

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Por **J. J. LASO PÉREZ, C. GIL GANDÍA, V. MENÉNDEZ MONTERO, M. E. SALAMANCA AGUADO, M. C. MUÑOZ RODRÍGUEZ, A. D. ARRUFAT CÁRDAVA, E. M. RUBIO FERNÁNDEZ Y M. GARCÍA CASAS**

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

Sumario:

MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO DE LAS ALEGACIONES DE GENOCIDIO: COMENTARIO A LA ORDENANZA DE LA CIJ DE 16 DE MARZO DE 2022 (*UCRANIA c. RUSIA*)
POR J. J. LASO PÉREZ..... pp. 3-7

LA REPARACIÓN MÁS CUANTIOSA IMPUESTA POR UN TRIBUNAL INTERNACIONAL (*CONGO c. UGANDA*, 9 DE FEBRERO DE 2022)
POR C. GIL GANDÍA..... pp. 8-11

EL ALCANCE DE LA CERD EN LAS ORDENANZAS DE MEDIDAS PROVISIONALES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2021 (*ARMENIA c. AZERBAIYÁN*)
POR V. MENÉNDEZ MONTERO..... pp. 12-16

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS LÍMITES AL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL. EL CASO *SERRANO CONTRERAS c. ESPAÑA* (Nº 2)
POR M. E. SALAMANCA AGUADO..... pp. 17-20

DERECHOS PARENTALES Y PERSONAS TRANSGÉNERO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 6 DE JULIO DE 2021, ASUNTO *A.M. Y OTROS c. RUSIA*)
POR M. C. MUÑOZ RODRÍGUEZ..... pp. 21-24

SOBRE EL CARACTER CONTINUADO DE ALGUNAS VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS: CASO *MASACRE DE LA ALDEA LOS JOSEFINOS c. GUATEMALA*, SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2021
POR A. D. ARRUFAT CÁRDAVA..... pp. 25-29

SENTENCIA EN EL CASO *LEMOTH MORRIS (BUZOS MISKITOS) ET AL.*

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

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

c. HONDURAS, DE 31 DE AGOSTO DE 2021: ¿UN HITO EN LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS POR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS?

POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ..... pp. 30-34

LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO EN EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 80/2021, DE 15 DE SEPTIEMBRE

POR M. GARCÍA CASAS..... pp. 35-39

MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO DE LAS ALEGACIONES DE GENOCIDIO: COMENTARIO A LA ORDENANZA DE LA CIJ DE 16 DE MARZO DE 2022 (UCRANIA c. RUSIA)

JAVIER LASO PÉREZ*

I. HECHOS

En la presente decisión la CIJ ordena a Rusia, entre otras medidas cautelares, suspender inmediatamente las operaciones militares desarrolladas en Ucrania¹. Aunque la Corte ha examinado el uso unilateral de la fuerza en asuntos bien conocidos, nunca había emitido medidas provisionales en un escenario de esta gravedad, tanto por la situación sobre el terreno como porque se han puesto en cuestión de forma manifiesta principios fundamentales del orden internacional y la finalidad de mantener la paz y seguridad internacionales².

De forma casi inmediata, después de la agresión iniciada el 24 de febrero de 2022, Ucrania ha planteado de forma simultánea ante varios órganos jurisdiccionales una intensa defensa jurídica³.

Por lo que ahora interesa, presentó una demanda el 26 de febrero de 2022 ante la Secretaría de la CIJ contra Rusia⁴, en virtud de la Convención sobre la prevención y

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Salamanca (jjlasop@usal.es).

¹ El texto de la providencia puede consultarse en <https://www.icj-cij.org/en/case/182/provisional-measures>. P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA señala que “la Corte ha sabido estar a la altura de las circunstancias. En la actual tesitura, la ausencia de pronunciamiento no se hubiera entendido” (“Las Naciones Unidas vuelven a la casilla de salida”, *Revista Temas*, núm. 329, 2022, pp. 28-31; p. 32). Asimismo, KULICK, A., “Provisional measures after Ukraine v Russia”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2022, idac012, <https://doi.org/10.1093/jnlids/idac012>.

² La jurisprudencia de la Corte mantiene una línea firme y activa; PINTO, M., “The Peace and security judgements: the role of the International Court of Justice in the regulation of the use of force”, en SCHABBAS, W. (ed.), *Research Handbook on International Courts and Tribunals*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, pp. 39-49, p. 39 y ss.

³ El TEDH fue la primera jurisdicción en ordenar medidas provisionales, el 1 y 4 de marzo, aplicadas posteriormente el 1 de abril, con respecto a la protección de los derechos fundamentales, por la que Rusia debe abstenerse de todo ataque militar contra civiles y bienes de carácter civil, y poner en marcha corredores humanitarios, véase, con respecto a su relevancia y voluntad de aplicar el CEDH en un conflicto activo, MILANOVIC, M., *EJIL:Talk!*, 1 de abril de 2022, <https://www.ejiltalk.org/update-on-ecthr-interim-measures-concerning-russia-and-ukraine/>

⁴ Están pendientes otros asuntos planteados ante la CIJ contra Rusia por Ucrania, sobre la financiación del terrorismo y de la Convención internacional de la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en el que se alega el apoyo a la insurrección en el este de Ucrania y discriminación en Crimea; el fallo sobre las excepciones preliminares de 8 de noviembre de 2019 en el que se declaró competente, puede consultarse en <https://www.icj-cij.org/en/case/166>.

Represión del Genocidio (1948). En su argumentación consideraba que la falsa alegación en la que había apoyado Rusia su operación militar era contraria a la Convención sobre el Genocidio. A la demanda se acompañó, como es cada vez más frecuente, una solicitud de medidas provisionales, de conformidad con el Art. 41 del Estatuto de la CIJ. Rusia no participó en la audiencia pública, celebrada el 7 de marzo, aunque sí envió ese mismo día al tribunal un documento en el que rechazaba la competencia de la CIJ en este asunto y solicitaba que se retirase del registro.

En la Primera parte de la providencia, donde el tribunal expone el contexto del asunto, de forma bien gráfica, manifiesta que se encuentra “profundamente preocupada” por el uso de la fuerza por parte de Rusia en Ucrania, que “plantea cuestiones muy graves de derecho internacional” (párr. 18)⁵. De igual forma, reitera que es consciente de la función primordial que le corresponde en el mantenimiento de la paz y seguridad internacional; y, dentro de esta presentación del contexto, aprecia la intensidad del sufrimiento que se está causando en el marco de esta operación.

Finalmente, el tribunal lamenta la ausencia de Rusia del procedimiento, recordando que esta falta de comparecencia dificulta el ejercicio de su función jurisdiccional (párr. 21); si bien, de conformidad con su jurisprudencia, acepta tomar en consideración los argumentos expuestos de forma informal en un documento enviado a la Corte el 7 de marzo (párr. 22), al tiempo que recuerda que la incomparecencia de una de las partes no puede impedir la adopción de las medidas provisionales (párr. 23).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La decisión de la CIJ aplica los criterios asentados en su jurisprudencia sobre la adopción de medidas cautelares (reguladas en el Art. 41 del Estatuto y 73 de su Reglamento), a partir de una serie de exigencias cumulativas que deben constatarse antes de indicar las medidas.

Se ocupa, en primer lugar, de analizar si dispone *prima facie* de competencia para conocer del asunto, esto es, si aparentemente se encuentra un fundamento para su jurisdicción; un apoyo que puede ser suficiente en este momento, aunque pueda decidir con posterioridad de forma diferente y excluir finalmente su competencia en la fase sobre el fondo o de las excepciones preliminares. En función del alcance voluntario de la jurisdicción contenciosa, de forma lógica, el examen sobre su competencia precede a cualquier otra consideración sobre las condiciones para adoptar las medidas provisionales.

A este respecto, en ausencia de cualquier declaración aceptando la jurisdicción, Ucrania apoyaba en su demanda en la cláusula compromisoria prevista en el Art. IX de la

⁵ La decisión emplea términos en similares a las que aparecen en el asunto planteado por Yugoslavia sobre el uso ilícito de la fuerza en Kósovo (1999), aun cuando la CIJ concluyó en las medidas provisionales que no tenía competencia; L. BOISSON DE CHAZOURNES entendía que podía considerarse una forma de consensuar diferentes posiciones (“La Cour Internationale de Justice aux prises avec la crise de kosovo: à propos de la demande en mesures conservatoires de la République fédérale de Yougoslavie”, *AFDI*, XLV, 1999, pp. 452-471, p. 463 y ss.).

Convención sobre el Genocidio, sobre la que no habrían presentado ninguna reserva. En su escrito de respuesta, Rusia negó que el fundamento de la operación militar fueran las alegaciones de genocidio y argumentaba que la operación se apoyaba en la legítima defensa, sin que la Convención sobre el Genocidio pudiera ser en ningún caso un fundamento para una operación militar (párr. 32).

El tribunal reproduce reiteradas declaraciones políticas de representantes y altos cargos de Rusia, negadas a su vez por parte de Ucrania, en las que se afirmaba que la finalidad de la operación militar era proteger a la población de un genocidio (párrs. 36-46). A partir de esta base, examina su contenido y concluye que existirían suficientes elementos objetivos para establecer, *prima facie*, la existencia de una controversia relativa a la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Convención sobre el Genocidio (párr. 47). La Corte entiende que la existencia de una controversia en función de esta Convención no impediría que pudiera situarse en otros ámbitos, como la legítima defensa. En definitiva, sin que su decisión sea definitiva, entiende que el ámbito material de la controversia se puede situar dentro de esta Convención, en base a los elementos que considera suficientes para mostrar con suficiente claridad (no certeza) esta conclusión. Esta estrategia jurídica descansa en la separación de un aspecto dentro de una controversia más amplia, salvando, así, la imposibilidad de examinar directamente la violación del art. 2.4. de la Carta permite fundamentar la jurisdicción de la Corte.

Entra seguidamente, a conocer de las circunstancias que son necesarias para que se indiquen las medidas provisionales. En primer lugar, examina la “plausibilidad” de los derechos y, a continuación, la relación entre las medidas provisionales y la protección de los derechos que se invocan.

En la medida que el objeto de las medidas provisionales sería preservar los derechos de las partes, con anterioridad a la resolución definitiva, su adopción requiere una apreciación inicial sobre la solidez de estos derechos sobre los que se busca protección. La expresión que aparece en su jurisprudencia, desde hace tiempo, es que los derechos invocados sean cuando menos “plausibles” (párr. 50); no tiene que determinar si existe definitivamente, sólo si es plausible. El umbral que implica esta exigencia, al margen de una cierta evolución, no descansa en la certeza o elevada probabilidad sobre la adecuación de los argumentos sino algo más cercano a una posibilidad clara.

En este punto, el debate jurídico se centra en el alcance de la interpretación de buena fe del Art. I de la Convención sobre el Genocidio (párrs. 56-58). En principio, esta norma obliga a adoptar medidas positivas para sancionar o prevenir un acto de Genocidio. En su decisión, el tribunal observa que en este precepto no se especifica ninguna medida, pero entiende que debe interpretarse en función de los Arts. VIII y IX, en donde se reconoce la posibilidad de acudir a los órganos de Naciones Unidas (párr. 56) o iniciar otros medios compatibles con el derecho internacional en el ámbito bilateral o multilateral (párr. 58); de esta forma, sin dar en este momento una respuesta definitiva, ni sobre la falsedad o no de las alegaciones (sobre las que no tiene evidencia alguna) ni sobre las medidas que pueden adoptarse, entiende que “resulta dudoso, en función de su objeto y propósito, que la Convención del Genocidio autorice a las partes al uso unilateral de la fuerza para

prevenir o castigar un presunto genocidio” (párr. 59). Esta fórmula podría parecer un espacio para la “intervención humanitaria”, aunque dentro de su contexto simplemente expresa que la Corte no prejuzga su decisión final. Así, concluye que Ucrania tiene un derecho plausible a no ser sometida a una operación militar por parte de Rusia en base a una alegación de genocidio (párr. 60). Con posterioridad, observa que las medidas provisionales solicitadas tienen, por su propia naturaleza, una relación clara con el derecho que se invoca de no ser objeto de una operación militar a partir de alegaciones de un falso genocidio (párr. 63).

Además, para que las medidas provisionales estén justificadas debe constatarse su carácter urgente y el riesgo de sufrir daños irreparables, aspectos ambos desarrolladas en la parte IV (párr. 65-77). De forma general, entiende que la violación del derecho de Ucrania de no ser sometida a medidas militares, por su propia naturaleza, es susceptible de causar daños irreparables, en particular, debido a la escala de la operación (párr. 74). El tribunal se detiene (párrs. 74-76) en exponer las consecuencias para la población civil, que sería extremadamente vulnerable, o en la destrucción de infraestructuras (párr.75-76).

En su última parte (V), concluye que se cumplen las condiciones para adoptar las medidas provisionales y recuerda que es una potestad del tribunal indicar o modificar aquellas solicitadas por las partes. Así, después de considerar las circunstancias del caso, enuncia cuáles son estas medidas (párrs. 81-82). Puede destacarse que el tribunal las reformula, con respecto a las solicitadas por Ucrania; y excluye cualquier referencia a las alegaciones sobre el genocidio. En consecuencia, la primera medida provisional obliga a Rusia a suspender las acciones militares; en segundo lugar, Rusia debe garantizar que ninguna de sus unidades militares o grupos irregulares (ambos bajo su control) u otros grupos a los que apoye, promuevan acciones militares. Por último, en el marco de una medida que protege la eficacia de la función jurisdiccional, ambas partes deben abstenerse de cualquier acción que pueda agravar o extender o dificultar la disputa.

La decisión se adoptó por amplia mayoría, a pesar del que puede parecer fundamento limitado de su competencia: trece votos a favor y dos en contra. La declaración del juez Gevorgian considera que la Corte no tendría competencia para adoptar las dos primeras medidas y pone el acento en el objeto específico de la Convención sobre Genocidio. Por su parte, la jueza Xue señala que el derecho invocado por Ucrania no se vincularía con la Convención; a su vez, el juez Bennouna, aunque votó a favor, advierte que apoyó la providencia en razón de la despiadada y estremecedora agresión, pero muestra sus recelos respecto de la argumentación; mientras que la Declaración del juez Daudet considera que la tercera medida no debería dirigirse a Ucrania. Por su parte, la opinión separada del juez Robinson viene a desarrollar con amplitud la argumentación de la Corte; y el juez Nolte distingue este asunto respecto de la decisión sobre la legalidad del uso de la fuerza en Kósovo.

III. CONCLUSIONES

La adopción de medidas provisionales por parte de la CIJ en este asunto, al margen de sus efectos jurídicos, tiene clara relevancia como apoyo a la legitimidad de las posiciones

jurídicas defendidas por Ucrania; y es muestra del profundo rechazo con el que se ha recibido esta agresión dentro de la Corte. Además, se reafirma que el derecho debe aplicarse aunque estén presentes los intereses esenciales de los Estados. Con todo, las decisiones de los órganos jurisdiccionales no pueden sustituir a las necesarias negociaciones de buena fe que pongan, en primer lugar, fin a la fase activa de los enfrentamientos.

LA REPARACIÓN MÁS CUANTIOSA IMPUESTA POR UN TRIBUNAL INTERNACIONAL (*CONGO c. UGANDA*, 9 DE FEBRERO DE 2022)

CARLOS GIL GANDÍA*

I. ANTECEDENTES Y HECHOS

El caso de la República Democrática del Congo c. la República de Uganda debe situarse en un contexto más amplio de los conflictos armados en la Región de los Grandes Lagos de África desde la década de los noventa. Aunque un análisis detallado de la naturaleza de estos conflictos sobrepasa a la temática del presente trabajo, debe señalarse que la guerra en territorio congoleño ha sido uno de los hechos más trágicos desde la Segunda Guerra Mundial. Solo en Congo han fallecido 5 millones de personas durante los años 1998-2007 (párrs. 135-137).

Los conflictos en la Región aludida eran –y en parte continúan siendo– muy complejos, pues involucran a varios Estados (9 países africanos) y actores no estatales, con relaciones de diversas formas entre facciones e intereses económicos respecto de los recursos naturales.

El 23 de junio de 1999, la República Democrática del Congo (RDC) inició los procedimientos respectivos en la Corte Internacional de Justicia (CIJ) contra Burundi, Ruanda y Uganda en relación con las violaciones del Derecho Internacional cometidas en el contexto del conflicto de los Grandes Lagos. Se suspendió el procedimiento contra Burundi y la CIJ desestimó el de Ruanda por falta de jurisdicción. En cambio, la Corte resolvió sobre el fondo la solicitud del Estado congoleño contra Uganda, cuya sentencia se emitió en 2005, concluyendo que el Estado ugandés había vulnerado el principio de prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales y de no intervención; las obligaciones internacionales relativas a la protección de los derechos humanos, así como el Derecho Internacional Humanitario; y otras obligaciones impuestas por el Derecho Internacional en sus relaciones con la RDC. Igualmente, esta última violó las obligaciones impuestas por la Convención de Viena sobre las relaciones diplomáticas de 1961 frente a la República de Uganda. Asimismo, el Tribunal señala que, en el caso de que las Partes no se pusieran de acuerdo sobre la cuestión de la reparación, esta se resolvería por él.

El 13 de mayo de 2015, la RDC consideró que las negociaciones sobre el tema antedicho habían fracasado, por ello solicitó a la CIJ que fijara la cuantía de la reparación adeudada por Uganda. La Corte concluyó que, si bien las partes habían tratado de alcanzar un

* Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia (carlos.gil@um.es).

acuerdo al respecto, estaba claro que no habían podido lograrlo. En este sentido y tras la correspondiente presentación de alegatos escritos por las partes y los informes periciales, la decisión de reparaciones tuvo lugar el 9 de febrero de 2022.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

La decisión de reparaciones es muy significativa para la doctrina, ya que la CIJ ha elaborado su propia metodología para determinar las reparaciones por violaciones masivas de los derechos humanos y la vulneración de normas del Derecho Internacional Humanitario. Además, hemos de tener en cuenta la bifurcación de los fallos de fondo y de reparación del presente caso, pues quizá se hubiera podido gestionar como el caso Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo), donde la Corte dictaminó sentencia de reparaciones a menos de dos años de su sentencia sobre el fondo, no diecisiete años como en el presente caso.

La Corte diferencia entre las obligaciones jurídicas (párrs. 80-84) de Uganda como potencia ocupante en Ituri (lo que dio lugar a un deber jurídico de vigilancia para prevenir las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario en el territorio ocupado, así como para impedir el saqueo y la explotación de los recursos naturales del territorio ocupado, incluso por terceros en el conflicto, como los grupos rebeldes relacionados con el reclutamiento de los niños soldado (párr. 204), y los daños provocados fuera de Ituri (donde Uganda no tenía esa obligación jurídica para con terceros, pero el apoyo ugandés a los grupos rebeldes debía demostrarse caso por caso).

Sobre la base de lo anterior, la CIJ ha impuesto a Uganda el pago de 325 millones de dólares a favor de la RDC. El desglose es el siguiente: 225 millones de dólares por daños causados a personas; 40 millones por daños a la propiedad; y otros 60 millones por daños al medioambiente y la pérdida de recursos naturales extraídos en Ituri (es quizá la primera vez que el Tribunal impone reparaciones por daños ambientales cometidos en conflicto armado). El pago se efectuará en cinco cuotas anuales de 65 millones a partir del 1 septiembre del presente año.

El Tribunal ha continuado con el estándar de reparación integral establecido en el caso Chorzow Factory (párrs. 69, 90 y 106), y declara el estatus de- Derecho Internacional Consuetudinario del artículo 31 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional (párrs. 70 y 101), en materia de reparación. De conformidad con ello, el Tribunal distingue diferentes situaciones durante el conflicto de Ituri y otras áreas de la RDC y con base en el nexo causal, pues si este no hay reparación posible.

No hay sorpresa en las normas aplicables en materia de reparaciones (párrs. 99-102); sin embargo, la CIJ hace una observación que resulta clave en la aplicación de la norma a los hechos: “The Court may, on an exceptional basis, award compensation in the form of a global sum, within the range of possibilities indicated by the evidence and taking account of equitable considerations. Such an approach may be called for where the evidence leaves no doubt that an internationally wrongful act has caused a substantiated injury, but

does not allow a precise evaluation of the extent or scale of such injury” (párr. 106).

La CIJ se basa particularmente en la Comisión de Reclamaciones de Eritrea-Etiopía para evaluar los daños y elegir la forma de reparación; es decir, adopta su enfoque, pero con un nivel más flexible para determinar la reparación (párr. 107), adecuándolo al presente caso y poniendo de manifiesto que la reparación no tendrá naturaleza punitiva (párr. 102), en consonancia, añadimos, con la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Asimismo, divide los daños por categorías específicas: pérdida de vidas y lesiones (párrs. 180-181), violencia sexual (párr. 189), reclutamiento de niños soldados y desplazamiento y, en menor medida, medioambientales (párrs. 205-206).

La CIJ se ha enfrentado en materia de daños a dos cuestiones esenciales y complejas: la determinación del alcance y la valoración del daño (párr. 364), en donde ha tenido un importante hacer el perito Michael Nest, designado por el Tribunal (párrs. 268-272), que finalmente solventa la problemática sobre la base de los informes de peritos y en un intento de emular a la Corte Penal Internacional, pero siendo consciente que no era realmente adecuada para el caso presente (párr. 205).

En materia de reparaciones se deben de realizar las dos siguientes críticas: en primer lugar, es preocupante que la CIJ no haya razonado las sumas globales antedichas de indemnización. Algunos magistrados ponen de manifiesto esta crítica en sus opiniones individuales (Yusuf, Salam y Daudet). El Tribunal solamente establece que las indemnizaciones se distribuyan de forma justa y efectiva a las víctimas del daño (párr. 408), pero a buen seguro que el uso de esas sumas presentará desafíos (véase voto particular del juez Robinson). En segundo lugar, el Tribunal de las Naciones Unidas podría haber ido más lejos en la identificación de principio sobre cómo deben implementarse las reparaciones, emulando *–mutatis mutandis–* a la Corte Penal Internacional pues ha abordado casos relacionados con la controversia presente (caso Ongwen).

El Tribunal reitera su planteamiento del asunto *Bosnia c. Serbia*, este es, debe existir un nexo causal suficientemente directo y cierto entre el hecho ilícito y el daño sufrido, al tiempo que agrega que el nexo requerido puede variar según la norma primaria transgredida y la naturaleza y el alcance del daño provocado (párr. 93). En este sentido, la CIJ destaca la presencia de numerosos actores armados que operan en la RDC. Si bien rechaza un enfoque que asignara la responsabilidad ugandesa en proporción a su supuesta "influencia", también destaca la proposición de que las causas concurrentes de daños eximirían a Uganda de responsabilidad (párr. 97). Concluye que todos los daños resultantes del conflicto de Ituri, si hay un nexo causal suficientemente directo como para repararlos, Uganda debe hacerlo (párr.95).

Por lo que respecta a la carga de la prueba, el Tribunal hace la siguiente distinción: de un lado, en el caso de todas las reclamaciones de reparación relacionadas con la ocupación ugandesa de Ituri, Uganda tenía la carga de probar que cualquier daño sufrido por la República Democrática del Congo no fue causado por el incumplimiento de las obligaciones jurídicas de una potencia ocupante; de otro, en el supuesto de las

reclamaciones ajenas al papel de Uganda como potencia ocupante en Ituri, la República Democrática del Congo asumió la carga de la prueba (párrs. 117-119). De nuevo, aquí la Corte refiere a la Comisión de Reclamaciones aludida (párrs. 120-124 y 158), aunque no argumenta por qué se decanta por ella y no por otro mecanismo, y sostiene que, dado que una gran cantidad de pruebas han sido destruidas o son inaccesibles, “the standard of proof required to establish responsibility is higher than in the present phase on reparation, which calls for some flexibility” (párr. 124). No obstante, el Tribunal ha tenido en cuenta informes de algunos órganos de las Naciones Unidas (párr. 126) para recabar pruebas, ya que las presentadas por la RDC en 2005 estaban basadas en fuentes secundarias, no primarias.

Ciertamente, la CIJ es un mecanismo de arreglo pacífico de las controversias. A través de ella se deben resolver en la medida de lo posible. Así, ante la negativa de Uganda a ejecutar la sentencia, cabe formularse la cuestión, ¿qué pasa con las víctimas? El Tribunal aludido no cuenta con una unidad de supervisión para monitorear el cumplimiento de las sentencias de reparación por parte de los Estados, como sí tiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso que aquí se ha comentado debería de proporcionar un punto de inflexión para revisar el marco normativo e institucional de la CIJ, a fin de adecuarlo a los presentes tiempos.

III. CONCLUSIONES

La sentencia deja mucho que desear en las cuestiones expuestas grosso modo. Resulta difícil de entender la fijación de la CIJ con la Comisión de Reclamaciones Etiopía-Eritrea, habida cuenta de la existencia de otros tribunales internacionales y órganos convencionales. No obstante, esta sentencia es instructiva en cuanto a la interpretación del estándar de reparación integral del caso Chorzow Factory. Y a pesar de las críticas aquí mencionadas y en consonancia con la mayoría de los votos particulares de algunos magistrados, la CIJ ha hecho un esfuerzo jurídico loable en la configuración de una metodología reparadora que merece estudiarse y debatirse de forma detenida, y siendo conscientes que la defensa de los derechos humanos es algo más que una suma global de reparaciones.

EL ALCANCE DE LA CERD EN LAS ORDENANZAS DE MEDIDAS PROVISIONALES DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 2021 (*ARMENIA c. AZERBAIYÁN*)

VANESA MENÉNDEZ MONTERO*

I. HECHOS

El 7 de diciembre de 2021, la Corte Internacional de Justicia ordenó una serie de medidas provisionales en el marco del procedimiento contencioso iniciado el 16 de septiembre de 2021 entre Armenia y Azerbaiyán por presuntas violaciones de los artículos 2 a 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) cometidas antes, durante y después del conflicto armado en torno a la región de Nagorno-Karabakh¹.

Tras 26 años de relativa paz, en septiembre de 2020, volvieron a estallar las hostilidades entre Armenia y Azerbaiyán con ocasión de sus reclamaciones contrapuestas sobre el territorio de Nagorno-Karabakh. Este conflicto, que duró un total de 44 días, cesó mediante la firma de la Declaración Trilateral por el Presidente de Azerbaiyán, el Primer Ministro de Armenia y el Presidente de Rusia. No obstante, el 16 de septiembre de 2021, Armenia presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia por entender que la conducta de Azerbaiyán antes, durante y después del conflicto de 2020 vulnera las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 a 7 de la CERD. El 23 de septiembre de 2021, Azerbaiyán contestó mediante demanda reconventional en términos similares. Las dos partes solicitaron a la Corte la indicación de medidas provisionales².

En sus respectivos escritos, Armenia y Azerbaiyán basan la competencia de la Corte en la cláusula compromisoria del artículo 22 de la CERD³. Ambos advierten a la Corte de la existencia de una presunta política de odio y de limpieza étnica y cultural por parte del otro Estado, lo que ha dado lugar a la discriminación sistemática de la población de origen nacional o étnico armenio y azerbaiyano, respectivamente. En particular, Armenia alega que Azerbaiyán es responsable del trato inhumano y degradante de los prisioneros de

* Contratada Predoctoral FPI-UAM del Área de Derecho Internacional Público. Universidad Autónoma de Madrid (vanesa.menendez@uam.es)

¹ Véase *Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Armenia c. Azerbaiyán y Azerbaiyán c. Armenia)*, Medidas Provisionales, Ordenanzas de 7 de diciembre de 2021, (Ordenanzas I y II), párr. 13.

² Application instituting Proceedings and Request for Provisional Measures, *Republic of Armenia v. Republic of Azerbaijan*, vol. 1, 16 de septiembre de 2021, párr. 131; Interpretation and Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination, (*Republic of Azerbaijan v. Republic of Armenia*), Request for the Indication of Provisional Measures of Protection, 23 de septiembre de 2021 (Sección II.A).

³ Ordenanzas I y II, párr. 16.

guerra y de los detenidos armenios que permanecen bajo su custodia; de glorificar, recompensar y condonar actos de racismo y de odio contra este grupo étnico; y de destruir y falsificar sistemáticamente el patrimonio cultural armenio⁴. Azerbaiyán, por su parte, sostiene que Armenia es responsable de albergar en su territorio a grupos armados etnonacionalistas que incitan a la violencia contra los azerbaiyanos étnicos mediante discursos de odio, propaganda racista y operaciones de desinformación. Además, acusa a Armenia de no investigar ni conservar las pruebas relacionadas con las violaciones de la CERD⁵ y de impedir el retorno de los desplazados azerbaiyanos, negándose a compartir información sobre las minas terrestres que colocó y sigue colocando en Nagorno-Karabakh⁶.

II. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

Tras constatar la satisfacción de las condiciones previas al procedimiento y afirmar su competencia *prima facie* para indicar las distintas medidas provisionales⁷, la Corte procede a verificar el cumplimiento de los requisitos de plausibilidad, conexión, urgencia y riesgo de perjuicio irreparable a los derechos de las partes. De esta manera, la Corte está llamada a delimitar el ámbito de aplicación de la CERD y su posible alcance a distintas situaciones de hecho sin prejuzgar el fondo de la cuestión. Así, tras examinar cada uno de los argumentos esgrimidos por las partes, la Corte identifica tres tipos de derechos que considera merecedores de una protección cautelar.

En primer lugar, la Corte aprecia la plausibilidad de los derechos a la igualdad de tratamiento en los tribunales y a la seguridad y a la integridad personal previstos en el artículo 5, apartados (a) y (b) de la CERD, en relación con los prisioneros de guerra y los civiles detenidos de origen nacional o étnico armenio y que se encuentran bajo la custodia de Azerbaiyán. Armenia alega que 45 detenidos armenios están siendo sometidos a un trato inhumano o degradante por parte de los funcionarios azerbaiyanos, lo que en opinión de la Corte puede llegar a constituir una vulneración de estos derechos⁸. Descarta, no obstante, la extensión del artículo 5 al derecho de repatriación de los detenidos, pues de esta cuestión se ocupa específicamente el Derecho internacional humanitario⁹. Al considerar que esta exposición a un trato inhumano y degradante supone en sí misma un riesgo grave y urgente de sufrir un daño irreparable¹⁰, la Corte impone a Azerbaiyán el deber de proteger a *todas* las personas capturadas de la violencia y los daños corporales, así como garantizar su seguridad e igualdad ante la ley.

El juez Yusuf, sin embargo, disiente de la opinión mayoritaria de la Corte y niega que el alcance *ratione materiae* de la CERD se extienda a estos derechos respecto de los prisioneros de guerra y los civiles detenidos, pues éstos también son objeto de una

⁴ Ordenanza I, párr. 22.

⁵ Ordenanza II, párr. 22.

⁶ Ordenanza II, párr. 21.

⁷ Ordenanza I, párr. 41, Ordenanza II, párr. 38.

⁸ Ordenanza I, párr. 60.

⁹ Ordenanza I, párr. 60.

¹⁰ Este test aparece por primera vez en *Aplicación de la CERD (Georgia c. Rusia)*, Medidas Provisionales, Ordenanza de 15 de octubre de 2008, *ICJ Reports* 2008, p. 396, párr. 142.

regulación específica en Derecho internacional humanitario¹¹. Asimismo, llama la atención sobre el hecho de que la medida indicada por la Corte se dirija a *todas* las personas capturadas y no únicamente a aquellas de origen nacional o étnico armenio¹² lo cual, añadido a la falta de pruebas suficientes que demuestren que tales personas permanecen detenidas por este mismo motivo, resta credibilidad al test de plausibilidad realizado por la Corte¹³.

En relación con el derecho a no ser objeto de un discurso o campaña de odio y discriminación racial, vinculado a los artículos 2, 4, 5 y 7 de la CERD, la Corte recuerda que la *raison d'être* del artículo 4 es prevenir un clima de racismo general en la sociedad¹⁴. En consecuencia, considera que la promoción y la incitación al odio y a la discriminación racial contra los distintos grupos étnicos, tanto por parte de Armenia, como de Azerbaiyán, pone en riesgo este derecho¹⁵. Constata, además, diferentes modos de promover e incitar al odio y a la discriminación racial, ya sea mediante la manifestación de ideas racistas y discursos de odio por parte de los altos funcionarios del Estado, como en el caso de Azerbaiyán¹⁶; o bien tolerando y no castigando a aquellos grupos armados de naturaleza civil y de corte etnonacionalista que utilizan el miedo y el odio hacia otros grupos étnicos como herramienta de reclutamiento –para lo cual, además, se sirven de mensajes supremacistas–, como es el caso de Armenia¹⁷. En relación con esto último, Armenia sostiene que, a pesar de que haya grupos que propagan mensajes nacionalistas, patrióticos, e incluso ofensivos o controvertidos, esto no equivale a “incitar” a la violencia y al odio¹⁸. Dado el estadio preliminar del procedimiento, no corresponde a la Corte resolver definitivamente esta cuestión, pero *a priori* rechaza este argumento exigiendo por unanimidad a ambas partes que adopten todas las medidas necesarias para evitar la incitación al odio y a la discriminación racial en sus respectivos territorios¹⁹.

Por último, la Corte entra a valorar la extensión de los derechos a la libertad de conciencia, pensamiento y religión y a participar, en condiciones de igualdad, de las actividades culturales del artículo 5, apartados (d)(vii) y (e)(iv) de la CERD. En una primera aproximación, la Corte entiende que la protección de estos derechos conlleva la prohibición de destruir, vandalizar y profanar el patrimonio cultural y religioso armenio. Aunque Azerbaiyán justifica la falta de acceso a estos lugares por la existencia de minas terrestres colocadas por Armenia, la Corte rechaza adoptar ninguna medida provisional

¹¹ Al efecto, menciona los artículos 16 del III Convenio de Ginebra y los artículos 13 y 27 del IV Convenio de Ginebra, Opinión Disidente del juez Yusuf, párrs. 4-6.

¹² Opinión Disidente del juez Yusuf, párrs. 10-11.

¹³ *Ibid.*, párrs. 8-9.

¹⁴ Ordenanza I, párr. 83.

¹⁵ Derecho que, a su vez, es de tal naturaleza, que un perjuicio al mismo es capaz de causar un perjuicio irreparable. Véase Ordenanza I, párr. 81.

¹⁶ Ordenanza I, párr. 61.

¹⁷ En relación con VoMA, una presunta ONG dedicada a la preparación militar de civiles armenios para una futura guerra étnica contra los azerbaiyanos étnicos, Ordenanza II, párr. 62.

¹⁸ Ordenanza II, párr. 63.

¹⁹ En este punto, el juez Iwasawa apunta la necesidad de encontrar un equilibrio entre estas medidas y la libertad de expresión sobre la base del artículo 19.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Véase Declaración del juez Iwasawa, párr. 1.

sobre esta cuestión²⁰. Para justificar la urgencia de las medidas provisionales solicitadas, la Corte recurre a su jurisprudencia expresada en la *Solicitud de interpretación de la sentencia del templo de Preah Vihear*²¹. En virtud de la misma, cabe apreciar un grave riesgo de perjuicio irreparable del patrimonio cultural cuando éste haya sido el escenario de enfrentamientos armados entre las partes, y estos enfrentamientos puedan, objetiva y razonablemente, volver a surgir²². De este modo, la Corte requiere a Azerbaiyán la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir y castigar los actos de vandalismo y de profanación contra el patrimonio cultural armenio. Rechaza, por otra parte, que la restauración del patrimonio cultural, aun cuando conlleve la alteración de sus elementos característicos, sea una actividad que atente *prima facie* contra estos derechos.

De nuevo, esta decisión no es compartida por el juez Yusuf ni por el juez *ad hoc* Keith. Basándose en una interpretación antropocéntrica del artículo 5 de la CERD, destacan que el patrimonio cultural no puede ser objeto de discriminación racial, por lo que su protección queda fuera del alcance de la CERD²³. Además, el juez Yusuf recuerda que los redactores de la CERD decidieron excluir de su ámbito de aplicación la discriminación por motivos religiosos, razón por la cual la Convención no puede amparar la protección del patrimonio religioso y de los lugares de culto²⁴. En última instancia, critica la aplicación analógica del *dictum* de la *Solicitud de interpretación de la sentencia del templo de Preah Vihear* por fundarse en una base competencial más amplia que la que permite el artículo 22 de la CERD²⁵. En general, el juez Yusuf advierte del peligro que supone interpretar la CERD de tal forma que dé cabida a todo tipo de reclamaciones ajenas al objeto y fin del tratado. Según aquél, el enfoque adoptado por la Corte supone configurar la CERD como un *fourre-tout*, esto es, como un receptáculo donde se pueden invocar todo tipo de derechos por la *vis atractiva* de su interpretación extensiva²⁶. Así, este alcance ilimitado de la CERD crea espacios de inseguridad jurídica que pueden tener un efecto disuasorio para los Estados no parte de la Convención y que puede propiciar la formulación de reservas al artículo 22 por los Estados que ya son parte de la misma.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Estas ordenanzas resultan de gran interés porque sientan las bases para futuros desarrollos jurisdiccionales que tendrán un impacto significativo en las relaciones interestatales establecidas en el marco de la CERD. En primer lugar, y en lo que se refiere al tratamiento de los prisioneros de guerra y de los civiles detenidos en escenarios postconflicto, la Corte

²⁰ En la medida en que la CERD no contempla la obligación de un Estado de cesar en la colocación de minas terrestres, o facilitar el desminado, la Corte niega la plausibilidad de los derechos a la seguridad y a la libre circulación de los azerbaiyanos étnicos. Véase Ordenanza II, párr. 53.

²¹ *Solicitud de interpretación de la sentencia de 15 de junio de 1962 en el asunto relativo al templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)*, Medidas Provisionales, Ordenanza de 18 de julio de 2011, *ICJ Reports* 2011 (II), p. 552, párr. 61.

²² Para probar este riesgo inminente en el caso concreto, la Corte se remite a la *Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre las Consecuencias Humanitarias del Conflicto entre Armenia y Azerbaiyán* de 27 de septiembre de 2021. Véase Ordenanza I, párrs. 84-85.

²³ Opinión Disidente del juez Yusuf, párr. 13; Declaración del juez *ad hoc* Keith, párr. 4.

²⁴ Opinión Disidente del juez Yusuf, párr. 17.

²⁵ *Ibid.*, párrs. 18-19.

²⁶ *Ibid.*, párr. 1.

tiene la oportunidad de esclarecer qué *corpus iuris* resulta aplicable en estos contextos y bajo qué circunstancias concretas. En segundo lugar, es de esperar que la Corte establezca los términos en los que cabe hablar de discursos ultranacionalistas lícitos frente a discursos de odio ilícitos, siendo ésta una cuestión de indudable actualidad que permitirá observar la influencia del diálogo interjurisdiccional entre la Corte y sus homólogos de derechos humanos. Por último, la Corte marca un hito al reconocer *prima facie* una conexión esencial entre los derechos de la CERD y el patrimonio cultural inmueble. De esta manera, logra suplir las carencias del Derecho internacional del patrimonio cultural en términos de ejecución gracias a la indicación de medidas vinculantes para su protección. Sin embargo, aún queda por comprobar si esta es la interpretación que prevalecerá en la sentencia sobre el fondo. En definitiva, habrá que esperar a la decisión final de la Corte para verificar si se cumplen (o no) los temores del juez Yusuf.

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS LÍMITES AL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL. EL CASO *SERRANO CONTRERAS c. ESPAÑA* (Nº 2)

M. ESTHER SALAMANCA AGUADO*

I. HECHOS

La sentencia que comentamos¹ se refiere a la revisión de la condena penal del demandante tras la constatación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal) de una violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio). En su sentencia de 20 de marzo de 2012, el Tribunal concluyó que, al no celebrarse una audiencia en segunda instancia, el demandante se vio privado del derecho a defenderse en el marco de un procedimiento contradictorio² y que el proceso seguido ante los tribunales nacionales no satisfizo la obligación del “plazo razonable”³.

Sobre la base de dicha sentencia, el demandante solicitó ante Tribunal Supremo (TS) la revisión del proceso y la anulación de la sentencia de 14 de octubre de 2005 por la que había sido condenado por fraude, falsificación de documentos oficiales y falsificación de documentos mercantiles⁴. Mediante sentencia de 19 de mayo de 2015, el TS estimó parcialmente el recurso de revisión y anuló la condena del demandante por el delito de falsificación de documentos oficiales, reconociendo que en su sentencia anterior había modificado el relato de los hechos probados sin practicar pruebas en una audiencia. Pero mantuvo la condena por estafa y falsificación de documentos mercantiles, alegando que, en el caso de esos delitos, la condena se había fundado en cuestiones de derecho, sobre la base de los hechos declarados probados en primera instancia, sin modificación alguna. El 21 de julio de 2015 el demandante interpuso un recurso de anulación que fue

* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional público, Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación. Universidad de Valladolid (Campus “María Zambrano”) (mariaesther.salamanca@uva.es)

¹ *Caso de Serrano Contreras c. España* (nº2). Sentencia de 26 de octubre de 2021 (nº 223619). ECLI:CE:ECHR:2021:1026JUD000223619

² *Caso de Serrano Contreras c. España* (nº 1). Sentencia de 20 de marzo de 2012 (nº 49183/08), párr. 42.

³ *Ibid.*, párr. 60. Véase DELGADO DEL RINCÓN, L. E. “El TEDH y las condenas a España por la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable: las dificultades para alcanzar una duración óptima de los procesos judiciales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 569-590.

⁴ El artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue posteriormente modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre de 2015 para incluir explícitamente el derecho a solicitar la revisión de una sentencia tras la constatación de una vulneración por parte del Tribunal, siempre que los efectos de dicha vulneración no puedan ser subsanados de otra forma que no sea la revisión judicial. Véase GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M. “Motivos de revisión penal: Análisis de la nueva configuración del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015 y al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 39, 2016.

desestimado por el TS el 18 de noviembre de 2015, confirmando su sentencia de 19 de mayo de 2015. El 19 de enero de 2016 el demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) en el que invocaba los artículos 14 (prohibición de discriminación) y 24 (derecho a un juicio justo) de la Constitución Española (CE). Mediante sentencia de 20 de febrero de 2017, el TC consideró que las argumentaciones y conclusiones del TS en el procedimiento de revisión habían sido razonables y acordes con la ley y la jurisprudencia en la materia, y declaró la inadmisibilidad del recurso de amparo⁵. El demandante presentó una nueva demanda ante el Tribunal por violación del artículo 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo) debido a la interpretación errónea por parte del TS de la sentencia del Tribunal, confirmando sin una nueva audiencia sus condenas por fraude y falsificación de documentos mercantiles⁶.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En cuanto a la admisibilidad de la demanda y la existencia de una “cuestión nueva”, según el artículo 46.2 del CEDH la supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal es competencia del Comité de Ministros⁷. Sin embargo, esto no le impide examinar una nueva solicitud relativa a las medidas adoptadas por un Estado demandado en ejecución de una sentencia si dicha solicitud contiene nuevos datos pertinentes relativos a cuestiones no resueltas por la sentencia inicial (párr. 17 y 24). En el presente caso, el Tribunal entiende que la novedad se encuentra en la supuesta falta de equidad del proceso de revisión ante el TS en la medida en que, a la vista de la sentencia de 20 de marzo de 2012, éste anuló la condena del demandante por el delito de falsificación de documentos oficiales, al tiempo que mantuvo sus condenas por estafa y falsificación de documentos mercantiles (párr. 25). Además, considera que el control efectuado por el TS en el contexto de un recurso de revisión es una extensión del procedimiento penal contra el demandante al que resultan aplicables las garantías del artículo 6.1 (párrs. 27-28)⁸.

Otra cuestión sería la relativa al margen de apreciación en la reapertura de un proceso por parte del TS. El término "margen de apreciación" se refiere al espacio de maniobra que los órganos de Estrasburgo están dispuestos a conceder a las autoridades nacionales, en el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Convenio⁹. En el presente caso, el demandante alegó que el TS no había hecho una interpretación razonable de la sentencia

⁵ *Ibid.*, párrs. 10-15

⁶ Demanda nº 2236/19

⁷ Mediante una Resolución de 22 de febrero de 2017 y, a la vista de las medidas individuales y generales adoptadas por el Estado español, el Comité de Ministros declaró que había ejercido sus funciones de supervisión y decidió cerrar el examen del caso. Estas medidas incluían el pago de la justa satisfacción, la posibilidad de que el demandante presentara un recurso de revisión sobre la base de la constatación de la violación por parte del Tribunal y la publicación y difusión de la sentencia, así como otras medidas generales a nivel legislativo.

⁸ El Tribunal tiene en cuenta en su razonamiento los principios establecidos en el *Caso Moreira Ferreira c. Portugal* (nº 2) (no. 19867/12). Véase CABRERA MARTÍN, M., “Crónica de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 58, 2017, pp. 1107-1134, pp. 1111-1113.

⁹ GREER, S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2000, p. 5

de 2012 y que, por tanto, la sentencia de 2015 no había sido acorde con las conclusiones del Tribunal. El Gobierno español, sin embargo, afirmó que correspondía a las autoridades nacionales, dentro de su margen de apreciación, adoptar las medidas más adecuadas para hacer frente a las violaciones constatadas por el Tribunal (párrs. 30-31).

En aplicación de los principios generales establecidos en su propia jurisprudencia¹⁰, el Tribunal reconoce que la constatación de una violación no da lugar a un derecho automático a la reapertura del proceso interno, pero que la consideración por parte del tribunal nacional de las conclusiones anteriores del Tribunal no debe ser manifiestamente arbitraria o incluso equivaler a una denegación de justicia. Es decir, a pesar del margen de apreciación del que gozan las autoridades nacionales a la hora de decidir sobre la reapertura del proceso, en todo caso deben respetarse las conclusiones anteriores (párrs. 35- 37).

En el presente caso, el Tribunal entiende que la interpretación del TS en el sentido de que la violación del artículo 6.1 se refería únicamente al delito de falsificación de documentos oficiales contradecía sus conclusiones anteriores. Por lo que concluye que el TS hizo su propia interpretación sobre el alcance y el significado de las conclusiones de la sentencia inicial, fue más allá del margen de apreciación, distorsionando dichas conclusiones y, en consecuencia, el proceso impugnado no cumplió con el requisito de un juicio justo en virtud del artículo 6.1 del Convenio (párrs. 39-40).

Alrededor de la omisión de la constatación de una violación del artículo 46.1 del Convenio, en un voto particular, el juez Serguides mantiene que el Tribunal tiene la facultad de declarar la violación del artículo 46.1 y que esta competencia no menoscaba en absoluto, sino que refuerza el papel del Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal, en virtud del artículo 46.2. En su opinión, al igual que ha constatado por unanimidad una interpretación errónea de la sentencia de 20 de marzo de 2012 por parte del TS, no habría justificación para omitir de manera similar la constatación de una violación del artículo 46.1 que obliga a España a acatar la sentencia firme del Tribunal. Sin dicha constatación, considera el juez Serguides que el principio de eficacia como norma de derecho internacional no se vería satisfecho¹¹.

En cuanto al derecho a una satisfacción equitativa prevista en el artículo 41, el Tribunal recuerda que cuando un individuo ha sido víctima de un procedimiento que ha supuesto una violación de los requisitos del artículo 6 del Convenio, la forma más adecuada de reparación es, en principio, un nuevo juicio o la reapertura del caso en cuestión, a petición de la persona afectada. Sin embargo, en el presente caso considera que el demandante sufrió “un cierto grado de angustia” y le concede 9.600 euros en concepto de daño moral,

¹⁰ Las sentencias del Tribunal son obligatorias en virtud del artículo 46 pero los Estados miembros son libres para elegir los medios que utilizan para cumplirlas; la violación del artículo 6 no exige automáticamente la reapertura del procedimiento penal interno, aunque es una forma adecuada; no corresponde al Tribunal ocuparse de los supuestos de errores de derecho o de hecho cometidos por los órganos judiciales nacionales, a menos que, y en la medida que, puedan haber vulnerado los derechos y libertades protegidos por el CEDH, *Caso Serrano Contreras* (nº 2), párrs. 32-34.

¹¹ Véase el *Voto particular del juez Serghides*

más los impuestos que puedan ser exigibles. Al mismo tiempo considera razonable concederle la suma de 6.452 euros en concepto de costas y gastos (párrs. 46-47).

III. CONSIDERACIÓN FINAL

Si bien la introducción de un nuevo motivo de revisión penal tras la modificación del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vino a cubrir una importante laguna en nuestro ordenamiento jurídico para la ejecución de las sentencias del Tribunal, esta sentencia arroja luz en cuanto a los límites del margen de apreciación del TS a la hora de interpretar una sentencia condenatoria del Tribunal a la hora de revisar el proceso. Asimismo, deja claro que la función de supervisión de la ejecución de sus sentencias no es exclusiva del Comité de Ministros, sino que el propio Tribunal puede pronunciarse al respecto siempre que la segunda demanda contenga una cuestión nueva no examinada en la inicial.

DERECHOS PARENTALES Y PERSONAS TRANSGÉNERO (SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 6 DE JULIO DE 2021, ASUNTO A.M. Y OTROS c. RUSIA)

MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ RODRÍGUEZ*

I. HECHOS

La Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) dicta el 6 de julio de 2021 una sentencia por la que, por unanimidad, condena a Rusia por vulneración de los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y concede a la demandante una indemnización por daños morales (9.800 €) y el reembolso de determinados gastos y costas (1.070 €)¹.

La Sra. A.M., antes de su proceso de transición de género, contrae matrimonio con la Sra. N. en 2008. Tienen un niño (M.M.) en 2009 y una niña (K.M.) en 2012. En 2015, se divorcian y A.M. dona el apartamento a su familia. Ese mismo año, A.M. inicia su transición y, finalmente, obtiene su reconocimiento judicial y legal como mujer.

A finales de 2016, N. comienza a oponerse a las visitas de A.M. a sus hijos, alegando que estas les causan un perjuicio psicológico, por lo que, en 2017, N. solicita la apertura del procedimiento correspondiente. Para ello, argumenta que el cambio de género de A.M.: causa daños irreparables a la salud mental y a la moral de los niños; podría alterar su percepción de la familia; podría entrañar un complejo de inferioridad y un acoso escolar; podría exponerlos a conocer información prohibida sobre “relaciones sexuales no tradicionales”². A.M. formula una reconvención para solicitar derechos de visita. Se aporta un informe pericial que confirma un diagnóstico de “transexualidad” y que señala que “se producirá un impacto negativo no por el perfil individual y psicológico [de A.M.] o su estilo de crianza, sino por la reacción anticipada de los niños a la reasignación de género de su padre”. En 2018, el Tribunal de Distrito de Lyublinskiy de Moscú ordena la restricción de los derechos de A.M. y desestima su reconvención. El tribunal declara que

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Universidad de Jaén (mcrodri@ujaen.es).

¹ STEDH, asunto *A.M. y otros c. Rusia* (asunto 47220/19). ECLI:CE:ECHR:2021:0706JUD004722019. De acuerdo con los arts. 45.2 CEDH y 74.2 del Reglamento de Procedimiento del TEDH, el juez G. Ravarani y la jueza M. Elósegui Itxaso emiten conjuntamente una opinión separada concordante; la jueza Elósegui Itxaso da, además, otra opinión separada concordante. Rusia solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala junto a otras decisiones (STEDH de 6 de julio de 2021, as. ac. *Gruba y otros*, nº 66180/09, 30771/11, 50089/11, 22165/12 y STEDH de 13 de julio de 2021, as. ac. *Fedotova y otros*, nº 40792/10, 30538/14, 43439/14); el colegio o panel de cinco jueces de la Gran Sala admitió la solicitud respecto de los asuntos *Fedotova y otros*, sin embargo, rechazó la solicitud respecto de los asuntos *A.M. y otros* y *Gruba y otros* (art. 43 CEDH), por lo que ambas sentencias de 6 de julio son definitivas con fecha de 22 de noviembre de 2021 (art. 44.2 CEDH).

² El gobierno así impide, desde 2013, proporcionar información sobre temas LGBI a menores de edad.

la reasignación de género de A.M. "crearía circunstancias psicotraumáticas a largo plazo para los niños y produciría efectos negativos en su salud mental y desarrollo psicológico"; no obstante, ordena que se reconsidere el asunto cuando los niños sean mayores, sin proporcionar un calendario específico. A pesar de que A.M. consigue otro informe pericial que resulta muy crítico con la primera sentencia y cuestiona el informe pericial anterior por no ser "de naturaleza científica", sus recursos posteriores son desestimados por los tribunales nacionales. Finalmente, en una fecha no especificada, N. cambia su lugar de residencia con los niños y A.M. no tiene ninguna información sobre la vida y estado de los menores ni cuál es su nuevo lugar de residencia.

Tras el agotamiento de las vías internas, A.M. presenta su demanda ante el TEDH en fecha de 4 de septiembre de 2019, invocando la violación de los arts. 8 y 14 CEDH, en su propio nombre y en el de su hijo M.M. e hija M.K., que se tramita con prioridad y de forma anonimizada³.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La sentencia se estructura en dos partes, a saber, una primera que se centra en la alegación de la violación del art. 8 CEDH –tanto sobre su admisibilidad como sobre el fondo– (pp. 10-16) y una segunda que se ocupa de la alegación sobre violación del art. 14 en relación con el art. 8 CEDH –tanto sobre su admisibilidad como sobre el fondo– (pp. 16-20).

En cuanto a la admisibilidad, el TEDH acepta la demanda, por unanimidad, al cumplir los requisitos requeridos (art. 35 CEDH). Sin embargo, como la demandante la presenta en su propio nombre y en el de sus hijos, se procede a examinar de oficio esta particularidad⁴. El Tribunal tiene presente que el caso se plantea por una disputa relativa a los derechos de visita entre la demandante y la madre, teniendo esta última la custodia total de los menores. De acuerdo con su jurisprudencia, en los casos que surjan de disputas entre los padres, es el progenitor con derecho a la custodia quien está encargado de salvaguardar los intereses del menor; consecuentemente, tener la condición de “padre/madre natural” no puede considerarse base suficiente para presentar una demanda en nombre de un menor⁵. Por ello, y dadas las circunstancias específicas del presente caso, el Tribunal concluye que la presente demanda debe ser rechazada, solo en lo que afecta a su presentación en nombre de los hijos de la demandante⁶.

En cuanto al fondo del asunto, en lo que se refiera a la primera argumentación relativa a la violación del art. 8 CEDH, la demandante argumenta que el Estado ha incumplido su obligación positiva de mantener y restaurar, si fuera necesario, la relación entre menores y progenitores biológicos y que la injerencia en su vida familiar no ha sido proporcionada

³ De acuerdo con los arts. 41 y 47.4 del Reglamento de Procedimiento del TEDH.

⁴ A pesar de que Rusia no hace ninguna consideración ni objeción al respecto al respecto.

⁵ STEDH de 10 de diciembre de 2000, *Sahin c. Alemania*, nº 30943/96; STEDH de 6 de octubre de 2016, *Moog c. Alemania*, nº 23280/08 y 2334/10; STEDH de 14 de marzo de 2017, *K. B. y otros v. Croacia*, nº 36216/13).

⁶ Véase la opinión separada concordante del juez G. Ravarani y la jueza M. Elósegui Itxaso.

ni necesaria en una sociedad democrática (para. 45)⁷. El gobierno ruso reafirma que los tribunales nacionales han tenido en cuenta debidamente el interés superior de los menores como elemento central de sus decisiones (para. 46)⁸. Los terceros intervinientes en el caso, *Transgender Europe*, *ILGA Europe*, *Human Rights Watch* y el *Human Rights Centre* de la Universidad de Gante⁹, alegan, entre otros, que: numerosos estudios científicos evidencian que la existencia de un progenitor transgénero no causa un impacto negativo en el desarrollo de un menor; las decisiones sobre custodia u otros derechos deben basarse en un análisis individualizado y no en percepciones negativas sobre progenitores transgénero; el Estado debe tomar las medidas necesarias, y menos restrictivas posibles, que mantengan las relaciones familiares.

En respuesta, el TEDH recuerda su jurisprudencia anterior relativa al derecho a la vida familiar¹⁰ y la aplica al caso. Como punto de partida, el Tribunal considera que las decisiones de los tribunales constituyeron una injerencia en el derecho de la demandante al respeto de su vida familiar en virtud del art. 8.1; por tanto, lo que el TEDH debe determinar es si la injerencia es “necesaria en una sociedad democrática”. Como las partes no cuestionan que las restricciones fueran el resultado del proceso de transición de la demandante y los supuestos efectos negativos de dicho proceso en los menores, el TEDH centra su examen en si las decisiones internas sobre las restricciones son razonables y equilibradas. Para ello, el Tribunal tiene en cuenta: por un lado, que los tribunales nacionales basaron en gran medida su decisión en un informe pericial que no razona exactamente en qué medida la demandante representa un riesgo para sus hijos y que carece de evidencias científicas rigurosas; por otro lado, que los tribunales nacionales no tienen en cuenta la situación familiar específica de la demandante y que la decisión de privar completamente de contacto a un progenitor solo debe tomarse en las situaciones más extremas (lo que no es el caso dada la falta de daño demostrado a los menores). Por lo tanto, el Tribunal concluye que los tribunales nacionales no realizan una evaluación equilibrada y razonable del caso y, en consecuencia, la restricción de la patria potestad de la demandante y el contacto con sus hijos no es “necesario en una sociedad democrática”, por lo que se constata una violación del art. 8 CEDH (para 51-62).

En lo que concierne a la violación del art. 14 en relación con el art. 8 CEDH, la demandante sostiene que ha sido discriminada por razón de su identidad de género y que el único motivo de las medidas restrictivas adoptadas por los tribunales internos es su

⁷ En particular, señala que los tribunales nacionales no han proporcionado ningún marco temporal o condiciones bajo las cuales la demandante pudiera solicitar una revisión de la sentencia restringiendo sus derechos; ni los tribunales internos ni los peritos en sus informes han especificado por qué la información sobre su transición de género sería menos dañina para los menores si la recibieran a una edad mayor; el informe pericial utilizado por los tribunales internos carece de evidencia científica que lo respalde y se ha basado exclusivamente en un solo trabajo académico, muy criticado en la comunidad académica e irrelevante para el caso pues no se refiere a la crianza de niños por parte de un progenitor transgénero.

⁸ En concreto, recuerda que el informe concluye que la transición de género del progenitor tendría un efecto nocivo prolongado en la salud y el desarrollo psicológicos de los menores y que, a pesar de que el contacto con el progenitor transgénero sería actualmente contrario a los intereses de los menores, la decisión sobre la restricción de los derechos de la demandante podría reconsiderarse en el futuro.

⁹ Art. 36 CEDH.

¹⁰ STEDH de 10 de septiembre de 2019, *Strand Lobben y otros c. Noruega*, n° 37283/13 y STEDH de 23 de octubre de 2018, *Petrov y X c. Rusia*, n° 23608/16.

proceso de transición. El gobierno ruso lo niega y justifica las decisiones internas en la protección del interés del menor frente a un impacto negativo en su desarrollo personal y salud psicológica. Los terceros insisten en la discriminación generalizada que sufren las personas transgénero cuando se les imponen restricciones a su vida familiar, vinculando el bienestar de los menores con los miedos y estereotipos sobre la maternidad/paternidad de las personas transgénero. El TEDH recuerda su jurisprudencia relativa al art. 14 CEDH¹¹ y, en particular, que la identidad de género está amparada por la prohibición de discriminación prevista en el artículo 14¹². El Tribunal considera que la identidad de género de la demandante desempeña un papel importante pues es el factor decisivo en las decisiones de los tribunales nacionales para recibir un trato diferente al de los otros progenitores con respecto a los derechos de visita. El TEDH concluye que este trato basado en la identidad de género es desproporcionado, sesgado y contrario al Convenio (para 74-81).

III. CONCLUSIONES

Este caso, si bien menos complejo pues la demandante inicia su proceso de transición cuando los menores tienen algunos años de vida¹³, permite al TEDH dar un paso más en la protección de los derechos humanos de las personas transgénero. No obstante, la decisión supone una oportunidad perdida para reflexionar y avanzar sobre la representación de los menores y la protección de sus intereses en los casos que implican conflictos familiares¹⁴. La sentencia también parece *olvidar* que una sociedad privada de educación, información y sensibilización sobre las personas transgénero, se expone a incrementar su acoso y estigmatización social, así como a perjudicar a sus familias. La petición –infructuosa– del gobierno de remitir el caso a la Gran Sala constata las resistencias de las autoridades rusas. Por si fuera poco, la expulsión de Rusia del Consejo de Europa, tras la agresión a Ucrania, hace presagiar el inicio de un periodo largo y sombrío en la protección general de los derechos y libertades fundamentales del pueblo ruso.

¹¹ STEDH de 16 de julio de 2014, *Hämäläinen c. Finlandia*, nº 37359/09 y STEDH de 9 de diciembre de 2018, *Molla Sali c. Grecia*, nº 20452/14.

¹² STEDH de 30 de noviembre de 2010, *P.V. c. España*, nº 35159/09. Véase, entre otros, el *Manual de legislación europea*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, 2019, pp. 195-200 y el documento *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights LGBTI rights* (actualizada a 30.4.2022).

¹³ Están pendientes de pronunciamiento otros casos de menores engendrados tras culminar los procesos de transición: *O.H. y G.H. c. Alemania* (nº 53568/18 y nº 54741/18), *C.V. c. Francia y M.E.D. c. Francia* (nº 13948/21 y 14333/21).

¹⁴ Véase *supra* en las consideraciones sobre la admisibilidad de la demanda.

**SOBRE EL CARACTER CONTINUADO DE ALGUNAS
VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS: CASO
*MASACRE DE LA ALDEA LOS JOSEFINOS c.
GUATEMALA*
SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2021**

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA*

I. HECHOS

El Asunto de la Aldea Los Josefinos¹ se enmarca dentro del conflicto armado interno que asoló Guatemala entre 1960 y 1996 – con especial incidencia desde 1979 hasta 1983– durante la Presidencia de Efraín Ríos Montt. La estrategia de “quitar el agua al pez”, que llevó al ejército guatemalteco a perseguir al enemigo interno en el campo en un confuso contexto político que fomentaba las propuestas de desarrollo para las clases campesinas mientras ejecutaba acciones de castigo para desalentar su reclutamiento por la guerrilla, convirtió a Guatemala en escenario de graves violaciones de derechos humanos contra civiles indefensos.

La Aldea de los Josefinos, ubicada en el municipio de la Libertad (Petén) sufrió, en la mañana del 29 de julio de 1982, la llegada de la guerrilla que terminó con el ajusticiamiento de dos personas vinculadas al Ejército de Guatemala. Las incursiones del ejército tampoco eran extrañas en la zona y, en esa ocasión, tampoco se hizo esperar: sitiada la aldea, irrumpieron en ella para quemar los ranchos y ejecutar a quienes se encontraban dentro de las viviendas por considerarlos delatores. Según el relato de las víctimas, los soldados entraban para asegurarse que no quedaran sobrevivientes, matando con armas de fuego y a golpes a familias enteras, mientras algunas mujeres y niñas fueron víctimas de violación sexual antes de ser ejecutadas. Junto a las dos personas asesinadas por la guerrilla, las 5 personas que ejercían labores de vigilancia asesinados por el Ejército, al menos 38 personas más murieron como consecuencia de la masacre. Al día siguiente, miembros del ejército acudieron a la aldea para recoger los cadáveres de las personas asesinadas y arrojarlas a una fosa común sin identificación previa. Consecuencia de la masacre, los habitantes de la Aldea huyeron a otras zonas del país o migraron a México o Belice; algunos retornaron tiempo después, otros nunca lo hicieron por temor, tras ser señalados como objetivo.

Trece años más tarde, la Asociación de familiares detenidos y desaparecidos de

* Profesor Doctor Acreditado (Contratado Doctor) de Derecho Internacional Público. Universidad Católica de Valencia. Jean Monnet Chair (ad.arrufat@ucv.es).

¹ Corte IDH. Caso *Masacre de la Aldea Los Josefinos c. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de noviembre de 2021. Serie C No. 442. Accesible [aquí](#).

Guatemala denunció los hechos y solicitó la excavación de la fosa común, hallando diecinueve cadáveres. El 18 de junio de 1996, el Fiscal ordenó el inicio de las diligencias dirigidas a esclarecer los hechos. Doce años más tarde, no se había realizado ninguna de las diligencias relevantes de la investigación; el Estado alegó la ausencia de una obligación temporal para la realización de las diligencias al no existir vinculación procesal con persona determinada.

La Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Guatemala y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional reclamaron la responsabilidad internacional de Guatemala a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por presuntas violaciones a derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. y de la inefectiva investigación de tales hechos.

En 2008, tras la solicitud de reactivación de las investigaciones por parte de la Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos, se tomaron declaraciones a los supervivientes y se realizó una nueva inspección de cementerio y una planimetría de la aldea. Sin embargo, las sucesivas negativas del Ministerio de Defensa hicieron imposible identificar a las unidades -ni a los mandos de éstas- que pudieron haber actuado en la zona de Los Josefinos el día de autos.

El intento de llegar a un acuerdo de solución amistosa entre las partes resultó infructuoso por el incumplimiento estatal de las medidas de reparación y garantías de no repetición. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó, en 2015, que Guatemala era responsable². El 2019 se habían identificado sólo cinco de los diecinueve cadáveres. La cuestión sigue abierta ante la Unidad de Casos Especiales del conflicto armado interno de la Fiscalía de Derechos Humanos de Guatemala.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS DE CARÁCTER PRELIMINAR

En julio de 2019, la Comisión demandó a Guatemala ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el 17 de febrero de 2021, la Corte realizó la audiencia pública del caso: fue la primera vez en que las víctimas supervivientes testificaron ante un tribunal.

Un primer aspecto relevante de la decisión fue la pretensión de Guatemala de negar, con carácter preliminar, la competencia *ratione temporis* de la Corte, esgrimiendo que el Estado ratificó su competencia contenciosa el 9 de marzo de 1987, cinco años después de lo acontecido en Los Josefinos. Sin embargo, la Corte recuerda que la imposibilidad de conocer sobre hechos acontecidos con anterioridad a la fecha de aceptación de la competencia, no le impide pronunciarse sobre vulneraciones de derechos humanos que tengan carácter continuado, incluso, si su inicio se dio antes del reconocimiento de la competencia. Conviene recordar que la Corte ya había adoptado este criterio en dos asuntos anteriores: *Masacres del Río Negro c. Guatemala*³, de 4 de septiembre de 2012 y

² OAS: Informe No. 17/15. 1139-04 OEA/Ser.L/V/II.154. 24 marzo 2015. Accesible [aquí](#).

³ Corte IDH. Caso *Masacres de Río Negro c. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250. Accesible [aquí](#).

Blake c. Guatemala, de 22 de julio de 1996⁴.

Un segundo aspecto destacable es la aplicación del artículo 35.1 del Reglamento de la Corte que dispone la posibilidad de adoptar criterios flexibles y adecuados a las circunstancias de este caso para la identificación de víctimas y familiares, y reconocer como víctimas a las personas incluidas en listados, dejando abierta la posibilidad de que aquellas personas que sean identificadas con posterioridad sean también consideradas como beneficiarias de las reparaciones. La admisión de la excepcionalidad se funda en las extraordinarias circunstancias de violencia desplegada por el ejército durante la masacre, la destrucción producida, los fallecimientos por calcinación, las dificultades para la identificación de las osamentas recuperadas y las altas tasas de analfabetismo y falta de registros oficiales de nacimientos y defunciones; sin olvidar, las diversas acciones y omisiones del Estado que han generado obstáculos adicionales que imposibilitan la identificación de todas las presuntas víctimas. La excepción del artículo 35.1 tuvo un papel relevante pues evitó a la Corte la tarea de identificación de las víctimas; en su lugar, aceptó como víctimas a aquellas personas debidamente acreditadas en los listados presentados por la Comisión.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO

La Corte debe pronunciarse sobre las vulneraciones cometidas a partir del 9 de marzo de 1987 de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad personal, libertad personal, protección de la familia, derechos de la niñez, y libertad de circulación y de residencia; sobre la violación de las garantías judiciales y protección judicial y, finalmente la vulneración del derecho a la integridad personal. En relación con el fondo conviene destacar los siguientes aspectos:

En primer lugar, caracteriza la desaparición forzada como violación permanente a los derechos humanos en línea con la extensa jurisprudencia ofrecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los *asuntos Kurt*⁵ y *Varnava*⁶ *contra Turquía*. Afirma que, en los casos de desaparición forzada de personas, es legítimo y resulta de especial importancia el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para demostrar la concurrencia de cualquiera de los elementos de la desaparición forzada, ya que esta forma específica de violación se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar la detención, el paradero y la suerte de las víctimas. En concordancia con este criterio, la Corte atribuye un alto valor probatorio a las declaraciones de los testigos, dentro del contexto y de las circunstancias de un caso de desaparición forzada, con todas las dificultades que de ésta se derivan, donde los medios de prueba son esencialmente testimonios indirectos y circunstanciales en razón de la propia naturaleza de este delito. Por otro lado, la Corte considera la situación de las restantes once personas que permanecen desaparecidas hasta el día de hoy: el hecho de

⁴ Corte IDH. Caso *Blake c. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48. Accesible [aquí](#).

⁵ TEDH, Caso *Kurt c. Turquía*, No. 15/1997/799/1002. Sentencia de 25 de mayo de 1998. Accesible [aquí](#).

⁶ TEDH Caso *Varnava y otros c. Turquía*. No. 16064/90, Sentencia de 18 de septiembre de 2009. Accesible [aquí](#).

que fueran vistas por última vez con vida en la aldea, mientras esta se encontraba sitiada por los miembros del Ejército y que, luego del operativo militar, no se tuvo noticia de su paradero. También el propio actuar del Estado al momento de la masacre, al haber enterrado a numerosas víctimas en una fosa común sin identificar; sin olvidar la desidia investigativa ocurrida en el caso. Recuerda la Corte que, conforme a sus propios pronunciamientos, para que cese una desaparición forzada debe determinarse el paradero o la identificación de sus restos y no la presunción de su fallecimiento. Concluyendo que el Estado violó los derechos reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1, 5.2, y 7.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, todos ellos en relación con las obligaciones establecidas en el artículo I.a) de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

En segundo lugar, la Corte recuerda su propia jurisprudencia (*Asunto Canese c. Paraguay* de 27 de febrero de 2012⁷) al afirmar que el derecho de circulación y de residencia es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, y contempla, *inter alia*, el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en él así como escoger su lugar de residencia y que la falta de una investigación efectiva de hechos violentos puede propiciar o perpetuar un exilio o desplazamiento forzado. El Tribunal reafirma que la obligación de los Estados de proteger los derechos de las personas desplazadas conlleva no solo el deber de adoptar medidas de prevención sino, también, proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Finalmente, advierte que el desplazamiento forzado también presenta una naturaleza permanente en tanto no se den las condiciones para que las víctimas puedan retornar a su territorio y, en ese sentido, manifiesta que Guatemala no adoptó medidas para garantizar el retorno de las víctimas a su lugar de origen luego de haber sido desplazadas, ni antes ni después del momento en el que el Estado aceptó la competencia contenciosa de la Corte.

En tercer lugar, la Corte afirma que Guatemala se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños y niñas de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. La Corte entiende que, en situaciones de desplazamiento forzado surge un deber estatal de procurar la reunificación familiar, especialmente en casos de familias con niños y niñas. La conducta estatal omisiva respecto de la adopción de medidas apropiadas tendientes a posibilitar un regreso seguro de los lugares donde los niños se encontraban para facilitar la reunificación familiar, vulneró el derecho a la protección de la familia consagrado en el artículo 17 de la Convención, a partir del 9 de marzo de 1987. Y como factor causal de lo anterior, recuerda que el artículo 19 de la Convención Americana impone a los Estados la obligación de adoptar “medidas de protección” requeridas por su condición de niñas y niños en un contexto de un conflicto armado no internacional. Por tanto, correspondía a Guatemala la protección de las niñas y los niños, quienes se encontraban en una situación de mayor vulnerabilidad y riesgo de ver afectados sus derechos; en su lugar, los agentes militares actuaron totalmente al margen del ordenamiento jurídico y utilizaron las estructuras del Estado para perpetrar la desaparición forzada de las niñas y los niños, a

⁷ Corte IDH. Caso *Ricardo Canese c. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Accesible [aquí](#).

través del carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población. La Corte concluye que Guatemala es responsable por la violación del artículo 19 de la Convención Americana.

Finalmente, debe destacarse que el Tribunal afirma que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos es una de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana. En el caso de la desaparición forzada de personas, cuyos objetivos son la determinación de su paradero y el esclarecimiento de lo sucedido, la identificación de los responsables y su posible sanción, deben llevar a cabo su tarea de manera diligente y exhaustiva. La Corte señala que Guatemala en lugar de iniciar de oficio, y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad, la dilató y la obstaculizó mediante el secreto de Estado e impidiendo un acceso amplio y regulado a los archivos de las Fuerzas Armadas.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia dictada por la Corte merece una valoración positiva porque por un lado, ofrece una respuesta a las víctimas tras cuarenta años de desamparo; por otro, porque despliega un amplísimo arsenal de formas de reparación: la obligación para Guatemala de restituir las condiciones y garantías necesarias para que las personas desplazadas puedan, si lo desean, retornar a la Aldea; otorga a Guatemala el plazo de un año para mejorar los equipamientos del centro de salud ubicado en la Aldea Los Josefinos mediante la dotación de recursos humanos permanentes y calificados en materia de atención a la salud; establece la obligación de publicar el resumen oficial de la Sentencia condenatoria en el Diario Oficial y la propia sentencia íntegra durante un año en el sitio web oficial del Estado; ordena al Estado la continuación de la construcción del referido monumento en la zona donde se encontró la fosa clandestina, así como la instalación de una placa conmemorativa de los hechos ocurridos el 29 y 30 de abril de 1982; la Corte estima pertinente fijar, por concepto de daño material e inmaterial, el pago de indemnizaciones monetarias al extensísimo listado de víctimas identificadas en los listados facilitados por la Comisión; finalmente, la realización de un documental audiovisual sobre la masacre ocurrida con la plena participación de las víctimas en todas las etapas de producción y asumiendo el Estado todos los gastos que generen la producción. La Corte considera que este video deberá ser transmitido, al menos una vez, en un canal de difusión nacional y en el horario de mayor audiencia televisiva, y debe ser colocado en la página web del Ejército de Guatemala.

En la fecha de envío de la presente Crónica – trece de mayo de 2022–, las víctimas siguen reclamando al Estado la aplicación de medidas de reparación establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

SENTENCIA EN EL CASO *LEMOTH MORRIS (BUZOS MISKITOS) ET AL. c. HONDURAS*, DE 31 DE AGOSTO DE 2021: ¿UN HITO EN LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS POR LAS VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS?

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ*

I. HECHOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dictaba, el 31 de agosto de 2021, la Sentencia en el caso *Lemoth Morris (Buzos Miskitos) y otros c. Honduras*¹, casi diecisiete años después de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH) recibiera la petición correspondiente y algo más de dos años después de su sometimiento al órgano judicial², en lo que supuso un marco temporal preocupante para la CIDH (párr. 4). Nos encontramos ante un pronunciamiento *ex* artículos 63 y 64 de su Reglamento (párrs. 18-21), fruto de la conclusión del Acuerdo de solución amistosa caso CDH-10-2019, de 24 de marzo de 2021, que fue trasladado a la Corte el día siguiente a su firma para su homologación (párr. 9). Se producía, así, un claro cambio de posición del Estado hondureño, loado por el órgano judicial y coadyuvante en la no prolongación del caso (párrs. 2, 7, 23, 26 y 114).

Los antecedentes y hechos pertinentes se basan en los recogidos en el Informe de Fondo núm. 64/18, caso 12.738, aprobado por la ComIDH el 8 de mayo de 2018³, reconocidos por el Estado hondureño en el citado acuerdo y resumidos por la CIDH al entender cesada la controversia fáctica (párrs. 24 y 27). En ellos, el protagonismo se centra en las paupérrimas características de la existencia del pueblo miskito en la zona rural del departamento de Gracias a Dios (Honduras) (párrs. 28-30)⁴, así como en las pésimas

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

¹ Su texto junto con dos de sus cuatro Anexos y los votos “concurrentes” se hallan disponibles [aquí](#).

² Nota de remisión de 24 de mayo de 2019, disponible [aquí](#).

³ El texto (OEA/Ser.L/V/II.168 Doc. 74) se halla disponible [aquí](#), y el informe de la Comisión Interamericana núm. 121/09, de 12 de noviembre de 2009, relativo a la admisibilidad de la petición, [aquí](#).

⁴ Su presencia mayoritaria se deriva, principalmente, de la situación de violencia de amplio espectro y desplazamiento forzoso que, desde finales de 1981, vive este pueblo indígena en Nicaragua, examinada también por la ComIDH (*Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito*, OEA/Ser.L/V/II.62, Doc. 10 Rev.3, de 29 de noviembre de 1983; Resolución [37/15](#) sobre *Medida Cautelar núm. 505-15, Pueblo indígena miskitu de Wangki Twi-Tasba Raya respecto de Nicaragua*, de 14 de octubre de 2015; Resoluciones [2/2016](#) y [44/2016](#) sobre *Medida Cautelar núm. 505-15, Ampliación de beneficiarios*, de 16 de enero y 8 de agosto de 2016, respectivamente; y, [Resolución](#) de la Comisión sobre el procedimiento de solución amistosa sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, OEA/Ser.L/V/II.62 Doc. 26, de 16

condiciones y terribles efectos de la pesca submarina realizada por sus buzos, a pesar del Reglamento de Seguridad Social y Ocupacional de la Pesca Submarina (2001)⁵ (párrs. 31-38, 104 y 107), recibiendo los procedimientos internos una breve descripción (párr. 39).

La referencia a las víctimas es clasificada en función de su condición y de la respuesta administrativa y judicial recibida, incluidas indemnizaciones (párr. 40), incluyéndose un listado de víctimas directas (42) e indirectas (familiares) (232⁶) (Anexo 1), así como un breve extracto de hechos individualizados (Anexo 2).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Junto a la obligación de la Corte de verificar la concurrencia de los aspectos formales y materiales necesarios para homologar un acuerdo de solución amistosa (párrs. 18-21 y 25), la CIDH efectuó el desarrollo del contenido y alcance de los derechos afectados de la Convención Americana y, particularmente, su artículo 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, conforme a lo solicitado por las partes en el citado acuerdo (párr. 13), dictando así una sentencia que ha llegado a recibir calificaciones de histórica y de punto de inflexión⁷ al estar marcando el sentido de su jurisprudencia posterior⁸ y haber sido saludada por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas en Honduras⁹, entre otros motivos¹⁰.

Previamente a su análisis de dichos derechos, la CIDH se refirió a la responsabilidad de estas respecto de los derechos humanos, reiterando que la determinación de la “responsabilidad individual de los particulares” queda fuera de su marco competencial

de mayo de 1984) y la CIDH (Resolución sobre *solicitud de medidas provisionales respecto Nicaragua. Asunto Pobladores de las comunidades del pueblo indígena Miskitu de la Región Costa Caribe Norte*, de [1 de septiembre](#) de 2016, Resolución sobre *medidas provisionales*, [23 de noviembre](#) de 2016, y Resoluciones sobre *ampliación de medidas provisionales*, de [30 de junio](#) y [22 de agosto](#) de 2017, de [23 de agosto](#) de 2018, de [6 de febrero](#) de 2020 y de [14 de octubre](#) de 2021). En este Estado, también se vive la [problemática](#) de la pesca por buceo.

⁵ Instado por la ComIDH (Véase [Informe Situación de derechos humanos en Honduras](#), OEA/Ser.L/V/II.Doc.42/15, de 31 de diciembre de 2015, paras. 433 y 579, epígrafe B.2.32), el Estado, asesorado por la [FAO](#), lo revisó mediante el Acuerdo Ejecutivo de la Secretaría de Trabajo y Seguridad Social [STSS-577-2020](#), de 30 de octubre de 2020.

⁶ De ellas, el 52,9% son mujeres. Si miramos el rango hijas/hijos, su totalidad representa el 70,2% de las víctimas indirectas, siendo hijas la mayoría de las identificadas (55,8%). La composición del resto de estas víctimas (29,8%) se distribuye entre esposas (27,8%), hermanas (27,8%), hermanos (18%), madres (13,9%), padres (11,1%) y cuñado (1,4%).

⁷ Véanse M. Zorob y H. Candray, “Justicia para los buzos miskitos: un punto de inflexión para las empresas y los estándares de derechos humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *OpenGlobalRights*, de 21 de marzo de 2022, disponible [aquí](#).

⁸ Véanse [Sentencia](#) en el caso *Veras Rojas y otros c. Chile*, de 1 de octubre de 2021, paras. 81-88, 95-97, 100, 116 y 133, y [Sentencia](#) en el caso *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros c. Guatemala*, de 6 de octubre de 2021, paras. 54, 119, 130, 132-133 y 135.

⁹ Entrada en su cuenta Twitter, de 15 de octubre de 2021, disponible [aquí](#).

¹⁰ Para el juez L. Patricio Pazmiño Freire supone “el desarrollo más reciente de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (Voto concurrente, párr. 5).

(párr. 46¹¹), partiendo sus reflexiones de las obligaciones generales derivadas de los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos para los Estados, conforme a su jurisprudencia previa (párrs. 42-45). Señalaría, así, que los Estados tienen la obligación de prevenir las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas privadas mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole, en la línea de lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹², así como la de “investigar, castigar y reparar” las mismas siendo las normas internas las que obligarán a las empresas a adoptar las medidas para “evitar” o “subsanan dichas violaciones”¹³, especialmente en los casos de actividades peligrosas que conlleven “riesgos significativos para la vida e integridad de las personas sometidas a su jurisdicción” (párrs. 46 y 48). Menciona esta última a leer junto a su afirmación de que cualquier acto, omisión o hecho de particulares no conllevará automáticamente la responsabilidad internacional del Estado y que las normas internas podrán diferenciar el alcance de las responsabilidades de las empresas, según su tamaño o sector, aunque dicha responsabilidad será aplicable independientemente de estos (párrs. 44 y 48).

Aun evocando los pilares de los Principios Rectores sobre las empresas y derechos humanos, así como los principios fundacionales de ellos derivados (párr. 47), la CIDH pareció más certera que en su jurisprudencia previa¹⁴, recibiendo los desarrollos interamericanos de perfil similar menciones tangenciales (notas al pie 47 y 51-52), salvo una significativa excepción¹⁵ al hilo de la cual se señaló el deber de los Estados de garantizar que las empresas transnacionales respondan por las violaciones cometidas en sus territorios o cuando resulten beneficiadas por la actividad de empresas nacionales que participen en su cadena de productividad (para. 52)

Tras basar principalmente en la peligrosidad de la actividad la verificación de la violación estatal de los derechos a la vida, la integridad personal y del niño (y la niña) (arts. 4.1, 5.1

¹¹ La idoneidad de mantener la atribución de la responsabilidad internacional “incólume, gravada (sic) en piedra” y la necesidad de plantear el progreso hacia la responsabilidad internacional de las empresas, de forma propia y complementaria fueron planteadas por el juez Pazmiño Freire, una vez más, en este uno de sus pronunciamientos finales en la CIDH (*Ibid.*, párrs. 2 y 5).

¹² Con cita a su Observación General núm. 24 *sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el contexto de las actividades empresariales*, Doc. E/C.12/GC/24, de 10 de agosto de 2017, párr. 14.

¹³ Precisaría estos extremos al señalar cuáles son las políticas y procesos que los Estados han de garantizar que las empresas tengan, incluidos los de reparación, especialmente, en relación con personas en situación de pobreza o posición de vulnerabilidad, impulsando el buen gobierno corporativo con enfoque de parte interesada, así como buscando la realización de evaluaciones continuas de riesgos por las empresas y su respuesta eficaz y proporcional de mitigación de los riesgos causados, “en consideración a sus recursos y posibilidades” (párrs. 49 y 51).

¹⁴ Véase CARRILLO-SANTARELLI, N. y ARÉVALO-NARVÁEZ, C., “The Discursive use and Development of the Guiding Principles on Business and Human Rights in Latin America”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 30, 2017, pp. 61-118, pp. 85-86.

¹⁵ Nos referimos a CIDH y Relatoría Especial de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, [Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Iberoamericanos](#), Doc. OEA/Ser.L/V/II-CIDH/REDESCA/INF.1/19, de 1 de noviembre de 2019, sobre el cual véase IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos: Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 16, núm. 2, 2020, pp. 347-379, pp. 360-367.

y 19) de la Convención Americana en relación con sus artículos 1.1 y 2 (párrs. 54-60), la CIDH mantendría su enfoque anterior en la delimitación de las obligaciones derivadas del art. 26 de la Convención mediante la “interpretación sistemática, teleológica y evolutiva”, conforme al art. 29 de la Convención Americana y el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados. Lo haría resaltando el engarce con la Carta de la Organización de Estados Americanos y, en el recurso al *corpus iuris* internacional (con especial énfasis en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y normas convencionales) y nacional (referencias constitucionales) (párrs. 61-65)¹⁶. Precisaría que, ante el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado hondureño por violación de estos derechos en su dimensión de exigibilidad inmediata¹⁷, no se centraría en las obligaciones de carácter progresivo, sin perjuicio de fijar los estándares (párrs. 66-67) alrededor del derecho al trabajo y a sus condiciones justas, equitativas y satisfactorias que aseguren la seguridad, salud e higiene del trabajador, el derecho a la salud, a la seguridad social y el principio de igualdad y no discriminación, previamente a su aplicación al caso concreto (párrs. 76-78, 92-97 y 104-110).

Homologado el acuerdo (párrs. 112-114) y conforme a este, la CIDH examinó las diversas reparaciones, así como las garantías de no repetición acordadas. En su mayoría, la Corte se limitó a recoger lo pactado por las partes, si bien hizo precisiones respecto de algunas de ellas, destacando las relativas a la necesidad de revisar la regulación estatal para establecer la obligación de las empresas pesqueras de adoptar las políticas señaladas en los estándares fijados (párr. 138); o el recordatorio de las características que han de poseer los sistemas judiciales para garantizar el derecho de acceso a la justicia (párr. 149). Ninguna de las medidas contó en esta ocasión con la referencia a la participación de las empresas, dado los perfiles del caso¹⁸.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Esta sentencia supone claramente un hito para el pueblo de la Moskitia y el efectivo respeto de sus derechos humanos, aun estando a expensas de su plena ejecución¹⁹. Por su parte, la clarificación y detalle en las obligaciones estatales respecto de las actividades de las empresas y el respeto de los derechos humanos supone la acertada y rotunda confirmación de la imposibilidad del Estado de esconderse tras las peculiaridades de estas personas jurídicas para eludir sus obligaciones y responsabilidades, así como del mensaje a estas de su pleno sometimiento al imperio de la norma. Finalmente, la fijación de los estándares con relación al art. 26 de la Convención Americana, más allá de la posible controversia sobre su alcance, responde a la propia esencia de los derechos humanos de

¹⁶ Dicha fundamentación jurídica fue, nuevamente, fuertemente rebatida por el juez Humberto Antonio Sierra Porto, el cual continúa en la actual conformación de la CIDH.

¹⁷ Dicho reconocimiento fue el origen del voto concurrente del juez Eduardo Vio Grossi, el cual reiteró su posición sobre los derechos de este art. 26 y precisó que este caso no podía constituir jurisprudencia o precedente alguno, salvo proceder estatal similar.

¹⁸ Aún consciente de la imposibilidad en el caso concreto, el juez Pazmiño Freire apuntó el interés de esta participación (Voto concurrente, párr. 7).

¹⁹ De momento, no obra evidencia de su cumplimiento en la página correspondiente de la CIDH (https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm)

segunda generación, donde la progresividad no debe jugar como el férreo anclaje al tiempo pretérito de su reconocimiento para justificar la inacción o, incluso, la involución. Se abre, empero, la duda acerca de cuál será la posición que al respecto mantendrá la nueva composición del órgano judicial interamericano.

LA OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR LOS CRÍMENES DEL FRANQUISMO EN EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 80/2021, DE 15 DE SEPTIEMBRE

MARÍA GARCÍA CASAS*

I. HECHOS

El 15 de septiembre de 2021, el Tribunal Constitucional (TC) dictó el Auto 80/2021¹, por el que inadmitía el recurso de amparo interpuesto por don Gerardo Iglesias Argüelles, contra el Auto de 28 de junio de 2018 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Oviedo, que acordó no admitir a trámite la querrela formulada por el recurrente por delitos de lesa humanidad y tortura. La decisión de inadmisión fue confirmada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo mediante auto de 17 de septiembre de 2018.

Para el recurrente en amparo, el Auto del Juzgado de Instrucción de Oviedo que inadmitió la querrela interpuesta contra un funcionario policial perteneciente a la Brigada Político Social, por tres detenciones con torturas ocurridas en 1964, 1967 y 1974, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva. La queja se concreta en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en tanto que la decisión de inadmitir a trámite la querrela y de desestimar el recurso de apelación, supusieron un incumplimiento de “la garantía procesal de investigación de crímenes de lesa humanidad y de enjuiciamiento de sus responsables”, prevista por el Derecho penal internacional.

El TC inadmitió a trámite el recurso de amparo, pero decidió hacerlo por medio de auto, para detallar las razones que sustentan la falta de existencia de la lesión denunciada, en la medida en que existía una acumulación de recursos de amparo que compartían una problemática similar, apoyados en argumentos homogéneos, por lo que el asunto era una oportunidad perfecta para poder profundizar más en los argumentos jurídicos que sustentarían la inadmisión o, al menos, presentarlos con mayor claridad.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En el Auto, el TC realiza una cierta reformulación de la demanda. En su fundamento jurídico tercero, el Tribunal expone que, si bien la demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción, el motivo aducido para sustentar esa queja involucra inevitablemente al derecho protegido en el artículo 25.1 de la

* Doctora en Derecho y Profesora Ayudante de Derecho Internacional Público. Universidad Autónoma de Madrid (maria.garcia@uam.es).

¹ ECLI:ES:TC:2021:80^a.

Constitución Española (CE), es decir, el principio de legalidad penal y el derecho a la vida y a no sufrir torturas ni tratos inhumanos y degradantes del art. 15 CE.

A continuación, resumiremos brevemente la explicación del Tribunal Constitucional acerca del contenido de cada uno de los tres derechos afectados en la demanda de amparo, de acuerdo con su propia jurisprudencia constitucional.

El primero es el derecho de acceso a la jurisdicción que, de acuerdo con la explicación del Tribunal, engloba el derecho a poner en marcha un proceso penal. Este último no se vulnera con una resolución de inadmisión, mientras ésta se encuentre fundada en motivos razonables. No obstante, añade que, cuando en el caso está en juego no solamente el derecho de acceso a la jurisdicción sino también otros derechos fundamentales – como es en este supuesto los derechos del artículo 15 CE– el respeto al derecho de acceso a la jurisdicción conlleva un mandato especial para el órgano judicial. Además de una resolución motivada y fundada en derecho, se le exige “una resolución coherente y respetuosa con el contenido del derecho fundamental afectado cuya tutela penal se insta” (FJ 3). Es decir, el órgano judicial está obligado a indagar todas las posibilidades para la admisión de la querrela presentada. Por esa razón, el TC analiza si las resoluciones de instancia excluyeron la investigación penal requerida – que puede constituir una obligación positiva del Estado– aplicando el principio de legalidad, de conformidad con las exigencias del artículo 24.1 CE.

Así, el TC se detiene en el argumento del recurrente según el cual no se ha procedido conforme al Derecho Internacional Penal que dispone la obligación de investigar los crímenes contra la humanidad y las torturas, siendo además crímenes imprescriptibles. El Tribunal recuerda que el principio de legalidad penal exige seguridad jurídica en los tipos penales, irretroactividad y previsibilidad de la ley y que la existencia de una ley escrita y previa a los hechos juzgados, son garantías penales que nunca deben ser vulneradas por nuestros tribunales. En este sentido – y centrándose en los hechos que dan lugar al recurso de amparo– el TC indica que cuando se cometieron los hechos denunciados en la querrela no estaba tipificado en el ordenamiento español el crimen de lesa humanidad y aplicar la figura penal del Derecho internacional consuetudinario, como pretende el recurrente, anularía la garantía de *lex scripta* e impediría la previsión del delito y sus consecuencias jurídicas.

Al determinar que no cabe la aplicación del tipo internacional de crimen contra la humanidad, tan solo quedaría abierta la posibilidad de haber admitido a trámite la querrela por los delitos comunes existentes en el momento de comisión de los hechos: las torturas y lesiones. No obstante, esta opción no es viable en tanto que la denuncia se produjo más de cuarenta años después de la comisión de los hechos y, como tal, ya habían prescrito. A este respecto, el demandante había invocado el derecho internacional consuetudinario – y, concretamente, el *ius cogens*– de acuerdo con el cual la tortura es un crimen imprescriptible. Para el TC, el obstáculo tiene que ver también con la irretroactividad: “no resulta clara la existencia de una norma consuetudinaria asentada sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en el momento de los hechos, menos aún que se tratara de una norma de *ius cogens*, ni tampoco lo era la consideración de la

tortura desvinculada del elemento sistemático como uno de esos crímenes imprescriptibles” (FJ 5). De nuevo, para el Tribunal la pretensión de imprescriptibilidad de estos hechos colisiona con la garantía de irretroactividad, en el caso en que pueda afirmarse que ahora existe, y de la garantía penal que supone la prescripción.

Con base en estos argumentos, concluye el TC determinando que la decisión de no admitir a trámite la querrela no vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, pues no hubiera sido conforme al principio de legalidad la aplicación retroactiva del crimen contra la humanidad, previsto en el artículo 607 del Código Penal, ni la calificación como tal con base en la normativa internacional.

III. CONCLUSIONES

La argumentación realizada por el TC en este Auto es especialmente confusa en lo que se refiere a la aplicación del Derecho internacional consuetudinario y el principio de legalidad penal. No es necesariamente incompatible con el principio de legalidad penal acudir al Derecho internacional consuetudinario como fuente de tipos penales y así lo ha afirmado claramente el TEDH, precisamente en lo que se refiere a los crímenes contra la humanidad. Esto lo hace notar el recurrente, aunque las referencias jurisprudenciales que incluye² no son acertadas, pues en esos asuntos los demandantes ante el TEDH denunciaban que los jueces nacionales habían vulnerado su derecho a no ser condenados en aplicación retroactiva de la ley penal. Por el contrario, el recurrente en amparo – en el caso que estamos tratando– reclama al TC que declare la existencia de una obligación en el ordenamiento internacional de investigar y perseguir a los responsables (no exclusivamente juzgar), siendo así que, sobre esa obligación del ordenamiento internacional incorporada al derecho nacional, la decisión judicial de no admitir a trámite una querrela vulneraría su derecho de acceso a la jurisdicción.

Sin embargo, el TC indica que es imposible acudir al Derecho internacional como fuente de tipos penales – no en este asunto, sino con carácter general– porque se vulnerarían las garantías asociadas al principio de legalidad penal. A mi entender, esta interpretación del TC es contraria a la del TEDH que sí ha considerado en algunas ocasiones que es posible acudir a las figuras penales internacionales para condenar a los responsables de hechos no tipificados en las leyes nacionales en el momento de su comisión. Concretamente, en los asuntos *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*³, *Kolk y Kislyiy c. Estonia*⁴ y *Kononov c. Letonia*⁵, el TEDH analiza si las sentencias condenatorias de los tribunales nacionales han vulnerado el principio de legalidad penal, de acuerdo con el artículo 7 CEDH y lo desestima porque, a pesar de las carencias de la ley nacional, los actos encontrados punibles tras la investigación judicial sí constituyen crímenes contra la humanidad de acuerdo con el Derecho internacional y su condena era accesible y previsible para los

² Cita las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Kononov c. Letonia*, 17 de mayo de 2010 y *Mocanu y otros c. Rumanía*, de 17 de septiembre de 2014, y uno de los votos particulares añade la sentencia en el asunto *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, de 22 de marzo de 2001.

³ Sentencia de 22 de marzo de 2001.

⁴ Decisión de 17 de enero de 2006.

⁵ Sentencia de 17 de mayo de 2010.

declarados culpables. Ciertamente es también que ante cuestiones similares el TEDH ha fallado en sentido contrario, cuando no resultaba evidente que los actos realizados por el condenado formaran parte del tipo penal internacional en el momento de su comisión o cuando su condena no se consideraba suficientemente accesible para el condenado (véanse sus sentencias en los asuntos *Korbely c. Hungría*⁶ y *Vasiliauskas c. Lituania*⁷).

Pero, además, esa afirmación del TC desvía la atención de la cuestión que realmente plantea el recurso de amparo: la posibilidad de derivar de las normas internacionales, en el momento de la comisión de los hechos, la obligación del Estado de perseguir a los responsables. Se trata de una cuestión diferente y el TC no la deja claramente separada. Como decíamos, el recurrente alega la vulneración de su derecho de acceso a la jurisdicción cuando los jueces de instrucción inadmiten a trámite su querrela y, por tanto, la cuestión que se plantea es: ¿pesa sobre el Estado español la obligación de perseguir a quien cometió supuestos crímenes contra la humanidad en los años 60 y 70?

Según el TC, es discutido el alcance de la obligación de emprender una persecución penal, pero no aprovecha la oportunidad que le brinda este pronunciamiento para dar su respuesta a la cuestión que subyace no solo a este recurso de amparo, sino a muchos apoyados en argumentos similares. En mi opinión, es innegable que el desarrollo de la obligación internacional de perseguir ha sido reciente y que, en las fechas en las que se cometieron los hechos, no existía en el ordenamiento internacional una obligación de ese tipo que pesara sobre los Estados. De igual modo, no se puede pretender que la obligación convencional que surgiera después se aplique de forma retroactiva pues, aunque el TEDH haya admitido la aplicación retroactiva de la obligación de investigar las vulneraciones del derecho a la vida y a no sufrir torturas sobre hechos ocurridos con anterioridad a la fecha crítica⁸ (siendo el año 1979 en el caso de España), también ha indicado ciertos límites. Uno de ellos tiene que ver con la falta de expectativa razonable de una investigación eficaz, sobre el que se refirió precisamente en el asunto llevado ante el TEDH por familiares de algunas víctimas de la Guerra civil española⁹.

Tampoco podemos identificar en el Derecho internacional general, una obligación de investigar, perseguir y en su caso sancionar las violaciones graves de derechos humanos hasta principios del siglo XXI. Aunque el recurrente señala, como fundamento de la existencia de esa supuesta obligación, la adopción de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad en 1968, no se puede afirmar que esa convención cristalizara un principio general de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad preexistente en el Derecho internacional y, en todo caso, la imprescriptibilidad de algunos tipos penales no equivale a la obligación de los Estados de investigarlos y perseguirlos.

Por tanto, si la obligación de investigar y perseguir las violaciones graves de derechos humanos surge como norma de Derecho internacional general en un momento posterior

⁶ Sentencia de septiembre de 2008.

⁷ Sentencia de 20 de octubre de 2015.

⁸ TEDH, asunto *Šilih c. Eslovenia*, Sentencia de 9 de abril de 2009.

⁹ Asunto *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz c. España*, Decisión de 27 de marzo de 2012.

a la comisión de los hechos – a principios de la década de los 2000– y la obligación convencional tampoco opera en este caso, ateniéndonos a la jurisprudencia del TEDH, no cabe sostener que el Estado español esté obligado a perseguir, juzgar y sancionar a los supuestos responsables de crímenes cometidos en los años 60 y 70.