

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Por C. QUESADA ALCALÁ, C. GIL GANDÍA,
E. JIMÉNEZ PINEDA, M. C. MUÑOZ RODRÍGUEZ,
J. J. LASO PÉREZ, E. M. RUBIO FERNÁNDEZ Y
A. D. ARRUFAT CARDAVA

Coordinada por E. M. RUBIO FERNÁNDEZ*

Sumario:

FILIPINAS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LOS CRÍMENES EN LA “GUERRA CONTRA LAS DROGAS” EN EL PUNTO DE MIRA (*DECISION ON THE PROSECUTOR’S REQUEST FOR AUTHORISATION OF AN INVESTIGATION PURSUANT TO ARTICLE 15(3) OF THE STATUTE (ICC-01/21-12), 15 SEPTEMBER 2021*)

POR C. QUESADA ALCALÁ..... pp. 3-7

CRÓNICA DE UN PROGRAMA DE REPARACIÓN, ¿POR FIN EL FINAL?: DECISIÓN DE LA SALA DE PRIMERA INSTANCIA II DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS REPARACIONES COLECTIVAS (ICC-01/04-01/06), DE 5 DE MARZO DE 2021

POR C. GIL GANDÍA..... pp. 8-11

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 12 DE OCTUBRE DE 2021 PARA LA DELIMITACIÓN MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO (*SOMALIA c. KENIA*) ¿NADA NUEVO BAJO EL SOL?

POR E. JIMÉNEZ PINEDA..... pp. 12-16

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2021 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, AS. *ERKIZIA ALMANDOZ c. ESPAÑA* (Núm. 5869/17)

POR J. J. LASO PÉREZ..... pp. 17-20

LA CRÍTICA AL PODER JUDICIAL COMO EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 9 DE MARZO DE 2021, ASUNTO *BENÍTEZ MORIANA E ÍÑIGO FERNÁNDEZ c. ESPAÑA*)

POR M. C. MUÑOZ RODRÍGUEZ..... pp. 21-24

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

LA INVESTIGACIÓN EXHAUSTIVA Y EFICAZ Y EL RESPETO DEL ASPECTO PROCESAL DEL ART. 3 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LOS CASOS *GONZÁLEZ ETAYO Y LÓPEZ MARTÍNEZ c. ESPAÑA*

POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ..... pp. 25-29

DE LA DELIMITACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A SU CONVERSIÓN EN “SERVICIO PÚBLICO”: SU DIFÍCIL ENCAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

POR A. D. ARRUFAT CARDAVA..... pp. 30-35

FILIPINAS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LOS CRÍMENES EN LA “GUERRA CONTRA LAS DROGAS” EN EL PUNTO DE MIRA (*DECISION ON THE PROSECUTOR’S REQUEST FOR AUTHORISATION OF AN INVESTIGATION PURSUANT TO ARTICLE 15(3) OF THE STATUTE (ICC-01/21-12), 15 SEPTEMBER 2021*)

CARMEN QUESADA ALCALÁ*

1.-HECHOS

Tal y como detalla el Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en Filipinas, desde hace años, se vienen produciendo múltiples violaciones de los derechos humanos asociadas a la lucha contra las drogas¹. Con todo, dichas violaciones alcanzan su punto álgido en los últimos años, en particular desde 2016, año en que Duterte fue elegido Presidente del país. Ante dicha situación, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) decidió *motu proprio* iniciar una investigación por ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil. Siguiendo el procedimiento del Estatuto de Roma (ER), procedió a solicitar autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte. En este trabajo procederemos a examinar la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I que acoge la solicitud de la Fiscalía de iniciar la investigación por ataque generalizado y sistemático contra la población civil respecto de los actos cometidos en el territorio de Filipinas entre el 1 de noviembre de 2011 y el 16 de marzo de 2019².

Este procedimiento se inscribe en el seno del art.15.3 del Estatuto de Roma, conforme al cual “3. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba”.

En esta situación, la Sala de Cuestiones Preliminares I analiza la petición de la Fiscalía antes referenciada. Hemos de tener en cuenta que la Fiscalía, tras un minucioso proceso de examen preliminar, consideró que, conforme a la información disponible, todo indicaba que miembros de la Policía Nacional de Filipinas y otras personas que actuaban en concierto con ellos habían matado ilegalmente entre varios miles y decenas de miles

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (cquesada@der.uned.es).

¹ Human Rights Council, Forty-fourth session (15 June–3 July 2020), Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, *Situation of human rights in the Philippines, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights (A/HRC/44/22)*, 29 June 2020.

² Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15(3)”, 24 May 2021, ICC-01/21-7-SECRET-Exp, ICC-01/21-7-Red, 14 June 2021.

de civiles durante el período de tiempo mencionado. Igualmente, la Fiscalía constató la existencia de información relacionada con denuncias de tortura y otros actos inhumanos, y eventos relacionados desde el 1 de noviembre de 2011³.

II.-CUESTIONES JURÍDICAS

2.1.-Las funciones de la Sala de Cuestiones Preliminares: en el punto de mira

En primer lugar, la Sala de Cuestiones Preliminares I nos recuerda que a ella le corresponde asegurar que el ejercicio de los poderes *motu proprio* de la Fiscalía están en consonancia con el art.15 del ER⁴. En todo caso, confirmar que existe “fundamento suficiente para abrir una investigación” responde a los estándares de prueba más bajos de los previstos en el Estatuto, y simplemente intenta descartar aquellos hechos que son difíciles de establecer, o bien son poco claros o conflictivos.

En cualquier caso, la Sala de Cuestiones Preliminares no tiene como función tomar decisiones en relación con la admisibilidad y los intereses de la justicia, tal y como ya apuntaba la Decisión de la Sala de Apelaciones en la situación de Afganistán⁵. Pero, en la práctica, sólo los casos admisibles y suficientemente graves justificarían la acción de la CPI, al igual que la inexistencia de razones sustanciales para creer que una investigación no redundaría en interés de la justicia⁶.

2.2.-La participación de las víctimas en el proceso

En este caso, en particular la representación de las víctimas daba voz a 1.530 víctimas individuales y 1.050 familias. En consonancia con el art.15.3 ER anteriormente mencionado, se dio una intensa participación de las víctimas ante la Sala asignada, concediéndose, incluso, extensiones respecto del tiempo límite para que las víctimas pudieran realizar alegaciones ante la Sala de Cuestiones Preliminares⁷.

2.3.-La competencia temporal, material y personal de la CPI en la situación de Filipinas

La Fiscalía, en su petición, alegaba la existencia de fundamento suficiente para creer que el crimen contra la humanidad de asesinato contra una cifra aproximada de 12.000 a

³ Véase *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on her request to open an investigation of the Situation in the Philippines*, en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=210614-prosecutor-statement-philippines>.

⁴ ICC, *Decision on the Prosecutor's request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15(3) of the Statute* (ICC-01/21-12), 15 September 2021, para.11.

⁵ ICC, *Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan* (ICC-02/17-138), paras. 34-35, 37 y 46. Véase también ORIHUELA CALATAYUD, E., “La autorización para investigar los crímenes cometidos en Afganistán. Luces y sombras de la sentencia, de 5 de marzo de 2020, de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 39, junio 2020.

⁶ Public redacted version of “Request for authorisation of an investigation pursuant to article 15(3)”, 24 May 2021, ICC-01/21-7-SECRET-Exp, ICC-01/21-7-Red, 14 June 2021, para.130.

⁷ ICC, *Decision on the 'Registry Request for Extension of Notice Period and Submissions on the Article 15(3) Process'*, ICC-01/21-9, 17 June 2021.

30.000 civiles⁸ había sido cometido en la campaña de lucha contra las drogas llevada a cabo entre el 1 de julio de 2016 y el 16 de marzo de 2019⁹.

En consecuencia, la primera cuestión a la que tuvo que hacer frente la Sala, al examinar la petición de la Fiscalía, fue la relativa a la competencia temporal y material. La competencia temporal fue establecida entre el 1 de noviembre de 2011 (fecha en que el Estatuto de Roma entró en vigor para Filipinas) y el 16 de marzo de 2019 (teniendo en cuenta que el 17 de marzo se produjo la retirada de Filipinas del Estatuto de Roma). El contexto en el cual se produce dicha intervención de la Corte Penal Internacional es el relativo a aquellos crímenes contra la humanidad cometidos en el marco de la campaña de lucha contra las drogas, por lo que la competencia material también quedaba bien fijada.

Sobre esta base, la Sala de Cuestiones Preliminares I realizó una calificación de los actos cometidos como crímenes de asesinato en tanto que crímenes contra la humanidad, incluidos en el art.7.1.a) del Estatuto de Roma. Dicha caracterización fue posible, puesto que dichos actos tuvieron lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático contra civiles y con conocimiento de dicho ataque¹⁰. No obstante, para aplicar el umbral de los crímenes contra la Humanidad, la Sala recurrió a jurisprudencia anterior de la propia CPI, en particular al caso *Ongwen*. De este modo, estimó que, en efecto, dichos actos fueron dirigidos contra la población civil, y se dieron una multiplicidad de actos de acuerdo con una política del Estado de cometer dichos ataques¹¹. En esta misma línea, la CPI se refiere a una Decisión suya en cuanto a Costa de Marfil para considerar que la actuación de órganos regionales o incluso locales podría encajar en el término de política del Estado¹². Dicha política de Estado quedaba probada por el modo sistemático en que los ataques eran llevados a cabo¹³. En este sentido, la Sala aludió la propia campaña presidencial de Rodrigo Duterte y a sus actuaciones como alcalde de Davao como prueba de su propósito de orquestar toda una campaña en la lucha contra las drogas que fuera sangrienta¹⁴.

Igualmente, y siguiendo las indicaciones de la Fiscalía, la Sala de Cuestiones Preliminares I agrupó las matanzas en dos categorías: las perpetradas en el seno de las operaciones antidroga oficiales o en contextos estrechamente relacionadas, y las cometidas fuera de operaciones oficiales¹⁵. La pertenencia de Filipinas a varias convenciones internacionales en materia de lucha contra el narcotráfico no hacía sino demostrar que los estándares

⁸ Art.15.3, *Request*, para. 2.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibid.* n (4), para. 29. Véanse ROBINSON, D.: “Defining “crimes against humanity””, *AJIL*, vol. 93, nº1, 1999, pp. 49-50; y, DINSTEIN, Y.: “Crimes against humanity”, en MAKARCZYK, J. (ed.): *Theory of International Law at the threshold of the 21st century. Essays in honour of K. Skubiszewski*, Kluwer Law International, La Haya-Boston-Londres, 1996, pp. 896-901.

¹¹ Trial Chamber IX, *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, Trial Judgment, 4 February 2021 (ICC-02/04-01/15-1762-Red), paras. 2675 y 2679.

¹² ICC, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire*, ICC-02/11, 15 November 2011, para. 45.

¹³ *Ibidem*, para. 100.

¹⁴ PHL-OTP-0003-1303, at 1303.

¹⁵ Art.15.3, *Request*, para. 20.

internacionales en las operaciones de lucha contra las drogas no habían sido respetados¹⁶.

En cuanto a la competencia personal, destacamos que, en los actos cometidos fuera de operaciones oficiales, la Fiscalía aportó pruebas relativas a la actuación de actores privados que se coordinaban con actores oficiales, y que eran pagados por éstos últimos¹⁷, así como de otros actores privados o grupos instigados por el gobierno¹⁸. Por lo que se refiere a las ejecuciones extrajudiciales de Davao, éstas fueron cometidas por grupos de oficiales de policía local y vigilante, incluido el “Davao Death Squad”¹⁹. En el resto de las actuaciones, los autores de dichos crímenes habían sido agentes estatales, básicamente miembros de las fuerzas de seguridad filipinas, que habían matado a miles de sospechosos de usar drogas y a otros civiles²⁰. Dichos actores también habían cometido supuestamente crímenes similares en la ciudad y en la región de Davao (2011-2016)²¹. Para la Sala de Cuestiones Preliminares, éstas eran por tanto las 3 categorías de actores implicados en los crímenes en Filipinas²², y el vínculo entre las matanzas y la campaña antidroga del gobierno de Duterte estaba claro²³.

No obstante, los asesinatos no eran los únicos crímenes cometidos, sino que también aseguraba la Fiscalía que torturas y otros tratos inhumanos habían sido llevados a cabo, encajando dichas actuaciones en los artículos 7.1.f) y k) del ER²⁴. En dicha cuestión no se centró la Sra. Bensouda por el límite de páginas del que disponía el órgano que dirige.

Hemos de señalar que, en todos los casos, el gobierno filipino alegaba actuaciones en concepto de legítima defensa en la lucha contra la droga en su país. Para la Sala de Cuestiones Preliminares I, el tema relativo a que un particular actuó en concepto de legítima defensa debe ser parte de la investigación y debe ser determinado en un estado ulterior de la investigación²⁵. No obstante, la Sala toma nota de que varios testimonios contradicen dicha actuación en concepto de legítima defensa. Dichos testigos, incluso, afirmaron que la policía situó pruebas en la escena de los crímenes, presentando falsos informes para argumentar la legítima defensa²⁶. La existencia de una lista de posibles criminales relacionados con las drogas elaborada por el gobierno sobre criterios arbitrarios también mostraba la falta de legitimación de dichas actuaciones²⁷. Y, finalmente, las autoridades filipinas, a juicio de la Sala, habían fallado a la hora de adoptar las medidas necesarias para investigar o enjuiciar las matanzas²⁸.

¹⁶ *Ibid.* n (4), para. 91.

¹⁷ *Ibid.* n (4), para.100.

¹⁸ *Ibidem*, paras. 67-71.

¹⁹ *Ibidem*, paras. 124-125.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Ibid.* n (4), paras.4 y 80.

²² *Ibidem*, para. 61.

²³ *Ibidem*, para. 96.

²⁴ *Ibidem*, para. 129.

²⁵ *Ibidem*, para. 55.

²⁶ *Ibidem*, para. 58.

²⁷ *Ibidem*, para. 99.

²⁸ *Ibidem*, para. 101.

En conclusión, la Sala determinó que quedaba suficientemente probado, a efectos de la autorización a la investigación solicitada, que los elementos jurídicos del crimen contra la humanidad de asesinato (arts. 7.1.a) ER) se habían dado respecto a las matanzas cometidas entre el 1 de julio de 2016 y el 16 de marzo de 2019, en el contexto de la campaña de lucha contra las drogas de Filipinas. Igualmente, dichos elementos habían quedado probados en relación con las matanzas del área de Davao entre el 1 de noviembre de 2011 y el 30 de junio de 2016. La cuestión del crimen de tortura o tratos inhumanos no fue invocada por la Fiscalía en cuanto al cumplimiento de los estándares precisos en el estadio del proceso, por la existencia de límites de páginas, pero dejó patente que cualquier investigación sobre la situación de Filipinas habría de incluir el crimen de tortura u otros crímenes ligados a la campaña antidroga de dicho país.

III. CONCLUSIONES

En la situación de Filipinas, la Fiscalía de la CPI realizó un buen trabajo, de modo que la Sala de Cuestiones Preliminares I no tuvo grandes problemas en autorizar la investigación de cualquier crimen dentro de la jurisdicción de la Corte en relación con la situación de dicho país. La existencia de una jurisprudencia sólida de la Corte respecto de los umbrales de los crímenes contra la humanidad también ha sido decisiva en este sentido. Por lo tanto, sólo nos queda tener la esperanza de que un enjuiciamiento ulterior de Duterte y los máximos responsables de los crímenes contra la humanidad cometidos allí llegue a buen puerto. La memoria de todos aquellos jóvenes que han perdido la vida en la campaña antidroga de este país lo merece.

CRÓNICA DE UN PROGRAMA DE REPARACIÓN, ¿POR FIN EL FINAL?: DECISIÓN DE LA SALA DE PRIMERA INSTANCIA II DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS REPARACIONES COLECTIVAS (ICC-01/04-01/06), DE 5 DE MARZO DE 2021

CARLOS GIL GANDÍA *

I. ANTECEDENTES Y HECHOS

El caso *Lubanga* es un hito en la Corte Penal Internacional (CPI) por ser el primer arrestado y entregado al Tribunal en 2006, y el primer declarado culpable¹ luego condenado² en 2014, con una pena de prisión de 14 años por los crímenes de guerra de reclutar y alistar a menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en hostilidades³ en Ituri (República Democrática del Congo), entre el 1 de septiembre de 2002 y el 14 de agosto de 2003. La sentencia condenatoria de este primer caso de la CPI enviaba un mensaje firme: no a la impunidad. Pero no solamente fue el primer condenado por el Tribunal, sino también fue el primer reo contra el que se emitió una orden de reparación, por primera vez, por un tribunal internacional de naturaleza penal.

En 2012 la Sala de Primera Instancia I fue la primera que elaboró los principios aplicables a las reparaciones y, en cierta medida, estableció elementos para la configuración de la orden de reparación, de conformidad con el art. 75 del Estatuto de Roma (ER)⁴. Esta decisión fue enmendada por la Sala de Apelación en 2015⁵, que sí configuró la orden de

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

¹ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”, ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012.

² ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute”, 10 de julio de 2012, ICC-01/04-01/06-2901. Decisión apelada y confirmada por la Sala de Apelación, ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, ICC-01/04-01/06-3122, 1 December 2014.

³ En noviembre de 2017 (previamente el 22 de septiembre de 2015), los jueces de la CPI Silvia Fernández de Gurmendi, Howard Morrison y Piotr Hofmański se negaron a reducir la sentencia de Lubanga, ya que determinaron que no hubo cambio significativo en las circunstancias para justificar su liberación anticipada. Liberación que se produjo el 15 de marzo de 2020, antes, incluso, de la implementación completa de los programas de reparación de daños. ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Second Decision on the review concerning reduction of sentence of Mr Thomas Lubanga Dyilo”, ICC-01/04-01/06-3375, 3 November 2017,.

⁴ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations”, ICC-01/04-01/06-2904, 7 August 2012,

⁵ La decisión de la Sala de Apelación sistematizó la decisión de la Sala de Primera Instancia I con el objetivo de dar seguridad jurídica al sistema de reparación instaurado por el ER y desarrollado vía pretoriana, y dar forma a la orden de reparación. ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Judgment on the appeals against the “Decision establishing the

reparación. Esta ordenaba al Fondo Fiduciario en Beneficio de las Víctimas (Fondo) presentar un proyecto de plan de reparaciones colectivas (prestación de servicios y simbólicas), convirtiéndose, de este modo, en un mecanismo indispensable a través del cual las víctimas lograran reparación judicial sobre la base de la obligación de reparar de Lubanga⁶.

De conformidad con lo estipulado por la Sala de Apelación en la orden de reparación, el Fondo hubo de presentar a la Sala de Primera Instancia II (Sala Supervisora), que es la competente para aprobar y supervisar la implementación de la orden de reparación, cuando esta ha tornado en programa⁷, su programa de reparación, tal y como hizo el 3 de noviembre de 2015. La aprobación del plan fue aplazada por la Sala Supervisora, por considerarlo incompleto y, por consiguiente, imposible de implementarse⁸. A partir de febrero de 2016, comenzó una dilatación del procedimiento de reparación por discrepancias entre los actores intervinientes⁹, estas fueron las principales: criterios de elegibilidad de las víctimas potenciales y su localización, tipo de daños sufridos por las víctimas, costo detallado de cada una de las reparaciones del plan y cuantía concreta de la responsabilidad de reparar de Lubanga (finalmente la cantidad estipulada fue de 10.000.000 de dólares, pero el criminal fue considerado insolvente, asumiendo tal coste el Fondo)¹⁰, que perduró hasta el 4 de marzo de 2021. Este día, la Sala Supervisora aprobó definitivamente la implementación del programa de reparaciones colectivas por prestaciones de servicios (no el de reparaciones simbólicas) de las víctimas del congoleño, de 14 de diciembre de 2020¹¹ –versión pública rectificada el 5 de marzo de 2021¹²–, y una extensión del plazo de presentación de solicitudes de reparación hasta el 31 de marzo de 2021, ampliado hasta el 31 de octubre a petición de los representantes legales de las víctimas, la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, la Sección de Participación y

principles and procedures to be applied to reparations” of 7 August 2012 with AMENDED order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2”, ICC-01/04-01/06-3129, 3 March 2015,

⁶ GIL GANDÍA, C., *La reparación de las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional*, Aranzadi, Navarra, 2020, pp. 76 a 80.

⁷ Sala creada por la Sala de Apelación para tal fin, *ibidem*, para. 235, nota a pie 3.

⁸ El plan presentado por el Fondo no respondía a la orden de reparación elaborada por la Sala de Apelación. ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Order instructing the Trust Fund for Victims to supplement the draft implementation plan”, ICC-01/04-01/06-3198, 9 February 2016.

⁹ Sala Supervisora, Fondo, Oficina Pública de Defensa de las Víctimas, representantes de las víctimas y determinados organismos y organizaciones no gubernamentales.

¹⁰ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Corrected version of the “Decision Setting the Size of the Reparations Award for which Thomas Lubanga Dyilo is Liable”, ICC-01/04-01/06-3379-Red-Corr-tENG, 21 December 2017, para. 281.

¹¹ La Sala accedió a la solicitud del Fondo, 21 de septiembre de 2020, aprobando, con una serie de modificaciones, la implementación del programa propuesto por el Fondo y su socio ejecutor, para las reparaciones colectivas basadas en la prestación de servicios. ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the Request Made by the Trust Fund for Victims on 21 October 2020”, ICC-01/04-01/06-3496, 14 December 2020.

¹² ICC, *Situation en République Démocratique du Congo Affaire Le procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, “Rectificatif de la Version publique expurgée de la Décision faisant droit à la requête du Fonds au profit des victimes du 21 septembre 2020 et approuvant la mise en œuvre des réparations collectives prenant la forme de prestations de services. Avec une annexe publique contenant une note explicative”, ICC-01/04-01/06-3495-Red-Corr, publicada el 4 de marzo de 2021 y rectificada la versión el 5 de marzo.

Reparación de las Víctimas, la Unidad de Víctimas y Testigos y el Fondo por la imposibilidad de presentar las solicitudes de reparación víctimas potenciales por cuestiones de seguridad en Ituri y la covid-19¹³.

II. A VUELTAS CON LOS MISMOS PROBLEMAS JURÍDICOS

En la decisión objeto de este comentario se constatan cuestiones jurídicas que ya se plantearon en la decisión de 9 de febrero de 2016, de la Sala Supervisora y, en general, durante toda la elaboración (4 años) del programa de reparaciones colectivas por las discrepancias existentes entre los actores participantes¹⁴ –con la incorporación como sujeto de la etapa de reparación al *Partenaire d'exécution*¹⁵–, siendo alguna de las cuestiones las siguientes: la noción de víctima indirecta, el contenido de las reparaciones y la diferenciación entre programas de víctimas directas e indirectas.

En primer lugar, respecto de la noción víctima indirecta, tanto el Fondo como su socio ejecutor del programa de reparación habían elaborado una noción amplia, que incluía a personas relacionadas con la víctima indirecta, no así con la directa. En este sentido, la Sala Supervisora constata, sobre la base de la jurisprudencia al respecto, que la víctima indirecta debe de tener una relación personal con la directa, como la existente entre los niños soldado y sus progenitores¹⁶. En caso de no cumplirse estos requisitos, no se reconocerá la condición de víctima indirecta. Por consiguiente, solicita al Fondo y a su socio cambiar el término propuesto.

En segundo lugar, la Sala Supervisora considera que la lista de modalidades de reparación propuesta por el Fondo y su socio ejecutor no es exhaustiva, en consonancia con la jurisprudencia *Lubanga* respecto del art. 75 del ER. Así, pues, los exhorta, de un lado, a incluir modalidades para hacer frente a adicciones no tenidas en cuenta, alcoholismo y drogadicción¹⁷; de otro, las modalidades han de adecuarse a las necesidades y a la cultura de las víctimas a fin de evitar *nueva estigmatización*. El objetivo es contribuir a la mejora de la situación socioeconómica de las víctimas y su rehabilitación física y psicológica.

En tercer lugar, la Sala Supervisora pone de manifiesto la necesidad de que en la implementación del programa se debe de diferenciar entre los programas de las víctimas directas e indirectas, porque el número de víctimas, las modalidades de reparación y los daños son diferentes, máxime cuando las necesidades de las víctimas han cambiado con el transcurso del tiempo.

Con todo, la Sala Supervisora ha respondido a las anteriores cuestiones jurídicas de

¹³ ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the submissions by the Legal Representative of Victims V01 in its Response to the Twelfth Report of the Trust Fund for Victim son the implementation of collective reparations, filing ICC-01/04-01/06-3500-Conf-Exp”, ICC-01/04-01/06, 26 March 2021.

¹⁴ *Ibidem*, nota 11, para. 90.

¹⁵ *Ibidem*, para. 162.

¹⁶ *Ibidem*, para. 126-131.

¹⁷ *Ibidem*, para. 132

conformidad con lo planteado por los representantes legales¹⁸. Además, la Sala recuerda que el programa ha de ser flexible por la posible inclusión de nuevos beneficiarios, que, no obstante, tienen como fecha máxima el 31 de octubre de 2021¹⁹. Después no será posible solicitar reparación.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El caso Lubanga es el que marca el rumbo para los siguientes casos en etapa de elaboración del programa de reparación, Katanga y Al Mahdi. En este sentido, se deberá de reflexionar sobre los posibles errores o interpretaciones de la elaboración e implementación del programa de reparaciones en Lubanga. Y en la presente decisión hay un ejemplo, el enfoque colectivo del programa de reparación. Nos podemos preguntar al respecto, ¿es la dimensión colectiva del programa de reparación la más adecuada y eficaz para las víctimas, cuya solicitud de reparación es individual, no así colectiva?

En suma, esta decisión es importante porque finaliza la etapa de reparación judicial, según la Sala Supervisora. Sin embargo, vista la etapa de reparación en conjunto, este es el penúltimo paso, pues el último es la supervisión y vigilancia de la implementación del programa de reparación, de naturaleza administrativa. Además, habrán de abordarse durante la implementación desafíos como la seguridad y la covid-19. Todavía queda camino por recorrer y analizar.

¹⁸ *Ibidem*, para. 121

¹⁹ Fecha límite impuesta por la Sala. Los representantes legales solicitaron una última prórroga. Esta fue denegada. ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Sixth Decision on the TFV’s administrative decisions on applications for reparations and other related matters”, ICC-01/04-01/06-3523, 23 August 2021.

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 12 DE OCTUBRE DE 2021 PARA LA DELIMITACIÓN MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO (*SOMALIA c. KENIA*) ¿NADA NUEVO BAJO EL SOL?

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA*

I. HECHOS

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) dictó el 12 de octubre de 2021 sentencia en la controversia sometida, el 28 de agosto de 2014, por Somalia contra Kenia para la delimitación de sus fronteras marítimas en el Océano Índico¹. Somalia y Kenia son dos Estados con costas adyacentes situados en el este de África, ambos partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) (paras. 31,33). El título de jurisdicción de la Corte estuvo constituido por las declaraciones realizadas por ambos Estados conforme al artículo 36, párrafo segundo y siguientes de su Estatuto, según declaró la Corte en su sentencia sobre excepciones preliminares de 2 de febrero de 2017 (para. 10).

La fase oral de este proceso judicial estuvo condicionada por la no comparecencia de Kenia, que, aunque sí participó en la fase escrita, solicitó el retraso indefinido de la misma como consecuencia de la pandemia creada por la COVID-19, que provocó que la fase oral se desarrollara en un formato híbrido de acuerdo con el artículo 59, párrafo segundo del Reglamento de la CIJ (paras. 12-14). Lamentando la decisión de Kenia de no participar en dicha fase, la Corte tomó en consideración la información contenida en su contestación a la demanda (paras. 29, 30).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Las partes tenían dos posiciones radicalmente distintas con relación a la delimitación de sus espacios marinos. Así, Somalia defendía que no existía una frontera marítima entre ambos Estados y requería a la Corte el trazado de una línea fronteriza empleando el proceso equidistancia/circunstancias relevantes para la delimitación del mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental y la plataforma continental extendida; en opinión de Somalia, la línea equidistante permitiría alcanzar el resultado equitativo exigido por el Derecho internacional (para. 35). Por su parte, Kenia esgrimía

* Profesor Doctor de Derecho Internacional Público, Universidad de Córdoba (eduardo.jimenez.pineda@uco.es).

¹ *Maritime delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenia)*, ICJ Reports 2021, en prensa. La sentencia y los documentos relativos a esta controversia pueden consultarse en: <https://www.icj-cij.org/en/case/161>. Todas las traducciones son del autor y las referencias electrónicas han sido consultadas por última vez el 17/11/2021.

El tribunal estuvo compuesto por catorce magistrados. Dicha sentencia contó con cuatro opiniones separadas (presidenta Donoghue, magistrados Abraham, Yusuf y *ad hoc* Guillaume), una opinión individual (magistrado Robinson) y una declaración (magistrada Xue).

la existencia de una frontera marítima entre ambos Estados coincidente con un paralelo de latitud, a la que Somalia se habría conformado por su aquiescencia, a la luz del contexto geográfico y de la práctica regional (para. 35). Incluso en caso de que la Corte descartase la existencia de una frontera marítima establecida, Kenia pretendía que ésta fijase el paralelo de latitud citado como frontera que permitiría alcanzar un resultado equitativo (para. 35).

En consecuencia, los problemas jurídicos presentes en esta controversia pueden concretarse en los cinco siguientes: 1) la existencia o no de un acuerdo tácito sobre la frontera marítima; 2) la delimitación del mar territorial; 3) la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental; 4) la delimitación de la plataforma continental extendida (y el posible surgimiento de una *grey area*); 5) y, finalmente, el tratamiento jurídico de las actividades unilaterales llevadas a cabo en las áreas marítimas no delimitadas.

En primer lugar, la Corte examinó la posible existencia de un acuerdo sobre la frontera marítima entre ambos Estados resultante de la aquiescencia al mismo de Somalia (para. 36). Recordando que un acuerdo sobre la frontera marítima normalmente es celebrado por escrito, la Corte puso de manifiesto la alta exigencia de prueba que se requiere para el establecimiento de tal frontera por aquiescencia o acuerdo tácito (paras. 50, 52). En este sentido, la actitud incoherente de Kenia, reflejada en su legislación, en su solicitud ante la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC) o, sobre todo, en las negociaciones con Somalia para la delimitación marítima celebradas en 2014 sugiere que las partes reconocían la necesidad de delimitar la frontera marítima entre ellas (paras. 68, 69). Por consiguiente, la Corte concluyó que Kenia no ha mantenido congruentemente su pretensión relativa al paralelo de latitud como la frontera marítima única con Somalia, considerando también sus actividades pesqueras, de investigación científica y explotaciones petrolíferas (para. 71, 84-88). De este modo, quizá por las críticas que suscitó una sentencia previa admitiendo un acuerdo tácito de delimitación entre Perú y Chile², la Corte determinó la ausencia de un acuerdo tácito entre las partes para la fijación de la frontera marítima en el paralelo de latitud, rechazando esta pretensión keniana (para. 89).

En segundo lugar, la Corte procedió a la delimitación del mar territorial. A este respecto, rechazó la aplicabilidad del tratado celebrado entre Italia y Reino Unido (antiguas potencias coloniales) para la delimitación de la frontera terrestre, considerando la Corte innecesario decidir si dicho tratado de 1927/1933 tenía como objetivo también la delimitación de la frontera del mar territorial (para. 109)³. Partiendo de los puntos de apoyo para el trazado de las líneas de base, que fijó en tierra firme de las costas de los Estados y no en el islote o en la elevación en bajamar propuestos por las partes, la Corte,

² LANDO, M., *A Trip Down Memory Lane: The Judgment of the International Court of Justice in Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v Kenya)*, en <https://cil.nus.edu.sg/a-trip-down-memory-lane-the-judgment-of-the-international-court-of-justice-in-maritime-delimitation-in-the-indian-ocean-somalia-v-kenya-by-massimo-lando/>.

³ En contra de esta decisión se muestra el magistrado *ad hoc* Guillaume en su opinión separada (paras. 10-18).

de acuerdo con el artículo 15 de la Convención, trazó una línea media estricta, que no ajustó al no considerar que concurrían circunstancias relevantes (para. 114).

En cuanto a la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental hasta las 200 millas marinas, la Corte aplicó los artículos 74 y 83 de la CNUDM con objeto de alcanzar una solución equitativa. A tal efecto, recurrió al proceso de delimitación desarrollado por la jurisprudencia internacional que consta de tres etapas (paras. 121, 122). Cabe destacar que la CIJ no consideró el paralelo de latitud propuesto por Kenia como el método apropiado para la consecución de un resultado equitativo, dado que el mismo produciría un efecto de corte (*cut-off effect*) significativo de las proyecciones marítimas hacia el sur de las costas de Somalia (para. 130).

De manera muy interesante, en la primera etapa del proceso, para la identificación de las costas y de las áreas marítimas relevantes, la Corte empleó proyecciones radiales, como proponía Somalia, en lugar de utilizar las habituales proyecciones frontales (para. 141)⁴ y, a continuación, trazó la línea provisional equidistante para la delimitación de ambos espacios marinos (para. 146).

En relación con la segunda etapa, relativa al ajuste de dicha línea provisional atendiendo a las circunstancias relevantes, la Corte, siguiendo una jurisprudencia consolidada, rechazó los factores de naturaleza no geográfica alegados por Kenia (seguridad, actividades pesqueras o concesiones petroleras) (paras. 158-160)⁵. En cambio, sí que consideró las circunstancias relevantes de índole geográfica, en particular el efecto de corte (*cut-off effect*) que la línea equidistante generaba respecto de las costas de Kenia (para. 161). En una aproximación sin precedentes en su jurisprudencia, la Corte afirmó que el efecto mencionado no puede ser propiamente observado examinando aisladamente las costas de Kenia y Somalia, sino que también es necesario considerar la costa de Tanzania -un Estado no parte en el proceso- para valorar su concavidad (para. 168). Por estas razones, concluyó la existencia de un efecto de corte como resultado de la configuración cóncava de la costa desde Somalia hasta Tanzania, con independencia de la frontera marítima acordada entre Kenia y Tanzania, y ajustó la línea provisional hacia el norte con objeto de corregir el cierre de las proyecciones marítimas de Kenia (paras. 169, 171, 174). A mi juicio, la Corte hubiera podido igualmente ajustar la línea provisional sin necesidad de examinar las costas de un tercer Estado.

Finalmente, en la tercera etapa para la delimitación de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental, la CIJ comprobó los ratios de las costas relevantes y de las áreas marítimas adjudicadas a cada Estado, concluyendo la inexistencia de desproporcionalidad significativa entre ambas (para. 176).

En cuarto lugar, a propósito de la delimitación de la plataforma continental extendida, la Corte constató la presentación por ambos Estados de información sobre sus límites exteriores ante la CLPC, si bien ésta aún no ha realizado recomendaciones (lo que no constituyó un obstáculo para la Corte), y que ninguna de las partes cuestionaba el derecho

⁴ Véase la posición contraria sostenida por la magistrada Xue en el párrafo 12 de su declaración.

⁵ Véanse los párrafos 13-14 de la declaración referida inmediatamente antes.

de la otra a una plataforma continental extendida (paras. 188, 194). Por estas razones, decidió que la frontera marítima para la plataforma continental extendida continúa la misma línea geodésica fronteriza determinada para la zona económica exclusiva y la plataforma continental comprendida dentro de las 200 millas marinas (para. 196). La propia Corte admitió el posible surgimiento de un área gris (*grey area*) en función de las recomendaciones que realice la CLPC, aunque sorprendentemente no estimó necesario pronunciarse sobre el régimen jurídico aplicable a tal espacio (para. 197).

Por último, la CIJ se pronunció sobre la presunta violación de la soberanía y de los derechos soberanos de Somalia debido a las concesiones petrolíferas otorgadas unilateralmente por Kenia en áreas marítimas no delimitadas (para. 203). Ante la ausencia de mala fe por parte Kenia y de prueba suficiente sobre la puesta en peligro u obstaculización por dicho Estado, en el sentido de los artículos 74.3 y 83.3 de la CNUDM, del acuerdo definitivo de delimitación, la Corte concluyó que Kenia no había infringido sus obligaciones internacionales en el área marítima disputada (paras. 203,207,212)⁶.

Por todo ello, la Corte, por unanimidad, decidió que no existía un acuerdo estableciendo la frontera marítima y trazó la línea fronteriza para el mar territorial; por diez votos contra cuatro, delimitó la ZEE y la PC; y, por nueve votos contra cinco, determinó la continuación de esta última frontera marítima para la plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas (para. 214).

III. CONSIDERACIONES FINALES

La sentencia comentada pone de manifiesto la voluntad de la CIJ de continuar la línea jurisprudencial relativa a la delimitación marítima, lo que puede constatarse en el seguimiento del proceso de delimitación en tres etapas o en la prevalencia de las circunstancias geográficas sobre las no geográficas. Ahora bien, por medio de esta sentencia -que atribuye la mayor parte del área marítima disputada a Somalia- la Corte determina una línea probablemente equitativa, si bien sobre argumentos un tanto discutibles, a saber: la consideración de la concavidad de la costa de un Estado no parte en la controversia, el recurso a proyecciones radiales en lugar de las frontales o, incluso, el reconocimiento del más que posible surgimiento de un *área gris* como consecuencia de la delimitación de la plataforma continental extendida.

Estos argumentos *novedosos*, junto con la oportunidad perdida por la Corte para aclarar el régimen jurídico de las actividades realizadas en áreas marítimas no delimitadas (artículos 74.3 y 83.3 CNUDM), reducen la seguridad jurídica para futuras delimitaciones marítimas que realice la CIJ.

En conclusión, considero que puede que, en esta sentencia, se haya introducido *algo*

⁶ Véase IOANNIDES, N., YIALLOURIDES, C., “A Commentary on the Dispute Concerning the Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v Kenya)”, *EJIL: Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/a-commentary-on-the-dispute-concerning-the-maritime-delimitation-in-the-indian-ocean-somalia-v-kenya/>. Estos autores, atendiendo a las delimitaciones aún pendientes en el mundo y al contexto actual de alta demanda de petróleo y gas, subrayan la pertinencia de la aclaración de estos preceptos.

nuevo bajo el sol, pero no necesariamente debe ser bienvenido en la medida en que, de manera discrecional, se aparta de la jurisprudencia internacional precedente que, según el tribunal arbitral que conoció de la delimitación entre Bangladesh e India, constituye “un *acquis judiciale*, una fuente de Derecho internacional”⁷.

⁷ *Delimitación de la frontera marítima en la Bahía de Bengala (Bangladesh c. India)*, laudo de 7 de julio de 2014, para. 339.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2021 DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, AS. *ERKIZIA ALMANDOZ c. ESPAÑA* (Núm. 5869/17)

JAVIER LASO PÉREZ*

I. HECHOS

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), de 22 de junio de 2021, condena, por cuatro votos frente a tres, a España por violación del derecho a la libertad de expresión (Art. 10 del CEDH), debido a la sanción penal impuesta al demandante como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo recogido en el art. 508 del Código Penal¹.

El demandante había participado, como orador principal, en el homenaje organizado en Arrigoriaga (Vizcaya) a José Miguel Beñarán Ordeñana (alias "Argala"), antiguo dirigente de la organización terrorista, quien fue asesinado en un atentado terrorista. En el homenaje actuaron músicos, bailarines (*dantzartis*), improvisadores de versos (*versolaris*); y, de igual forma, se realizaron ofrendas florales y se mostraron fotografías de terroristas. En este contexto, el demandante leyó un discurso donde pidió: «una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático», terminando con la frase ¡Gora Argala! En los carteles que publicitaban el acto se reproducía un texto del homenajeado en el que se refería a la necesidad de la lucha armada.

La Audiencia Nacional condenó al demandante a las penas de un año de prisión y de siete años de inhabilitación absoluta. Esta decisión tuvo en cuenta no sólo el discurso en sí mismo, sino el resto de los elementos que lo rodearon. Según el tribunal, resultaba probado que se trataba de un acto de enaltecimiento de actividades terroristas, realizado de forma pública, y que se dirigía a convertir en un referente a alguien que ha cometido estos actos y trataba de exculpar y considerar justificada su comisión².

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

¹ Mariona LLOBET ANGLÍ señala, después de consultar el buscador de jurisprudencia, que esta figura “se está usando, sobre todo, para perseguir a cantantes -en especial, raperos-, titiriteros, actores, tuiteros y humoristas” (“Discurso terrorista y libertad de expresión: Comentario a la luz de la Sentencia del TEDH de 22 de junio de 2021 (Erkizia Almandoz c. España)”, *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal, InDret* 2021-4, pp. 472-483, p. 472). Sobre la sanción penal de estas actividades, entre una numerosa doctrina, véanse BERNAL DEL CASTILLO, J., “Actos preparatorios y provocación al terrorismo”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 122, 2017, pp. 5-46; y, asimismo, diversas contribuciones en la *Revista General de Derecho Penal* (iustel.com), núm. 36, 2021. Sobre los diferentes pronunciamientos del TEDH con relación al terrorismo y la libertad de expresión, en general, véase LOOF, J. P., “Restricting free speech in times of terror; an ECHR perspective”, en ELLIAN, A., y, MOLIER, G. (eds.), *Freedom of Speech under Attack*, Eleven International Publishing, La Haya, 2015, pp.185-216.

² SAN (Sala de lo Penal, Sección primera), res. núm. 24/2011, de 3 de mayo de 2011, ECLI:ES:AN:2011:6000,.

En el marco del recurso de apelación, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de marzo de 2012 rechazó que el fallo violara el derecho a la libertad de expresión y se estuviera penalizando un ámbito protegido por este derecho. En un voto particular, se argumentaba, en cambio, que el discurso, en sí mismo, no preconizaba la violencia y, por el contrario, apoyaba la solución del conflicto a través de medios democráticos o, cuando menos, existía una duda razonable sobre la voluntad de incitar a la violencia³.

Por su parte, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) rechazó el recurso de amparo que planteó el demandante. En su pronunciamiento, de forma relevante, limitó la aplicación conforme con la Constitución del delito de enaltecimiento a aquellos supuestos que implicaran una situación incitación a la violencia⁴. Con todo, a partir de una interpretación de los hechos presentes en el asunto, consideró que existía un discurso de odio. El voto particular del magistrado Xiol Rius, en cambio, mantenía que examinando el contexto no podía considerarse que tuviera la intención de incitar a la violencia.

El demandante presentó un recurso ante el TEDH en el que argumentaba que su condena resultaba contraria al art. 10 del CEDH, mientras que la defensa por parte del Gobierno español destacaría que se trata de una medida necesaria y estaba justificada para alcanzar los objetivos legítimos reconocidos en el art. 10. 2 del CEDH.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El TEDH se pronunció, en primer lugar, sobre la admisibilidad del recurso, rechazando que fuera manifiestamente infundada, debido a que la existencia de cuestiones complejas de carácter jurídico y fáctico requerían un examen sobre el fondo (para. 26).

Las partes no cuestionaban la existencia de la limitación, ni la existencia de una norma legislativa dirigida a proteger la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito o la protección de la reputación o de los derechos de terceros (para. 28)⁵. Por esta razón, la argumentación del TEDH se centró en determinar si la condena a la que ha sido sometido el demandante es una limitación o restricción que sería necesaria en una sociedad democrática (paras. 37-51).

El Tribunal presenta, de forma sintética, los principios generales que emplea para entender que la restricción está justificada en una sociedad democrática (paras. 37-41), aplicados después al presente asunto (paras. 42 y ss.).

Como no podría ser de otra forma, el punto de partida de toda su argumentación son las afirmaciones clásicas en las que reconoce la posición preferente de este derecho dentro

³ STS, Sala de lo Penal., núm. 180/2012, de 14 de marzo de 2012, ECLI: ES:TS:2012:1619, con el voto particular del Magistrado D. J. Jiménez García.

⁴ STC (Sala), núm. 112/2016, de 20 de junio de 2016, ECLI:ES:TC:2016:112.

⁵ Sobre estos objetivos, que protegen intereses generales o derechos de terceros, BUSTOS GISBERT, R., "Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática (Art. 10 CEDH), en GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA, P., (Coords.), *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 473-509.

de un sistema democrático, esencial en una sociedad pluralista y tolerante; la libertad de expresión protege no sólo las informaciones e ideas recibidas de forma favorable, sino también las que chocan, inquietan u ofenden.

Por otra parte, recuerda que cuando los órganos jurisdiccionales internos motivan suficientemente sus decisiones y aplican criterios adecuados, dentro del margen de apreciación que otorga a los Estados miembros, sólo en situaciones de especial gravedad el TEDH sustituiría con su valoración estas decisiones.

A partir de estos presupuestos, el TEDH sitúa el discurso en el contexto de un debate político de interés general. En este ámbito público, la libertad de expresión tiene especial relevancia, si bien tampoco es un derecho absoluto; el TEDH también reconoce que, en aquel momento el demandante, no ejercía ningún cargo político.

En este contexto, en un debate sobre una cuestión de interés público, el TEDH limita los supuestos de castigo penal de los delitos vinculados con la justificación o enaltecimiento de actividades terroristas, a aquellos casos en los que pueda constatarse una situación de peligro directo o indirecto, en el marco de un discurso que exhorta o incita a la violencia (para. 39). En una situación social tensa, según señala el TEDH, existiría un mayor margen de apreciación para sancionar estas infracciones; aun así, debe comprobarse que el discurso realmente tiene la intención de mover o incitar a la violencia; y, por último, sería necesario también demostrar un elemento relativo a la aptitud o capacidad concreta, en función de la manera en la cual se han realizado, que le haga adecuado para dar lugar a un riesgo, directo o indirecto, de causar este daño (para. 40).

En la aplicación al caso concreto de estos elementos del discurso de odio, el TEDH tuvo en cuenta varios aspectos. Por una parte, reconoció que existía una situación de tensión, derivada de la ruptura de la tregua y, en consecuencia, la incitación podía conllevar un riesgo real, en mayor o menor medida inmediato, de comisión de actos terroristas. Aun así, identificó diversos elementos que le permitieron concluir que su discurso no podía encuadrarse dentro del discurso del odio. De forma principal, consideró que la intención del demandante era defender una respuesta no violenta a pesar de la ambigüedad de algunas partes; y faltaba -así- el principal elemento del discurso del odio. Además, se habría hecho responsable al demandante de aspectos diversos a los del contenido del propio discurso, como los carteles y otros símbolos terroristas. Asimismo, teniendo en cuenta la asistencia reducida de público, -en su mayor parte simpatizantes o allegados-, y su limitada trascendencia mediática, no estaría demostrada la aptitud para provocar o inducir actos violentos.

En un debate sobre un asunto de interés público, según destacó el TEDH, sólo en circunstancias excepcionales podría considerarse proporcional una condena que implicara la pena de privación de libertad; y, en función de toda su argumentación, concluyó que la condena no estaba justificada por cuanto no podía considerarse necesaria en una sociedad democrática (para. 51).

El presidente de la Sala, el Juez Lemmens, a pesar de estar de acuerdo con el fondo,

sostuvo en su opinión concordante que la violación no sólo provenía de las decisiones concretas adoptadas por los órganos jurisdiccionales, sino también de la propia norma legal que aplicaban. El carácter indefinido del tipo penal previsto en el art. 508 del CP, en el que se penaliza el enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo o a quienes hayan participado en su ejecución, sin exigir que se incite con estas conductas a la violencia, haría necesario derogar o, por lo menos, clarificar su alcance. En un sentido contrario, el Juez Dedov entiende, en su opinión disidente, apoyándose en los símbolos y los elementos empleados en el homenaje, que estaría justificado considerar que existía una glorificación del terrorismo en cuanto medio para conseguir objetivos políticos.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La argumentación jurídica del TEDH en este asunto reafirma que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y cabe limitarlo en función de los objetivos legítimos previstos en el art. 10.2 del CEDH, teniendo la apreciación de estos límites una fuerte relación con el contexto, a partir de la interacción entre el discurso y las circunstancias que lo rodean. Así, aplicando los mismos criterios generales sobre el alcance normativo de los límites a la libertad de expresión, resulta menos sorprendente que el TC y el TEDH alcancen conclusiones diversas: sus decisiones están basadas, de forma casuística, en una interacción entre los hechos y el contexto. Situaciones aparentemente similares, además, podrían apreciarse de forma distinta según el contexto específico de cada Estados y, en particular, en el supuesto del terrorismo, según exista o no una organización terrorista activa.

En este contexto, parece adecuado -si se mantiene este delito- que se incorpore a su redacción los elementos que el TC y el TEDH consideran necesarios para que sean compatibles con la libertad de expresión. Esta reforma permitiría aportar una mayor seguridad jurídica a los órganos jurisdiccionales, y vincularía de forma más clara el enaltecimiento del terrorismo con los criterios de peligro del denominado discurso del odio. En última instancia, también facilitaría una aplicación más coherente de estos delitos por parte de los órganos jurisdiccionales.

LA CRÍTICA AL PODER JUDICIAL COMO EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 9 DE MARZO DE 2021, ASUNTO *BENÍTEZ MORIANA E ÍÑIGO FERNÁNDEZ c. ESPAÑA*)

MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ RODRÍGUEZ*

I. HECHOS

La Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) dicta el 9 de marzo de 2021 una sentencia por la que, por cinco votos contra dos, condena a España por vulneración del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) y concede a cada demandante una indemnización por daños materiales (6.779 €), morales (6.000 €) y gastos procesales (3.341 €)¹.

A raíz de un conflicto, entre la empresa privada WBB-SIBELCO y el Ayuntamiento de Aguilar del Alfambra (Teruel), sobre la obtención de una licencia de explotación de actividades mineras, se inicia un proceso judicial que finaliza con la estimación del recurso por sentencia de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón). Tras conocerse la primera sentencia, los Sres. S. Benítez Moriana e I.A. Íñigo Fernández (miembros de *Plataforma Aguilar Natural*, una asociación sin ánimo que promueve el desarrollo y la conservación del entorno natural de Aguilar del Alfambra) publicaron una carta en el *Diario de Teruel*, en la que criticaban durísimamente la actuación de la jueza que había resuelto el asunto en primera instancia, a la que identificaban con nombre y apellido.

Ello condujo al Ministerio Fiscal a solicitar la apertura de un procedimiento penal contra los Sres. Benítez Moriana e Íñigo, que concluyó en una condena por un delito de injurias graves con publicidad (confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Teruel) sancionada con: una multa diaria de 8 euros por un período de 10 meses (2.400 €), en sustitución de una pena de privación de libertad; la publicación de la sentencia en el mismo diario (2.748 €); y, una indemnización a la jueza por daños morales (3.000 €). Los condenados presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que fue desestimado, a pesar de que el Ministerio Fiscal había solicitado su concesión. El Tribunal recordó los límites del derecho constitucional a la libertad de expresión, señalando que la libertad de expresión no incluye un supuesto “derecho al insulto” y que un daño al honor de la judicatura repercute necesariamente en la confianza en la justicia².

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

¹ STEDH, asunto *Benítez Moriana e Íñigo Fernández c. España* (asuntos acumulados núm. 36537/15 y núm. 36539/15). Esta sentencia es definitiva con fecha de 9 de junio de 2021 (art. 44.2 CEDH); la jueza M. Elósegui Itxaso y el juez G.A. Serghides emiten una opinión disidente conjunta. Puede consultarse en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208412> (traducción del Ministerio de Justicia español: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Ben%C3%ADtez%20Moriana%20e%20I%C3%B1igo%20%20Fern%C3%A1ndez.pdf>).

² “Las críticas desmedidas y carentes de todo fundamento al Juez en ejercicio de sus funciones pueden

Tras el agotamiento de las vías internas, los Sres. Benítez e Íñigo presentaron sus demandas ante el TEDH en fecha de 16 de julio de 2015, invocando la violación del art. 10 CEDH y alegando que las decisiones de los tribunales nacionales han restringido indebidamente su derecho a la libertad de expresión.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

A pesar de que el gobierno español cuestiona la admisibilidad de las demandas, el TEDH considera que las mismas no están manifiestamente mal fundadas (art. 35.3.a del CEDH), ni son inadmisibles por ningún otro motivo, por lo que, en consecuencia, son admitidas (para. 31).

En cuanto al fondo del asunto³, el gobierno español no niega que la sentencia suponga una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, sin embargo, dicha injerencia está justificada pues está prevista por la ley y persigue un fin legítimo (mantener la autoridad e imparcialidad del poder judicial y asegurar la protección de la reputación o derechos de terceros). Además, con el fin de determinar que la injerencia es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada, el gobierno considera: que, si bien las declaraciones realizadas en los medios de comunicación por los demandantes se refieren a un asunto de interés general, en cambio el insulto personal a la jueza es innecesario y carece de dicho interés; que los ataques contra la judicatura, la cual no tiene derecho de réplica, no contribuyen a informar a la ciudadanía sobre temas relevantes; que, a pesar del comportamiento irreprochable de la jueza, la publicación de la carta en un diario de máxima difusión, -con alusión directa a su nombre y repleta los hechos falsos-, es injusto y afecta a la vida personal y familiar de la jueza en grado sumo. Finalmente, el gobierno considera que la pena impuesta a los demandantes y la indemnización por daños morales debida a la jueza no pueden considerarse excesivas (para. 33-38).

Respondiendo a las partes, el TEDH indica que comparte la posición (no controvertida) de ambas partes de que la condena de los demandantes supone una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión. Por tanto, el Tribunal procede, a continuación, a analizar si la injerencia vulnera el CEDH por no cumplir los requisitos del art. 10. 2 del CEDH: a) estar prevista por la ley y perseguir uno o más fines legítimos recogidos en dicho párrafo; b) ser necesaria en una sociedad democrática y proporcionada con el fin de lograr el objetivo u objetivos relevantes⁴.

En lo que concierne al primer punto, es solventado rápidamente por el TEDH, puesto que el delito de injurias está tipificado en el Código penal español (arts. 208 a 211) y su

llegar a afectar no ya sólo a su honorabilidad profesional –como se planteó en el proceso *a quo*–, sino también, según quedó ya antes apuntado, a la confianza misma en la justicia (por todas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Morice c. Francia* (demanda núm. 29369/10), de 11 de julio de 2013, para. 1071), que es uno de los pilares existenciales del Estado de Derecho” (STC 65/2015, de 13 de abril, adoptada por el voto mayoritario de cuatro jueces -con dos votos particulares sobre la fundamentación jurídica y el fallo-).

³ Los demandantes limitan sus observaciones a la demanda de satisfacción equitativa (para. 32).

⁴ STEDH, asunto *Pedersen y Baadsgaard v. Dinamarca* (demanda núm. 49017/99), de 19 de junio de 2003, y asunto *Ricci c. Italia* (demanda núm. 30210/06), de 8 de octubre de 2013.

regulación es accesible, previsible y compatible con el Estado de Derecho. De igual manera, el Tribunal asume el argumento del gobierno español de que el propósito de la injerencia es legítimo: proteger la reputación o los derechos de terceros, así como garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial (para. 41 y 42).

Respecto al segundo punto, el TEDH recuerda, con carácter preliminar, que la injerencia debe responder a una “necesidad social apremiante” y, aunque las autoridades nacionales disponen de un amplio margen de apreciación, el Tribunal está facultado para pronunciarse, en última instancia, sobre si una “restricción” es compatible con la libertad de expresión⁵. A partir de los principios generales de su jurisprudencia, el TEDH construye su respuesta, examinando con detalle los siguientes aspectos:

Respecto a la contribución al debate de interés público, la restricción a la libertad de expresión debe ser excepcional en el debate sobre asuntos de interés público. Así, el Tribunal trae a colación que cuando una ONG llama la atención sobre asuntos de interés general, está ejerciendo una función pública de vigilancia de importancia parecida a la de la prensa (una suerte de “perro guardián” social)⁶. El TEDH encuentra que las críticas publicadas por los demandantes, en el contexto de un procedimiento judicial abierto y en un asunto de relevancia medioambiental, deben enmarcarse dentro de un debate sobre un asunto de interés público.

En cuanto al carácter de los comentarios impugnados y la motivación de los tribunales nacionales, la libertad de expresión debe equilibrarse con la “protección de la reputación o derechos de terceros”⁷; si ese tercero es un miembro de la judicatura⁸ debe ser protegido de los ataques infundados, puesto que, al estar sujeto a un deber de discreción, no está en posición de responder a las críticas formuladas. Ahora bien, en este caso, el TEDH considera que las declaraciones hechas por los demandantes, -que no son abogados-, son juicios de valor y no una mera exposición de hechos, pues reflejan una valoración global de la conducta de la jueza durante un procedimiento. En cuanto a si el “fundamento fáctico” de dichos juicios de valor es suficiente, las expresiones empleadas guardan una estrecha relación con los hechos del caso y no constituyen un ataque gratuito hacia la jueza, aunque se utilice un tono mordaz; las mismas muestran un profundo desacuerdo con las resoluciones judiciales y con el resultado del caso.

En lo que concierne al mantenimiento de la autoridad del poder judicial, la protección del poder judicial, frente a los ataques gravemente perjudiciales que carecen básicamente de fundamento, no puede tener como consecuencia la prohibición a los individuos que expresen sus opiniones, por medio de juicios de valor con un fundamento fáctico

⁵ STEDH, asunto *Perinçek c. Suiza* (demanda núm. 27510/08), de 15 de octubre de 2015, y asunto *Peruzzi c. Italia* (demanda núm. 39294/09), de 30 de junio de 2015.

⁶ STEDH, asunto *Animal Defenders International v. Reino Unido* (demanda núm. 48876/08), de 22 de abril de 2013.

⁷ Asunto *Perinçek* (citado *supra*) y STEDH, asunto *Medžlis Islamske Zajednice Brčko y otros c. Bosnia y Herzegovina* (demanda núm. 17224/11), de 27 de junio de 2017.

⁸ STEDH, asunto *Miljević c. Croacia* (demanda núm. 68317/13), de 25 de junio de 2020, y asunto *Morice* (citado *supra*).

suficiente, sobre cuestiones de interés público relacionadas con el funcionamiento del sistema judicial, o la prohibición de cualquier crítica hacia aquel⁹.

En lo relativo a las sanciones, la naturaleza y la gravedad de las sanciones impuestas son factores a tener en consideración. En el caso, la falta de ejecución de la pena de prisión alternativa a causa del pago de las multas o el propio carácter relativamente moderado de la multa, no cancela la condena penal de los demandantes, ni los efectos a largo plazo de los antecedentes penales, lo cual contribuye a desalentar el ejercicio de la libertad de expresión¹⁰.

En suma, el TEDH llega a la conclusión de que ha producido una violación del art. 10 CEDH porque la sentencia de los demandantes fue desproporcionada en cuanto al fin perseguido.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El TEDH, mediante este caso, reitera la importancia del rol que la libertad de expresión juega en la construcción de una sociedad democrática, pudiéndose ejercer no sólo sobre los poderes ejecutivo y legislativo, sino también el poder judicial. Las estructuras o los representantes de la sociedad civil pueden ejercer una función pública de vigilancia similar a la de la prensa y por ello, merecen una protección similar.

Para juzgar la proporcionalidad de las restricciones a la libertad de expresión, se debe evaluar el juicio de valor manifestado con arreglo al fundamento fáctico que tenga. No obstante, salvo en el caso de un ataque gravemente perjudicial e infundado a los miembros de la judicatura, la libertad de expresión prevalece, puesto que, cuando aquellos actúan en función de su cargo, están sujetos a límites más amplios de crítica que el resto de la ciudadanía.

Finalmente, resulta necesario atender también a la naturaleza y la gravedad de las sanciones impuestas, dado el efecto disuasorio que pueden producir al ejercicio de libertad de expresión. Una vez más, el Tribunal recuerda que, de cara a la protección de las instituciones del Estado, que ocupan una posición dominante, -entre ellas, el poder judicial-, las autoridades competentes tienen que mostrar moderación a la hora de recurrir a la vía penal.

⁹ Asunto *Morice* (citado *supra*).

¹⁰ STEDH, asunto *Mor c. Francia* (demanda núm. 28198/09), de 15 de diciembre de 2011.

LA INVESTIGACIÓN EXHAUSTIVA Y EFICAZ Y EL RESPETO DEL ASPECTO PROCESAL DEL ART. 3 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LOS CASOS *GONZÁLEZ ETAYO Y LÓPEZ MARTÍNEZ c. ESPAÑA*

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ*

I. HECHOS

En el primer semestre del año en curso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) volvía a declarar la violación del aspecto procesal de la prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH), Roma, 1950) por parte de nuestro país en dos casos¹.

En el caso de la Sentencia en el asunto *González Etayo c. España* (demanda núm. 20690/17), de 19 de enero de 2021², los hechos versaron, nuevamente, sobre las alegaciones de malos tratos infligidos al demandante mientras se encontraba en régimen de custodia policial incomunicada (de cuatro días de duración), al hilo de su detención el 18 de enero de 2011 en el procedimiento seguido contra él por presunta pertenencia a organizaciones del entorno de la banda terrorista ETA (EKIN y SEGI). Alegaciones que dieron lugar a la presentación de una denuncia por malos tratos por el demandante en el Juzgado de Guardia de Pamplona, el 25 de febrero de 2011, cuyo proceso concluiría con el auto del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), de 6 de septiembre de 2016, inadmitiendo el correspondiente recurso de amparo.

En detallada relación de los hechos, se recogieron las peticiones iniciales de medidas que incidían en la transparencia sobre el trato recibido, hechas por la familia del demandante (paras. 10-11); las actuaciones del personal médico forense (paras. 9, 13, 23 y 25); la declaración de haber sufrido malos tratos, en su primera comparecencia judicial, asistido por abogado de oficio y la justificación a su silencio previo por miedo a las consecuencias (paras. 8, 16 y 24); así como el informe psicológico efectuado tras su puesta en libertad conforme a los criterios del “Protocolo de Estambul”³, con indicación de algunos

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

¹ Se incrementa así a catorce el número de sentencias declarativas de violación de este aspecto del art. 3 recibidas por nuestro país (TEDH, *Violations by Article and by State 1959-2020*, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf).

² El texto de la sentencia, definitiva, de la Sala, se halla disponible [aquí](#).

³ Presentado el 9 de agosto de 1999 al Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos (véase Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ("Protocolo de Estambul")*, Doc. HR/P/PT/8/Rev.1, Nueva York y Ginebra, 2004, disponible [aquí](#)), en su Anexo I se incluyen los *Principios relativos a la investigación y Documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, señalados a la atención de los Estados por la Comisión de Derechos Humanos, en su resolución 2000/43, de 20 de abril de 2000, para. 5 y Anexo, y por la Asamblea General,

síntomas de estrés postraumático (para. 18).

También, obran las reiteradas solicitudes de elementos adicionales de prueba por el demandante en el marco de la denuncia por malos tratos, sus sucesivos sobreseimientos y recursos (entre otros, paras. 20, 27 y 31), que habiéndose concedido en algunos extremos (paras. 21-22, 28-29 y 32-33), en nada variaron la conclusión judicial de que no había indicios de dichos malos tratos, ni respaldo a las manifestaciones del demandante en la instrucción realizada (paras. 26, 30, 34 y 36).

En la Sentencia del asunto *López Martínez c. España* (demanda núm. 32897/16) de 9 de marzo de 2021⁴, deriva de los hechos acaecidos el 29 de septiembre de 2019 tras la finalización de la manifestación multitudinaria, conocida como “Rodea el Congreso”, durante los que la demandante se refugió en un bar cercano al Congreso del cual fue desalojada por la fuerza por la policía (para. 4) con consecuencias para su integridad física. El proceso iniciado por una denuncia por faltas, que sería acumulada a otra planteada por similares hechos y cuyos cargos serían judicialmente recalificados a delito de lesiones (paras. 5-6), concluiría con el auto del TC, de 3 de diciembre de 2015, inadmitiendo el recurso de amparo (para. 12).

Los elementos de prueba aportados en la denuncia (para. 5) marcaron los resultados de las diligencias previas, sin que fueran acordadas las adicionales solicitadas (para. 8). Habiendo resultado infructuosa la identificación de las personas autoras de las lesiones sufridas (para. 9), se produjo el sobreseimiento, confirmado posteriormente con ocasión de los sucesivos recursos, sin nueva práctica de prueba y con desafortunada adición de algunas consideraciones (especialmente destacable en este sentido resulta la que obra en el auto de 21 de mayo de 2014 de la Audiencia Provincial de Madrid señalando que, si las demandantes no habían sido capaces de identificar a las personas autoras o suministrar elemento para ello, “nada cabe esperar de las diligencias pedidas”) (para. 11).

A su vez, antes del pronunciamiento del TC, la demandante interpuso una reclamación por responsabilidad patrimonial del Ministerio del Interior que derivaría en la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo núm. 7, de 17 del marzo de 2017, en la que se ordenaría el abono de 750€ en concepto de daños y perjuicios, pues la demandante no tenía “el deber jurídico de soportar las lesiones sufridas” y existía un informe de dicho Ministerio, no comunicado a esta, que proponía la indemnización (para. 18), la cual sería puesta en conocimiento del TEDH por la demandante el 30 de agosto de 2017, iniciado ya el proceso ante dicha instancia.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Por lo que respecta a la admisibilidad, en el asunto *López Martínez c. España*, ante las alegaciones del gobierno español del carácter abusivo de la demanda por ocultamiento del resultado de la reclamación de responsabilidad patrimonial (para. 23), el TEDH, en rememoración de su jurisprudencia, confirmó que, efectivamente, la omisión de

en su resolución 55/89, de 4 de diciembre de 2000, para. 3 y Anexo.

⁴ El texto de la sentencia, definitiva, de la Sala se halla disponible [aquí](#).

información acerca de una prueba esencial o de una novedad significativa sobrevenida durante el proceso ante él seguido, con suficiente certeza sobre la intención de inducir a error, conllevaría inadmitir la demanda (para. 26). Sin embargo, en este caso, la cuestión de fondo era la posible inexistencia de investigación exhaustiva, no la indemnización, pudiendo derivar en inútil la obligación derivada del art. 3 CEDH si se entendiese que la demandante debía plantear una reclamación cuya única finalidad era la obtención de esta última⁵, además de que dicha reclamación se interpuso después de la presentación de la demanda ante el TEDH, no apreciándose intención de causar error (paras. 27-29).

En cuanto a la cuestión de fondo, versando ambos casos sobre la investigación exhaustiva y eficaz sobre la actuación de la policía o de servicios comparables del Estado, existen perfiles diferenciados en cuanto a los antecedentes y naturaleza de las circunstancias (custodia policial incomunicada y disturbios tras manifestaciones), pudiendo residir ahí el motivo de que las referencias a la jurisprudencia previa relacionada del TEDH respecto de nuestro país, ausente en el asunto *López Martínez*, fuese reiterada en el asunto *González Etayo* (paras. 46, 60-61, 63-64 y 66), contextualizado, por lo demás, con dos casos anteriores (para. 39)⁶.

En ambos asuntos, el TEDH reiteró que el citado aspecto procesal implica que la afirmación “argumentada” de una persona de haber sido objeto de malos tratos por parte de la policía u agentes estatales con funciones similares, en conjunción con el art. 1 CEDH, “exige, implícitamente, que se lleve a cabo una investigación oficial efectiva” y exhaustiva que pueda conducir a la identificación y, en su caso, sanción de quienes sean responsables, pues, de otra manera, la prohibición de la tortura y de las penas o de los tratos inhumanos o degradantes perdería su efectividad al permitirse que se actuase con impunidad casi absoluta en algunos casos (paras. 46 y 34, respectivamente).

Partiendo de los principios generales fijados por el TEDH sobre la investigación, el TEDH insistiría en el hecho de que, si bien la imposibilidad de identificar no conlleva “automáticamente” la violación de la prohibición, resulta imperioso examinar si la investigación en sí misma pudo determinar esa incapacidad.

Al respecto, en lo que se refiere a la custodia policial incomunicada, el TEDH subraya que la situación de especial vulnerabilidad que esta conlleva, donde, además, la obtención de pruebas para la persona detenida es imposible, exige “un mayor esfuerzo de las autoridades nacionales” en forma de adopción de medidas de control judicial de carácter adecuado y su aplicación rigurosa para proteger la integridad física de las personas detenidas, debiendo adoptarse por el poder judicial “un enfoque más proactivo de las facultades de supervisión” disponibles (asunto *González Etayo*, paras. 41, 60 y 62-63). Reiteró, así mismo, la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas y Tratos Inhumanos y Degradantes

⁵ Argumentación que cabe entender también proyectada a la alegación estatal de falta de perjuicio importante, dado el carácter leve de las lesiones y la indemnización concedida (para. 24)

⁶ Más exactamente, las Sentencias en el asunto *Arratibel Garcíandia c. España*, demanda núm. 58488/13, de 5 de mayo de 2015, disponible [aquí](#), y en el asunto *Beortegui Martínez c. España*, demanda núm. 36286/14, de 31 de mayo de 2016, disponible [aquí](#).

(en adelante, CEPT) relativas a la mejora de la calidad de los reconocimientos médicos forenses y al establecimiento de un código de conducta “claro” sobre el procedimiento a seguir en los interrogatorios, con una remisión general a las efectuadas por dicho Comité a resultas de sus visitas a España y por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa⁷. Por todo ello y aunque reconoce la evolución altamente positiva que en este caso supuso la actuación de la Audiencia Provincial de Madrid, responsable de que hubiera un mayor número de peticiones acogidas de elementos de prueba solicitados por el demandante, la misma no tuvo como consecuencia que la investigación efectuada pudiera considerarse suficientemente exhaustiva y eficaz (paras. 60 y 64).

Siendo cierto que el TEDH se refería a hechos acaecidos antes de que Ley Orgánica 13/2015 fuese adoptada⁸ y de que el TC otorgase el amparo por hechos similares, tras los pronunciamientos del TEDH⁹, no ha de entenderse que el gobierno español ha cerrado plenamente la puerta a posibles nuevas violaciones del aspecto procesal del artículo 3. De hecho, el CEPT ha mantenido recomendaciones anteriores, entre ellas, la relativa a la eliminación de la posibilidad de este régimen en nuestro ordenamiento jurídico, también en aras de evitar “las alegaciones (posiblemente falsas) al respecto”, y a la posibilidad de que “todas las personas detenidas” puedan reunirse con sus defensas letradas en privado, desde que comience su detención y cuando resulte necesario después¹⁰.

En relación con las manifestaciones y disturbios conexos, el TEDH recordó que existe la necesidad de efectuar una investigación exhaustiva sobre el origen y las circunstancias de dichos enfrentamientos en aras de la eficacia de la investigación sobre cualquier denuncia individual y el escrutinio de la proporcionalidad del uso policial de la fuerza (asunto *López Martínez*, para. 37). Por ende, y, en cierta medida, limitando el alcance de su mensaje tranquilizador a las autoridades nacionales sobre la inexistencia de vinculación indefectible entre imposibilidad de identificación y violación del art. 3, trajo también a colación su declaración de violación por este motivo en el asunto de los hechos acaecidos alrededor de la Cumbre del G8 en Génova (2001) (*ídem*)¹¹. Igualmente, tras acoger con

⁷ Véanse CEPT, Informe *sobre la visita a España del 19 de septiembre al 1 de octubre de 2007*, Doc. CPT/Inf (2011) 11, de 25 de marzo de 2011, paras. 24-51, e Informe *sobre la visita a España del 31 de mayo a 13 de junio de 2011*, Doc. CPT/Inf (2013) 6, de 30 de abril de 2013, paras. 11-45. Cabe señalar que el “diálogo” entre este Comité y el gobierno español sobre este régimen de custodia policial se produce desde su primera visita en 1991 (Doc. CPT/Inf (2011) 11, para. 51), y Comisario de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Informe tras su visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013, Doc. CommDH(2013)18, de 9 de octubre de 2013, pp. 3-4 y paras. 100-107. También, cabe emitir cierta crítica al escrupuloso silencio que guardó el TEDH respecto de estas fuentes en el asunto *López Martínez*, dejando a salvo la mención de su invocación y de las correspondientes al ámbito universal efectuada por la organización *Rights International Spain* (para. 33).

⁸ Véase Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de *modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* (BOE núm. 239, de 6 de octubre de 2015), que en la parte relacionada con esta cuestión entró en vigor el 1 de noviembre de dicho año.

⁹ Véanse SSTC 130/2016, de 18 de julio (BOE, núm. 196, de 15 de agosto de 2016, pp. 60408-60420) y 9/2017, de 24 de abril (BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2017, pp. 43025-43037).

¹⁰ Véase CEPT, Informe sobre la visita a España del 14 al 28 de septiembre de 2020, Doc. CPT/Inf (2021) 27, de 9 de noviembre de 2021, paras. 9-37, para. 10.

¹¹ Véase STEDH, asunto *Cestaro c. Italia*, demanda núm. 6884/11, de 7 de abril de 2015, disponible [aquí](#).

satisfacción la Resolución de la Dirección General de la Policía de 19 de abril de 2013, modificativa de las normas concernientes a la identificación policial en sus intervenciones, insistió en la necesidad de que, en casos de actuaciones policiales con rostro cubierto, se porten elementos de identificación visibles y en que solo “las medidas rigurosas de investigación” “subsanan” la violación de este artículo en los casos de identificación imposible (para. 38), concluyendo que, en ese caso, no tuvo lugar una investigación efectiva y suficiente (para. 41).

Finalmente, puesto que el respeto del aspecto procesal del art. 3 CEDH comprende también la obligación de proporcionar una reparación interna (para. 34), el TEDH aclaró que la indemnización recibida por la demandante en el proceso de responsabilidad patrimonial venía referido a los daños y perjuicios sufridos, aunque no a la compensación por la ausencia de eficacia y exhaustividad de la investigación (paras. 42-45), en lo que constituyó la antesala de su decisión de conceder satisfacción equitativa en concepto de daños morales.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Correspondiendo a hechos del pasado, las dos sentencias comentadas parecen transmitir que en nuestro país la investigación exhaustiva y eficaz de las actuaciones policiales o asimilables en casos de denuncia de violación de la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes sufre las consecuencias de una cierta inseguridad, desconfianza o estereotipo sobre el equilibrio, posible, entre la garantía del respeto de los derechos humanos y la garantía de la eficacia de dichas actuaciones.

Los recordatorios y el llamamiento al enfoque proactivo en ellas contenidos son una oportunidad para mirar esta angular cuestión desde un enfoque positivo que, siendo impermeable a posibles derivas desafiantes de nuestro Estado de derecho, cualquiera que sea la posición de la que provengan, contribuya a su respeto de forma honda y precisa, tal y como han evidenciado los pasos que para el pleno cumplimiento de este artículo se han dado en nuestro país. Siendo la exhaustividad y la eficacia de estas investigaciones la manera por excelencia de erradicar cualquier duda sobre el férreo respeto de los derechos humanos por parte de nuestros Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, de proteger a las personas que las componen y de fortalecer nuestro sistema democrático, el debate abierto sobre la reforma de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, *de protección de la seguridad ciudadana* se presenta como una magnífica, que no única, ocasión para explorar dicho enfoque con honestidad y madurez.

DE LA DELIMITACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A SU CONVERSIÓN EN “SERVICIO PÚBLICO”: SU DIFÍCIL ENCAJE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA*

I. HECHOS

La Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo el 9 de julio de 2021¹ ratifica el pronunciamiento de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2019² sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio -en este caso, por su omisión- de protección diplomática en favor de la familia del cámara de José Couso a causa de los disparos efectuados desde un tanque estadounidense en Irak.

Resulta muy relevante no sólo por confirmar la sentencia recurrida y poner fin al larguísimo discurrir del Caso Couso ante los tribunales españoles³, sino también por las repercusiones de la misma en la naturaleza y ejercicio de la protección diplomática por parte de la Administración española que ya supuso la sentencia recurrida.

Debe advertirse que la sentencia analizada pone fin al procedimiento, aunque, permanece abierto el asunto ante el TEDH⁴ a propósito del sobreseimiento por parte de la Audiencia Nacional de la demanda penal debido a la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo que modificaba la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que limitó el ejercicio de la justicia universal en España⁵.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Cabe recordar que la sentencia recurrida declaraba la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la omisión del ejercicio de la protección diplomática, acotando la discrecionalidad clásica con la que el derecho español venía observando la institución.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público y Derecho de la Unión Europea en la Universidad Católica de Valencia. Jean Monnet Chair (ad.arrufat@ucv.es).

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso), núm. recurso 3030/2020, de 9 de julio de 2021, (ECLI:ES:TS:2021:3026, disponible [aquí](#)). Todos los enlaces en este comentario fueron consultados por última vez 20 de noviembre de 2021).

² Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso), núm. recurso 494/2005, de 11 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:4391, disponible [aquí](#)).

³ Puede verse el tortuoso sendero que atravesó la demanda penal interpuesta por la familia Couso hasta su sobreseimiento definitivo en 2015 (Véase SAN 494/2005, disponible [aquí](#)).

⁴ La demanda 2327/20, presentada el 23 de diciembre de 2019, fue comunicada al Estado el 4 de agosto de 2020.

⁵ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014, disponible [aquí](#)).

El Tribunal estableció el deber de indemnizar en la existencia de una serie de elementos concurrentes en el caso –que desligándolo de la tipicidad de los hechos- imposibilitaban que el Estado hubiese actuado de forma distinta a ejercer la protección diplomática en favor de la familia de José Couso; incluido el interés en mantener las buenas relaciones con estados extranjeros, obligando a los solicitantes a soportar un perjuicio -para la obtención de un interés general- que no tenían obligación legal de soportar.

Ahora, la Sentencia del Tribunal Supremo, más que refrendar la delimitación de la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática, trasmuta la naturaleza de la institución para declararla como un servicio público cuya prestación se concreta en el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado con los medios adecuados, atendiendo a las circunstancias del caso y sin que resulte esperable una prestación de resultado específico”... y esto no es fácil de encajar en el Derecho Internacional Público.

Tras el pronunciamiento de la Audiencia, el Estado comunicó su intención de recurrir, pero tardó tiempo en presentar su escrito: tal vez, la carga mediática, política y el larguísimo periplo del caso expliquen dicha molición procesal. Sin embargo, nada de todo ello reprimió su deseo de conocer el contenido y alcance de la protección diplomática y cuestionar la existencia del derecho subjetivo pretendido a favor de los particulares susceptible de ser indemnizado. También sostuvo el interés casacional en el riesgo que conllevaba la limitación de la potestad discrecionalidad del Gobierno en el ejercicio de la protección diplomática y la importancia de establecer el parámetro de éxito que debía lograrse por parte de España para entender que se había obrado un adecuado funcionamiento de la Administración.

Visto en perspectiva, tal vez hubiera resultado mejor que el Tribunal Supremo no hubiera admitido el interés casacional en el escrito del Abogado del Estado. De este modo, nos habríamos evitado un pronunciamiento que resulta cuestionable desde el punto técnico de la institución jurídica referida y descorazonador por la visión que desprende del Derecho Internacional Público.

El juzgador sostiene que la protección diplomática es un servicio público pese a resultarle imposible concretar el contenido concreto del mismo debido, tanto a la “indeterminación” de la misma -característica que extiende a todas las Instituciones de Derecho Internacional Público-, como a la ausencia de una norma de Derecho interno.

Manifestada tal indeterminación, el juzgador procede a acometer la “ardua” tarea de encontrar elementos que le permitan afirmar la condición de servicio público de la protección diplomática. Para ello, expone (con escasa fortuna, desde luego) argumentos del Derecho Internacional y del Derecho interno.

Así, desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, el Tribunal sostiene que la obligación de ejercitar la Protección Diplomática por parte de España constituye una obligación consuetudinaria –pues la Doctrina ya se ha encargado de aseverar su carácter clásico-. Para ello, se adentra en un complejo galimatías donde confunde costumbre

internacional con costumbre interna; otorga a la Doctrina un peso similar –si no, superior- al que concede a la costumbre internacional en la creación de obligaciones internacionales; afirma la existencia de un sistema jerárquico entre las fuentes formales del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional –que, cualquier estudiante medio de Grado en Derecho negaría tajantemente- para sostener el carácter supletorio de las obligaciones consuetudinarias respecto de las obligaciones convencionales mediante una poco afortunada asimilación al artículo 1 del Código Civil; para finalizar, pone de manifiesto su profundo desconocimiento del papel que los Tribunales Internacionales han tenido en la determinación del contenido de la protección diplomática y de los requisitos para su ejercicio.

Desde la perspectiva del Derecho interno, sostiene que la Ley 2/2014 de 25 de marzo de la Acción y del Servicio Exterior del Estado⁶ pretende garantizar asistencia y protección a los españoles de forma adecuada y apoyar a la ciudadanía española y las empresas en el exterior, por lo que la Protección Diplomática no está expresamente mencionada - pero sí intuida- y por ello, deviene en una necesidad que la Administración debe asumir entre sus funciones prestacionales. Y aceptando que quizá el pretenda el Tribunal Supremo fijar dicha interpretación respecto de su artículo 3.2, no deja de ser significativo –a la par que alarmante- que se quiera amparar en una supuesta congruencia de dicha interpretación con el art. 46 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –siendo por todos conocido que siempre fue voluntad del legislador europeo limitarse a establecer la solidaridad en lo referente a la asistencia consular entre los Estados Miembros y nunca respecto de la Protección Diplomática-.

Afirmada la consideración como “servicio público” de la Protección Diplomática dispensada por España, el juzgador procede a llenarlo de contenido. Su desprecio por la norma consuetudinaria le lleva a entregarse al Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (en adelante, CDI) sobre *protección diplomática* (2006)⁷, del que afirma no fue adoptado por la oposición de algunos Estados, pero que recoge -según la Doctrina- la práctica internacional. Esto le lleva a reconocer que su ejercicio constituye una potestad absolutamente discrecional del Estado, sin que los particulares lesionados sean titulares de derecho subjetivo alguno dado que -y esto es profundamente preocupante- “la persona física no es objeto de especial protección, ni tan siquiera de consideración jurídica general por el Derecho Internacional Público”. Grave incluso, si se tiene en cuenta que la protección diplomática está precisamente relacionada con la protección de los derechos del ser humano que es uno de los principales objetivos del Derecho Internacional Público Contemporáneo.⁸

Sin embargo, inmediateamente después, afirma el carácter obsoleto de la discrecionalidad pues, según su criterio, la Organización de Naciones Unidas ya estableció inmediateamente después de su creación “unas reglas jurídicas vinculantes sobre la protección diplomática”, en lo que -en aras a ofrecer una tregua a la sentencia- entiendo

⁶ Ley Orgánica 2/2014, de 25 de marzo (BOE núm. 74, de 26/03/2014), disponible [aquí](#).

⁷ Proyecto de artículos de la CDI sobre la protección diplomática, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, Vol. II, Segunda Parte, Cap. IV, pp. 25-61. Texto disponible [aquí](#)

⁸ Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos: Madrid, 2013. p. 907.

referido a prohibición general de recurrir a la fuerza o amenaza de uso de la fuerza por parte de los Estados en sus relaciones internacionales.

Considera el Alto Tribunal que, como la protección diplomática únicamente puede ser efectuada a través de medios pacíficos, “sólo cabe esperar del Estado que la ejerza” pues “no ejercer un medio pacífico y lícito de salvaguardar los intereses de sus nacionales vulnerados por el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado” requeriría de causas inapelables frente a la ciudadanía. Se equivoca el juzgador porque, como pone de manifiesto el artículo 19 del mencionado Proyecto, entre el ejercicio discrecional y carente de motivación y, la naturalización de la protección diplomática como derecho subjetivo del ciudadano y su configuración como “servicio público” de obligada ejecución, existe una amplia -amplísima- gama de grises que el Tribunal habría podido explorar cuyo resultado no habría resultado extraño en el Derecho comparado.

El siguiente objetivo del juzgador es determinar la forma en que debe ser prestado el servicio público. Para ello, el juzgador, retorna a la idea de la discrecionalidad en la elección del medio para su ejercicio en atención a que el Derecho Internacional carece de regulación vinculante sobre protección diplomática. Olvida el Tribunal Supremo que es, precisamente, esa ausencia de taxatividad en los instrumentos internacionales la que facilita el acuerdo entre Estados, pero que dicha indefinición no impide la precisión en aspectos nucleares. Así, el artículo 1 del Proyecto de artículos de la CDI se pronuncia sobre esto y, con anterioridad, ya lo habían hecho tanto el Tribunal Permanente de Justicia Internacional como la propia Corte Internacional de Justicia -entre otros, en el asunto *Barcelona Traction*-. Abarca, por tanto, cualquier medio legítimo que sirva para informar a otro Estado de sus opiniones y preocupaciones en torno al ilícito que está sufriendo su nacional incluida la mediación, la propuesta, el envío de notas, los buenos oficios, la solicitud de una investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje o el arreglo judicial con la única excepción del uso o amenaza de uso de la fuerza. Dicha discrecionalidad en la elección de medios disponibles sólo vendrá limitada por las circunstancias particulares del caso. Esto resulta algo complejo porque, en el medio internacional, coexisten situaciones donde están previstos procedimientos e reclamación junto a otras vías cuya falta de previsibilidad no impide que puedan explorarse. Como sostuvo la Audiencia Nacional en su sentencia, lo que se repara no es el daño causado a la persona por parte del tercer Estado sino la pérdida de oportunidad de poder reclamarle una indemnización. Tampoco será causa de indemnización que la protección diplomática emprendida por el Estado se vea finalmente frustrada o no consiga una reparación porque -como ya se anticipó al inicio de este comentario- el Tribunal Supremo ha configurado la protección diplomática como un “servicio público de medios”, de “obligada prestación para el Estado” y del que “no puede esperarse un resultado concreto”, y esto plantea igualmente dudas sobre el momento en que la reparación interna por la omisión resulta verdaderamente exigible.

Además, el pronunciamiento de Tribunal Supremo desde la perspectiva de su configuración como servicio público presenta igualmente algunos interrogantes. En primer lugar, la sentencia intuye una situación donde el perjudicado se encuentra desamparado y ávido de que la Administración atienda su derecho subjetivo a la

protección diplomática pero no especifica si su ejercicio debe partir de la solicitud del interesado o si, como sucede en la práctica internacional, nada impide a la Administración iniciarla de oficio tanto con su consentimiento como sin el. Por tanto cabe también plantearse qué sucede, si la persona sobre la que se ejerce la protección diplomática, renuncia a la misma. La respuesta es clara desde el Derecho Internacional: sus actos no tienen trascendencia. Sin embargo, en el plano interno, es más cuestionable que la renuncia del titular de un derecho subjetivo a disfrutar de un servicio público no conlleve efecto alguno.

En segundo lugar, surgen incógnitas sobre sus beneficiarios. No hay que olvidar que el mencionado servicio público no puede ser de alcance general, sino, únicamente, para aquellas personas que estuviesen en condiciones de acreditar los requisitos -internacionalmente establecidos- para su ejercicio, es decir: nacionalidad de la reclamación, agotamiento de los recursos internos y finalmente, conducta correcta de la persona en favor de la que se ejerce la protección. Por eso, llama la atención que el juzgador sostenga que dicho servicio debe prestarse a nacionales y otras personas bajo su jurisdicción cuando dicha actuación internacional devendría casi imposible -al menos, eso se desprende del rechazo de los Estados al Proyecto de la CDI y su artículo 8-.

En tercer lugar, conviene también recordar que, en el comentario a la sentencia de la Audiencia ahora recurrida, ya mencionamos que la responsabilidad patrimonial sólo podía partir de la verificación autónoma y unilateral de una apariencia de ilicitud del acto cometido que incitara a la protección diplomática -es decir, la comisión de un hecho internacional ilícito y que el mismo fuese atribuible a un Estado-⁹. En el caso de autos, cabía todavía más puesto que ni siquiera había sido resuelto por ninguno de los tribunales a los que se les había sometido el asunto. Con la conversión a servicio público que opera el Tribunal Supremo y en ausencia de discrecionalidad para el ejercicio de la protección diplomática, cabe preguntarse cómo se establecería esa apariencia de ilicitud en un supuesto donde, habiéndose agotado los recursos internos del Estado infractor, la pretensión del perjudicado hubiese sido rechazada. A propósito de esta cuestión, sorprende también el carácter propositivo de la sentencia que indica que España debería colaborar -sostener, suplir- ofreciendo los asesoramientos y medios necesarios para asegurar que sus nacionales puedan obtener resarcimiento en los tribunales foráneos dado el carácter supletorio de la protección diplomática y la necesidad del agotamiento previo de los recursos internos para acceder a la prestación del servicio por la Administración.

III. CONCLUSIONES FINALES

La Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, el 9 de julio de 2021, ratifica el pronunciamiento previo a propósito de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión del ejercicio de protección

⁹ Véase ARRUFAT CARDAVA, A. D., “Delimitando la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática: un análisis a propósito de la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso Couso” (Crónica de Derecho Internacional Público), *REEI*, núm. 39, 2020-1, pp. 37-41, DOI: 10.17103/reei.39.17.

diplomática en favor de la familia del cámara José Couso poniendo fin a la vía interna - a falta de la decisión del TEDH sobre la posible reapertura de la vía penal-. Esto ya es, de por sí, una buena noticia, pues, con independencia de posicionamientos extrajurídicos, el recorrido sufrido por la causa desde su inicio en 2005 anhelaba un final.

El Tribunal Supremo parece haber pretendido, aprovechando la sentencia y ante la ausencia de una norma interna expresa, sentar elementos para determinar el ejercicio de la protección diplomática por parte de la Administración española y, a partir de ahí, poder derivar su responsabilidad patrimonial. Ciertamente, podía haber resuelto la cuestión de forma mas sencilla: limitándose a respaldar la sentencia de la Audiencia Nacional y profundizando en la necesidad de motivar y, de esta forma, acotar la discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática. Sin embargo, aparentemente el juzgador quiso ir más allá, seguramente alarmado por la ausencia de una norma interna expresa a partir de la cual establecer la responsabilidad patrimonial de la Administración; tal vez, también, imbuido de un espíritu de convertir a la protección diplomática en un mecanismo último de protección de los derechos de los nacionales y, ese voluntarismo, resultaría encomiable -incluso celebrable- si el pronunciamiento hubiese incurrido en menos errores formales, de fondo y demostrase una mejor comprensión del Derecho Internacional, de sus fuentes, de sus instituciones jurídicas, de sus esencias. Una carencia que no resulta nueva pero que, en pocas ocasiones, queda tan manifiestamente evidenciada.