

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Por C. Quesada Alcalá, J. J. Laso Pérez, E. Jiménez Pineda, M. C. Muñoz Rodríguez, E. M. Rubio Fernández, A. D. Arrufat Cardava, F. Pascual-Vives y L. Aragonés Molina, V. Menéndez Montero y T. Sánchez Carrasco

COORDINADA POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ*

Sumario:

- ¿LA OPORTUNIDAD PARA PALESTINA HA LLEGADO?: DECISIÓN DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LA PETICIÓN DE LA FISCALÍA DE ACUERDO AL ART. 19 (3) PARA LA JURISDICCIÓN TERRITORIAL DE LA CPI EN PALESTINA (ICC-01/18-143), DE 5 DE FEBRERO DE 2021
POR C. QUESADA ALCALÁ..... pp. 1-4
- COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2020, LAUDO ARBITRAL DE 3 DE OCTUBRE DE 1899 (*GUYANA V. VENEZUELA*)
POR J. J. LASO PÉREZ..... pp. 5-8
- LA SENTENCIA SOBRE EXCEPCIONES PRELIMINARES DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 28 DE ENERO DE 2021 EN LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO (*MAURICIO/MALDIVAS*): ¿EL PASO DEFINITIVO PARA LA DESCOLONIZACIÓN DEL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS?
POR E. JIMÉNEZ PINEDA..... pp. 9-12
- LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE REUNIÓN PACÍFICA FRENTE AL USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA POLICIAL: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 6 DE JULIO DE 2020, EN EL CASO *LAGUNA GUZMÁN c. ESPAÑA*
POR M. C. MUÑOZ RODRÍGUEZ..... pp. 13-16
- A VUELTAS CON EL INCIDENTE DE NULIDAD, EL RECURSO DE AMPARO Y EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO: CASOS *GRACIA GONZÁLEZ, MARTÍNEZ AHEDO ET AL., KARESVAARA Y NJIE Y KLOPSTRA c. ESPAÑA ANTE EL TEDH*
POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ..... pp. 17-20
- “NO RESULTARÁ FACIL LIBRARSE DE MI” O CÓMO LA CIDH REAFIRMÓ LA INCOLUMIDAD DE LAS OBLIGACIONES DE

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

DERECHOS HUMANOS ANTE LA POTENCIAL DESVINCULACIÓN DE UN ESTADO DEL SISTEMA INTERAMERICANO (OPINIÓN CONSULTIVA CIADH 26/20 DE 9 DE NOVIEMBRE).

POR A. D. ARRUFAT CARDAVA..... pp. 21-24

UNA VICTORIA “EXTRAORDINARIA” EN LA SAGA DE LAS RENOVABLES (LA ANULACIÓN DE *EISER c. ESPAÑA*, DE 11 DE JUNIO DE 2020)

POR F. PASCUAL-VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA..... pp. 25-28

LA PARADOJA DEL RECURSO DE REVISIÓN COMO VÍA DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN LOS CASOS DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL (SENTENCIA 692/2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO)

POR V. MENÉNDEZ MONTERO..... pp. 29-32

LAS SOLICITUDES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL PRESENTADAS EN EMBAJADAS Y CONSULADOS ESPAÑOLES (SENTENCIA 3445/2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO)

POR T. SANCHO CARRASCO..... pp. 33-36

**¿LA OPORTUNIDAD PARA PALESTINA HA LLEGADO?:
DECISIÓN DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES
SOBRE LA PETICIÓN DE LA FISCALÍA DE ACUERDO AL
ART. 19 (3) PARA LA JURISDICCIÓN TERRITORIAL DE LA CPI
EN PALESTINA (ICC-01/18-143), DE 5 DE FEBRERO DE 2021**

CARMEN QUESADA ALCALÁ*

I. ANTECEDENTES Y HECHOS

El 5 de febrero de 2021, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió por fin su decisión¹ sobre la cuestión de la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) con respecto a posibles crímenes de guerra cometidos en los territorios palestinos ocupados por Israel (Franja de Gaza y Cisjordania, incluido Jerusalén del Este) desde el 13 de junio de 2014.

En su decisión, la Sala decidió la competencia de la CPI sobre dicha situación y en relación con el territorio mencionado, respondiendo, así, afirmativamente a la petición que le hizo la Fiscalía². Lo más llamativo de esta decisión de la Corte no es sólo que afirmara la competencia de la misma sobre la situación de Palestina, sino que lo hiciera respondiendo en los términos que originariamente había solicitado Palestina a la Fiscalía en cuanto al territorio³. De hecho, la cuestión territorial era la más problemática, lo que originó que se adoptara la decisión por una estrecha votación de dos a uno. El juez francés Perrin de Brichambaut y la jueza beninesa Alapini-Gansou votaron a favor, mientras que el juez húngaro Kovács votó en contra.

Es preciso destacar que, además de la Fiscalía, Israel y Palestina, varios Estados, organizaciones no gubernamentales, organizaciones de víctimas y particulares presentaron informes como *amici curiae* (en total 42 informes). De éstos, 22 se oponían a la competencia de la CPI. En el comentario a la petición de la Fiscalía examinado en un número anterior ya nos preguntábamos cómo era posible que la CPI se fuera a pronunciar

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

¹ ICC, *Situation in the State of Palestine*, “Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine”, 5 February 2021, ICC-01/18-143,

² ICC, *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine*, 22 January 2020, ICC-01/18-12. Recordemos que, conforme al art. 19.3 del Estatuto de Roma, “El Fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad. En las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad, podrán presentar asimismo observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 y las víctimas”.

³ Palestina, en su petición a la Fiscalía, precisaba que su Estado comprendería el territorio palestino ocupado en 1967 por Israel, tal y como fue definido por la Línea de Armisticio de 1949, e incluiría Jerusalén Este y la franja de Gaza (*Referral by the State of Palestine Pursuant to Articles 13(a) and 14 of the Rome Statute*, 15 May 2018 (Ref: PAL-180515-Ref, p.5). Véase QUESADA ALCALÁ, C., “Una oportunidad para palestina: petición de la Fiscalía a la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional sobre una decisión acerca de la jurisdicción territorial de la Corte sobre Palestina, de 22 de enero de 2020”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º. 39, junio de 2020.

sobre su competencia territorial y sustantiva en la situación de Palestina, sin hacer referencia a la cuestión de la disputa territorial en cuestión. A continuación, vamos a ver cómo ha ocurrido...

II. LA DECISIÓN DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES I A DEBATE: EL ART.19.3 ER Y OTROS OBSTÁCULOS PROCESALES

1.-El artículo 19.3 del Estatuto de Roma: ¿aplicación extensiva o errónea?

Coincidimos con Kai Ambos⁴ cuando afirma que la cuestión previa más relevante era determinar si el art.19.3 del Estatuto de Roma, que había sido invocado por la Fiscalía, autorizaba a la CPI a decidir sobre su propia competencia en una fase tan temprana del procedimiento en cuestión. De hecho, si examinamos el tenor literal de dicha disposición, comprobamos cómo se refiere a la competencia o admisibilidad sobre un caso y no sobre una situación, por lo que se estaría refiriendo a un momento procesal posterior. No obstante, la CPI, por unanimidad, comparte la posición de un sector doctrinal⁵ que apostaría por una visión teleológica más amplia, conforme a la cual dicho art.19.3 podría hacer referencia bien a un caso o bien a una situación⁶.

En todo caso, dicha interpretación extensiva del art.19.3 deja en evidencia al juez Perrin de Brichambaut, que se ve obligado a emitir un voto especial explicativo⁷, ya que mantuvo una posición totalmente diferente en su opinión disidente sobre la situación de los Rohingya en Myanmar⁸. La justificación para dicho cambio de opinión por parte del juez la halla en que, en la situación de Palestina, la Fiscalía ya habría dado un paso más al identificar casos susceptibles de ser enjuiciados, lo que abriría la puerta a la aplicación

⁴ Véase AMBOS K., “¿“Una base competencial sólida”? La frágil competencia de la Corte Penal Internacional para crímenes en Palestina, 22 de febrero de 2021”, en <https://almacendederecho.org/una-base-competencial-solida-la-fragil-competencia-de-la-corte-penal-internacional-para-crimes-en-palestina>

⁵ Véase NSEREKO, D. y VENTURA, M. J., “Article 19” en Ambos, K. (ed.), *Rome Statute Commentary*, 4ª ed., C.H. Beck/Hart/Nomos, 2021.

⁶ Otro sector doctrinal opina en sentido contrario. De este modo, esta competencia estaría limitada a cualquier “causa” que le fuera sometida, lo que supondría un límite más estrecho que el resultante de utilizar la palabra “situación” en el sentido de los artículos 13, 14 y 18 del Estatuto de Roma. El concepto de “causa” parece implicar que un individuo o individuos han sido acusados como consecuencia de la investigación de una “situación”. El requerimiento de que ha de tratarse de causas que le sean sometidas a la Corte supone que ha de tratarse de supuestos en los cuales se da un procedimiento formal más allá de la iniciación de la investigación de una situación, lo que no se daría en la situación de Palestina. Véase, en este sentido, LATTANZI, F.: “Competence de la Cour Penale Internationale et consentement des Etats”, *R.G.D.I.P.*, núm. 2, 1999, p.430.

⁷ ICC, *Situation in the State of Palestine*, “Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine”, 5 February 2021, ICC-01/18-143, Partly Separate Opinion of Judge Perrin de Brichambaut, ICC-01/18-143-Anx2 05-02-2021.

⁸ ICC, *Situation in the People’s Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, “Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”, ICC-RoC46(3)-01/18-37, Partially Dissenting Opinion of Judge Marc Perrin de Brichambaut, ICC-RoC46(3)-01/18-37-Anx 06-09-2018.

del art.19.3⁹. Sin embargo, a juicio de Ambos, dicho cambio no es convincente y hubiera sido deseable una rectificación por parte del Juez Brichambaut en relación con su opinión anterior¹⁰.

Con todo, dejemos claro que en el Estatuto de Roma se recoge expresamente la “competencia de la competencia” de la CPI¹¹. Por lo tanto, quien determina la pertinencia del ejercicio de la competencia de la CPI es la propia Corte. Y esta determinación es realizada en la situación de Palestina sin ningún tipo de complejos.

2.-El obstáculo procesal del caso *Monetary Gold*, y la territorialidad del Derecho Penal

Otro de los obstáculos procesales alegados fue la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia en el asunto *Monetary Gold*¹². Conforme a dicha decisión, pudiera parecer que se necesitaría el consentimiento de Israel como tercer Estado, en tanto que la decisión adoptada podría repercutir en los intereses de dicho país¹³. Sin embargo, la Corte Penal adoptó una postura clara al respecto, al sostener que su decisión no tenía por objeto principal los intereses israelíes, constanding, además, que Israel podía tomar parte como parte interviniente en el procedimiento, y cuya postura también era avalada en algunos informes de los *amici curiae*¹⁴.

En cambio, una cuestión más importante tratada fue la relativa a la territorialidad del Derecho Penal. Las posturas contradictorias de Palestina e Israel a este respecto son examinadas prolijamente por la CPI, para al final, eludir la cuestión del territorio de Palestina, y dedicarse a afirmar su competencia. En este sentido, la CPI no se cansa de repetir en la Decisión que analizamos que cualquier determinación de la competencia territorial de la Corte es a efectos meramente penales, sin que repercuta en la determinación del alcance territorial de Palestina¹⁵. Para llegar a dicha conclusión, la Corte se basó en el derecho a la autodeterminación del pueblo palestino, formulado en numerosas resoluciones de la Asamblea General de la ONU¹⁶.

⁹ *Ibidem*, pp.4-7.

¹⁰ AMBOS K., “¿Una base competencial sólida”?..., p. 4.

¹¹ En su art. 19 establece que “[l]a Corte se cerciorará de ser competente en todas las causas que le sean sometidas. La Corte podrá determinar de oficio la admisibilidad de una causa de conformidad con el artículo 17”.

¹² ICJ, *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*, Preliminary Question, Judgment, 15 June 1954, I.C.J. Reports 1954.

¹³ *Ibidem*, n (1), para. 58.

¹⁴ ICC, *Situation in the State of Palestine*, “Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine”, 5 February 2021, ICC-01/18-143, paras. 59-60.

¹⁵ *Ibidem*, para. 62.

¹⁶ En particular, se apoyó en la resolución 67/19, que le otorga a Palestina la condición de Estado observador y “reafirma el derecho del pueblo palestino a la autodeterminación y a la independencia en un Estado de Palestina situado en el territorio palestino ocupado desde 1967” (UN, AG, Resolution 67/19 on 4 December 2012). *Ibidem*, para. 98.

La Sala consideró, además, que los Acuerdos de Oslo que impiden la competencia penal de Palestina sobre ciudadanos israelíes no tenían ningún tipo de efecto sobre la determinación de la competencia territorial de la CPI¹⁷. No obstante, no podemos olvidar, que el punto de partida para la aplicación de una norma penal en el territorio de un Estado lo constituye, al fin y al cabo, su propia soberanía territorial.

III. LA DECISIÓN DE LA CPI Y SU IMPACTO EN LA CONSIDERACIÓN DE PALESTINA COMO ESTADO

Por último, hay que analizar el tema más importante de esta decisión, puesto que cabe plantearse si una decisión de la CPI respecto a su competencia territorial en Palestina contribuiría a afianzar su consideración como Estado y la delimitación de su territorio estatal¹⁸. La mayoría de la Sala no entró a comprobar si Palestina revestía la calidad de Estado, puesto que consideró que dicha comprobación no era necesaria a efectos de determinar la competencia territorial de la CPI. Esta posición ignoraba, por tanto, la petición de Alemania y otro *amici curiae*. En todo caso, la Corte afirma que aquellos Estados que se oponían a la consideración de Palestina como Estado no se habían opuesto a su participación en la Asamblea de los Estados Partes¹⁹.

La CPI realiza, pues, una combinación de distintos argumentos: las resoluciones de la ONU que permiten consolidar la consideración de Palestina como Estado Observador, la participación de Palestina de manera activa en su adhesión al Estatuto de Roma y en el órgano legislativo de la CPI y el hecho de que la decisión de la Sala debía limitarse a afirmar la competencia territorial de la CPI conforme al Estatuto, sin que esto tuviera repercusiones más allá, de acuerdo con el Derecho Internacional Público²⁰.

El Juez Kovac, en su opinión disidente, sí entra a valorar la condición de Estado de Palestina²¹. Para este magistrado, cuando la Sala puntualiza que la decisión de la Corte se limita al estadio actual del procedimiento, esto puede inducir a confusión, puesto que cabría pensar que, en una fase posterior, la Sala podría llegar a una opinión diferente²². En definitiva, coincidimos con este magistrado cuando estima que la cuestión de la calidad de Estado de Palestina no puede circunscribirse a efectos del Estatuto de Roma y en atención a una etapa procesal concreta²³, como argumenta la CPI. Hubiera sido deseable una posición más arriesgada por parte de la Corte. Sin embargo, la cuestión no está cerrada, sino que tendremos que esperar a ver qué determina la CPI en un estadio procesal posterior. Mientras tanto, la oportunidad para Palestina se hace esperar...

¹⁷ *Ibidem*, para. 125.

¹⁸ Véase el número monográfico dedicado a Palestina en: “Litigating Palestine before the International Criminal Court”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 18, n.º. 4, 2020.

¹⁹ *Ibidem*, n (14), para. 101.

²⁰ *Ibidem*, n (14), paras. 93 y 108.

²¹ ICC, *Situation in the State of Palestine*, “Decision on the ‘Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine”, Judge Péter Kovács’ Partly Dissenting Opinion, ICC-01/18-143-Anx,1 05-02-2021.

²² *Ibidem*, para.88.

²³ *Ibidem*, paras. 120, 219.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 2020, LAUDO ARBITRAL DE 3 DE OCTUBRE DE 1899 (GUYANA V. VENEZUELA)

JAVIER LASO PÉREZ*

I. HECHOS

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha declarado competente para conocer la controversia entre Venezuela y Guyana sobre la soberanía territorial de la amplia región del Esequibo¹; en un asunto con profundas raíces históricas² y que presenta relevantes repercusiones políticas y económicas³.

El origen del conflicto se remonta a la segunda mitad del Siglo XIX, constituyendo el litigio territorial más antiguo sin resolver en el continente. Después de continuas tensiones, Gran Bretaña y Venezuela acordaron a finales del Siglo XIX, un Tratado de arbitraje para el establecimiento de la frontera entre la colonia británica de Guyana y Venezuela, firmado en Washington el 2 de febrero de 1897.

El laudo arbitral, adoptado el 3 de octubre de 1899 en París, aunque se recibió con protestas por parte de Venezuela, se aceptó sustancialmente por ambas partes durante un largo período de tiempo. Sin embargo, en 1962, Venezuela comunicó al Secretario General y expuso en el seno de la Cuarta Comisión de la Asamblea General, que consideraba el acuerdo nulo y sin eficacia, entre otros motivos, debido a las alegaciones de falta de imparcialidad del tribunal.

Finalmente, en el contexto de la inminente independencia de la Guayana Británica, se adoptó el “Acuerdo para resolver la controversia ente Venezuela y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre la frontera entre Venezuela y Guayana Británica, firmado en Ginebra, el 17 de febrero de 1966” (en adelante, el Acuerdo de Ginebra).

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

¹ Puede consultarse los documentos relativos a este asunto en la página web de la Corte; [Judgment of 18 December 2020 \(icj-cij.org\)](https://www.icj-cij.org); en último lugar, la CIJ ha fijado la fecha para la presentación de la memoria y contramemoria el 8 de marzo de 2022 y 8 de marzo de 2023. Véase WENTER, A., *EJIL: Talk!*, June 2018, puede consultarse en <https://www.ejiltalk.org/venezuelas-non-participation-before-the-icj-in-the-dispute-over-the-essequibo-region/>

² La CIJ presenta este contexto histórico (paras. 29-58); sobre las causas de la reactivación de la controversia véase HERNÁNDEZ, S., “Análisis prospectivo del conflicto territorial entre Guyana y Venezuela”. Documento de Marco IIEE 18/2019 (http://www.ieee.es/publicaciones-new/documentos-marco/2019/DIEEEM18_2019STEHER_Guyana.html).

³ En general, RODRÍGUEZ; V., CARDONA LLORENS, J., HERDOCIA, M., OPERTTI, D., y GACRÍA –CORROCHANO, L., *La controversia entre Venezuela y Guyana ante la Corte Internacional de justicia (CIJ): Fase preliminar*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2020.

El Acuerdo de Ginebra diseñaba diversas etapas, dirigidas a llegar a un acuerdo entre las partes: en primer lugar, una comisión mixta, que negociaría durante cuatro años; y, finalmente, el Art. IV. 2, señalaba que -si las partes no se ponían de acuerdo en solicitarlo a otro organismo internacional, el Secretario General elegiría alguno “de los medios estipulados en el Artículo 33 de la Carta de Naciones Unidas”, de forma sucesiva, hasta que: a) la controversia haya sido resuelta; o b) hasta que todos los medios de solución pacífica contemplados en dicho artículo hayan sido agotados”. El Protocolo de Puerto España, adoptado el 18 de junio de 1970, suspendió el procedimiento durante doce años, hasta 1982, reanudándose su tramitación tras la denuncia venezolana de este instrumento.

Superadas todas las etapas, el Secretario General eligió en 1990 el procedimiento de los buenos oficios, poniendo en contacto a las partes para facilitar las negociaciones. Después de constatar que no se habían producido avances significativos, informó en 2016 que propondría elegir la jurisdicción de la CIJ si no se alcanzaba un acuerdo en 2017. Así, informó el 30 de enero de 2018 que había elegido la jurisdicción obligatoria de la CIJ.

Guyana presentó el 29 de marzo de 2018 demanda ante la CIJ. En ella, Guyana solicitó a la Corte que confirmara “la validez jurídica y el efecto vinculante del laudo arbitral de 3 de octubre de 1899” y fundamentaba su decisión en el art. 36. 1 del Estatuto de la Corte, en relación con el artículo IV, párrafo 2 del Acuerdo de Ginebra y la decisión del Secretario General de elegir a la Corte como medio para la solución de la controversia. Por su parte, a través de una carta de su Presidente, que se comunicó a la Corte, Venezuela alegó que la CIJ carecía manifiestamente de competencia debido a que no había prestado en ningún momento su consentimiento; y rechazó, de igual forma, la incoación unilateral y las reivindicaciones invocadas por Guyana. Al mismo tiempo, informó que no tomaría parte en el procedimiento (para. 5).

La CIJ decidió separar los problemas de jurisdicción, relativos a su competencia para conocer del asunto, y pronunciarse sobre su jurisdicción antes de cualquier procedimiento sobre el fondo (para. 6).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Se exponen, a continuación, los principales aspectos de la decisión de la Corte, distinguiendo, entre aquellas cuestiones de carácter procedimental y organizativo y, a continuación, los elementos en los que se basó la decisión sobre la asunción de la competencia de la Corte en este asunto. Puede destacarse la novedad del asunto, que carece de precedentes, en la medida en que el Acuerdo de Ginebra no es expresión de un compromiso expreso ni de una cláusula compromisoria que permita acudir a las partes ante la CIJ en una controversia futura.

La decisión del Gobierno de Venezuela de no participar formalmente en el procedimiento condicionó el desarrollo del procedimiento. La Corte recordó que la falta de comparecencia, según el art. 53. 2 de su Estatuto, no impide una decisión final sobre el asunto que se le somete, si bien debe determinar previamente su competencia y adoptar

una decisión fundamentada en cuanto a los hechos y al derecho. Por otra parte, no se verá afectada la validez ni el carácter definitivo y obligatorio de la decisión (para. 26). De otro lado, la falta de comparecencia no es un obstáculo para que Venezuela sea considerada parte y, por tanto, para que pueda incorporarse en cualquier momento al procedimiento.

La Corte señaló la dificultad en el ejercicio de su función derivada de esta falta de comparecencia (para. 24), al margen de la voluntad de Venezuela de facilitar su misión a través de medios informales. El ejecutivo aportó un Memorándum, que haría las veces de contramemoria en la fase escrita, publicado en el momento de la apertura de la audiencia junto con la memoria de la demandante (para. 15). De igual forma, aunque Venezuela no compareció en la fase oral, transmitió alegatos escritos sobre los argumentos presentados por Guyana (para. 18).

En definitiva, tanto en la fase escrita como en la oral, la Corte de oficio ha utilizado los instrumentos a su disposición para contraponer los argumentos de las partes. Con todo, Venezuela no ha contado con una representación que defienda sus posiciones, ni con un Juez *ad hoc*; y se situó así en una posición de mayor debilidad procesal, asumida en función de su propia estrategia y su tradición jurídica.

En la decisión sobre su competencia, la Corte se ocupa de identificar el objeto de la controversia, llegando a la conclusión de que en el Acuerdo de Ginebra las partes acordaron resolver la cuestión de la validez del laudo, así como sus implicaciones legales para la línea fronteriza, vinculando la cuestión previa relativa a la nulidad del Laudo arbitral con la delimitación definitiva de la frontera (para. 6)

A continuación, respecto de la cuestión relativa al consentimiento de las partes para el arreglo judicial (paras. 67 y ss.), la Corte requiere una voluntad inequívoca e indiscutible de aceptar la jurisdicción de la CIJ, aunque no se requiera una forma particular. En este contexto, se ocupa de interpretar el alcance del Art. IV. 2, con objeto de determinar si puede ser la base de su competencia; esto es, si puede considerarse que sea expresión del consentimiento de las partes para acudir a la CIJ, en razón de la discrecionalidad que otorgarían las partes al Secretario General para elegir cualquier medio de solución de controversias, incluyendo la posibilidad de recurrir ante la CIJ.

A partir de estos elementos, la Corte considera que se desprende de los términos imperativos del art. IV.2 (“Las partes remitirán...”), que habrían asumido el carácter vinculante de la decisión adoptada por el Secretario General (paras. 72 y ss.). En particular, rechaza que la elección del Secretario General sea una simple recomendación, en función de los términos imperativos del Acuerdo de Ginebra, reconociendo al Secretario General la facultad discrecional de elegir cualquiera de estos medios. El alcance de este precepto se interpreta, teniendo en cuenta el objeto y finalidad del acuerdo, que la Corte identifica con la voluntad de las partes de resolver de forma definitiva la controversia. Esta finalidad, considera que se deduce del propio título y preámbulo del Acuerdo, refiriéndose, de forma complementaria, a algunas declaraciones o manifestaciones políticas posteriores que ratificaban su interpretación (paras. 73 y ss.). La Corte subraya que, si se exigiera un acuerdo posterior a la decisión del Secretario

General, privaría de eficacia a su elección.

De igual forma, descarta que esté sometida a ninguna condición, como pudiera ser el previo agotamiento de otros medios de solución de controversias, previstos en el Art. 33 de la Carta (paras. 93 y ss.). En consecuencia, sería posible la incoación unilateral del asunto por parte de Guyana, puesto que las partes habrían prestado su consentimiento previamente a través de este precepto, aunque no fuera de forma expresa.

Las declaraciones y opiniones separadas o disidentes exponen, de forma individual aquellos aspectos que les separan de la decisión mayoritaria o matizan algún aspecto concreto de una decisión que aceptan (el Juez Tomka y el Juez Robinson), dejando al margen que, por unanimidad, la CIJ se declaró incompetente para conocer situaciones posteriores al Acuerdo de Ginebra.

En el centro de varias opiniones disidentes, se encuentra el efecto útil de la última frase del Art. IV.2, en la que se prevé la posibilidad de que se agoten todos los medios de solución posible de controversias y el litigio no se haya resuelto. El Juez Bennouna planteó al representante de Guyana en la fase oral cuál sería su sentido de este precepto, y respondió que, por naturaleza, la solución jurisdiccional acabaría resolviendo definitivamente la controversia. La Corte se esfuerza por dotar de sentido a esta disposición, planteando la hipótesis de una solución jurisdiccional que declarase la nulidad, pero no resolviera la delimitación de las fronteras (para. 86).

Sin embargo, resulta aparente que este precepto tendría mayor significado si se limitan los efectos jurídicos de la decisión del Secretario General. De forma radical, el Juez Gervogian considera que sería un simple ofrecimiento o recomendación hacia las partes, debido a que la finalidad del Acuerdo sería facilitar la solución de la controversia, a través de un acuerdo práctico y aceptable por ambas partes, basado en métodos que impliquen una negociación.

Sin negar su carácter vinculante, el Juez Gaja en su declaración (quizá bajo esa denominación expresa una menor divergencia), considera que no sustituiría la necesidad de un acuerdo posterior de las partes. De igual forma, el Juez Abraham y el Juez Bennouna, aunque aceptan dicho carácter, consideran necesario un acuerdo posterior, llegando este último a afirmar que la Corte deduce “alegremente” su competencia.

III. CONCLUSIONES

La decisión de la CIJ se sitúa en un ámbito donde los aspectos vinculados con los intereses vitales o irrenunciables de las partes, al margen de la mayor o menor fortaleza de sus argumentos, han excluido tradicionalmente las soluciones jurisdiccionales. En este contexto, puede sorprender que la Corte haya llevado al extremo la falta de formalismo en la expresión de esta aceptación, aun cuando se deduzca la voluntad de las partes de resolver definitivamente la controversia. Habrá que ver el desarrollo del procedimiento, sin que falten asuntos en los cuales la Corte ha adoptado decisiones equilibradas entre las

pretensiones de las partes, facilitando así su aceptación, si bien no resultará fácil teniendo en cuenta el objeto de la controversia.

LA SENTENCIA SOBRE EXCEPCIONES PRELIMINARES DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 28 DE ENERO DE 2021 EN LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA FRONTERA MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO (*MAURICIO/MALDIVAS*): ¿EL PASO DEFINITIVO PARA LA DESCOLONIZACIÓN DEL ARCHIPIÉLAGO DE CHAGOS?

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA*

I. HECHOS

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), por medio de una Sala *ad hoc* constituida con arreglo al artículo 15 de su Estatuto y compuesta por nueve magistrados, dictó el 28 de enero de 2021 sentencia sobre las excepciones preliminares que Maldivas había planteado, el 18 de diciembre de 2019, en la controversia relativa a *la delimitación de la frontera marítima entre Mauricio y Maldivas en el Océano Índico*¹. Aunque inicialmente Mauricio había sometido esta controversia a un tribunal arbitral a constituir conforme al Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Convención o CNUDM), durante las consultas con el presidente del TIDM ambos Estados celebraron un compromiso para su sometimiento a dicha Sala *ad hoc* (para. 2).

Mauricio y Maldivas son Estados insulares situados en el Océano Índico (para. 56), ambos partes en la CNUDM (para.78). El primero de estos Estados, Mauricio, considera que su territorio incluye, además de su isla principal, el archipiélago de Chagos, situado aproximadamente a 2.200 kilómetros a su noreste, que fue administrado por Reino Unido entre 1814 y 1965 como “una dependencia de la colonia de Mauricio” (paras. 56-57).

Este asunto supone la tercera *entrega* de la *película* que, a propósito de Chagos, se rueda en tribunales internacionales, tras la del arbitraje celebrado entre Mauricio y Reino Unido, conforme al Anexo VII de la CNUDM, en *la controversia relativa a la zona marina protegida del archipiélago de Chagos*, con laudo de 2015 (paras.64,69), y tras la de la opinión consultiva que, a solicitud de la Asamblea General de Naciones Unidas, emitió la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el 25 de febrero de 2019, sobre *las consecuencias*

* Doctorando e investigador predoctoral FPU en el área de Derecho Internacional Público, Universidad de Córdoba (eduardo.jimenez.pineda@uco.es).

¹ *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Judgment, Preliminary Objections*, ITLOS Reports 2021, en prensa. La sentencia sobre excepciones preliminares y los documentos relativos a este asunto pueden consultarse en: <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/dispute-concerning-delimitation-of-the-maritime-boundary-between-mauritius-and-maldives-in-the-indian-ocean-mauritius/maldives/>, última consulta 09/05/2021. Todas las traducciones son del autor. Dicha Sala estuvo compuesta por los siguientes magistrados: Paik (presidente), Jesus, Pawlak, Yanai, Bouguetaia, Heidar, Chadha, Oxman (magistrado *ad hoc* nominado por Maldivas) y Schrijver (magistrado *ad hoc* nominado por Mauricio) (para. 35).

jurídicas de la separación del archipiélago de Chagos de Mauricio en 1965 (para. 71)². Sobre la base de esta última opinión consultiva, la Asamblea General adoptó, el 22 de mayo de 2019, la resolución 73/295, en la que “*exige* que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte retire su administración colonial del archipiélago de Chagos de manera incondicional en un plazo no superior a seis meses desde la aprobación de la presente resolución, a fin de que Mauricio pueda completar la descolonización de su territorio con la mayor rapidez posible” (para. 74).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Maldivas planteó cinco excepciones preliminares a la jurisdicción del TIDM y a la admisibilidad de las pretensiones de Mauricio (para.79). La primera excepción guardaba relación con la condición de tercera parte indispensable en el proceso de Reino Unido, es decir, con el posible litisconsorcio pasivo necesario (*doctrina del oro amonedado*) de este último Estado (para. 81). En palabras de la Sala, “si existiera una controversia respecto de la soberanía sobre el archipiélago de Chagos, Reino Unido podría ser considerado como un tercero indispensable y el *principio del oro amonedado* impediría a la Sala ejercer su jurisdicción” (para. 99). Al ser la cuestión fundamental de la segunda excepción preliminar el estatus jurídico del archipiélago de Chagos, la Sala consideró pertinente el examen conjunto de las excepciones preliminares primera y segunda, toda vez que ambas versaban sobre dicho estatus (para. 100).

La segunda excepción a la jurisdicción del TIDM se fundamentaba en la controversia sobre la soberanía (para. 101). Con relación al laudo dictado en la controversia sobre la zona marina protegida de Chagos, la Sala declaró que “el hecho de que el tribunal arbitral determinara que tenía jurisdicción (...) y concluyera que Reino Unido había violado sus obligaciones de conformidad con la Convención no significa que el tribunal arbitral reconociera a Reino Unido como el Estado ribereño respecto del archipiélago de Chagos”, como alegaba Maldivas (para. 138). A propósito de la opinión consultiva de la CIJ, la Sala, reconociendo que “el principio del consentimiento de un Estado al arreglo judicial de una controversia con otro Estado es fundamental para los procesos judiciales internacionales”, declaró de manera muy interesante que “ello no significa que la opinión consultiva no pueda tener implicaciones para la cuestión disputada de la soberanía” (para. 168

La CIJ determinó que la administración por Reino Unido del archipiélago de Chagos “es un acto ilegal de carácter continuado, que da lugar a su responsabilidad internacional y que debe ser terminado tan rápidamente como sea posible” (para. 173). Pues bien, la Sala declaró que estas conclusiones “tienen inequívocas implicaciones para la pretensión de Reino Unido de soberanía sobre el archipiélago de Chagos” (*ídem*) y “pueden también conllevar implicaciones para la pretensión de soberanía de Mauricio, cuyo territorio, como la CIJ determinó, incluía el archipiélago de Chagos en el momento de su separación ilegal por Reino Unido” (para. 174). A juicio de la Sala, las determinaciones de la CIJ

² ALOUPI, N., “Chronique de jurisprudence internationale”, *RGDIP*, n° 1, 2021, pp. 119-122.

“pueden ser interpretadas en el sentido de sugerir la soberanía de Mauricio sobre el archipiélago de Chagos” y, además, “el proceso de descolonización tiene aún que completarse” (para. 174). En este sentido, la Sala concluyó que “la descolonización y la soberanía de Mauricio, incluyendo el archipiélago de Chagos, están inseparablemente relacionadas (para. 189).

Respecto del valor de la opinión consultiva emitida por la CIJ, esta Sala distinguió entre el carácter obligatorio y la autoridad (“*authoritative nature*”) de un dictamen, si bien afirmó que “las determinaciones judiciales vertidas en opiniones consultivas entrañan no menos valor y autoridad que aquellas incluidas en sentencias por cuanto están realizadas con el mismo rigor y escrutinio por el “órgano judicial principal” de Naciones Unidas con competencia en asuntos de Derecho internacional” (para. 203). Por consiguiente, la Sala consideró que las conclusiones de la CIJ en la opinión consultiva de Chagos son vinculantes (“*do have legal effect*”) (para.205).

En virtud de los argumentos anteriores, la Sala concluyó que “es inconcebible que Reino Unido, cuya administración sobre el archipiélago de Chagos constituye un hecho ilícito continuado y que debe terminarse lo antes posible”, “pueda tener intereses jurídicos en permanente disposición sobre la delimitación de los espacios marinos alrededor del archipiélago de Chagos” (para. 247). Al no ser Reino Unido una parte indispensable en el proceso, la Sala rechazó la primera excepción preliminar (para. 248). En cuanto a la segunda excepción preliminar, la Sala consideró que “el conjunto de los argumentos anteriores representa un fundamento suficiente para concluir que Mauricio puede ser entendido como el Estado ribereño respecto del archipiélago de Chagos para el propósito de la delimitación de una frontera marítima incluso antes de que el proceso de descolonización de Mauricio sea completado” (para. 250). A juicio de la Sala, la reputación de Mauricio como Estado ribereño “es congruente con las determinaciones del laudo en el asunto de Chagos y, en particular, con las determinaciones recogidas en la opinión consultiva” (para. 250). En consecuencia, la Sala resolvió que Mauricio era Estado ribereño en el sentido de los artículos 74 y 83 de la CNUDM y no retuvo la segunda excepción preliminar (para. 251).

La tercera excepción preliminar estaba fundada en el posible incumplimiento de las negociaciones que, como prevén los artículos 74 y 83, deben producirse con carácter previo al recurso a los procedimientos de la Parte XV de la CNUDM (para. 252). Al respecto, la Sala declaró que el principal propósito de los párrafos primero y segundo de sendos preceptos es asegurar que “ningún Estado establezca sus fronteras marítimas unilateralmente y que tales límites deben fijarse por acuerdo entre los Estados interesados o mediante el recurso a los procedimientos previstos en la Parte XV, si tal acuerdo no puede ser alcanzado en un plazo razonable” (paras. 271, 272). La Sala reconoció que “existe un amplio número de razones por las cuales los Estados implicados no pueden alcanzar un acuerdo” (para. 274). Mauricio trató en varias ocasiones de llevar a cabo negociaciones en este sentido, mientras que Maldivas no respondió a la invitación de Mauricio (paras. 288, 291). En opinión de la Sala, que nos parece de gran relevancia, “en las situaciones en las cuales “no se pueda alcanzar un acuerdo”, el recurso a los procedimientos de la Parte XV de la Convención, previsto en el párrafo 2 de los

artículos 74 y 83, no solamente está justificado, sino que es también una obligación de los Estados interesados” (para. 292). Por este motivo, desestimó igualmente la tercera excepción preliminar (para. 293).

Por otra parte, Maldivas objetaba, como cuarta excepción preliminar, la existencia de una controversia. El TIDM afirmó que existe claramente un desacuerdo entre las pretensiones de Maldivas (de una plataforma continental extendida) y las de Mauricio (de una zona económica exclusiva), de manera que las Partes “claramente sostienen visiones contrapuestas” (para. 332). La Sala concluyó que existía una controversia, por lo que no retuvo la cuarta excepción preliminar (paras. 335-336). En cuanto a la quinta y última excepción preliminar relativa al abuso de proceso, la Sala sucintamente determinó que las pretensiones de Mauricio se circunscribían a los artículos 74 y 83 de la CNUDM, de modo que éstas no constituyen un abuso de proceso y, en consecuencia, rechazó también esta excepción preliminar (paras. 348-350).

Por todo ello, el TIDM decidió, por ocho votos contra uno, que tiene jurisdicción para conocer de la controversia sobre la delimitación marítima entre ambos Estados y, al mismo tiempo, pospuso a la fase siguiente, relativa al fondo, la decisión sobre su jurisdicción para delimitar la plataforma continental extendida (para. 354).

III. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha tratado de poner de manifiesto, la cuestión fundamental de esta controversia sobre delimitación de espacios marinos reside en la soberanía disputada sobre el archipiélago de Chagos entre Mauricio y Reino Unido. El TIDM, de manera valiente, no ha dudado en rechazar el litisconsorcio pasivo necesario de este último Estado y en considerar a Mauricio como el Estado ribereño a los efectos de la delimitación de dicho archipiélago con Maldivas. Para ello, la Sala trajo a colación los pronunciamientos previos de un tribunal arbitral, las resoluciones de la Asamblea General y, sobre todo, la opinión consultiva de la CIJ sobre las consecuencias jurídicas de la separación de dicho territorio en 1965. De manera muy interesante, el TIDM pone en valor dicha opinión consultiva, dado que, aun distinguiéndola de una sentencia dictada en un asunto contencioso, reconoce sus implicaciones para esta controversia y acoge el sentido de dicho dictamen.

En la medida en que esta sentencia sobre excepciones preliminares afirma la ilicitud de la ocupación de un territorio pendiente de descolonización, inadmite el litisconsorcio pasivo necesario de la potencia administradora (Reino Unido) y reconoce efectos a una opinión consultiva de la CIJ en una cuestión tan sensible como la soberanía, considero que estamos ante una decisión histórica del Tribunal de Hamburgo. Dicho Tribunal podría haber optado por una posición más cómoda y haberse declarado sin competencia para conocer de la cuestión de la soberanía territorial³. En cambio, ha dado un paso importante

³ Así lo sugiere el magistrado *ad hoc* Oxman en la única opinión disidente, afirmando que el pronunciamiento sobre el estatus del archipiélago de Chagos “requeriría conocer sobre el fondo de las pretensiones sobre las islas, lo que iría en contra de los límites jurisdiccionales reconocidos por la

en aras de la culminación de esta descolonización. Queda por ver, en fin, si el recorrido ante los tribunales internacionales en su día iniciado por Mauricio puede ser un ejemplo a seguir en situaciones similares.

jurisprudencia existente” (para. 32).

LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE REUNIÓN PACÍFICA FRENTE AL USO DESPROPORCIONADO DE LA FUERZA POLICIAL: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 6 DE JULIO DE 2020, EN EL CASO LAGUNA GUZMÁN c. ESPAÑA

MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ RODRÍGUEZ*

I. HECHOS

La Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) dictó el 6 de octubre de 2020 una sentencia por la que, de forma unánime, condena a España por violación del art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). La demandante no solicitó una indemnización por daños morales, sino la compensación de diversos gastos médicos y procesales (2.539,80 €); el TEDH rechazó tal pretensión e impuso a España el pago de 248.10 € por determinados gastos vinculados al procedimiento por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español¹.

La Sra. M. Laguna Guzmán, participó en febrero de 2014 en una manifestación debidamente notificada a la autoridad competente² y organizada por la *Asociación parad@s en movimiento Valladolid*, a favor de los derechos de las personas desempleadas en un contexto de recortes presupuestarios y de alta tasa de desempleo, como consecuencia de la crisis económica y social iniciada en 2008.

Finalizada la misma sin incidentes, la demandante y otros manifestantes (entre cincuenta y sesenta) continuaron la marcha, de forma espontánea, por el centro de la ciudad, en su mayor parte peatonalizado, hasta llegar a la Plaza de San Lorenzo. En ella, algunos políticos almorzaban tras la celebración de un congreso de su partido³. El grupo se paró frente al restaurante, exhibió una pancarta con el lema “Paremos la criminalización de la protesta social” y denunció casos de corrupción relacionados con dicho partido. La policía acudió y solicitó a los manifestantes que retiraran la pancarta, disolvieran pacíficamente la protesta y no perturbaran el tráfico. Ante su negativa, la policía los dispersó por la fuerza. Todo ello acabó con varios manifestantes y dos agentes de policía heridos y algunas personas fueron detenidas. La Sra. Laguna Guzmán, que portaba la pancarta, sufrió lesiones que exigieron ser atendida en un hospital, pero no fue detenida.

A raíz de estos hechos, se iniciaron varios procedimientos penales tanto contra diez policías, por lesiones, como contra cuatro manifestantes (entre los que no estaba incluida Sra. Laguna Guzmán), por desobediencia y resistencia a la autoridad. Respecto a las

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

¹ STEDH, asunto *Laguna Guzmán c. España* (nº 41462/17). Esta sentencia es definitiva con fecha de 6 de enero de 2021 (art. 44.2 CEDH) y puede ser consultada en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204854>.

² De acuerdo con lo establecido en el art. 21 de la Constitución española.

³ Convención Nacional del Partido Popular, 2014 (www.pp.es/convencion-nacional-valladolid-2014).

causas contra los policías (en las que la demandante compareció como testigo y víctima), estas fueron, a pesar de los recursos, sobreesididas en 2016 por la Audiencia Provincial de Valladolid, al considerar que el uso de la fuerza estuvo justificado. La Sra. Laguna Guzmán interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación del derecho a un juicio justo y a las libertades de pensamiento, expresión, reunión y asociación, que fue inadmitido por carecer de “especial trascendencia constitucional” en 2017⁴.

Agotadas las vías internas, la Sra. Laguna Guzmán presentó su demanda ante el TEDH en fecha de 29 de mayo de 2017, invocando la violación del derecho a la libertad de reunión pacífica (art. 11 CEDH), pues la policía recurrió a la fuerza, de manera desproporcionada, para dispersar una manifestación pacífica y las lesiones sufridas le provocaron una incapacidad permanente para su actividad habitual, según la valoración del Instituto de Medicina Legal de Valladolid de 2016.

En lo que concierne a las causas contra los manifestantes, las mismas terminaron en 2018 con el retiro de algunas acusaciones o con la absolución de los manifestantes; además, el juzgado competente hizo constar en su decisión que los manifestantes fueron reprimidos violentamente sin previo aviso, a pesar de que no habían bloqueado el tráfico ni provocado la confrontación con la policía. La Sra. Laguna Guzmán, que anteriormente había reclamado administrativamente sin éxito al Ministerio del Interior por las lesiones sufridas, apeló a la Audiencia Nacional. En 2019, la Audiencia tuvo en cuenta la citada decisión del juzgado, consideró al Estado responsable por la actuación policial y concedió a la demandante una indemnización de 10.000 €.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La demandante y el gobierno español presentan observaciones por escrito sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.

El gobierno español considera que la demanda es inadmisibile, porque la acción de protesta de la demandante no reúne los requisitos para quedar protegida por el ámbito de aplicación del art. 11.1 del CEDH. Sin embargo, el TEDH concluye que esta demanda es admisible porque, por un lado, la demandante tiene derecho a invocar el art. 11 y, por otro lado, la demanda no puede ser rechazada por el motivo de estar manifestamente mal fundada (art. 35.3. CEDH), ni por otros motivos de inadmisión (paras. 31-36).

En cuanto a los argumentos sobre el fondo, la demandante considera que las autoridades españolas han violado su derecho de reunión pacífica, pues la protesta (aunque espontánea y no notificada) era pacífica y, en cambio, la intervención policial fue innecesaria y desproporcionada, como prueban la gravedad de sus lesiones (para. 37). El gobierno español justifica que el disfrute del derecho de reunión pacífica debía cumplir los

⁴ “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso” (art. 49.1 *in fine*, Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (tras su modificación por la LO 7/2007, de 24 de mayo).

requisitos del Derecho interno y que la intervención era necesaria y proporcionada para mantener el orden público (para. 38); añade, además, que la gravedad de las lesiones de la demandante es irrelevante puesto que no se ha denunciado la violación del art. 3 CEDH⁵ (para. 39).

En respuesta a estos planteamientos, el TEDH analiza tres cuestiones, a tenor de los principios establecidos en su jurisprudencia⁶: a) si hay una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica; b) si tal injerencia es legal y persigue un fin legítimo; c) si tal injerencia es necesaria en una sociedad democrática (para. 40-56).

En lo que concierne a la primera cuestión, el TEDH ha reiterado en su jurisprudencia que una injerencia en el ejercicio de la libertad de reunión pacífica puede provenir tanto de una prohibición formal o *de facto* de la actividad, como de la imposición de otras medidas antes, durante e, incluso, después del ejercicio de la libertad de reunión pacífica⁷, como la dispersión de la manifestación o el arresto de los participantes⁸. Dado que no se ha podido demostrar que el comportamiento de la demandante fuera violento ni en la manifestación oficial ni en la concentración espontánea posterior, el TEDH concluye que hay injerencia en el derecho de la demandante, lo que le lleva a examinar si la misma resulta justificada al amparo del art. 11.2 CEDH.

Respecto a la segunda cuestión, el TEDH determina que, dada la naturaleza y el ámbito de la reclamación así como la posterior valoración del TEDH sobre la proporcionalidad de la injerencia, el TEDH no necesita profundizar en asuntos relacionados con la legalidad de la injerencia y la consecución de fines legítimos (esto es, determinar si el disolver de manera forzosa la reunión tenía los objetivos legítimos de "prevenir el desorden" y "proteger los derechos y libertades de los demás", debido a la interrupción del movimiento del tráfico rodado, como sostiene el gobierno español). Por lo tanto, el TEDH decide examinar solo si la dispersión de la reunión fue necesaria en una sociedad democrática, que, en las circunstancias específicas, incluirá el determinar si la injerencia perseguía un fin legítimo⁹ (para. 47).

En lo relativo a tercera cuestión, el TEDH reitera que, si bien las normas que regulan las reuniones públicas (como el sistema de notificación previa) son esenciales para el buen desarrollo de los actos públicos, ya que permiten a las autoridades minimizar las perturbaciones del tráfico y adoptar otras medidas necesarias para la seguridad, su aplicación no puede convertirse en un fin en sí mismo. En concreto, ante personas que participan en manifestaciones irregulares sin cometer actos de violencia, las autoridades públicas deben mostrar cierto grado de tolerancia, si no se quiere privar de todo contenido a la libertad de reunión garantizada por el art. 11 CEDH¹⁰ (para. 50).

⁵ Prohibición de la tortura y de otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

⁶ STEDH de 11 de abril de 2013, asunto *Vyerentsov c. Ucrania* (nº 20372/11) y STEDH de 31.7.2014, asunto *Nemtsov c. Rusia* (nº 1774/11).

⁷ STEDH (Gran Sala), asunto *Kudrevičius y otros c. Lituania* (nº 37553/05), de 15 de octubre de 2015.

⁸ STEDH, asunto *Oya Ataman c. Turquía* (nº 74552/01), de 5 de diciembre de 2006.

⁹ Tal como el TEDH hizo en su sentencia de 11 de febrero de 2016 en el asunto *Ibrahimov y otros c. Azerbaiyán* (nº. 69234/11, 69252/11 y 69335/11).

¹⁰ STEDH, asunto *Bukta y otros c. Hungría* (nº 25691/04), de 17 de julio de 2007; STEDH, asunto *Fáber*

Ateniéndose a la información de este caso, el TEDH destaca que las autoridades dispersaron la concentración espontánea a pesar de que hasta ese momento su pretensión había sido pacífica y se había desarrollado de forma pacífica (tal como corroboran las decisiones judiciales internas). Además, considera que no se ha demostrado que hubiera sido difícil para la policía contener o redirigir a los manifestantes o controlar la situación de otra manera, ni que la manifestación hubiera generado un alto nivel de alteración del orden público. Respecto a la conducta de la demandante, el TEDH aprecia que no había sido violenta, lo que quedaba demostrado por el hecho de que no hubiera sido detenida ni procesada por ningún acto violento ocurrido durante las protestas y que su nombre ni siquiera se hubiera mencionado en los informes elaborados sobre los hechos; a pesar de ello, la demandante había sufrido lesiones como resultado de la intervención de la policía, que el TEDH consideró desproporcionada (para. 51-55).

En suma, el TEDH llega a la conclusión de que ha producido una violación del art. 11 CEDH al tratarse de una injerencia innecesaria y desproporcionada, por parte de las autoridades españolas, en el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica de la demandante.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Mediante este caso, el TEDH reitera la importancia de que las personas disfruten del derecho de reunión pacífica en las sociedades democráticas. Sin duda, dicho ejercicio debe realizarse en el respeto de la legalidad interna, para no alterar el orden público o los derechos de terceros.

No obstante, cuando se produzca una manifestación irregular, sin que en ella se realicen actos de violencia, el TEDH recuerda que las autoridades públicas deben mostrar cierto grado de tolerancia, para no privar de todo contenido a la libertad de reunión garantizada por el art. 11 CEDH. En consecuencia, el uso de la fuerza por la policía para disolver una concentración espontánea y pacífica puede resultar desproporcionada según las circunstancias del suceso.

Por último, aunque dicha intervención respondiera a un fin legítimo, si la persona, que sufre un uso de la fuerza desproporcionado por parte la policía, no se ha conducido individualmente de manera violenta, la actuación resulta absolutamente injustificada, supone una injerencia desproporcionada en sus derechos y, por ende, una violación del art. 11 CEDH.

c. Hungría (n° 40721/08), de 24 de julio de 2012; STEDH (Gran Sala), asunto *Kudrevičius y otros c. Lituania* (n° 37553/05), de 15 de octubre de 2015.

A VUELTAS CON EL INCIDENTE DE NULIDAD, EL RECURSO DE AMPARO Y EL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO: CASOS GRACIA GONZÁLEZ, MARTÍNEZ AHEDO ET AL., KARESVAARA Y NJIE Y KLOPSTRA c. ESPAÑA ANTE EL TEDH

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ*

I. HECHOS

En el presente comentario, se abordarán las cuatro sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que, principalmente, en el segundo semestre de 2020, han declarado la violación por nuestro país del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (Roma, 1950) (CEDH)¹.

La Sentencia en el asunto *Gracia González c. España*, de 6 de octubre de 2020, parte del complejo proceso iniciado derivado del accidente del helicóptero Bell 407 EC-KTA, operado por INAER, que causó la muerte de seis bomberos de una brigada forestal cuando se dirigían a extinguir un incendio declarado en el término municipal de Villastar (Teruel), el 19 de marzo de 2011. Iniciadas las actuaciones por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Teruel, la demandante se personó como acusación particular, al igual que hizo, entre otros, la Asociación Española de Pilotos Civiles Comerciales (AEPCC), quienes, con una sucesión de requerimientos, recursos de reforma y apelaciones, conformaron un polidrico recorrido judicial con una Fiscalía claramente posicionada a favor de su sobreseimiento y archivo que concurrió de forma provisional y definitiva, esta última por decisión de 14 de agosto de 2014.

El acogimiento parcial del recurso de reforma y la apelación planteados por la Asociación para la depuración de la posible responsabilidad criminal de diversos agentes implicados, el 1 de diciembre de 2014, dará lugar a los hechos que sustentarán la Sentencia del TEDH ya que, en los subsiguientes recursos, el resto de acusaciones particulares no intervendrá por ausencia de discrepancia con la posición de la Asociación y falta de impugnación directa de la Fiscalía de la decisión de reanudación. Sin embargo, la alegación de esta última de archivo definitivo de las actuaciones por ausencia de nuevos hechos esenciales al hilo de su desacuerdo con el acogimiento íntegro de la petición de la Asociación será la finalmente estimada. La demandante verá cómo su incidente de nulidad de actuaciones por *ultra petita* de la decisión de 4 de mayo de 2015 sería declarado inadmisibles, al igual que lo sería su recurso de amparo por falta de especial trascendencia constitucional.

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

¹ De las ciento veinticuatro sentencias declarativas de la violación recibidas por nuestro país a 2020, sesenta y cinco versan sobre este artículo (TEDH, *Violations by Article and by State 1959-2020*, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf). Coincide así con la tendencia general en la actuación del TEDH (TEDH, *In Facts and Figures 2020*, 2021, p. 7, disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2020_ENG.pdf).

En la Sentencia del asunto *Martínez Ahedo et al. c. España*, de 20 de octubre de 2020², nos encontramos ante un nuevo supuesto de demandantes condenados en Francia a penas de prisión por delitos relacionados con la banda terrorista ETA, los cuales, una vez cumplidas estas, son extraditados a España y condenados a diversas penas de prisión por hechos de similar índole. Tras ello, al hilo de la determinación de la duración máxima de cumplimiento de las penas, solicitaron la aplicación retroactiva de la interpretación favorable dada por el Tribunal Supremo a la Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo de la Unión Europea³, impugnando la aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre *intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*⁴, de transposición de la citada Decisión marco. Así mismo, en el proceso se produce la inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de los recursos internos al no haberse planteado el incidente de nulidad (art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵) ante el Tribunal Supremo.

En las Sentencias TEDH en los casos *Karesvaara y Njie c. España*, de 15 de diciembre de 2020, y *Klopstra c. España*, de 19 de enero de 2021, con las salvedades fácticas correspondientes, nos encontramos ante dos procedimientos (desahucio, en el primer caso; ejecución hipotecaria con subasta, en el segundo) seguidos sin personación ni correlativa oposición, con notificaciones infructuosas al domicilio designado en contratos y señalado al órgano judicial (el Tribunal de Primera Instancia de Denia, en ambos casos) por las entidades bancarias, con posteriores notificaciones por edictos y ejecuciones de sentencia (en el segundo caso, con venta por postor de la parcela con permiso de edificación a empresa externa), donde cuando las personas afectadas tienen conocimiento posterior de los mismos, instan su anulación y, ulteriormente, plantean los respectivos recursos de amparo. También, en ambos casos y con igual fecha, la Fiscalía presentaría recurso de súplica ante el Tribunal Constitucional instando la variación en la apreciación de falta de especial transcendencia constitucional, lo que, finalmente, no se produjo.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Respecto del caso *Gracia González c. España*, el TEDH recordó que el derecho a un proceso contradictorio está estrechamente conectado con la igualdad de armas y requiere que cada parte tenga una oportunidad razonable de presentar su caso en circunstancias

² Los otros casos acumulados fueron las demandas n^{os} 41066/17, *Arri Pascual c. España*, 43600/17, *González González c. España*, y 4752/18, *San Pedro Blanco c. España* (Véase Sentencia de Comité, *Martínez Ahedo c. España*, n^o 39434/17, de 20 de octubre de 2020, Anexo).

³ Véase Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo n^o. [186/2014](#), de 13 de marzo de 2014, en relación a la Decisión Marco [2008/675/JAI](#) del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a *la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal* (DOUE L 220, de 15 de agosto de 2008, pp. 32-34).

⁴ Véase *BOE*, n^o. 275, de 13 de noviembre de 2014, pp. 93204-93214. El Tribunal Supremo alinearía su interpretación en la Sentencia de su Pleno 874/2014, n^o recurso 10711/2014, de 27 de enero de 2015.

⁵ Redacción actual derivada de la Disposición final primera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (*BOE* núm. 125, de 25 de mayo de 2007, pp. 22541-22547).

que no le coloquen en una situación de desventaja respecto a la parte oponente (para. 68). Aunque la Fiscalía recuperara las alegaciones que había efectuado a lo largo de actuaciones, no había recurrido la decisión adoptada de continuar con estas, por lo que, cuando la Audiencia Provincial recogió su posición emitida en último lugar al hilo del recurso de reforma presentado sobre el alcance subjetivo de la continuación del proceso, la demandante fue privada de la posibilidad de presentar sus alegaciones escritas en contra del sobreseimiento definitivo y, así, de la oportunidad esencial de tener conocimiento y comentar las observaciones o pruebas presentadas por la otra parte (paras. 70-72), Y es que, recuerda el TEDH, el derecho al proceso equitativo implica que un tribunal no puede sorprender a las partes con argumentos que no han sido discutidos, pues la confianza de quienes litigan en el proceso judicial está basada, *inter alia*, en su conocimiento de que podrán expresar su opinión sobre cada documento del caso, sin que para apreciar la violación de este derecho hiciera falta demostrar el perjuicio, ni que efectivamente se habían introducido hechos esenciales (paras. 72-73).

En el segundo supuesto que nos ocupa, el caso *Martínez Ahedo*, el TEDH, al igual que ya hizo en los casos *Arrózpide Sarasola et. al.* y *Berasategui Escudero y Arriaga Arruabarrena*⁶, vuelve a señalar que la posición de nuestro Tribunal Constitucional de considerar necesaria la interposición del incidente de nulidad ante el Tribunal Supremo para estimar agotada la vía judicial previa (art. 50.1 a) en relación con el artículo 44.1 a) LOTC), cuando las cuestiones que se plantean en el recurso de amparo han sido abordadas en profundidad en la casación y se notifica a las partes que la sentencia del Tribunal Supremo es definitiva con la única indicación del plazo de treinta días para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, es contraria al artículo 6.1 CEDH⁷. De este modo, el TEDH reitera la idea, ya recogida en los dos casos previos señalados, de que se conmina a la parte demandante a que plantee un proceso que puede derivar en la inadmisión del recurso de amparo por extemporáneo cuando existe la clara posibilidad de que el incidente de nulidad, al que se vincula el agotamiento de la vía judicial previa, sea inadmitido por improcedente, generándose para la parte demandante inseguridad jurídica respecto del recurso de amparo (paras. 18-20 y 22). Todo ello reiterando su decisión de obviar cualquier tipo de pronunciamiento acerca de si el incidente de nulidad es la vía adecuada a ser explorada conforme a nuestro ordenamiento interno (para. 21). También, en consonancia con los casos previos, serán desestimadas las alegaciones hechas por los demandantes acerca de la violación de los arts. 5 (derecho a la libertad y la seguridad) y 7 (no hay pena, sin ley) del CEDH (paras. 24-27)⁸.

En los casos *Karesvaara and Njie* (K. y N.) y *Klopstra* (K.), los diversos motivos de

⁶ Véanse las Sentencias en el caso *Arrózpide Sarasola et. al. c. España*, n^{os} 65101/16, 73789/16 y 73902/16, de 23 de octubre de 2018, y en el caso *Berasategui Escudero y Arriaga Arruabarrena*, n^{os} 33637/17 y 34083/17, de 26 de noviembre de 2019.

⁷ En este extremo, dada la práctica previa del propio Tribunal Constitucional, cabría preguntarse si nos hallamos ante un uso del incidente para eludir “casos “difíciles”” (GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., y MONTESINOS PADILLA, C., “Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión?”, *Revista de Derecho Constitucional*, n^o 113, pp. 71-102, pp. 91-93 y 100. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.0>).

⁸ El TEDH remite en este extremo también a las argumentaciones efectuadas en su Decisión de inadmisibilidad en el caso *Picabea Ugalde c. España* (n^o 3083/17), de 18 de abril de 2019, paras. 40-49.

inadmisibilidad alegados por el Abogado del Estado, el mismo en ambos procesos, fueron desestimados. Al respecto, se resalta el recordatorio de la comprensión de que la inadmisibilidad por falta de especial trascendencia constitucional o por falta de prueba de esta no impide al Tribunal Constitucional examinar la admisibilidad y el fondo del recurso ante él planteado (K., para. 37), la consideración de que el procedimiento de ejecución no es la sede correcta para depurar una posible violación de derechos humanos acaecida en el procedimiento de desahucio (K. y N., para. 36), así como la reiteración del juego del principio *jura novit curia* respecto de la (re)caracterización por el TEDH de los hechos, con independencia de las alegaciones de las partes (K., paras. 30, 38).

En cuanto al fondo, el TEDH examina, en primer lugar, si las autoridades fueron diligentes en las notificaciones y si las partes demandantes renunciaron a su derecho a personarse y defenderse. Al respecto, el Tribunal estima que las actuaciones del órgano judicial no respondieron a las obligaciones recogidas en los arts. 155 y 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, al no llevar a cabo una búsqueda de dirección alternativa en el sistema informático interno del tribunal antes de la notificación por edicto, la cual solo puede desplegar sus efectos si es acompañada de un intento diligente y razonable de notificación personal (K. y N., paras. 53-55, y K., paras. 44-46 y 48), sin que se pueda apreciar renuncia alguna al derecho al proceso equitativo por las partes (K. y N., para. 58, y K., para. 50). En segundo lugar, el TEDH concluye que, de la sucesión de actuaciones judiciales habida tras la toma de conocimiento de las partes de las previas, no se desprende que las partes tuvieran ninguna oportunidad real de tener un nuevo juicio (K. y N., para. 60, y K., para. 52).

III. CONSIDERACIONES FINALES

Los casos analizados evidencian el hecho de que, a pesar del tiempo transcurrido, la reforma adoptada por la Ley Orgánica 6/2017 sigue sin dar los resultados esperados y persiste como frente de violaciones del art. 6.1 CEDH. A la, en cierta medida, esperada ineficacia de este incidente cuando su planteamiento deriva de una posible violación de derechos fundamentales cometida por el órgano que ha de resolverlo⁹, se suma la falta de acierto de nuestro magno tribunal en la apreciación de la especial trascendencia constitucional o en la relativa al agotamiento de los recursos internos previos, colocando a nuestro país ante la desazón de sentencias declarativas (en racimo, en su caso) de nuestro incumplimiento. Ciertamente es injusta sería nuestra mirada si la referencia se limitara a la actuación judicial. Así, curiosa resulta la posición de nuestro ejecutivo, pues, si bien el acuerdo amistoso requiere de un concierto de voluntades, la declaración unilateral siempre es una opción que, por lo demás, sirve para hacer gala de la asunción de nuestra responsabilidad respecto del CEDH, independientemente del resultado del procedimiento judicial interno¹⁰. Una asunción que, dejando a salvo la viabilidad (o no) de una posible nueva reforma legislativa, necesita imperiosamente de una decidida acción para superar

⁹ RIPOL CARULLA, S., “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDI*, n°66, 2014-1, pp. 11-53, pp. 27-28.

¹⁰ Esta última precisión se recoge parafraseada del TEDH en su Sentencia en el asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España* (n° 1653/13), de 13 de febrero de 2018, para. 82.

la persistente problemática que se deriva de la actual configuración del incidente de nulidad de actuaciones y del recurso de amparo.

“NO RESULTARÁ FACIL LIBRARSE DE MI” O CÓMO LA CIDH REAFIRMÓ LA INCOLUMIDAD DE LAS OBLIGACIONES DE DERECHOS HUMANOS ANTE LA POTENCIAL DESVINCULACIÓN DE UN ESTADO DEL SISTEMA INTERAMERICANO (OPINIÓN CONSULTIVA CIADH 26/20 DE 9 DE NOVIEMBRE).

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA*

I.- HECHOS.

El artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención) reconoce la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la CorteIDH). Una función que ha desarrollado hasta el momento, en veintisiete ocasiones, siempre a instancia de uno de sus Estados Partes.

El 6 de mayo de 2019, Colombia presentó una solicitud de opinión consultiva sobre las obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos e intente retirarse de la Organización de los Estados Americanos¹. El tribunal ya había tenido oportunidad de pronunciarse con anterioridad, a requerimiento de Colombia, en dos ocasiones anteriores². Junto a Argentina, Colombia es el estado que más veces ha recabado la opinión de la CorteIDH, únicamente por detrás de Costa Rica -que lo ha hecho en cinco ocasiones-.

La opinión consultiva surge en un contexto de particular tensión en la región. Pese a no ser la primera vez que un país amenaza o se retira de la Convención³, parece difícil aislar el pronunciamiento del Tribunal -como sostiene uno de los votos particulares sobre las numerosas menciones a este país en las comunicaciones y audiencias públicas- del caso concreto de la retirada de la Convención por parte de la República Bolivariana de Venezuela y la posterior denuncia en 2017 de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

* Profesor Doctor Acreditado (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 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos*, de 9 de noviembre de 2020. Opinión Consultiva C-26/20, disponible [aquí](#).

² La primera, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, Serie A No. 23, disponible [aquí](#). La segunda, relativa a la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, Serie A No. 10, disponible [aquí](#).

³ Trinidad y Tobago denunció el instrumento por su disconformidad por varias sentencias de la CorteIDH relativas a la pena de muerte (26/5/1999); por su parte, Perú intentó retirar su reconocimiento a la CorteIDH en 1999, durante el mandato de Alberto Fujimori.

El pronunciamiento a propósito del dictamen comentado ha transitado en dos fases distintas: una primera, relativa a la admisibilidad de la consulta, y una segunda, relativa al fondo del asunto. La complejidad de la cuestión abordada dio lugar a dos opiniones particulares -las de los jueces Zaffaroni y Pazmiño Freire- que son tratadas en continuidad con el texto de este comentario.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La consulta, tras ser concretada por la CorteIDH⁴, se concentra en tres aspectos: en primer lugar, la subsistencia de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos para un Estado miembro de la OEA que ha denunciado la Convención Americana de Derechos Humanos; en segundo lugar, los efectos que provoca, sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, la denuncia de la Carta de la OEA por un Estado miembro que no es parte en dicha Convención; y, finalmente, la noción de garantía colectiva subyacente al sistema interamericano respecto de un Estado que haya denunciado la Convención y la Carta de la OEA. Sin embargo, corresponde realizar algunas consideraciones preliminares

La admisibilidad de la consulta no refiere especial interés por cuanto la sala estimó que cumplía con los artículos 70 y 71 del Reglamento de la CorteIDH⁵. No obstante, conviene advertir que, si bien Colombia no especificó las disposiciones que debían ser interpretadas en cada una de las preguntas planteadas, la Corte estimó que el requisito quedaba cumplido al incluir un apartado de disposiciones específicas de aplicación transversal⁶. Además, el Tribunal estimó pertinente incluir en el marco interpretativo los artículos 32 de la Convención y 143 de la Carta de la Organización de Estados Americanos al haber sido referidos en diversos escritos de observaciones y durante la audiencia pública.

Así mismo, la opinión de la Corte responde igualmente a aspectos cuestionados, *amici curiae*, a propósito de su competencia *ratione personae* y de la competencia interpretativa de la CorteIDH. En relación con el primer aspecto, la CorteIDH ha sostenido su competencia para pronunciarse a propósito de Estados Partes o que hubiesen pertenecido con anterioridad al sistema interamericano de derechos humanos y la ha rechazado sobre aquellos otros totalmente ajenos al mismo⁷. Sobre la segunda cuestión, el Tribunal afirma su competencia para interpretar las obligaciones internacionales de los Estados a partir de fuentes que exceden al sistema interamericano hasta alcanzar al derecho consuetudinario y a otros instrumentos convencionales en materia de derechos humanos ajenos a éste, pero que resulten relevantes y conciernan a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

⁴ El artículo 64 de la Convención faculta a la CorteIDH para precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean, con el fin de determinar con claridad el objeto sustancial de su labor interpretativa (Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, para. 49, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, paras. 54-55. Textos accesibles [aquí](#) y [aquí](#)).

⁵ Reglamento de la CorteIDH. Texto accesible [aquí](#).

⁶ Opinión Consultiva de la CorteIDH sobre *la denuncia de la (...)*, para. 19. Texto disponible [aquí](#).

⁷ *Vid.* Opinión Consultiva de la CorteIDH sobre *la denuncia de la (...)*, para. 23. Texto disponible [aquí](#).

Uno de los aspectos más cuestionados del dictamen es el referido a la procedencia de la solicitud y si la misma sirve al fin último de la función consultiva; es decir, responder acerca del alcance de un precepto al objeto de clarificar su contenido para prevenir su violación o si, como sostiene el Juez Zaffaroni en su voto disidente, “lo que se ha presentado a la CorteIDH bajo la apariencia de interrogantes abstractos y carentes de objetivo preventivo, es una invitación a pronunciarse en una materia inescindible del conflicto político internacional de mayor volumen y gravedad en el presente momento regional”. Sin embargo, la mayoría de los jueces sostuvieron la procedencia de la solicitud al no pronunciarse sobre un caso concreto y coadyuvar a una más plena protección del ser humano en el marco del sistema interamericano⁸.

Entrando en las cuestiones de fondo, respecto de los efectos de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos, la CorteIDH recuerda que el periodo de transición de un año desde la comunicación de la denuncia constituye una garantía para la protección de los derechos humanos⁹. También, afirma que la consecuencia esencial de la denuncia efectiva de la Convención es despojar a las personas bajo la jurisdicción de ese Estado de la posibilidad de acudir a instancias internacionales para proteger sus derechos.

Por tanto, las obligaciones de derechos humanos de origen convencional suscritas por el Estado que ha comunicado su retirada permanecen incólumes durante el período de transición; la denuncia efectiva de la Convención Americana no surte efectos retroactivos y se mantiene la vigencia de las obligaciones que surgen de la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos y perdura en tanto subsiste sobre ese país. Dicha denuncia tampoco anula la eficacia interna de los criterios derivados de la norma convencional interpretada como parámetro preventivo de violaciones a los derechos humanos ni las obligaciones asociadas al umbral de protección mínimo a través de la Carta de la OEA y la Declaración Americana. También perdura durante este periodo la supervisión de la Comisión Interamericana, así como la vigencia de las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de Derecho Internacional y de las pertenecientes *al ius cogens*.

En relación con los efectos de la denuncia de la Carta de la OEA por un Estado Miembro que, a su vez, ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la CorteIDH inicia su fundamentación con una prolija y muy rica interpretación de la Carta de la OEA, adicionando un extenso análisis a propósito del valor de los tratados en los ordenamientos internos de los Estados Parte en la OEA.

Concluye afirmando que la renuncia de un Estado a la Carta de la OEA no le desliga completa e inmediatamente de sus obligaciones de derechos humanos, operando el periodo de transición como una salvaguarda al estilo del supuesto anterior. Así, a la incolumidad de las obligaciones de derechos humanos contenidas en la Carta de la OEA

⁸ Opinión Consultiva de la CorteIDH sobre *la denuncia de la (...)*, para. 32. Texto disponible [aquí](#).

⁹ Dicho proceso se encuentra recogido en el artículo 78 de la Convención.

durante este período, se suma la falta de efectos retroactivos de la denuncia efectiva, persistiendo el deber del Estado de acatar y acometer las obligaciones derivadas de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano -resultado de las condenas y sanciones impuestas por la Comisión y la propia CorteIDH- hasta su cumplimiento total. Otro tanto sucede con el deber de cumplir con los tratados interamericanos de derechos humanos ratificados y no denunciados conforme a sus propios procedimientos, así como con las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho, el *ius cogens* o las obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas que permanecen vigentes.

En cuanto a los efectos de la denuncia de la Convención y la retirada de un Estado de la OEA sobre las obligaciones de derechos humanos del resto de Estados, la Carta de la OEA se constituye en el sistema de garantía democrática del sistema interamericano, estableciendo una obligación general de cooperar entre sí de buena fe para cumplir con sus obligaciones internacionales, tanto regionales como universales. La noción de garantía colectiva cumple también un importante rol para la implementación de las decisiones internacionales de órganos de derechos humanos, como la CorteIDH.

La Corte recuerda que, frente a un incumplimiento manifiesto por parte de uno de los Estados de una sentencia emitida por la Corte o de una decisión que ordena medidas provisionales, es deber de la Asamblea General de la OEA, en virtud del artículo 65 de la Convención, asegurar el oportuno cumplimiento de las decisiones. La garantía colectiva implica un deber de los Estados de actuar conjuntamente y cooperar para proteger los derechos y libertades que se han comprometido internacionalmente a garantizar a través de sus observaciones u objeciones ante cualquier denuncia de la Convención Americana o de la Carta de la OEA que no resista un escrutinio a la luz del principio democrático y afecte el interés público interamericano. Conceptos éstos últimos donde, a juicio del Juez Pazmiño Freire en su voto particular, la Corte Interamericana pudo concretar y enriquecer y que, sin embargo, dejó pasar una oportunidad histórica para ello¹⁰.

IV. CONCLUSIONES.

Se trata de una opinión consultiva de indudable interés que brinda a la Corte una estupenda oportunidad para recordar la pervivencia de determinadas obligaciones de derechos humanos, la incolumidad de los sistemas de control de convencionalidad de derechos humanos y la imprescriptibilidad de la obligación de reparación y cumplimiento de las sentencias dictadas por la Corte, más aún, en un momento complejo de fuertes tensiones políticas. Además, resulta una opinión consultiva sobre un supuesto, teóricamente abstracto, que sirve de aviso para los mandatarios de los Estados del sistema interamericano que sientan tentación por arrebatar a su ciudadanía las garantías contenidas en la Convención. Apenas un rubor en el silencio que recuerda que no es fácil librarse de los Derechos Humanos.

¹⁰ Opinión disidente del Juez Pazmiño Freire de la CorteIDH sobre *la denuncia de la (...)*, para. 32. Texto disponible [aquí](#).

UNA VICTORIA “EXTRAORDINARIA” EN LA SAGA DE LAS RENOVABLES (LA ANULACIÓN DE *EISER c. ESPAÑA*, DE 11 DE JUNIO DE 2020)*

FRANCISCO PASCUAL-VIVES**

LAURA ARAGONÉS-MOLINA***

I. HECHOS

El 4 de mayo de 2017 un órgano arbitral constituido en el marco del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) dictó un laudo que declaraba la responsabilidad del Reino de España (España o el Solicitante) por incumplimiento de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las demandantes (las partes *Eiser*), imponiéndole una indemnización de 128 millones de euros, más intereses¹. España solicitó la anulación del laudo alegando cuatro de las cinco causales de anulación previstas en el art. 52.1 del Convenio CIADI, a saber: constitución incorrecta del tribunal; extralimitación manifiesta de facultades; quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y falta de expresión de motivos. El 11 de junio de 2020 un comité *ad hoc*² dictó su decisión sobre anulación a favor del Solicitante y anuló el laudo de 2017 en su totalidad, acogiendo los motivos de constitución incorrecta del tribunal y quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. En este comentario nos centramos en el estudio de las dos causales admitidas por el comité.

II. LA CONSTITUCIÓN INCORRECTA DEL ÓRGANO ARBITRAL

España alegó que el órgano arbitral se había constituido incorrectamente porque uno de los árbitros carecía de las cualidades de independencia e imparcialidad exigidas por el art. 14.1 del Convenio CIADI, circunstancias que solo se conocieron después de que se dictara el laudo. En particular, España argumentó que el árbitro S.A. Alexandrov mantenía una estrecha relación profesional con el *Grupo Brattle* (los expertos sobre daños y regulación que asesoraban a las demandantes) y no reveló esta información durante el arbitraje. Mientras que las partes *Eiser* entendían que el art. 52.1.a) del Convenio CIADI solo se aplicaba a deficiencias procesales relacionadas con la constitución del tribunal al comienzo del arbitraje. España, para las demandantes, habría renunciado a su derecho a recusar porque debía haber conocido esa relación laboral durante el arbitraje.

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

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alcalá (f.pascualvives@uah.es).

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

¹ Véase “Crónica de Derecho internacional público”, *REEI*, nº 35, 2018, pp. 19-28.

² El comité *ad hoc* estuvo compuesto por R. Ramírez Hernández (mexicano) como Presidente y por los árbitros M. Ali Kahn (paquistaní) y J.D. Hascher (francés).

El comité determinó que esta causa de anulación abarcaba la falta de independencia e imparcialidad de un árbitro. A la luz del art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, interpretó que, conforme al significado corriente de los términos y leídos en su contexto, el tribunal no solo debió haberse constituido correctamente inicialmente, sino que debía haber continuado estándolo hasta que culminara el procedimiento mediante una decisión o laudo definitivos. Puesto que España alegó haber conocido las causas de recusación con posterioridad a la emisión del laudo, no era aplicable el procedimiento de recusación que se acciona cuando el proceso está en curso (art. 57 del Convenio CIADI), y cuya decisión corresponde a los otros dos miembros del órgano arbitral o al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI (art. 58 del Convenio y Regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI).

El mecanismo de anulación es un procedimiento extraordinario no solo por estar sometido a unas causas tasadas, sino por su efecto de invalidación de un laudo con efecto de cosa juzgada. Al analizar esta causa de anulación, surgen dos cuestiones esenciales y controvertidas; primera, si el procedimiento adecuado es, realmente, la anulación o es pertinente la revisión (art. 51 del Convenio CIADI); y, segunda, cuál es el alcance de las competencias de un comité cuando no ha habido una decisión sobre recusación previa.

En cuanto a la primera cuestión, las partes *Eiser* defendían que cuando se conocía la causa de recusación con posterioridad al laudo, el procedimiento adecuado era la revisión, pues el árbitro recusado podría brindar las explicaciones oportunas. Ciertamente, la revisión y la anulación tienen funciones y efectos distintos; mientras la revisión afecta al fondo del laudo, la anulación se ocupa de proteger la integridad del procedimiento y la justicia procesal³. El comité entendió que sería contrario al mandato del art. 52 del Convenio CIADI no poder evaluar una impugnación a la imparcialidad e independencia de un árbitro que afecta a la integridad del procedimiento o a la validez o legitimidad del laudo. Además, respecto a la imposibilidad del árbitro recusado de exponer sus argumentos sobre el motivo de recusación en el procedimiento de anulación, el comité consideró que era intrascendente en estos procedimientos, ya que los comités de anulación no tienen la facultad para recusar árbitros de un arbitraje ya concluido, ni proponer acción alguna respecto a su conducta y solo pueden anular el laudo cuando se constate la causa de anulación⁴. En suma, el comité siguió una posición hasta ahora mayoritaria⁵ entre los comités que se han pronunciado sobre supuestos similares⁶.

Respecto a la segunda cuestión (el alcance de las funciones de un comité *ad hoc*), el comité reconoció que sus facultades eran limitadas, como defendían las partes *Eiser*, pero concluyó que podía evaluar la imparcialidad e independencia de un árbitro y, sin una

³ *Eiser Infrastructure y Energía Solar c. España* (caso CIADI n° ARB/13/36, Decisión sobre anulación, de 11-6-2020, para. 174) (*Eiser*).

⁴ *Ibidem*.

⁵ Entre otros, véase *Aguas de Aconguija y Vivendi c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/97/3, Decisión de 10-8-2010); *EDF y Otros c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/23), Decisión de 5-2-2016; y *Suez y Otros c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/19, Decisión de 5-5-2017).

⁶ No obstante, en *Azurix c. Argentina*, el comité sugirió que la revisión sería el procedimiento adecuado, si la parte interesada descubriera las causas de recusación con posterioridad a la emisión del laudo: véase *Azurix c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/01/12, Decisión de 1-9-2009, para. 281).

decisión previa al respecto, podía pronunciarse *de novo* sobre las causas de recusación. Por el contrario, cuando existe una decisión previa sobre recusación, los comités han reconocido que no pueden ignorar las cuestiones ya decididas⁷.

En cuanto al estándar aplicable, el comité siguió lo establecido en *EDF c. Argentina*, y determinó tres cuestiones: primera, la renuncia al derecho a recusar; segunda, la apariencia manifiesta o evidente de falta de independencia e imparcialidad; y, tercera, el efecto material sobre el laudo.

En cuanto a la primera cuestión, la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece que la propuesta de recusación se debe presentar “sin demora y en todo caso antes de que se cierre el procedimiento”, si bien esto solo es posible en caso de conocer la causa antes de ese momento procesal. El comité concluyó que ninguna de las pruebas presentadas por las partes *Eiser* demostraban que España tenía conocimiento de esta situación o habría sido razonable que lo tuviera antes de la emisión del laudo. Por tanto, no podía afirmarse que España había renunciado a la posibilidad de recusar (Regla 27 de las Reglas de Arbitraje del CIADI)⁸.

En cuanto a la segunda cuestión, siguiendo lo establecido en *Blue Bank c. Venezuela*⁹, primero, se debía demostrar la “aparición” de dependencia o parcialidad; segundo, aplicar un estándar objetivo basado en una evaluación razonable de las pruebas por un tercero, siendo insuficiente la creencia subjetiva del Solicitante; y, tercero, la carencia “manifiesta” de las cualidades exigidas en el art. 14.1 del Convenio, entendiendo como tal una carencia “obvia” o “evidente”¹⁰. En suma, el comité definió el estándar aplicable realizando una evaluación objetiva de los hechos, que permitiera a un tercero advertir de forma manifiesta que no se hizo justicia o no se percibió que se hizo justicia. En otras palabras, no solo debería hacerse justicia, sino que también debería percibirse de forma manifiesta e indudable que se hizo justicia¹¹ y, en este caso, la relación existente entre el árbitro y el bufete de abogados (*Sidley Austin*) del que era miembro y el Sr. Lapuerta (perito del *Grupo Brattle*), creaba una apariencia manifiesta de prejuicio a los ojos de un tercero, mediante esa evaluación objetiva de los hechos, debido a los diversos arbitrajes donde ambos habían actuado en calidad de abogado y perito, respectivamente. También señaló que, aunque era normal que pudiera existir cierta interacción entre ellos, puesto que “los árbitros, abogados y peritos que se dedican a arbitrajes de inversión viven en el mismo planeta”¹², era evidente que, a mayor cantidad de vínculos entre ellos a través de casos y, en particular, en distintos roles, mayor sería la probabilidad de que estos dieran lugar a conflictos. Por consiguiente, para una conducción justa y objetiva de los procedimientos arbitrales, estos vínculos debían declararse y ponerse en conocimiento de las partes y de los otros árbitros¹³.

⁷ *EDF y Otros c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/23, Decisión de 5-2-2016, paras. 144-145); y *Suez y Otros c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/19, Decisión de 5-5-2017, paras. 83-94).

⁸ *Eiser*, paras. 189 y 190.

⁹ *Blue Bank c. Venezuela* (caso CIADI n° ARB/12/20, Decisión de 12-11-2013).

¹⁰ *Eiser*, para. 206.

¹¹ *Ibidem*, para. 207, nota al pie 294.

¹² *Ibidem*, para. 217.

¹³ *Ibidem*.

En cuanto a la tercera cuestión, el efecto material de esta relación se examina junto a la siguiente causa de anulación.

III. EL QUEBRANTAMIENTO GRAVE DE UNA NORMA DE PROCEDIMIENTO.

El comité consideró, en línea con la práctica de otros comités¹⁴, que la independencia e imparcialidad del órgano arbitral constituyen una norma fundamental del procedimiento¹⁵ y declaró que la no revelación de la información que afectaba al árbitro Alexandrov privó a España de la oportunidad de recusarlo en el arbitraje y, por ende, de la posibilidad de solicitar el beneficio y la protección de un tribunal independiente e imparcial, afectando al derecho de defensa de España y a su derecho a un juicio justo¹⁶. Por lo tanto, hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.

Por último, el comité debía comprobar si la apariencia manifiesta de la falta de imparcialidad e independencia pudo tener un efecto material sobre el laudo, condición determinante en ambas causas de anulación.

Es imposible para un tribunal ajeno al arbitraje de origen poder determinar con certeza la influencia que uno de los árbitros pudo ejercer durante las deliberaciones dada su confidencialidad. No obstante, teniendo en cuenta que el órgano arbitral adoptó el modelo de daños propuesto por el *Grupo Brattle*, siendo el Sr. Lapuerta quien testificó como perito, el comité concluyó que el quebrantamiento de esta norma fue grave y justificaba la anulación del laudo en su totalidad; es más, señaló que no cabía la anulación parcial del laudo, ni ejercer su discrecionalidad para no anularlo, puesto que: “los comités de anulación son guardianes del sistema CIADI y deben imponer una vara alta con respecto a las obligaciones de divulgación, en particular, y, en general, con respecto a analizar conflictos de interés de los árbitros que también optan por desempeñarse como abogados en disputas de inversión”¹⁷.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El procedimiento de anulación es el mecanismo procesal adecuado cuando una de las partes descubre, con posterioridad a la emisión del laudo, hechos que pueden cuestionar la independencia e imparcialidad exigidas a los miembros de un órgano arbitral. La ausencia de estas cualidades implica la constitución incorrecta del órgano arbitral y conculca una norma fundamental de procedimiento.

Sin embargo, la anulación es un procedimiento extraordinario, que no puede utilizarse

¹⁴ *Saur c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/04/4, Decisión de 19-12-2016, para. 182); y *EDF y Otros c. Argentina* (caso CIADI n° ARB/03/23, Decisión de 5-2-2016, para. 123).

¹⁵ *Eiser*, para. 239.

¹⁶ *Ibidem*, para. 241.

¹⁷ *Ibidem*, para. 255.

caprichosamente. En *Eiser*, siguiendo la práctica de otros precedentes, se aplicó un estándar elevado para anular el laudo. Debe recordarse que la normativa del CIADI prevé un mecanismo específico para proponer la recusación de un árbitro durante el curso del arbitraje, con el objetivo de ventilar esta cuestión con la mayor celeridad y eficacia posibles.

Esta Decisión, además de suponer un respiro momentáneo para España¹⁸, puede propiciar futuros procedimientos de anulación sobre las mismas causales, pues las propuestas de recusación no son infrecuentes en el arbitraje de inversión y, en ocasiones, los conflictos de interés salen a la luz una vez concluido el procedimiento.

¹⁸ El procedimiento sigue todavía pendiente a la espera de una decisión suplementaria solicitada por las partes *Eiser*.

LA PARADOJA DEL RECURSO DE REVISIÓN COMO VÍA DE EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN LOS CASOS DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL (SENTENCIA 692/2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO)

VANESA MENÉNDEZ MONTERO*

I. HECHOS

Por sentencia de 6 de febrero de 2019, la Gran Sala del TEDH condenó a España por vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en su vertiente de derecho a un Juez imparcial. El comentario de jurisprudencia que a continuación se expone es el curioso relato de la ejecución en nuestro país de esta sentencia.

Los hechos que dieron lugar a la demanda ante el TEDH se pueden resumir de la forma que sigue: en la sentencia 22/2011, de 16 de diciembre, la Audiencia Nacional condenó a D. Arnaldo Otegi Mondragón y a D. Rafael Díez Usabiaga a 10 años de prisión, y a Dña. Sonia Jacinto García, Dña. Miren Zabaleta Tellería y D. Arkaitz Rodríguez Torres a 8 años de prisión, por la comisión del delito de pertenencia a organización terrorista. A ello le añadió las penas de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo y para el desempeño de empleo o cargo público por el mismo periodo de tiempo. Frente a dicha sentencia, los acusados interpusieron recurso de casación por infracción de ley. El 7 de mayo de 2012, la Sala II del Tribunal Supremo dictó sentencia 351/2012, estimando parcialmente el recurso de casación, reduciendo las penas impuestas por la Audiencia Nacional a un total de 6 años y 6 meses en el primer caso, y de 6 años en el segundo, rechazando las alegaciones relativas a la vulneración del derecho de los recurrentes a un Tribunal imparcial¹⁹.

Tanto la sentencia de la Audiencia Nacional, como la del Tribunal Supremo, fueron recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional, que desestimó el recurso mediante la sentencia 133/2014, de 22 de julio²⁰. Agotada la vía interna, se presentó demanda ante el TEDH que emitió sentencia el 6 de noviembre de 2018. El asunto, no obstante, fue remitido a la Gran Sala, que estimó, en sentencia definitiva de 6 de febrero de 2019, la vulneración del artículo 6.1 del CEDH respecto del procedimiento judicial seguido ante la Audiencia Nacional y la constatación de dicha vulneración como satisfacción equitativa suficiente respecto a los daños morales sufridos por D. Rafael Díez Usabiaga.

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

¹⁹ Véase, *a contrario*, el voto disidente del Magistrado D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca a la sentencia 351/2012, de 7 de mayo, en el que argumenta a favor del reconocimiento de la vulneración del derecho de los recurrentes a un Tribunal imparcial en sede de la Audiencia Nacional.

²⁰ De nuevo, a través de los dos votos particulares a la Sentencia 133/2014, de 22 de julio, 5 de los 12 Magistrados señalan la vulneración del derecho de los recurrentes a un Tribunal imparcial.

A fin de ejecutar la sentencia del TEDH en nuestro país, los demandantes solicitaron autorización para la interposición de recurso extraordinario de revisión contra la STS 351/2012, de 7 de mayo, en virtud del artículo 954.3º de la LECrim²¹. El recurso de revisión fue estimado por el Tribunal Supremo²², que declaró la nulidad de su sentencia de casación y dejó abierta la posibilidad de resolver un nuevo recurso de casación en relación con la SAN 22/2011, de 16 de diciembre²³, posibilidad que fue aprovechada por los recurrentes. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo dicta la sentencia objeto del presente comentario: la STS 692/2020, en la que declara la anulación de la SAN 22/2011, de 16 de diciembre, ordena la celebración de un nuevo juicio y la retroacción de las actuaciones al momento previo del juicio oral, que ha de repetirse con un Tribunal compuesto por diferentes Magistrados ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Sin perjuicio de que los recurrentes ostentaran el derecho a reclamar la ejecución de la sentencia del TEDH, la revisión del caso en sentido estricto plantea varias incoherencias. Por un lado, la vulneración del derecho a un Juez imparcial se predicaba respecto del primer proceso sustanciado ante la Audiencia Nacional, no respecto del proceso que culminó con la sentencia dictada en casación. En consecuencia, la posible anulación de la SAN 22/2011, de 16 de diciembre, dejaba el asunto desprovisto de una resolución sobre el fondo, lo que resulta contrario a derecho. Por otro lado, los recurrentes ya habían cumplido la pena privativa de libertad en su totalidad, por lo que la anulación de la sentencia de la Audiencia Nacional no podía suponer, como en casos precedentes, su liberación automática.

En primer lugar, el artículo 954.3º de la LECrim dispone que los demandantes ante el TEDH están legitimados para solicitar la revisión de una resolución judicial firme siempre y cuando se den tres requisitos, a saber: [i] que el TEDH haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH; [ii] la violación, por su naturaleza y gravedad, ha de entrañar efectos persistentes, esto es, ha de constituir una lesión actual; [iii] y ha de tratarse del último recurso, sin posibilidad de acudir a ningún otro medio para obtener el cese de la violación constatada. En la STS 426/2020, de 27 de julio, al apreciar la concurrencia de los requisitos del artículo 954.3º de la LECrim, la Sala II del Tribunal Supremo únicamente hizo referencia a la constatación de la vulneración del derecho contenido en el artículo 6.1 del CEDH²⁴. No entró a valorar si, y en qué medida, persistían los efectos de la violación del derecho al Juez imparcial, ni procedió a concretarlos. Tampoco sopesó la existencia de otro

²¹ Introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. El legislador ha respondido así a las quejas que venía manifestando el Tribunal Constitucional ante la ausencia de un cauce legal que permitiera a los Jueces ordinarios revisar las sentencias penales firmes a la luz de una sentencia del TEDH declaratoria de una vulneración de derechos (STC 245/1991, de 16 de diciembre).

²² ATS 11682/2019, de 24 de octubre.

²³ STS 426/2020, de 27 de julio.

²⁴ STS 426/2020, de 27 de julio, FJ II.

mecanismo igual de eficaz en el cese de la violación, habida cuenta de que los recurrentes en casación ya habían cumplido la totalidad de sus condenas²⁵. Este punto resulta conflictivo, pues una autorización cuasi automática del recurso extraordinario de revisión no solo desvirtúa su propia naturaleza como remedio excepcional, sino que también pone en grave peligro el respeto al principio de seguridad jurídica²⁶.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo enumera varios casos en los que, como consecuencia de la apreciación de la vulneración del artículo 6 del CEDH, declaró la nulidad de la sentencia dictada en apelación o casación²⁷. Sin embargo, en estos casos, se trataba de sentencias condenatorias, por lo que su nulidad suponía la vigencia de la absolución acordada en primera instancia²⁸. Es decir, los precedentes jurisprudenciales descritos tratan un escenario distinto al planteado, donde los condenados en primera instancia vieron una rebaja de sus condenas en casación, no pudiendo operar en este sentido la absolución implícita. Por otro lado, la mera declaración de nulidad de la sentencia de instancia impide que haya una resolución válida sobre la cuestión de fondo, la existencia de los hechos, la participación de los acusados y su carácter delictivo (FJ I, para. 4). Esto conduciría a una situación donde los acusados habrían cumplido una condena privativa de libertad sin justificación final alguna, y se vulneraría el derecho de las acusaciones a una resolución motivada sobre el fondo (FJ II, para 1; y FJ IV). Por lo tanto, en opinión del Tribunal Supremo, procede la reapertura del juicio oral, lo cual no atenta contra el principio *ne bis in ídem*, puesto que la retroacción de las actuaciones permite que se enjuicie la causa *ex novo* (FJ III, para. 1).

Por último, en lo referido a los métodos de reparación, el TEDH plantea, en aplicación del artículo 41 del CEDH, una satisfacción equitativa a favor de D. Rafael Díez Usabiaga. Considera que, al tratarse de la violación del artículo 6.1 del CEDH, la forma más apropiada de *restitutio in integrum* sería, en principio, celebrar un nuevo juicio o reabrir el caso, a solicitud del interesado, pero también indica la posibilidad de delegar dicha decisión en los tribunales españoles²⁹. Propone, en todo caso, la constatación de la vulneración del artículo 6 del CEDH como una satisfacción equitativa suficiente en sí misma, no procediendo el abono de indemnización por daños morales (paras. 75 y 78). En el abordaje de esta cuestión, el Tribunal Supremo cita el *Asunto Gençel c. Turquía*, de 23 de octubre de 2003, donde el TEDH consideró que el remedio más apropiado cuando se trata de la vulneración del derecho al Juez imparcial es que el solicitante vuelva a ser juzgado *a su debido tiempo* por un tribunal independiente e imparcial³⁰. Este remedio, por las circunstancias ya señaladas, carece de sentido por extemporáneo. Al declarar la

²⁵ Dada la rebaja convenida en la STS 351/2012, de 7 de mayo, los acusados cumplieron la totalidad de sus condenas en el año 2017.

²⁶ Esta preocupación fue expresada por el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez en su voto concurrente a la STC 240/2005, de 10 de octubre, recaída en el recurso de amparo 5430-2000, para. 2.

²⁷ SSTS 145/2015, de 12 de marzo; 177/2015, de 26 de marzo; 330/2015, de 19 de mayo; 633/2015, de 23 de octubre; 113/2017, de 22 de febrero; 84/2017, de 24 de febrero; 626/2017, de 21 de septiembre; 510/2019, de 28 de octubre.

²⁸ STS 692/2020, de 15 de diciembre, FJ I, para. 2.

²⁹ STEDH, asunto *Otegi Mondragón y Otros c. España* (nos. 4184/15, 4317/15, 4323/15, 5028/15, 5053/15), de 6 de febrero de 2019, para. 74.

³⁰ STS 692/2020, de 15 de diciembre, FJ III, para. 1, [énfasis añadido].

nulidad de la sentencia en instancia, es posible que se dicte una sentencia absolutoria, teniendo los interesados derecho a las indemnizaciones civiles que correspondan en consideración de las penas privativas de libertad ya cumplidas y que serán satisfechas por el Estado. De lo contrario, el artículo 980 de la LECrim dispone la compensación de la pena corporal sufrida en caso de la imposición de nuevas condenas (FJ IV, para. 2).

III. CONSIDERACIONES FINALES

La STS 692/2020, de 15 de diciembre, es una de las pocas que ha lidiado, hasta la fecha, con las consecuencias materiales de la estimación del recurso extraordinario de revisión. La ambigüedad conceptual del artículo 954.3º de la LECrim y la excesiva laxitud en su aplicación han llevado a resultados simbólicos, pero de escasa utilidad práctica, tal y como ha quedado demostrado en el presente caso. Los recurrentes podrían haber solicitado al Estado español la declaración de la vulneración de su derecho a un Tribunal imparcial y la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia *ex* artículo 121 de la CE. En cambio, optaron por una estrategia procesal que ha derivado en un proceso reiterativo y que poco o nada puede aportar al ulterior desarrollo de la causa. Toda vez que los recurrentes ya han cumplido la totalidad de sus condenas, la solución propuesta por el Tribunal Supremo supone, en el mejor de los casos, la declaración de su absolución en instancia con la correspondiente indemnización civil. Por esta misma razón, al autorizar la interposición del recurso extraordinario de revisión, el Tribunal Supremo no ha tenido en cuenta este tipo de consideraciones prácticas, ya que pudiendo haber llegado al mismo resultado, no hubiera sido necesario malograr el tiempo, la energía y los recursos limitados de ambos Tribunales.

LAS SOLICITUDES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL PRESENTADAS EN EMBAJADAS Y CONSULADOS ESPAÑOLES (SENTENCIA 3445/2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO).

TERESA SANCHO CARRASCO*

I. HECHOS.

En febrero de 2016 una familia de origen iraquí, formada por un matrimonio y sus hijas menores de edad, llegó a Grecia. Una vez allí presentaron su solicitud de protección internacional en dos ocasiones: la primera, dentro del marco del programa de reubicación de personas refugiadas, el 5 de enero de 2017 y la segunda, ante la embajada de España en Grecia, por vía telemática, el 14 de abril de 2017. Aunque todos los miembros de esta familia aparecían como admitidos en la lista presentada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) el 25 de octubre de 2016 para el procedimiento de reubicación temporal, el 20 de julio de 2017 el Servicio de Gradación Independiente de Asilo y Reubicación de Grecia comunicó al padre que su petición de reubicación había sido denegada y que el país heleno se declaraba competente para conocer de su solicitud de protección internacional. Además, se le notificó el inicio de un proceso penal contra él por la Fiscalía de Salónica. Ante esta situación, ese mismo día, las personas afectadas firmaron un documento en el que solicitaron la tramitación separada de los expedientes de reubicación y el padre, por su parte, autorizó el viaje a España de la esposa y las hijas menores de edad. Una vez trasladadas a Vitoria-Gasteiz, solicitaron protección internacional y el procedimiento concluyó con la concesión del estatuto de protección subsidiaria para todas ellas.

No habiendo obtenido respuesta alguna a la petición de protección internacional presentada ante la embajada española, la representación del padre interpuso una demanda ante la Audiencia Nacional donde alegó que, finalmente, no fue iniciado ningún procedimiento que supusiera causa de expulsión del programa de reubicación temporal y solicitó que se considerase nulo de pleno derecho el silencio administrativo negativo que denegó el ejercicio del derecho a protección internacional, de acuerdo con el mecanismo establecido en el artículo 38 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*³¹. Además, solicitó que se reconociera que se daban los requisitos establecidos en dicho artículo y que la familia al completo tenía derecho a ejercer la petición de protección internacional por este mecanismo. Finalmente, solicitó la autorización de su traslado a España en el marco de la instrucción del expediente de protección internacional incoado según lo previsto en el citado artículo.

En primera instancia, se desestimó el recurso en lo referente a las peticiones de la madre y las hijas, puesto que ya habían obtenido la protección subsidiaria en territorio español

* Investigadora Predoctoral (FPU-MECD) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia (teresa.sancho@um.es).

³¹ BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, pp. 90860 a 90884.

y, por tanto, se señaló que carecía de sentido efectuar un pronunciamiento sobre su derecho a la aplicación del artículo 38. Por otro lado, se estimó la petición en lo referente al padre y se vio reconocido el derecho a que se promoviera su traslado a España.

Ante este fallo, la Abogacía del Estado planteó recurso de casación por interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia acerca de la interpretación del artículo 38 de la Ley 12/2009, relativo a la promoción del traslado a territorio nacional por parte de las Embajadas y Consulados cuando las personas solicitantes se encuentren en terceros países, corra peligro su integridad física y no sean nacionales del Estado en el que se encuentre esta representación diplomática. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia el 15 de octubre de 2020 en la que desestimó dicho recurso y vino a ratificar la sentencia dictada por la correspondiente Sala de la Audiencia Nacional, el 28 de marzo de 2019³².

II. PROBLEMAS JURÍDICOS.

En el recurso de casación presentado por la Abogacía del Estado se pedía determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a las peticiones de protección internacional presentadas en virtud del artículo 38 de la Ley 12/2009 y si resulta aplicable a las solicitudes presentadas fuera del territorio nacional, dada la falta de desarrollo reglamentario de este precepto. Se solicitó, además, la precisión sobre si la locución “corra peligro su integridad física” hace referencia al país de origen o al tercer país donde se encuentra la Embajada o Consultado. Finalmente, planteó cuál es la consecuencia jurídica de la falta de respuesta de la Administración a la solicitud presentada al amparo del artículo 38. El Tribunal Supremo responde a estas peticiones en el Fundamento jurídico tercero de la sentencia.

En lo referente a la primera de las peticiones, el Tribunal estableció que no era necesario el desarrollo reglamentario para la correcta aplicación del artículo en cuestión, puesto que su propio tenor literal ya aporta suficientes elementos para ello. Además, indicó que, en ausencia de los elementos que podrían faltar para la eficacia del artículo, habría de acudirse a lo establecido en el Reglamento³³ de la anterior Ley de Asilo³⁴ en todo lo que no entrase en contradicción con la nueva Ley 12/2009.

En este sentido, el Tribunal se apoyó también en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre el asunto *N.D. y N.T.*, donde se declaró que las personas que saltaron la valla fronteriza de la ciudad de Melilla en 2014 podrían haber accedido de manera legal al territorio español haciendo uso de los instrumentos establecidos para ello, como sería el caso de las solicitudes de protección presentadas en Embajadas y Consulados³⁵. Esta consideración del TEDH vino en la línea de lo alegado

³² SAN 1616/2019 (Sala de lo Contencioso, Sección 8ª), de 28 de marzo de 2019 (recurso 900/2017).

³³ Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo*. BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995, pp. 7237-7246.

³⁴ BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984, pp. 8389-8392.

³⁵ STEDH (Gran Sala), caso *N.D. y N.T. c. España* (nos. 8675/15 y 8697/155), de 13 de febrero de 2020,

en aquel momento por la representación del Gobierno español, que señaló la plena aplicabilidad del artículo 38 y la vigencia de las disposiciones del Reglamento de la anterior Ley de Asilo, reforzando su postura con la alusión a una Carta circular enviada a los embajadores españoles el 20 de noviembre de 2009, fecha de entrada en vigor de la Ley 12/2009, donde se especificaban determinadas medidas para la aplicación de dicho artículo.

Así, tras la propia contradicción de la representación del Gobierno español, queda establecido por el Tribunal Supremo que esta disposición es plenamente aplicable y que cuenta con desarrollo procedimental suficiente para su eficacia.

Respecto a la interpretación correcta de la locución “corra peligro su integridad física”, el Tribunal Supremo estimó que esta valoración debe entenderse con respecto al país de origen e indicó que, de no ser así, se estaría desligando la evaluación de la situación que determinó la solicitud de protección y se alterarían las razones en las que se fundó la misma. Para reforzar su razonamiento, recurriría de nuevo a lo establecido en la Carta circular antes citada en la que se señalaba que la situación de riesgo para la integridad física debe estar relacionada con las causas vinculadas al ámbito de aplicación de la Ley 12/2009, esto es, al asilo y a la protección subsidiaria, evidenciándose otra vez la posición discordante de la Abogacía del Estado respecto de lo sostenido en el caso *N.D y N.T.* De este modo, quedaba rechazada la alegación presentada por la Abogacía del Estado que sostenía que dicha expresión debía ser interpretada en relación con el tercer país donde se ubicase la Embajada o Consulado. Merece la pena destacar que esta especificación del Tribunal Supremo puede resultar de especial relevancia en las solicitudes de protección internacional presentadas en Embajadas y Consulados que se encuentren en el territorio de la Unión Europea y, más aún, en aquellos terceros países que sean considerados como seguros por esta³⁶.

Para concluir, el Tribunal Supremo consideró que la Administración tiene el deber de contestar cuando se plantea la solicitud de protección a raíz del artículo 38, y se ampara para ello en lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*³⁷. Establece, así, que la falta de respuesta constituiría un acto presunto y susceptible de impugnación. De este modo, quedó rechazada la alegación presentada por la Abogacía del Estado en la que mantenía que no habría obligación de resolver, puesto que no existía en realidad un procedimiento al no haber disposiciones que lo regulen, y que, en caso de que se entendiera que sí había procedimiento válidamente iniciado, el artículo 38 no establecía obligación de resolver.

paras. 212, 225 y 226.

³⁶ Véase https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/2_eu_safe_countries_of_origin_es.pdf

³⁷ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pp. 89343-89410.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El refrendo de la posibilidad de presentar la solicitud de protección internacional en Embajadas y Consulados, hace que este fallo del Tribunal Supremo resulte esperanzador en cuanto supone un avance en la aplicación efectiva de un artículo prácticamente no empleado hasta el momento³⁸ y puede ser de gran valor para el establecimiento de rutas seguras que permitan una llegada garante al territorio español de aquellas personas víctimas de persecución, en el sentido que establece la Convención de Ginebra de 1951, o que huyen de una situación de violencia generalizada en su país de origen o residencia. No obstante, la esperanza que se abre ante esta sentencia se nubla si se tienen en cuenta una serie de consideraciones que podrían afectar a la plena efectividad del discutido artículo 38.

En este sentido, no podemos olvidar que el caso que nos ocupa ocurrió en un contexto determinado, con la aprobación de unas Decisiones europeas³⁹ que, ante la situación del gran incremento de llegadas a las costas italianas y griegas, establecieron determinados cupos de reubicación como medida de solidaridad entre los Estados miembros, a raíz de las cuales entraron en juego los listados de ACNUR declarando admitida para su reubicación en España a la familia afectada. Además, en este caso concreto también entraría en juego el trato diferencial que recibió la petición del padre con respecto a la de su esposa e hijas, poniendo en peligro los derechos que protegían su vida familiar, tal y como se refleja del relato de los hechos.

Fuera de este contexto concreto, hay una serie de regulaciones europeas cuyo cumplimiento podría dificultar el efectivo traslado a territorio español de las personas solicitantes en Embajadas y Consulados que se encontrasen en suelo de la Unión o en terceros países que hayan sido designados como seguros. En este sentido, cabe citar el Reglamento 604/2013 (Dublín III)⁴⁰ que, con carácter general, establece en su artículo 13 que será responsable de la solicitud aquel Estado al que entró la persona solicitante de manera irregular procedente de un tercer país. Además, la Directiva de Procedimiento⁴¹ en su artículo 33 señala como motivo para declarar una solicitud como inadmisible que la persona provenga de un tercer país considerado como seguro. Por otro lado, existe una

³⁸ En este sentido, según los datos oficiales aportados por la Oficina de Asilo y Refugio, las solicitudes presentadas en embajadas en los últimos años se han limitado a casos de extensión familiar (accesibles en: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201562/Asilo_en_cifras_2019_126150899.pdf/15f04b97-06e9-4ab0-ba20-7d90ebec1f13).

³⁹ Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre de 2015, *relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia*, DOUE L 239, de 15 de septiembre de 2015, p. 146, y Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre de 2015, *por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia*. DOUE L 248, de 24 de septiembre de 2015, p. 80.

⁴⁰ Reglamento (UE) 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, *por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido)*. DOUE L 180, de 29 de junio de 2013, p. 31.

⁴¹ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, *sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (Texto refundido)*. DOUE L 180, de 19 de junio de 2013, p. 60.

idea ya asentada de que no es posible para el solicitante elegir el país donde quiere que se tramite su solicitud de protección internacional en suelo europeo⁴².

Todas estas previsiones plantean interrogantes acerca de cómo jugaría esta resolución del Tribunal Supremo en las condiciones actuales de asilo y refugio, una vez desaparecida la urgencia de 2015 y sin Decisiones que establezcan el reparto de cuotas por Estados. Quizá Embajadores y Cónsules se vieran en la tesitura de tener que elegir entre cumplir la normativa europea o seguir la resolución del Tribunal.

⁴² En este sentido se manifiesta la Comisión Europea en su propuesta para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre asilo y gestión de la migración que enmienda la Directiva del Consejo 2003/109/CE y la propuesta de Reglamento XXX/XXX [Fondo de Asilo y Migración], Doc. COM (2020) 610 final, de 23 de septiembre de 2020, p. 24.