<sup>16</sup>, toda excepción a la jurisdicción o competencia del Centro se deben oponer “lo antes posible”; es más, se debe presentar al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, antes del vencimiento del plazo para la presentación de la réplica, salvo que la parte que presenta la excepción no haya tenido conocimiento de los hechos en los que se funda la excepción en aquel momento. Además, la Regla 27 de las Reglas de Arbitraje prevé que, si una parte, sabiendo o debiendo haber sabido, que la contraparte ha incumplido alguna disposición del Reglamento Administrativo y Financiero, de estas Reglas o de cualquier otra regla o acuerdo aplicable al procedimiento o alguna resolución del Tribunal, no objeta “con prontitud” dicho incumplimiento, se considerará que ha renunciado a su derecho a objetar (salvo lo dispuesto en el art. 45 del Convenio sobre la incomparecencia de una de las partes).

---

<sup>12</sup> Real Decreto 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE, de 26 de mayo de 2007).

<sup>13</sup> Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (BOE, de 28 de noviembre de 1997).

<sup>14</sup> *InfraRed c. España* (caso CIADI nº ARB/14/12, Decisión..., *op. cit.*, para. 119).

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 120; y *NextEra c. España* (caso CIADI nº ARB/14/11, Decisión..., *op. cit.*, para. 200-201).

<sup>16</sup> En este procedimiento eran aplicables las «Reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje (Reglas de Arbitraje) del CIADI», en la versión de 2006. Se advierte de que el 1 de julio de 2022 entró en vigor una enmienda a estas Reglas.

Aunque, como se observa, la normativa del CIADI se presenta vaga en cuanto al plazo para plantear la objeción o a las consecuencias de no plantear la objeción lo antes posible, se infiere que si España *conocía* la falsedad de las declaraciones de las empresas demandantes y pudo plantear las pruebas que la acreditaban *durante el procedimiento de origen*, no podía esperar a oponer esta excepción en un procedimiento de anulación, ya sea porque se consideraría una renuncia a este derecho conforme a la Regla 27 de las Reglas de Arbitraje, o porque no encontraría cabida en la causal de anulación como extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal.

En ambos casos, los comités concluyeron que España era concedora de estos hechos y pudo alegarlos en el procedimiento de origen<sup>17</sup>. En *NextEra c. España* el comité aclaró que un órgano arbitral no podía extralimitarse en sus facultades cuando no se había pronunciado sobre una cuestión porque nunca fue planteada por la parte interesada durante el procedimiento de origen; es más, una objeción a la jurisdicción no podía plantearse *ex novo* como fundamento de anulación<sup>18</sup>. Además, en *InfraRed c. España* el comité advirtió que un tribunal independiente había examinado la prueba aportada y los debates de las partes y había concluido que la capacidad instalada era la opuesta a la que alegaba España y no había quedado demostrada la comisión de los delitos de fraude y falsedad que se le imputaban a la empresa, de lo que cabe inferir, que la anulación tampoco sirve como instrumento de apelación.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Proteger inversiones realizadas mediante actos ilícitos supondría desconocer el respeto a la legalidad como un principio del orden público internacional, así como otros principios esenciales del DI como el principio general de buena fe. Por ello, el fraude u otras conductas ilícitas en la inversión pueden oponerse como una objeción a la jurisdicción del CIADI.

La decisión de los comités *ad hoc* en los casos examinados debe entenderse a la luz del objetivo y alcance limitado de este mecanismo procesal. Las objeciones a la jurisdicción se deben plantear en el momento procesal oportuno, es decir, durante el procedimiento de origen, como establece la normativa del CIADI, pero no pueden plantearse *ex novo* como fundamento de la anulación del laudo, pues esta alegación no encontraría cabida en ninguna de las causales de anulación, menos aun cuando la parte interesada conocía el hecho ilícito y decidió estratégicamente no plantearlo.

Ahora bien, la normativa procesal no deja desprovisto a quien descubre un hecho ilícito que afecte a la inversión en un momento posterior del procedimiento, pues ello atentaría contra la justicia de la decisión que todo órgano jurisdiccional persigue. Por ello, si el fraude, falsedad o corrupción se conocieran con posterioridad al laudo, cabe plantearse si la revisión (y no la anulación), prevista en el art. 51 del Convenio CIADI, cuyo fundamento es el “descubrimiento de un hecho nuevo decisivo para el laudo” sería el

<sup>17</sup> *NextEra c. España* (caso CIADI n° ARB/14/11, Decisión..., *op. cit.*, para. 210); e *InfraRed c. España* (caso CIADI n° ARB/14/12, Decisión..., *op. cit.*, párr. 436).

<sup>18</sup> *NextEra c. España* (caso CIADI n° ARB/14/11, Decisión..., *op. cit.*, para. 213).

mecanismo más oportuno, como de hecho se infiere de algún precedente en relación con el descubrimiento de actos de corrupción en la obtención de la inversión<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> *RSM Production Corporation y otros c. Granada* (caso CIADI n° ARB/10/6, Laudo de 10 de diciembre de 2010, paras. 7.1.28-7.1.30).

# **SOBRE LA AUTOMATICIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ANTE EL SILENCIO NEGATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO DE DICTAMENES EMITIDOS POR EL COMITÉ CONTRA LA TORTURA: LA SENTENCIA 1804 DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE ABRIL DE 2022**

**ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA\***

## **I. HECHOS**

El 26 de enero de 2013, E.L.G. fue abordada por la policía a la salida de una discoteca cuando se encontraba caminando por la estación de trenes 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.

Sin notificarle su detención, recibe de la policía tirones de pelo y golpes contra la puerta del coche policial; una vez se encuentra en la parte trasera del vehículo en marcha, su cabeza sufre multitud de impactos contra la mampara separadora consecuencia de la aceleración y frenados premeditados efectuados por el conductor de la patrulla. Ya en la comisaría, insultos y burlas fueron la única respuesta obtenida a sus reiteradas solicitudes de ser asistida por un médico. Sin ser informada de sus derechos fue puesta en libertad media hora más tarde; llamó por sus propios medios a una ambulancia que la recogió frente a las dependencias policiales y la trasladó a un hospital donde los médicos certificaron la rotura de su tabique nasal con la necesidad de cirugía y la existencia de hematomas en una de sus muñecas. Al día siguiente, la autora denunció a los cuatro policías bajo la acusación de tortura y del incumplimiento del deber de cuidado cuando solicitó asistencia médica.

## **II. CUESTIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER PRELIMINAR**

El Juzgado de Instrucción Núm. 1 de Córdoba inició la investigación el 27 de junio de 2013<sup>1</sup>; seis meses más tarde, el médico que la atendió prestó declaración afirmando que las fracturas nasales de la autora no presentaban sangrado cuando la atendió. En 2014, el Juzgado de Instrucción dictó el sobreseimiento<sup>2</sup>; recurrido el fallo en instancia, la Audiencia Provincial de Córdoba lo confirmó en apelación al entender que las testimoniales de los policías y las grabaciones no permitían aseverar la autoría de los daños. El 16 de

---

\* Profesor de Derecho Internacional Público en la Universitat Jaume I de Castellón (aarrufat@uji.es).

<sup>1</sup> Diligencias Previas 337/2013 del Juzgado de Instrucción número 1 de Córdoba.

<sup>2</sup> En dos autos sucesivos de 31 de enero y 22 de mayo de 2014.

marzo de 2015, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo alegando una manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental.

En 2016, E.L.G. presentó una comunicación individual contra España ante el Comité contra la tortura (en adelante, CAT) solicitando una investigación exhaustiva de la tortura y malos tratos sufridos, la adopción de medidas adecuadas contra los responsables de dichos tratos y, finalmente, que se garantizara que la víctima recibía una compensación completa y adecuada por los daños sufridos.

El CAT condenó a España, mediante Dictamen de 26 de noviembre de 2019<sup>3</sup>, al considerar que existieron indicios razonables de tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 16 de la Convención) que no fueron adecuadamente disipados; igualmente, concluyó que el Estado incumplió su obligación de asegurar asistencia médica como una de las garantías recogidas en los artículos 2, párrafo 1, y 11 de la Convención, leído solo y conjuntamente con el artículo 2 y afirmó que había incurrido en una violación 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. Finalmente, el Comité instó al Estado a: a) proporcionar a la víctima una reparación plena y adecuada y b) a tomar las medidas necesarias, para evitar que se cometan infracciones semejantes en el futuro.

Sin haber transcurrido el año, la víctima dirigió un escrito a la Secretaría de Estado de Seguridad solicitando información sobre los acuerdos adoptados en ejecución del Dictamen del CAT, interesando los motivos del retraso y solicitando que se adoptaran instrucciones para su inmediato cumplimiento; en febrero de 2021, la víctima presentó reclamación ante el Ministerio del Interior por responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración tomando como fundamento, la vulneración de derechos declarada en el Dictamen. De ninguna de ambas reclamaciones recibió respuesta.

E.L.G. interpuso, el 23 de febrero de 2021, recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional bajo el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona<sup>4</sup> donde solicitó que se dictara “sentencia declarando que la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración perpetúa la violación de derechos fundamentales regulados en el artículo 15CE -derecho a la integridad integral-, en relación con los artículos 10, 53.3, 103.1, 106.2 y 121 de la Constitución y los artículos 1, 3, 8 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> 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](#) (UAV 10 de julio de 2022).

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> En realidad, en el recurso, la autora alegó incumplimiento del artículo 15 CE pero también de los artículos 17 -derecho a la libertad y seguridad- y 24 de la CE-derecho a la tutela judicial efectiva-. Éstos dos últimos, fueron rechazados por la Audiencia Nacional.

### III. CUESTIONES JURÍDICAS SOBRE EL FONDO

La sentencia se enmarca en el conjunto de pronunciamientos dictados a partir de la Sentencia en el caso de D<sup>a</sup> Ángela González Carreño<sup>6</sup> que estableció una solución judicial -en ausencia cualquier otra- a la falta de reparación por el Estado de las vulneraciones de derechos humanos señaladas por los Comités de seguimiento de Tratados de las Naciones Unidas. Un camino todavía inconcluso que ha experimentado importantes virajes en lo referente a los cauces de reclamación y su aceptación por parte de los Tribunales internos; siendo responsable, también, de un renovado compromiso desde la abogacía institucional con la búsqueda de nuevos cauces para la defensa de los derechos humanos y la reparación de las víctimas<sup>7</sup>. En consecuencia -y, a propósito de la sentencia aquí analizada- conviene manifestar que resultan de aplicación el conjunto de comentarios señalados sobre aquella en anteriores crónicas y por la doctrina<sup>8</sup>; sin embargo, la presente incorpora algunas novedades respecto de anteriores pronunciamientos:

Un primer aspecto a destacar es que, en su fallo, la Sentencia menciona que el Dictamen del CAT preveía la obligación del Estado de informar en un plazo de noventa días "sobre las medidas que haya adoptado para dar curso a la presente decisión" y, sin embargo, la Sala considera que España no atendió esta obligación. En este sentido la Representación Permanente de España ante las Naciones Unidas emitió un informe indicando que "la labor de los comités no engloba una función de revisión de decisiones judiciales internas" y que "el Reino de España no puede sino respetar la decisión de sus órganos jurisdiccionales". Esta respuesta no sólo omite el actual debate jurisprudencial a propósito del valor que los tribunales internos deben otorgar a los Dictámenes emitidos contra

<sup>6</sup> Asunto *Ángela González Carreño* STS 2747/2018 de la Sala de lo Contencioso, sección 4<sup>a</sup>. de 17 de julio que reconoció responsabilidad patrimonial del Estado por daños morales, en base al carácter vinculante de un dictamen del CEDAW. Texto accesible [aquí](#).

<sup>7</sup> En este sentido, véase AGUILAR VILLUENDAS, V. J., *Efectos de los dictámenes de los Comités Internacionales de Derechos Humanos*, Fundación Abogacía del Estado (2022). Accesible [aquí](#).

<sup>8</sup> Entre otros, ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., "Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los "dictámenes" adoptados por comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio", REDI (2019), 71 (1), 241-250; GUTIÉRREZ ESPADA, C., "La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión", Cuadernos de Derecho Transnacional (2018), 10 (2), 836-851; también, la reciente discusión doctrinal acontecida en el número 23 del *Spanish Yearbook of International Law*: CARDONA LLORENS, C., "The legal value of the views and interim measures adopted by United Nations treaty bodies (A response to the opinions of E. Jimenez Pineda, C. Jiménez Sánchez and B. Vázquez Rodríguez)" 23 *SYbIL* (2019) 146-165; JIMÉNEZ PINEDA, E., "A commentary on the supreme court's judgment of 17 July 2018 (sts 1263/2018) and its supposed impact for a legally binding value of the decisions adopted by the Committee on the elimination of discrimination against women (CEDAW)", 23 *SYbIL* (2019) 129-145; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., "Human Rights Committees: their nature and legal relevance in Spain" 23 *SYbIL* (2019) 104-128; VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., "Interim measures requested before International Courts and International quasi-judicial bodies in the protection of Human Rights: do they also protect the right to participate in public affairs?", 22 *SYbIL* (2018) 77-115; ver también VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., "Práctica española de Derecho Internacional Público: la STS (sala especial) 1/2020, de 12 de febrero: ¿es el recurso de revisión una vía útil para dotar de efectividad a los dictámenes adoptados por los comités de derechos humanos?", REDI (2021), vol.73, 353-359; y, ARRUFAT CÁRDABA, A., "Resquicios del caso Banesto: sobre la imposibilidad de extender la doctrina González Carreño sobre el valor interno de los dictámenes de la ONU por la vía del recurso de revisión", REEI (2020), vol. 40, 24-27.

España, sino que, además, niega la potestad de la Administración de separarse de los pronunciamientos de sus tribunales internos al objeto de reparar a las víctimas de vulneraciones de derechos humanos dictaminadas por los Comités de seguimiento a los que España ha reconocido competencia. La Audiencia no sólo llama la atención sobre la falta de información del Estado al CAT en el ámbito internacional, sino que también afirma, en el plano interno España, que tampoco atendió la obligación de reparar cuando no respondió en vía administrativa al escrito dirigido por E.L.G. a la Secretaría de Estado de Seguridad el 23 de octubre de 2020, pidiendo información sobre los acuerdos adoptados en ejecución de la Decisión, ni al mantener silencio ante la reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Ministerio del Interior en vía administrativa<sup>9</sup>.

Un segundo aspecto novedoso de la sentencia se refiere a la afirmación de que cabe derivar responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal cuando la respuesta negativa -por silencio- de la Administración a adoptar las medidas establecidas en el Dictamen haya vulnerado derechos fundamentales susceptibles de ser reclamados a través del Procedimiento Especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. Este procedimiento -regulado en la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa- tiene por objeto los actos de las Administraciones Públicas en cuanto afecte a los derechos fundamentales que señala el art. 53.2 de la Constitución, es decir las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo Segundo de la Constitución.

El tercer aspecto es, sin duda, el más relevante al afirmar la sentencia que, mientras no se proceda a la reparación plena y adecuada de los daños causados mediante la ejecución del Dictamen del CAT, la vulneración de derechos humanos declarada se mantiene, persiste y se perpetúa ex artículo 5 de la DUDH y del artículo 7 del PIDESC. Por tanto, la sala considera que, una vez declarada la vulneración del derecho por el CAT, su no ejecución perpetúa la infracción habilitando “indudablemente” la responsabilidad patrimonial del Estado por una vulneración de derechos fundamentales -que se torna permanente- por no haber sido restaurada la lesión por el Estado tras el Dictamen del Comité.

Una obligación de conceder la responsabilidad patrimonial que deviene “automática” y que, en palabras del Abogado del Estado -en el anuncio del recurso de casación al pronunciamiento de la Audiencia- “sienta una doctrina que es gravemente dañosa para los intereses generales y afecta a un gran número de situaciones, no siendo aplicable solo al caso individualmente analizado”<sup>10</sup>.

A fecha de entrega del presente trabajo ya se conoce que la Abogacía del Estado instó mediante recurso el interés casacional de las siguientes cuestiones<sup>11</sup>: a) alcance de los

---

<sup>9</sup> El propio Ministerio Fiscal ya *informó favorablemente la estimación* del recurso al entender que la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de responsabilidad patrimonial formulada por E.L.G., era nula de pleno derecho en cuanto lesionó el derecho fundamental del art. 15 CE, por no proporcionar una reparación efectiva y adecuada del daño producido.

<sup>10</sup> Escrito de la Abogacía del Estado a la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional NAE/SJE-TS:3015/ 2022, RCA 2/2021 anunciando la interposición del recurso de casación de 26 de octubre de 2021.

<sup>11</sup> Recurso de Casación núm. 5269/2022 de 23 de junio de 2022.

Dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de las NNUU, su obligatoriedad y eficacia en el Derecho español y ante los Tribunales españoles; b) la reparación, si procede, a qué organismos correspondería para su ejecución en España y si la reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado es vía adecuada de reparación; c) si los dictámenes son vinculantes en sí y si automáticamente permiten considerar que existe responsabilidad patrimonial del Estado; y, finalmente, d) si corresponde al legislador desarrollar la forma de ejecutar estos dictámenes, así como los plazos para solicitar su ejecución de reparación. Sin embargo, la Sala de Admisión del Tribunal Supremo ha precisado<sup>12</sup> que la única cuestión en la que reconoce interés casacional objetivo es si en el supuesto de decisiones condenatorias del CAT que insten una reparación mediante medidas de indemnización por los daños materiales y morales, las mismas vinculan a la Administración y a los órganos jurisdiccionales españoles en el sentido de considerarlas como prueba de la existencia de responsabilidad patrimonial, sin posibilidad de análisis de la concurrencia de la misma<sup>13</sup>.

A la espera de la decisión del Tribunal Supremo cabe recordar que la Observación General núm. 2 del CAT indica que, cuando las autoridades del Estado hayan cometido actos de tortura o malos tratos, recae sobre el Estado la responsabilidad de otorgar reparación a las víctimas<sup>14</sup>; y la número 3 establece que los Estados parte tienen la obligación de adoptar todas las medidas efectivas que sean necesarias para que todas las víctimas obtengan una reparación suficiente, plena y efectiva (...) y que han de promulgar leyes y establecer mecanismos que sean eficaces y a los que todas las víctimas puedan recurrir. La reparación tiene un efecto preventivo y disuasivo inherente respecto de la comisión de transgresiones en el futuro. La obligación de reparación no guarda relación con los recursos de que dispongan el Estado y no se puede aplazar (...) debiendo permitir ejercer individualmente el derecho a reclamarla<sup>15</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES.

La sentencia analizada constituye un paso más a propósito de la reparación judicial a través de la reclamación de la responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de la Administración por el incumplimiento de Dictámenes emitidos contra España por Comités de seguimiento del cumplimiento de Tratados sobre derechos humanos de las Naciones Unidas.

---

<sup>12</sup> Auto de la Sección Primera de la Sala de los Contencioso-Administrativo de 27 de octubre de 2022 sobre el recurso de Casación 5269/2022. Notificado el 2 de noviembre de 2022.

<sup>13</sup> Serán objeto de interpretación a efectos del recurso planteado: el art. 15CE, el art. 22 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, así como arts. 32 y 34 de la Ley 40/ 2015 del Sector Público sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y el art. 30 la Ley 25/ 2015 de 27 de noviembre, sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Todo ello, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras cuestiones y normas jurídicas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, *ex* artículo 90.4 de la LJCA.

<sup>14</sup> Observación General número 2 del CAT sobre la aplicación del artículo 3 de la Convención contra la Tortura por los Estados Parte de 24 de enero de 2008 (CAT/C/GC/2). Accesible [aquí](#).

<sup>15</sup> Observación General número 3 del CAT sobre la aplicación del artículo 14 de la Convención contra la Tortura por los Estados Parte de 13 de diciembre de 2008 (CAT/C/GC/3). Accesible [aquí](#).

Reviste particular relevancia que la Audiencia Nacional haya señalado que, en el caso de dictámenes procedentes del CAT, mientras éste no se ejecute, la vulneración de derechos humanos declarada se mantiene, persiste y se perpetúa habilitando “indudablemente” la responsabilidad patrimonial del Estado por una vulneración de derechos fundamentales. Un “automatismo” que ha sido recurrido por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo y que puede fijar jurisprudencia a propósito del carácter vinculante de los Dictámenes de los Comités de Tratados sobre derechos humanos de la ONU -se trataría de la segunda sentencia reconociendo dicho valor- o, por el contrario, condenar a la excepcionalidad al asunto González Carreño.