

CRÓNICAS

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, C. QUESADA ALCALÁ, J. LASO PÉREZ,
M. GARCÍA CASAS, E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO,
M.C. MUÑOZ RODRÍGUEZ, M. E. SALAMANCA AGUADO,
E. M. RUBIO FERNÁNDEZ, A. D. ARRUFAT CÁRDAVA,
Y V. MENÉNDEZ MONTERO**

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

SUMARIO:

LA ORDENANZA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2023 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DEL LAUDO ARBITRAL DE 3 DE OCTUBRE DE 1899 (GUYANA c. VENEZUELA)

POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO pp.407-412

LAS MEDIDAS PROVISIONALES ADOPTADAS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DE LA FRANJA DE GAZA: UNA CUESTIÓN DE HUMANIDAD (ICJ, APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE IN THE GAZA STRIP (SOUTH AFRICA v. ISRAEL), ORDER, 26 JANUARY 2024)

POR C. QUESADA ALCALÁ pp. 413-418

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 2 DE FEBRERO DE 2024, EN EL ASUNTO DE LAS ALEGACIONES DE GENOCIDIO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO (UCRANIA c. RUSIA: EXCEPCIONES PRELIMINARES)

POR J. LASO PÉREZ..... pp. 419-424

UN CAPÍTULO QUE SE CIERRA EN LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL DE UCRANIA: LA SENTENCIA DE LA CIJ, DE 31 DE ENERO DE 2024, SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (UCRANIA c. RUSIA)

POR M. GARCÍA CASAS pp. 425-429

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

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

DE TORTURAS Y ESTRATEGIAS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (ORDENANZA DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO CANADÁ Y PAÍSES BAJOS c. LA REPÚBLICA ÁRABE SIRIA, 2023)

POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ..... pp. 431-435

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 13 DE JULIO DE 2023 EN LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EXTENDIDA MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS MARINAS CONTADAS DESDE LA COSTA NICARAGÜENSE (NICARAGUA C. COLOMBIA)

POR E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO..... pp. 437-441

BIG BROTHER IS WATCHING YOU! (SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 4 DE JULIO DE 2023, ASUNTO GLUKHIN c. RUSIA)

POR M.C. MUÑOZ RODRÍGUEZ..... pp.443-446

EL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO Y LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA DEL ESTADO: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ASUNTO G.T.B c. ESPAÑA

POR M.E. SALAMANCA AGUADO..... pp.447-451

REALINEANDO LA DOCTRINA GONZALEZ CARREÑO: LA SENTENCIA 5520/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2023

POR A.D. ARRUFAT CÁRDAVA..... pp. 453-456

LA CELEBRACIÓN DE UN NUEVO JUICIO COMO REPARACIÓN EN LOS CASOS DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL (STC 9/2024, DE 17 DE ENERO)

POR V. MENÉNDEZ MONTERO..... pp. 457-460

LA ORDENANZA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2023 DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DEL LAUDO ARBITRAL DE 3 DE OCTUBRE DE 1899 (*GUYANA C. VENEZUELA*)

SOLEDAD TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO*

I. HECHOS

El 1 de diciembre de 2023, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la CIJ o la Corte) se pronunció, por tercera vez, acerca de un procedimiento incidental en el asunto relativo al Laudo arbitral de 3 de octubre de 1899. Los comentarios a las excepciones preliminares tanto de jurisdicción como de admisibilidad, resueltas anteriormente han sido objeto de sendos estudios en esta misma Crónica¹. Estas páginas versan sobre la solicitud de medidas cautelares introducida por el demandante del litigio principal, República Cooperativa de Guyana, con la que pretendía evitar la celebración del referéndum consultivo convocado por el Consejo nacional electoral venezolano, y, subsidiariamente, si esta consulta popular se mantuviera, la retirada de la mayoría de las cuestiones planteadas (tres de cinco).

Si bien todas las preguntas aprobadas para su formulación en aquella consulta se refieren al contencioso del que está conociendo la Corte, las que lo hacen en mayor medida son la primera, la tercera y la quinta², a pesar de que las dos restantes no resultan neutras dado que también se refieren al contencioso de forma directa³. A través de estas redacciones, en opinión

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

1 En REEI nº 41 (2021) J. LASO PÉREZ realizó un comentario sobre la Sentencia de 18 de diciembre de 2020 acerca de la jurisdicción de la CIJ para conocer del fondo del asunto. En REEI nº 46 (2023), apareció un comentario sobre la Sentencia de 6 de abril de 2023 sobre la admisibilidad de la demanda Guyanesa (p. 551 y ss.).

2 Se trata de las siguientes: la primera: “¿Está usted de acuerdo en rechazar, por todos los medios, conforme a derecho, la línea impuesta fraudulentamente por el Laudo Arbitral de París de 1899, que pretende despojarnos de nuestra Guayana Esequiba?”; la tercera: “¿Está usted de acuerdo con la posición histórica de Venezuela de no reconocer la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para resolver la controversia territorial sobre la Guayana Esequiba?”; y, la quinta: “¿Está usted de acuerdo con la creación del estado Guayana Esequiba y que se desarrolle un plan acelerado para la atención integral a la población actual y futura de ese territorio, que incluya entre otros el otorgamiento de la ciudadanía y cédula de identidad venezolana, conforme al Acuerdo de Ginebra y el Derecho Internacional, incorporando en consecuencia dicho estado en el mapa del territorio venezolano?” (Véase la información oficial de la Asamblea Nacional, publicada el 23 de octubre de 2023, en: <https://www.asambleanacional.gob.ve/noticias/cne-aprueba-por-unanimidad-cinco-preguntas-para-referendo-consultivo>)

3 La segunda “¿Apoya usted el Acuerdo de Ginebra de 1966 como el único instrumento jurídico válido para alcanzar una solución práctica y satisfactoria para Venezuela y Guyana, en torno a la controversia sobre el territorio de la Guayana Esequiba?” y la cuarta “¿Está usted de acuerdo en oponerse por todos los me-

del demandante⁴, se pone en cuestión la validez y los efectos jurídicos de la sentencia arbitral de 1899; e intenta ejercer “sovereignty over the territory between the Essequibo River, and the boundary established by the 1899 Award and the 1905 Agreement; and the purported creation of the State of “*Guayana Esequiba*” and any associated measures, including the granting of Venezuelan citizenship and national identity cards”⁵.

Además de lo anterior, Guyana solicita a la Corte que Venezuela se abstenga de realizar actos susceptibles de dificultar la solución de la controversia en presencia, así como de preparar acciones que puedan implicar el ejercicio de soberanía sobre el territorio polémico o el control *de facto* sobre el mismo. Medida que, en definitiva, no es tal, pues supone recordar al demandado que debe cumplir sus obligaciones, especialmente si se trata de derecho imperativo. De todos modos, el temor de Guyana era el temor de que Venezuela se anexionase “its new State of Guyana esequiba”⁶, pues de los posts y videos publicados por el Ministro Venezolano de Defensa (General Vladimir Padrino López) y el coronel Juan Gutiérrez Ortiz cabía desprender tal amenaza.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El contexto fáctico perfilado por la solicitud de medidas cautelares de Guyana plantea cuestiones jurídicas de gran interés⁷, si bien antes de centrarnos en ella, tan solo recordaré la referencia de Venezuela durante la audiencia pública al momento en el que comunicó la realización del referéndum a la Presidenta de la Corte y representantes de las partes, en el transcurso de una reunión celebrada el 26 de febrero de 2021⁸. Por ello, no entiende que Guyana hubiera esperado más de dos años para interponer la solicitud de medidas cautelares, aunque resulta comprensible que la solicitud guyanesa solo se produjera tras conocer las cuestiones que se incorporarían en la consulta popular anunciada.

dios conforme a derecho, a la pretensión de Guyana de disponer unilateralmente de un mar pendiente de delimitar, de manera ilegal y en violación del derecho internacional?” se refieren a distintos aspectos del contencioso. La indicada en primer lugar, a la búsqueda de un instrumento distinto al Acuerdo de Ginebra de 1966 para la solución de la controversia en presencia y la segunda, al derecho del mar.

4 Véase la solicitud de la República Cooperativa de Guyana en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/171/171-20231030-wri-01-00-en.pdf>

5 El texto transcrito se encuentra en la solicitud de medidas cautelares citada *supra* en nota 5, p. 7.

6 Véase Acta de la Audiencia Pública celebrada el 14 de noviembre de 2023, a las 10h., en el Palacio de la Paz bajo la Presidencia de Mme Donoghue (CR 2023/23, para. 17).

7 Si bien, la CIJ comienza con su tradicional reiteración de las claves de las medidas cautelares: primera, que posee competencia para conocer del fondo del asunto y la demanda introducida es admisible; segunda, que las medidas cautelares tienen por objeto la protección de derechos sobre los que ha de pronunciarse en su respuesta a las cuestiones de fondo; tercera, existe una relación directa entre los derechos objeto de protección y las medidas cautelares solicitadas; cuarta, se visualiza un riesgo y un perjuicio irreparable que pueden sufrir los derechos de no adoptarse medidas que permitan su protección; y quinta, reuniéndose todos los aspectos recién referidos, su Reglamento (artículo 75.2) permite indicar las medidas solicitadas o cualesquiera otras que considere oportunas para proteger el riesgo que fundamenta su adopción.

8 Es la intervención de Makane Moïse Mbengue, en la Audiencia Pública del día 15 de noviembre de 2023 (CR 2023/24, para. 5, p. 19).

La cuestión jurídica más relevante fue la formulada por los representantes de Venezuela en el sentido de que la aceptación de la solicitud guyanesa implicaría la intromisión de la Corte en los asuntos internos del Estado respecto del cual se formula la petición. Resulta meridiano que la organización de un referéndum en Venezuela supone la aplicación del artículo 71 de su Constitución⁹, motivo por el cual, la intromisión de la CIJ implicaría una violación de la Carta de las Naciones Unidas, al tratarse de un asunto estrictamente doméstico¹⁰. Además, recordemos que el derecho a la participación política se encuentra recogido en el artículo 25.a) el Pacto internacional de derechos civiles y políticos que establece el derecho de todas las personas de “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente...”, una de cuyas materializaciones del ejercicio de este derecho es el referéndum.

El demandante defiende no cuestionar la decisión de convocar un referéndum consultivo, sino muy especialmente, esta convocatoria teniendo en cuenta las preguntas que contiene, así como sus eventuales consecuencias, que pondrían en riesgo las tres cuartas partes de su territorio. La solicitud subsidiaria de Guyana acerca de la supresión de algunas de las preguntas incorporadas en la consulta popular resulta igualmente controvertida, por cuanto se inmiscuiría también en los asuntos domésticos del Estado. Además, la Vicepresidenta ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela, afirma que la misma es única e indivisible, se encuentra aprobada por las instituciones establecidas al efecto tal y como se ha publicado. Por otra parte, Makane Moïse Mbengue, representante de Venezuela, afirmó en las audiencias orales un mensaje tranquilizador al indicar que la consulta popular planteada: “cannot have any effect on the validity or invalidity of the arbitral award of 3 October 1899 or cannot have any effect on the ‘related issued the [final] settlement of the boundary dispute’¹¹.

La posición de la República Cooperativa de Guyana defiende que el peligro se encuentra en la consecuencia previsible del referéndum, especialmente a la luz de la quinta de las preguntas del referéndum: la creación de un nuevo Estado venezolano con la incorporación del territorio del Esequibo y la concesión de la nacionalidad a su población¹². De materializarse las sospechas guyanesas, el pronunciamiento sobre el fondo del litigio principal en la controversia en causa carecería de todo sentido y efecto, puesto que se habrían adoptado medidas que implicarían el ejercicio de soberanía sobre el territorio polémico.

Como se indicó antes, las cuestiones más controvertidas de la consulta popular son las impares (1, 3 y 5), la primera, por cuanto se pretende rechazar el laudo arbitral de 1899, que establece la soberanía británica sobre el Esequibo, en la actualidad y tras la independencia de Guyana, fruto de la sucesión producida, es territorio guyanés. Aunque las palabras del representante venezolano antes transcritas resultan tranquilizadoras en este punto, la consecuencia de la consulta popular complicaría la continuidad del litigio, por lo que el efecto de una respuesta

9 Artículo 71: “Las materias de especial transcendencia nacional podrán ser sometidas a referendo consultivo por iniciativa del Presidente o Presidenta...”

10 Véase en este sentido Delcy Rodríguez, Vicepresidenta ejecutiva de la República Bolivariana de Venezuela en la Audiencia Pública del día 15 de noviembre de 2023, CR 2023/24, paras. 2 y ss.

11 *Ibid.*, para. 43, pp. 26-27.

12 Es la intervención del agente de la República Cooperativa de Guyana, Carl B. Greenidge en la audiencia oral del día 14 de noviembre de 2023, CR 2023/23, para. 3, p. 14. Véase texto de la pregunta en nota nº 2.

mayoritaria en apoyo a la posición venezolana no podía ser otra que el rechazo a la frontera impuesta en aplicación de aquel. Jurídicamente es claro que esta situación carece de relevancia sobre la validez del acto impugnado, pero no por ello la consecuencia será pacífica.

Si Venezuela decidiera aplicar una respuesta favorable a la tercera pregunta se ubicaría como un demandado en rebeldía, puesto que implicaría el apoyo popular a la retirada del Estado del contencioso en presencia, dado que la cuestión, como se indicó en la primera página de esta crónica es el acuerdo sobre el no reconocimiento de la jurisdicción de la CIJ para conocer del fondo de este asunto. Por lo que se refiere a la planteada en último lugar, de acuerdo con la opinión guyanesa, abocaría a Venezuela a la anexión del Esequibo. En apoyo de esta idea, se apuntan las maniobras militares para ello, así como las declaraciones antes indicadas al respecto. A la vista de esta argumentación, no es de extrañar que solicitara medidas cautelares para proteger su integridad territorial¹³. Sin embargo, en la Audiencia Pública, Venezuela afirmaba que el propósito de la identificación de la población no era otra que facilitar “the frontier population, particularly those who engage in commercial and day-to-day activities, and will ensure the free movement of persons in the area. Lastly, the incorporation of ‘Guyana Esequiba’ in Venezuela’s cartography is something that Venezuela, who has a plausible claim to the dispute territory, has already done many decades ago and of which Guyana, yet again, is very much aware¹⁴”.

Desde una perspectiva jurídica, de un referéndum consultivo no derivan obligaciones jurídicamente exigibles, pero políticamente no parece comprensible que el convocante se desentienda del resultado obtenido, máxime si está avalado por una mayoría importante. En el caso que nos ocupa, el número de participantes en la consulta no fue tan elevado como cupiera pensar a priori (el 52,15%¹⁵), lo cierto es que todas las fuentes indican que las preguntas formuladas recibieron alrededor de un 95% de respuestas favorables¹⁶. Pese a lo anterior, el Presidente Maduro el día después de la celebración de la consulta proclamó el referéndum vinculante¹⁷, afirmación que jurídicamente carece de fundamento, puesto que la Constitución dota al Presidente de la República de la competencia para convocar referéndum (artículo 236.22) de naturaleza consultiva, careciendo la Presidencia de competencia constitucional para alterar la citada naturaleza. Esta afirmación se produjo pese a que, en la Audiencia Pública, Makane

13 Todas las afirmaciones de los párrafos anteriores se encuentran en la Audiencia Pública de 14 de noviembre de 2023, CR 2023/23.

14 Intervención de Makane Moïse Mbengue en la Audiencia Pública del 15 de noviembre de 2023, CR 2023/24, para. 8, p. 20.

15 Así, [Eldiario.es](https://www.eldiario.es/internacional/venezolanos-respaldan-referendum-reclamacion-soberania-essequibo-franja-guyana_1_10742108.html) afirmó que participaron diez millones y medio de personas de los veinte millones que podían hacerlo (52,5% del censo), en https://www.eldiario.es/internacional/venezolanos-respaldan-referendum-reclamacion-soberania-essequibo-franja-guyana_1_10742108.html, también en <https://www.infobae.com/venezuela/2023/12/04/pese-a-los-pocos-votantes-el-regimen-de-maduro-reporto-millones-de-sufragios-por-el-si-en-el-referendum-consultivo/> y el cierre de las mesas electorales se prolongó durante dos horas para “dar la oportunidad a aquellos que no habían podido votar” <https://elpais.com/america/2023-12-04/el-chavismo-gana-el-referendum-para-la-anexion-del-essequibo-y-eleva-la-tension-con-guyana.html>

16 Véase por todos: <https://elpais.com/america/2023-12-04/el-chavismo-gana-el-referendum-para-la-anexion-del-essequibo-y-eleva-la-tension-con-guyana.html>

17 Véase noticia en Prensa Presidencial: <https://mppre.gob.ve/2023/12/04/presidente-maduro-ratifica-caracter-vinculante-referendum-consultivo/>

Moïse Mbengue, había afirmado: “None of the outcomes of the referendum will have any adverse impact on Guyana’s alleged title over the disputed territory and even less create a risk of irreparable harm to Guyana¹⁸”.

Finalmente, la Corte adoptó por unanimidad las medidas solicitadas por Guyana de forma residual, realizando un llamamiento a Venezuela para que se abstuviera de “taking any action which would modify the situation that currently prevails in the territory in dispute, whereby the Co-operative Republic of Guyana administers and exercises control over that area” y, a ambas partes que “shall refrain from any action which might aggravate or extend the dispute before the Court or make it more difficult to resolve”. Lo que no es una medida cautelar, sino, como dije antes, un recordatorio de las obligaciones estatales.

Los hechos posteriores a la celebración de la consulta popular materializaron las peores previsiones guyanesas, pues se han adoptado actos normativos cuya aplicación vulneraría normas básicas de derecho internacional, incluso de naturaleza imperativa. Así, el 8 de diciembre, el Presidente Maduro firmó seis decretos para “el desarrollo y la defensa del nuevo estado de Venezuela ‘Guyana Esequiba’”¹⁹. Decretos en los que se designa como autoridad única del Estado de Guyana Esequiba a Alexis José Rodríguez Cabello (general venezolano y miembro de la Asamblea Nacional), crea una Comisión nacional para la defensa y la recuperación de la Guyana Esequiba, se oficializa el nuevo mapa de Venezuela en el que se incorpora el territorio objeto de la controversia ante la CIJ a este último Estado²⁰; “la creación inmediata de la división Pdvs Esequibo CVG Esequibo, asimismo se procedió a dar licencia para la exploración y explotación de petróleo, gas y minerales en todo el territorio y en mares”²¹; la creación de la nueva zona de defensa integral de la Guyana Esequiba; y, la declaración de nuevos parques nacionales y monumentos nacionales en ese territorio. Habrá que esperar acontecimientos para ver si la vulneración del derecho internacional antes indicada se materializa.

III. CONCLUSIONES

Que la Corte recuerde a las partes que tienen que cumplir con las normas y obligaciones que les resultan internacionalmente exigibles tiene difícil acomodo en el concepto de medida cautelar. Por otra parte, lo acontecido en días posteriores al referéndum en Venezuela supone la adopción de medidas cuya materialización puede afectar gravemente a los derechos objeto del litigio principal. Lo que implica que las consecuencias de los actos de ámbito estrictamente doméstico son susceptibles de vulnerar las normas de derecho imperativo.

18 Audiencia Pública de 15 de noviembre de 2023, CR 2023/24, para. 44, p. 27.

19 Afirmación que se hizo pública en el perfil de Nicolás Maduro en la red X el mismo día 8 de diciembre. También en: <https://elpais.com/america/2023-12-04/el-chavismo-gana-el-referendum-para-la-anexion-del-essequibo-y-eleva-la-tension-con-guyana.html>

20 <https://elestimulo.com/politica/2023-12-08/es-oficial-maduro-decreta-posesion-del-essequibo-como-un-estado-de-venezuela/>

21 http://www.pdvs.com/index.php?option=com_content&view=article&id=9922:presidente-nicolas-maduro-firmo-decreto-para-la-creacion-de-pdvs-y-cvg-essequibo&catid=10:noticias&Itemid=5&lang=es

Una cuestión añadida a la anterior deriva del peligro de una de las argumentaciones venezolanas. La Vicepresidenta ejecutiva venezolana, Delcy Rodríguez, en su intervención en la audiencia oral del día 15 de noviembre (para. 4) indicó que la posición venezolana es no someter a arreglo de controversias aquellas diferencias vinculadas a sus intereses vitales. El problema de esta afirmación es que será el propio Estado quien determine unilateralmente cuáles son esos intereses vitales y, si no aplica medios de solución pacífica, ¿cómo los resuelve, por la fuerza? Habrá que ver cómo evolucionan los acontecimientos para realizar un análisis de la situación presente y de los eventuales contenciosos futuros a los que pueda enfrentarse la República Bolivariana de Venezuela.

LAS MEDIDAS PROVISIONALES ADOPTADAS POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO DE LA FRANJA DE GAZA: UNA CUESTIÓN DE HUMANIDAD (ICJ, *APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE IN THE GAZA STRIP (SOUTH AFRICA V. ISRAEL)*, ORDER, 26 JANUARY 2024)

CARMEN QUESADA ALCALÁ*

I. ANTECEDENTES Y HECHOS

El 29 de diciembre de 2023, Sudáfrica presentó una demanda contra Israel ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en relación con la presunta violación por parte de Israel de sus obligaciones en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (la “Convención sobre Genocidio”) respecto de los palestinos en la Franja de Gaza. Según dicha demanda, los actos y omisiones por parte de Israel tenían carácter genocida, puesto que son cometidos con la intención específica de “[...] destruir a los palestinos en Gaza como parte del grupo nacional, racial y étnico palestino más amplio”¹. Igualmente, en dicha demanda se establece que “[...] la conducta de Israel, a través de sus órganos estatales, agentes estatales y otras personas y entidades que actúan siguiendo sus instrucciones o bajo su dirección, control o influencia – en relación con los palestinos en Gaza–, vulnera sus obligaciones según la Convención sobre Genocidio”². Otra de las afirmaciones contenidas en la demanda hace alusión a que “[...] Israel, desde el 7 de octubre de 2023 en particular, no ha impedido el genocidio ni ha perseguido la incitación directa y pública al genocidio, de modo que ha participado y está participando en actos genocidas”³, que van dirigidos contra el Pueblo Palestino en Gaza.

Esta demanda contiene una solicitud de medidas provisionales, de conformidad con el artículo 41 del Estatuto de la CIJ y los artículos 73, 74 y 75 del Reglamento de la Corte. El demandante solicita a la Corte que adopte medidas provisionales para “proteger contra daños mayores, graves e irreparables cometidos contra los derechos del Pueblo Palestino en virtud de la Convención sobre el Genocidio”⁴ y asegurar el cumplimiento por parte de Israel de sus obligaciones en virtud de la Convención mencionada. En dicha solicitud de medidas se instaba a que Israel

* Profesora titular de Derecho internacional público en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (cquesada@der.uned.es).

1 La traducción es propia. Véase: CIJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures, 29 December 2023.

2 *Ibidem*, párr.1.

3 *Ibidem*, párr.110, d), g) and h).

4 *Ibidem*, párrs.112-119.

suspendiera con carácter inmediato las actividades militares que está lleva a cabo en y contra Gaza. Las audiencias para la adopción de dichas medidas fueron llevadas a cabo los días 11 y 12 de enero de 2024⁵.

II. UN ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EL 26 DE ENERO DE 2024

Es de resaltar que, en el asunto de Gambia contra Myanmar, la CIJ tardó dos meses en adoptar medidas provisionales. En el caso de los Territorios Palestinos Ocupados, apenas tardó un mes. El 26 de enero de 2024, la CIJ dictó dichas medidas provisionales, instando a Israel adoptar todas las medidas” posibles para prevenir” un genocidio en Gaza⁶. Así mismo, se pidió a Israel que adoptara medidas efectivas para impedir la destrucción de pruebas relacionadas con las vulneraciones de la Convención sobre el Genocidio en la Franja de Gaza⁷, con lo que se intenta garantizar la preservación de las pruebas. Como elementos muy importantes de cara a la vida de los civiles en la Franja de Gaza, la CIJ también solicitó a Israel que tomara medidas efectivas con carácter inmediato para permitir la prestación de servicios básicos y asistencia humanitaria a los palestinos de dicho territorio⁸.

Esta decisión en relación con las medidas provisionales posee algunos elementos que merecen ser resaltados por su relevancia. En primer lugar, reafirmó el *ius standi* de Sudáfrica⁹, lo que posee importantes consecuencias a efectos de afirmar las obligaciones *erga omnes* derivadas de la violación de ciertas normas de Derecho Internacional Público, y en relación con la activación de la jurisdicción de la Corte de la ONU. En segundo lugar, la CIJ utiliza varias informaciones de otros órganos de las Naciones Unidas¹⁰ y organismos especializados¹¹, para documentar la existencia de un gran número de muertos y heridos, así como la destrucción masiva de viviendas, el desplazamiento forzoso de la gran mayoría de la población y grandes daños a la infraestructura civil. Dicha alusión a informaciones aportadas por otros organismos no hace sino demostrar la sinergia existente entre la labor de la CIJ y la de otros órganos de derechos humanos u organismos especializados de la ONU.

5 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Request for the indication of provisional measures. Conclusion of the public hearings held on Thursday 11 and Friday 12 January 2024.

6 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order, 26 January 2024, párr.86 (1).

7 *Ibidem*, párr. 86 (5).

8 *Ibidem*, párr. 86 (4).

9 *Ibidem*, párrs.33-34.

10 Comunicado de prensa de 16 de noviembre de 2023, emitido por 37 relatores especiales, expertos independientes y miembros de grupos de trabajo que forman parte de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el que expresan su alarma por la retórica claramente genocida y deshumanizadora procedente de altos funcionarios del gobierno israelí (<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-un-experts-call-international-community-prevent-genocide-against>, 16 November 2023, consultado por última vez el 15 de abril de 2024).

11 Así, por ejemplo, la información de la Organización Mundial de la Salud en relación con el conflicto: <https://www.who.int/es/emergencias/situations/conflict-in-Israel-and-oPt>, consultado por última vez el 15 de abril de 2024.

En tercer lugar, desmonta la alegación de Israel respecto de la inexistencia de una disputa relativa a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la Convención contra el Genocidio, afirmando que posee jurisdicción sobre el asunto¹². Igualmente, y a la luz de las evidencias disponibles, considera que resulta “plausible” afirmar que Israel está cometiendo y/o incitando a la comisión de un genocidio contra el Pueblo Palestino¹³. La Corte no adelanta conclusiones, sino que simplemente realiza esa afirmación, puesto que de la misma se deriva la necesidad de adoptar medidas provisionales. Con todo, resulta muy cuidadosa en dicha aseveración, consciente de que es preciso realizar una constatación judicial que corresponde a un estadio ulterior del proceso.

De las 9 medidas solicitadas por Sudáfrica, vemos cómo la CIJ sólo concede parcialmente algunas de ellas, siendo en total 6 las que adopta¹⁴. Llama la atención que la CIJ no se haya pronunciado en relación con el cese de las operaciones militares por parte de Israel, tal y como pedía Sudáfrica¹⁵. Esta omisión parece ser intencionada, puesto que con ella se impide que Israel alegue la legítima defensa, tal y como sustenta reiteradamente. Con todo, resulta significativo el hecho de que la CIJ no dedique un párrafo a explicar dicha omisión¹⁶.

En cambio, los votos particulares disidentes, de los jueces Sebutinde y Barak, sí dedican tiempo a desgranar los principales aspectos relativos a dicha omisión. La jueza Sebutinde utiliza argumentos referentes a que se trata de una disputa que no es judicial sino política y a la inexistencia de demostración de la intención genocida, de modo que el concepto de “plausible” no se aplica al caso¹⁷. El juez Barak utiliza la omisión del cese del fuego en la adopción de medidas provisionales para reafirmar que dicha omisión reafirma el derecho de Israel a defenderse, limitando de modo significativo la petición de Sudáfrica¹⁸. Pese a que se pueda opinar que la CIJ está utilizando distintas varas de medir¹⁹, puesto que en la adopción de medidas provisionales en el caso de Ucrania contra Rusia sí hizo alusión al cese del fuego²⁰, no podemos olvidar que en estas medidas provisionales sí se exige que Israel garantice con efecto inmediato que sus militares no cometan actos de genocidio²¹. Dicha exigencia repercute necesariamente en la no

12 *Ibid* n (6), párrs. 19-32.

13 *Ibid* n (6), párr. 36.

14 Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, Adoptado el 14 de abril de 1978, que entró en vigor el 1 de julio de 1978, Artículo 75: “2. Cuando se le haya presentado una demanda de indicación de medidas provisionales, la Corte podrá indicar medidas total o parcialmente distintas de las solicitadas o medidas que deban ser tomadas o cumplidas por la misma parte que haya formulado la demanda.”

15 *Ibid* n (6), párrs. 11 (1) y (2).

16 CHINCHÓN ÁLVAREZ, Javier, “Sudáfrica vs Israel (ii). Las medidas cautelares: luces y una sombra”, *Contexto y Acción*, nº304, enero 2024, <https://ctxt.es/es/20240101/Firmas/45398/Javier-Chinchon-Alvarez-CIJ-Sudafrica-Israel-Palestina-Gaza-Genocidio.htm>, consultado por última vez el 15 de abril de 2024.

17 Dissenting Opinion of Judge Sebutinde, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-02-en.pdf>

18 Separate Opinion of Judge ad hoc Barak, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-05-en.pdf>

19 *Ibid* n (16).

20 ICJ, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Request for the indication of Provisional Measures. Order of 16 March 2022.

21 *Ibid* n (6), párr. 86 (2).

utilización de actos que impliquen un uso de la fuerza contra el Pueblo Palestino, al tiempo que la petición de que no se obstaculice la asistencia humanitaria redundante en dicho efecto.

Quizás, donde encontramos mayor claridad es en la Declaración formulada por el juez Bhandari, cuando hace un llamamiento para que “todos los combates y hostilidades cesen de inmediato”, al tiempo que pide la liberación de todos los rehenes secuestrados durante el ataque de Hamás en Israel el 7 de octubre de 2023²². En definitiva, su llamamiento hace referencia al cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario por todas las partes involucradas en el conflicto²³, cuestión nada baladí.

Es de destacar que las medidas provisionales son “de obligado cumplimiento”, aunque la CIJ no dispone de medios para hacerlas cumplir. Sin embargo, conforme al artículo 41.2 del Estatuto de la CIJ, “[m]ientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas”. Hecha dicha notificación, la cuestión de la implementación de estas medidas parece que ahora está sobre la mesa del Consejo de Seguridad. Dado el veto de los EEUU en el Consejo de Seguridad, la adopción de resolución alguna por parte de este órgano se manifiesta como improbable.

III. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES: UNA PROFECÍA AUTOCUMPLIDA

Ante el incumplimiento de dichas medidas provisionales y el agravamiento de la situación humanitaria, Sudáfrica, el 12 de febrero de 2024, dirige una carta a la Corte Internacional de Justicia²⁴ exigiendo medidas adicionales a las del 26 de enero. En dicha carta, Sudáfrica expresa una gran preocupación, puesto que, tal y como el Estado de Israel había anunciado²⁵, se estaba produciendo una ofensiva militar sin precedentes contra Rafah, que constituye el campo de refugiados situado más al sur de la Franja de Gaza. Desde la perspectiva de Sudáfrica, se estaban produciendo y se iban a producir matanzas, daños y destrucción a gran escala, que suponían una clara vulneración de la Convención sobre el Genocidio y de la orden de medidas provisionales de la CIJ²⁶. Ante esta situación, Sudáfrica pide medidas provisionales

22 La traducción es propia. Véase: Declaration of Judge Bhandari, párr.11, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-03-en.pdf>

23 *Ibidem*, párr.4.

24 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)* urgent request for additional measures under article 75(1) of the rules of court of the International Court of Justice, 12 February 2024.

25 El 9 de febrero de 2024, la Oficina del Primer Ministro del Estado de Israel emitió el siguiente anuncio: “It is impossible to achieve the goal of the war of eliminating Hamas by leaving four Hamas battalions in Rafah. On the contrary, it is clear that intense activity in Rafah requires that civilians evacuate the areas of combat. Therefore, Prime Minister Benjamin Netanyahu has ordered the IDF and the security establishment to submit to the Cabinet a combined plan for evacuating the population and destroying the battalions.” (Israel Prime Minister’s Office, A message from the Prime Minister’s Office regarding an operation in Rafah (9 February 2024), <https://www.goy.Whe/departments/news/spoke-rafali090224> consultado por última vez el 15 de abril de 2024.

26 *Ibidem* (24), párr. 7.

adicionales, basándose en la constatación de dichas vulneraciones por parte de la ONU y de sus organismos especializados, y contando con el precedente del asunto LaGrand²⁷. De hecho, menciona que, en este asunto, se tomó una decisión de oficio respecto de una serie de medidas provisionales urgentes, puesto que estaba en peligro la vida de una persona, mientras que en el caso que nos ocupa hay 1.4 millones de palestinos en peligro²⁸.

Por su parte, Israel responde con una serie de observaciones el 15 de febrero del mismo año²⁹. En primer lugar, considera que las alegaciones de Sudáfrica no están ni jurídica ni moralmente justificadas, y suponen un abuso de la Convención sobre el Genocidio y de la propia CIJ³⁰. En segundo lugar, estima que las alegaciones de Sudáfrica para requerir medidas adicionales se basan en el art.75.1 del Reglamento de la CIJ, lo que constituye una base jurídica incorrecta, puesto que dicha disposición se refiere a decisiones de oficio de la Corte³¹. Igualmente, en su opinión, el precedente LaGrand no es aplicable al caso de Palestina, puesto que en el asunto mencionado no se habían adoptado medidas provisionales con anterioridad³². En definitiva, y a juicio de Israel, Sudáfrica pretende litigar de nuevo sin haberse producido hechos ni circunstancias diferentes³³.

La CIJ tiene en cuenta los graves problemas humanitarios que han venido acrecentándose con el tiempo relativos no solo a la Franja de Gaza en general, sino a Rafah en particular. Ante la peligrosa situación en la zona, la Corte exige la aplicación inmediata y efectiva de las medidas provisionales que adoptó el 26 de enero, pero no considera necesario indicar medidas provisionales adicionales³⁴. Simplemente, destaca que el Estado de Israel está obligado a cumplir sus obligaciones en virtud de la Convención sobre Genocidio, así como la orden de medidas provisionales, de cara a garantizar la seguridad de los palestinos en la Franja de Gaza. No consideramos que la Corte avale la posición de Israel, simplemente no considera acreditada la necesidad de emitir medidas provisionales complementarias, sino que insta, una vez más, a que se cumplan las inicialmente indicadas.

El 6 de marzo de 2024, Sudáfrica presentó de nuevo una solicitud urgente ante la Corte³⁵ para que se indicaran medidas provisionales adicionales y la modificación de la Orden de la Corte

27 ICJ, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. I Reports 1999, p. 9.

28 *Ibid* n (24), párr. 9.

29 Observations of the State of Israel on the Republic of South Africa's "urgent request for additional measures under article 75(1) of the rules of Court", dated 12 February 2024.

30 *Ibidem*, párr.2.

31 *Ibidem*, párrs. 6 y 7.

32 *Ibidem*, párr.14.

33 *Ibidem*, párrs. 8-11.

34 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Decision of the Court on South Africa's request for additional provisional measures, 16 February 2024.

35 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*. Urgent request and application for the indication of additional provisional measures and the modification of the Court's prior provisional measures decisions pursuant to article 41 of the Statute of the International Court of Justice and articles 75 and 76 of the rules of Court of the International Court of Justice, 6 March 2024.

de 26 de enero de 2024 y la decisión de 16 de febrero de 2024 ya mencionadas. En su nueva solicitud, Sudáfrica afirmó que se ve “obligada a regresar a la Corte a la luz de los nuevos hechos y cambios en la situación en Gaza –en particular la situación de hambruna generalizada– provocados por las continuas y flagrantes violaciones de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio... por el Estado de Israel... y sus continuas violaciones manifiestas a las medidas provisionales señaladas por este Tribunal el 26 de enero de 2024”. Solicitó a la Corte que indicara nuevas medidas provisionales y/o modificara las medidas provisionales indicadas en su Resolución de 26 de enero de 2024, “a fin de garantizar urgentemente la seguridad de 2,3 millones de palestinos en Gaza, incluidos más de un millón de niños”. Instó al Tribunal a hacerlo sin celebrar una audiencia, a la luz de la “extrema urgencia de la situación”.

El 28 de marzo de 2024, la Corte Internacional de Justicia emitió una modificación de su orden de medidas provisionales con relación a Gaza, ante la solicitud de medidas urgentes mencionada y la posibilidad de daños irreparables³⁶. En la parte decisoria señaló –por catorce votos contra dos– que reafirmaba sus previas medidas provisionales, y que añadía las siguientes: por unanimidad indicó que el Estado de Israel, de conformidad con sus obligaciones en virtud de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, y ante el empeoramiento de las condiciones de vida que enfrentan los palestinos en Gaza, en particular la propagación del hambre y la inanición, debe adoptar todas las medidas necesarias y eficaces para garantizar, sin demora, en plena cooperación con Naciones Unidas, el suministro sin trabas y a gran escala por parte de todos los interesados de los servicios básicos que se necesitan con urgencia (servicios y asistencia humanitaria, incluidos alimentos, agua, electricidad, combustible, alojamiento, ropa, necesidades de higiene y saneamiento), así como suministros médicos y atención médica a los palestinos en toda Gaza, incluso aumentando la capacidad y el número de puntos de cruce terrestres, y mantenerlos abiertos durante el tiempo que sea necesario. Y por quince votos contra uno, indicó que Israel debe garantizar con efecto inmediato que sus fuerzas armadas no cometan actos que constituyan una violación de cualquiera de los derechos de los palestinos en Gaza como grupo protegido bajo la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, incluso impidiendo, mediante cualquier acción, la entrega de asistencia humanitaria que se necesita con urgencia.

Somos conscientes de que la responsabilidad internacional del Estado israelí depurada a través de una sentencia de la CIJ se va a hacer esperar. Mientras tanto, esperamos que las medidas provisionales se cumplan, impidiendo daños irreparables en la población civil de la Franja de Gaza, ya en una situación límite.

36 ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*. Request for the modification of the Order of 26 January 2024 indicating provisional measures, 28 March 2024.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 2 DE FEBRERO DE 2024, EN EL ASUNTO DE LAS ALEGACIONES DE GENOCIDIO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO (*UCRANIA C. RUSIA: EXCEPCIONES PRELIMINARES*)

JAVIER LASO PÉREZ*

I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

La Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su fallo de 2 de febrero de 2024¹, ha aceptado en parte las excepciones preliminares planteadas por Rusia y sólo mantiene su competencia respecto a una parte de la demanda, aquella dirigida a determinar la falsedad de una atribución de genocidio por parte de Rusia, donde declarará si existen pruebas creíbles de que Ucrania sea responsable de este crimen. La Corte deja fuera de la decisión sobre el fondo del asunto las pretensiones más ambiciosas, imaginativas y (hasta cierto punto) débiles de la solicitud de Ucrania, en las que consideraba contrario a la Convención sobre el Genocidio las acciones que Rusia había llevado a cabo bajo esas alegaciones: el uso de la fuerza y el reconocimiento como estados de las regiones de Donetsk y Luhansk².

En el contexto de una creciente litigiosidad internacional con respecto a la Convención sobre el Genocidio, se considera que el presente fallo sería una derrota de Ucrania, en la medida en que la competencia de la CIJ se reduce al mínimo: la decisión sobre el fondo sólo se ocupará de declarar, de forma negativa, que no existen pruebas creíbles, de carácter convincente, en las que apoyar una alegación de genocidio por parte de Ucrania; en definitiva, que la demandante no ha incumplido la Convención, sin que la decisión sobre el fondo pueda declarar la ilegalidad de las actuaciones de Rusia y, sobre esa base, exigir la reparación de los daños desde el momento en que inició su agresión armada³.

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

1 Pueden consultarse los documentos relativos a esta decisión, en la página <https://www.icj-cij.org/case/182/preliminary-objections>

2 A. GARRIDO MUÑOZ señalaba la dificultad de pasar este filtro *REDI*, 75 (1), pp. 237-245.

3 M. MILANOVIC, “ICJ delivers preliminary objections judgement in the Ukraine v. Russia genocide case, Ukraine loses on the most important aspects”, *EJIL: Talk!* February 2, 2024, <https://www.ejiltalk.org/icj-delivers-preliminary-objections-judgment-in-the-ukraine-v-russia-genocide-case-ukraine-loses-on-the-most-important-aspects/> De forma gráfica, se califica como un gol en propia meta (W. SCHABAS, “The damp squib of third party intervention in Ukraine v. Russia”, *EJIL: Talk!* February 5, 2024, <https://www.ejiltalk.org/the-damp-squib-of-third-party-intervention-in-ukraine-v-russia/>)

Con todo, las finalidades de los Estados al acudir a la jurisdicción internacional pueden ser diversas, principales o accesorias, sin que pueda desconocerse el impacto inmediato de las medidas provisionales o los efectos políticos, en apoyo del discurso o legitimidad de sus puntos de vista. Además, la decisión de la CIJ en este asunto presenta también ciertos aspectos que pueden contribuir a reforzar el respeto de los principios fundamentales del Derecho internacional, afectados de forma evidente por el desarrollo de la guerra en Ucrania.

Ucrania presentó una demanda ante la CIJ el 26 de febrero de 2022, dentro de las varias actividades de defensa jurídica que inició después de la agresión de Rusia, justificando la jurisdicción de la CIJ en la cláusula compromisoria del artículo IX de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

Al margen de las peticiones sobre el fondo, Ucrania también solicitó la adopción de medidas provisionales. En su providencia de 16 de marzo de 2022, la CIJ consideró que se cumplían las condiciones para adoptar estas medidas: el objeto de la demanda podía encuadrarse *prima facie*, al menos de forma aparente (con suficiente claridad), dentro del ámbito de aplicación de la Convención sobre Genocidio y, además, comprobó que los derechos que invocaba Ucrania eran plausibles (en la medida en que la buena fe impediría a Rusia invocar la Convención para justificar estas actuaciones) y, finalmente, concluyó que existía una necesidad urgente, debido al riesgo de sufrir un perjuicio grave sino se ordenaban. De esta forma, entre otras medidas provisionales pedía la suspensión de las operaciones militares por parte de Rusia, realizadas de forma directa o indirecta⁴. En la sentencia sobre las excepciones preliminares, constata, de forma lacónica y expresiva, que “el conflicto armado entre la Federación Rusa y Ucrania continúa hasta el día de hoy” (para. 35).

En el desarrollo del procedimiento, Rusia presentó el 3 de octubre de 2022, seis excepciones preliminares, en las que argumentaba que (1) el tribunal carecía de jurisdicción ya que no existía controversia (2) el tribunal carecía de jurisdicción *ratione materiae*; (3) Ucrania presentó nuevas reclamaciones en su memoria que debían ser inadmisibles; (4) las pretensiones serían inadmisibles debido a que la Sentencia del Tribunal carecería de efectos; (5) la solicitud de no incumplimiento sería inadmisibles; (6) la demanda sería inadmisibles porque constituiría un abuso de procedimiento (para. 37).

El procedimiento de fondo sobre el asunto quedó en suspenso hasta la decisión sobre estas alegaciones. La trascendencia de este asunto y el interés que ha suscitado, tanto en los medios de comunicación como en la sociedad internacional, se refleja en que han intervenido, en virtud del art. 63 de su Estatuto, 32 Estados, el mayor número de Estados hasta el momento en la historia de la jurisdicción del tribunal (para. 18).

4 La CIJ respondió, por amplia mayoría, sobre la base de los requisitos más flexibles dirigidos a la concesión de medidas provisionales; ver, en cambio, las duras críticas de A. ORAKHELASHVILI (“Anything goes? The ICJ’s provisional measures order in Ukraine v Russia”, Birmingham Law School Research Blog, <https://blog.bham.ac.uk/lawresearch/2022/03/anything-goes-the-icjs-provisional-measures-order-in-ukraine-v-russia/>). En el contexto de Gaza, A. REMIRO BROTONS, “Perspectivas e implicaciones de la Orden de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Sudáfrica contra Israel”, <https://www.rea-institutoelcano.org/analisis/perspectivas-e-implicaciones-de-la-orden-de-la-corte-internacional-de-justicia-cij-en-el-caso-sudafrica-contra-israel>.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Como es habitual, la CIJ se ocupó de resolver sobre las excepciones preliminares en el orden que consideró más lógico y adecuado. En primer lugar, la Corte decidió responder a la primera excepción, en la que cuestionaba la existencia de una controversia en el momento de interponer la demanda (para. 46 y ss.): después de aplicar los criterios generales desarrollados en su jurisprudencia, llegó a la conclusión, sobre la base de las declaraciones de los representantes de Ucrania y Rusia (en muchos casos adoptadas en el ámbito multilateral), que existía una controversia “sobre si se habían cometido actos de genocidio imputables a Ucrania en la región de Donbás y sobre la legalidad de las acciones de la Federación de Rusia supuestamente emprendidas sobre la base de tal acusación” (para. 51).

En la argumentación del tribunal tuvo especial relevancia la decisión de separar dos aspectos, cuya naturaleza y características considera fundamentalmente diferentes, y que examina de forma separada: en el primer aspecto no se estaría invocando la responsabilidad internacional de Rusia sino una declaración de que Ucrania no ha cometido los hechos ilícitos (para. 54); el segundo aspecto, en cambio, imputaría hechos internacionalmente ilícitos a Rusia (aps. 55 y 56), y Ucrania se apoyaría en la ilegalidad de estas actuaciones para plantear pretensiones de reparación (para. 56). A pesar de que se ha criticado, en la medida en que el primer aspecto estaría vinculado estrechamente con el segundo, su examen separado encuentra apoyo en la forma en las que aparecen las peticiones de la demanda y la memoria.

En la Sentencia se examinan separadamente, en cada uno de estos dos aspectos, las excepciones preliminares planteadas por Rusia. Curiosamente, cuando la Corte examina en el primer aspecto de la controversia, dentro de la segunda excepción, relativa al ámbito material de la Convención, la CIJ observa que en el procedimiento oral Rusia declaró que la falta de competencia *ratione materiae* de la Corte sólo se refería a las alegaciones de Ucrania relativas al segundo aspecto de la controversia, por lo que “el Tribunal no ve razón alguna para cuestionar su competencia para conocer del primer aspecto de la controversia” (para. 58). Acepta, así, de forma bastante rápida que la demanda entra dentro del ámbito material de la Convención en la primera parte de la controversia.

Dentro de la primera vertiente, la CIJ prosigue sin dificultades y también rechaza la tercera excepción, que pedía la inadmisibilidad porque se habían modificado en la memoria las pretensiones de fondo inicialmente previstas en la demanda, considerando que sólo se habían clarificado y no introducido nuevas peticiones (tercera excepción (aps. 60-72)), algo que también reconoció cuando se pronuncia sobre la segunda parte del asunto (aps. 121-130). A continuación, el tribunal también rechaza la cuarta excepción, en la que se pedía la inadmisibilidad por una falta de efecto práctico de una eventual decisión sobre el fondo porque no afectaría a los derechos o intereses de las partes. La CIJ no está obligada a ejercer su jurisdicción, aunque sea competente, si su sentencia sobre el fondo no tiene ninguna consecuencia práctica (para. 77). Sin embargo, de forma coherente con las alegaciones de Ucrania, el tribunal considera que sí tendrá efectos, en la medida que permitirá aclarar una situación fáctica y jurídica, de forma que no pudiera volver a ser cuestionada (aps. 79-80). Finalmente, rechaza la última excepción, relativa a un abuso de procedimiento, sin que considerase relevante para romper la igualdad de las partes el histórico número de Estados intervinientes que apoyaron a Ucrania (para. 110 y ss.).

El objeto fundamental del debate, dentro de la primera parte del asunto, estuvo referido a la quinta excepción (al margen del resto de elementos, que se pueden calificar en general de aspectos procesales): y no tenía que ver con el alcance material de la Convención sino con la posibilidad de pronunciarse sobre una declaración de no infracción, una sentencia declarativa de conformidad o cumplimiento, denominada por Rusia de cumplimiento inverso, utilizando el término aplicado en el ámbito de la OMC (para. 81 y ss.).

Es aquí donde la decisión de tribunal alcanza su componente más creativo, vinculando su decisión con las circunstancias excepcionales del asunto; y, en cierta manera, también limitando la admisibilidad de argumentos similares en situaciones diversas. La CIJ después de un examen detenido del alcance de la cláusula compromisoria (Art. IX de la Convención), llega a la conclusión de que no excluye una solicitud de declaración de incumplimiento; pero esto sólo abre la vía para el acceso a la jurisdicción, puesto que el tribunal entiende que el interés para recurrir sólo se justifica en las circunstancias excepcionales existentes en este asunto, y apoya esta argumentación en la función que le corresponde, como órgano principal de Naciones Unidas, de contribuir a alcanzar su objetivo fundamental, dirigido a garantizar la paz y seguridad internacionales (aps. 107-108).

Dando el salto a la segunda parte de la controversia, en este caso, la parte fundamental del fallo se ocupa de determinar si es posible situar la demanda ámbito material de la Convención sobre Genocidio (segunda excepción, sobre la competencia *ratione materiae*). En este punto, a diferencia del tratamiento que hizo en la providencia sobre las medidas provisionales, la Corte rechaza que la buena fe pueda servir para atraer comportamientos ajenos a la convención a su ámbito de aplicación.

Ucrania alegaba que el tribunal podría apreciar una violación de este acuerdo al invocar de mala fe la Convención sobre el Genocidio como pretexto para justificar abusivamente el uso de la fuerza y el reconocimiento como estados de ciertas regiones. En su decisión el tribunal rechaza la posibilidad de que el principio de buena fe pudiera crear obligaciones nuevas, no previstas inicialmente dentro de la Convención sobre el Genocidio.

En definitiva, considera que no cabría, dentro de la Convención sobre el Genocidio de forma expresa o implícita, incluir comportamientos como los que alega Ucrania por parte de Rusia dentro de su ámbito material, sin que su jurisdicción pueda ir más allá de lo que resulta cubierto por la Convención (aps. 142 y ss.). De esta forma, estas actuaciones permanecerían ajenas y situadas fuera del perímetro de la Convención, al margen de que de mala fe Rusia hubiera invocado la Convención para tratar de justificarlas. La virtualidad del principio de buena fe se reduciría, a precisar al alcance de obligaciones ya existentes, sin que el mismo fuera origen de nuevas obligaciones.

En su razonamiento señala que una invocación abusiva, de mala fe, de la Convención sobre el Genocidio no supondría una violación de sus obligaciones, sino eventualmente de aquellas normas ajenas a la Convención relativas al uso de la fuerza o al reconocimiento de Estado, que permanecerían fuera de su ámbito de aplicación (para. 143). Se separa así de su argumentación en la orden sobre las medidas provisionales, donde se apoyaba, siguiendo las alegaciones de Ucrania, en una interpretación sistemática de la Convención, viendo las alternativas que existían en este Convenio cuando un Estado trataba de prevenir la comisión de un genocidio (acudir a la CIJ o a otros órganos de Naciones Unidas).

Finalmente, de igual forma que en otros asuntos en los que está presente el uso de la fuerza, la Corte declaró que la falta de jurisdicción no implica que los Estados no estén obligados al cumplimiento de estas normas, y sigan siendo responsables de los actos contrarios al derecho internacional (para. 150).

Aunque las decisiones sobre los aspectos fundamentales se adoptaron por una amplia mayoría, p. ej., sobre la excepción segunda, (12 contra cuatro), y las que se ocuparon de aspectos procedimentales, práctica unanimidad (primera excepción, rechazada por 15 votos contra uno, el Vicepresidente Gervorgian); las opiniones disidentes y separadas, permiten apreciar las alternativas a la decisión de la CIJ. Por un lado, podría haber seguido un razonamiento más flexible, en línea con la argumentación de Ucrania, por ej., la opinión disidente de la Presidenta de la CIJ, J. E. Donoghue, quien critica la decisión de separar las dos vertientes y entiende que la Corte debería haber admitido ambos aspectos; mientras que también votó en contra de aceptar la segunda excepción planteada por Rusia la Jueza C. Charlesworth, destacando que la interpretación de la Convención sobre el Genocidio prohibía las conductas que Rusia había llevado a cabo. Esta decisión no resultaba, como pone de relieve significativamente que el propio Juez *ad hoc* propuesto por Ucrania, Y. Daudet, votó a favor de la excepción relativa al ámbito de aplicación material en la segunda parte de la controversia.

En un sentido contrario, podría haber aceptado completamente las excepciones y no examinar ninguno de los aspectos de la controversia, como defendía en su declaración el juez M. Bennouna. Por otra parte, la opinión parcialmente disidente del J. R. Abraham señala ciertas inconsistencias en el razonamiento (implícito) del tribunal, en la medida en que parece aceptar que la situación excepcional en Ucrania es causa de las alegaciones, cuando de forma más lógica, sólo en parte podría entenderse que es el fundamento de la agresión. Por su parte, la opinión separada del Juez Iwasawa defiende que la jurisdicción de la Corte no debería hacerse depender de la existencia de aspectos extraordinarios.

Desde el punto de vista de la continuación del procedimiento, podría ser dudoso a quien le corresponde la carga de la prueba, puesto que, si en principio correspondería al demandante (al respecto, la opinión parcialmente disidente del J. R. Abraham), en las circunstancias que conlleva una declaración negativa, no podría descartarse que, en interés de un buen ejercicio de la función del tribunal, Rusia debería también aportar los indicios que le llevaron a llevar a cabo las alegaciones sobre el supuesto genocidio cometido por Ucrania.

Por otra parte, sería posible considerar que las medidas provisionales adoptadas por la CIJ han dejado de ser obligatorias, en la medida en que pretenden proteger los derechos, inicialmente reconocidos como plausibles, sobre los cuales ahora el tribunal no va a pronunciarse, si bien nada impediría a la CIJ reconocer que se incumplieron las que había ordenado de forma vinculante⁵.

5 No obstante, se invoca motivos para considerar que siguen siendo vinculantes, vid., <https://www.ejiltalk.org/still-valid-provisional-measures-in-ukraine-v-russia-allegations-of-genocide/>

III. CONSIDERACIONES FINALES

El estándar para aceptar su competencia y la admisibilidad en el momento en el que se pronuncia sobre las medidas provisionales (evitando demandas abusivas), se limita a un examen, *prima facie*, razonable, de su jurisdicción. En cambio, en el momento de resolver sobre las excepciones preliminares, el tribunal tiene que llegar a un difícil equilibrio entre una interpretación que no debe ser ni restrictiva ni amplia, debido a la necesidad de respetar la voluntariedad de la jurisdicción internacional y resolver la cuestión que se le presenta.

La sentencia sobre el fondo declarará probablemente, con fuerza juzgada, la falsedad de la imputación de genocidio (declaración de no infracción). En todo caso, resulta evidente que el fallo no se pronunciará sobre la responsabilidad de Rusia y no tendrá cabida la petición de reparaciones. Con todo, la jurisdicción declarativa de la CIJ en el marco de una controversia de esta naturaleza puede ser relevante para desincentivar abusos en la invocación de argumentos dirigidos a intentar justificar el uso unilateral de la fuerza; en cierta forma, es una interesante aportación de la CIJ para reforzar la eficacia de este principio básico, incluso en un asunto en el que no es competente para pronunciarse sobre la infracción de la obligación que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza. En definitiva, cumple con la propia responsabilidad de la Corte como un órgano principal de la Carta, a la que alude tanto en este asunto y en la decisión sobre medidas provisionales.

UN CAPÍTULO QUE SE CIERRA EN LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL DE UCRANIA: LA SENTENCIA DE LA CIJ, DE 31 DE ENERO DE 2024, SOBRE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y LA CONVENCION PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (UCRANIA C. RUSIA)

MARÍA GARCÍA CASAS*

I. HECHOS

En enero de 2017, Ucrania interpuso una demanda contra la Federación Rusa ante la Corte Internacional de Justicia por la vulneración de varios preceptos de la Convención internacional para la represión del terrorismo – por, entre otros motivos, financiar, proporcionar armas y entrenamiento a grupos armados que desarrollan actos de terrorismo en Ucrania y por su consiguiente responsabilidad en los actos cometidos por esos grupos – y de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial – entre otras, por discriminar de forma sistemática a los tártaros de Crimea y por prohibir el Congreso del pueblo tártaro de Crimea, *Mejlis*. Pocos meses después, en abril de 2017, la Corte ordenó como medidas provisionales que la Federación Rusa se abstuviera de mantener o imponer limitaciones a la capacidad de la comunidad tártara de Crimea de conservar sus instituciones representativas, como el *Mejlis*, asegurar la disponibilidad de ser educado en lengua ucraniana e impuso a ambas partes que se abstuvieran de cualquier acción que pudiera agravar o aumentar la disputa ante la CIJ o que la hiciera más difícil de resolver. De acuerdo con Ucrania, la Federación Rusa incumplió las medidas provisionales ordenadas por la CIJ al reconocer la independencia y soberanía de las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk y retomar su agresión contra Ucrania, entre otros motivos, haciendo más difícil de resolver la disputa existente.

El 31 de enero de 2024, la CIJ emitió sentencia sobre el fondo, desestimando casi todos los motivos de la demanda de Ucrania, en medio de una discusión entre los jueces acerca de la naturaleza y alcance de las medidas provisionales que puede dictar la Corte.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid, maria.garciac@uam.es Comentario realizado al amparo del Proyecto de investigación titulado “Hacia una Corte Internacional de Justicia del siglo XXI” (PID2022-141166NB-I00).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Antes de iniciar la valoración de los argumentos centrales de la demanda, la Corte se pronuncia sobre un aspecto preliminar invocado por la Federación Rusa con respecto a las dos normas convencionales supuestamente vulneradas, la doctrina de las manos limpias. De acuerdo con el argumento de la Federación Rusa, la Corte debería inadmitir los motivos de la demanda por tener Ucrania “las manos sucias”, es decir, por haberse involucrado también en prácticas contrarias a esas dos normas convencionales. A propósito de este argumento, la Corte recuerda que esa doctrina – conocida como la doctrina de las manos limpias – no ha sido nunca reconocida ni como principio de derecho internacional consuetudinario, ni como principio general del Derecho. Además, la Corte ha rechazado su invocación tanto como objeción a la admisibilidad de una demanda, como causa de desestimación cuando ésta sea admisible y se haya establecido la jurisdicción de la Corte.

Con respecto a los motivos de la demanda, las vulneraciones de las dos normas convencionales referidas, la Corte únicamente estima únicamente dos. El primero es la vulneración de la obligación de llevar a cabo una investigación en profundidad de las supuestas actividades de financiación del terrorismo, dispuesta por el artículo 9.1 de la Convención Internacional para la Prevención de la Financiación del Terrorismo. La Corte recuerda que esa norma obliga a los Estados parte a desarrollar una investigación en profundidad cuando hayan recibido información suficiente relativa a la financiación del terrorismo por parte de un individuo presente en su territorio. Considera que Rusia recibió información lo suficientemente detallada sobre individuos sospechosos de financiar el terrorismo, sus cuentas y los bienes adquiridos a través de ellas, dando lugar a esa obligación de investigar, con la que no cumplió por haberse demorado un año desde que recibió la información hasta que inició la investigación y por no solicitar colaboración a Ucrania para lograr determinar el paradero de los sospechosos (para. 110). El segundo motivo estimado en la sentencia es la vulneración de no incurrir en políticas de discriminación racial (artículo 2.1.a) de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial). La Corte estima que Rusia no ha logrado explicar de forma convincente por qué, tras el año 2014, se ha producido en Crimea un declive tan pronunciado del número de alumnos que cursan su educación en lengua ucraniana, algo que no ha sucedido con el resto de las lenguas y siendo la Federación Rusa la que controla por completo el acceso al sistema público de educación y el idioma en el que se imparte. Si bien las pruebas presentadas no son suficientes para concluir que los padres han sido sometidos a acoso o a conductas manipuladoras, la Corte sí cree que Rusia no ha demostrado que esté cumpliendo con su deber de proteger los derechos de los ucranianos étnicos de sufrir efectos adversos por su origen étnico, teniendo en cuenta la reorientación del sistema educativo en Crimea a partir de esa fecha (para. 363).

Por el contrario, desestima las alegaciones de vulneración de otros artículos de la Convención para la Prevención de la Financiación del Terrorismo por considerar que esa norma convencional no prohíbe la provisión de armas, el entrenamiento o la prevención de los actos de terrorismo en sí mismos; conductas que, según Ucrania, ha cometido la Federación Rusa. Tampoco considera que Rusia incumpliera la obligación de congelar los activos que fueran a emplearse en actividades terroristas por no haberse señalado ningún fondo o cuenta específica que hubiera debido congelarse (para. 93). De igual modo, entiende la Corte que no se produjo ninguna vulneración de la obligación de colaborar con las investigaciones o procedimientos penales

iniciados por otro Estado cuyo objeto sea la financiación del terrorismo, porque las solicitudes de asistencia por parte de Ucrania a Rusia no fueron lo suficientemente detalladas (para. 130). Tampoco entiende vulnerada la obligación de cooperar en la prevención de la financiación del terrorismo por todos los medios necesarios, pues la pretendida designación de las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk como grupos terroristas y extremistas, bajo la legislación doméstica, no es una medida preventiva obligada por la Convención (para. 145).

Por lo que respecta al otro tratado internacional invocado, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Corte también desestima el resto de motivos de la demanda. En primer lugar, por no considerar suficientemente probado que los efectos adversos que sufriera la población tártara de Crimea tras el año 2014 se debiera a su origen étnico y no pudiera explicarse por su oposición política a la conducta de la Federación Rusa en Crimea (para. 217). Tampoco observa pruebas suficientes de que se hubieran producido actos discriminatorios por razón de la raza que Rusia no investigara de forma efectiva (para. 220), ni de que las medidas coercitivas empleadas por el Estado ruso para el cumplimiento de la ley hayan sido especialmente adversas para los tártaros (para. 241). Ni siquiera entiende la Corte que las medidas tomadas contra el Mejlis, e incluso su prohibición, constituyan un acto de discriminación racial, por no haberse demostrado suficientemente que esos actos excluyentes estaban basados en el origen étnico de los tártaros y que se dirigieran a impedir el disfrute del derecho de ese grupo étnico a contar con una institución que les represente. De nuevo, insiste la Corte, detrás de esas prohibiciones podrían encontrarse motivos políticos y no de discriminación racial (para. 271).

Tras la sola estimación de algunos de los motivos de la demanda, no muy relevantes en el planteamiento de la posición de Ucrania, la Corte analiza el último motivo de la demanda ucraniana, dando lugar a una amplia discusión entre los jueces. Se trata del incumplimiento por parte de Rusia de la orden de medidas provisionales dictada en abril de 2017. Entonces la Corte ordenó tres medidas provisionales, una relacionada con cada norma convencional invocada en la demanda y una genérica, de no agravar la disputa existente. El gobierno ucraniano entiende incumplidas todas. Considera que Rusia no ha asegurado en Crimea la posibilidad de recibir educación en lengua ucraniana y no ha levantado la prohibición del Mejlis y ha agravado la disputa entre ambos Estados. Concretamente, Ucrania alega que Rusia ha agravado la disputa en torno al incumplimiento de la Convención para la Prevención de la Financiación del Terrorismo al reconocer las repúblicas populares de Donetsk y Lugansk y al invadir Ucrania en el año 2022 y ha agravado la disputa en torno a la vulneración de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial a través de declaraciones, incluidas algunas más recientes del presidente Putin, que han incitado a la discriminación racial y han propagado estereotipos racistas sobre el pueblo ucraniano. Esta última razón enlaza con la litigación estratégica que ha desarrollado Ucrania desde el inicio del conflicto ante los tribunales internacionales.

Con respecto de las dos medidas provisionales específicas, la opinión mayoritaria entiende que no haber suspendido ni levantado la prohibición del Mejlis constituye una vulneración de la Orden¹, mientras que no puede decirse lo mismo de la medida de permitir la educación en

1 Para Tomka, Brant y el juez ad hoc Tuzmukhamedov no tiene sentido afirmar que Rusia ha vulnerado la Orden de 2017, por lo que al levantamiento de la prohibición del Mejlis se refiere, en tanto que la sentencia

ucraniano en Crimea, en tanto que la Orden obligaba a mantener disponible la educación en esa lengua y hay pruebas de que algunas familias tuvieron acceso a esta, aunque la tendencia a escolarizarse en ella sea decreciente². Con respecto de la medida general de no agravar la disputa, la sentencia concluye considerando que el reconocimiento por parte de la Federación rusa de las Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk y la invasión del año 2022 impiden la confianza mutua y la cooperación, dificultando la resolución de las disputas. A propósito de este pronunciamiento se produce una interesante discusión en las doce opiniones separadas y declaraciones de los jueces, comentando casi todas ellas la pertinencia o no de declarar vulneradas las obligaciones impuestas por la Orden de medidas provisionales de 2017.

Las opiniones de las juezas Donoghue, Charlesworth y Sebutinde apoyan el argumento de que la operación militar del 2022 agrava la disputa existente entre ambos Estados y es incompatible con la obligación de emplear medios pacíficos para la resolución de controversias y, añade la última, dificulta concretamente la disputa, al reducir la capacidad de Ucrania de preparar su caso ante la Corte, así como la posibilidad de recabar pruebas en un territorio desde entonces bajo el control ruso. Por el contrario, el juez Abraham no percibe ninguna conexión entre los hechos del año 2022 y las disputas concretas en torno a las obligaciones convencionales que se plantearon en este asunto. Bennouna y Yusuf se centran en la naturaleza de este tipo de medidas provisionales. Para Bennouna, las medidas de no agravamiento son simplemente recomendaciones en términos generales a las partes de que respeten el Derecho internacional y, en opinión de Yusuf y el juez ad hoc Tuzmukhamedov, son medidas subordinadas a las medidas provisionales sustantivas, por lo que no pueden constituir obligaciones distintas susceptibles de vulneración aunque no se declare la vulneración de las sustantivas; además, consideran que la Corte no ofrece pruebas suficientes de cómo la conducta de Rusia ha hecho más difícil la solución de esta disputa concreta.

III. CONCLUSIONES

Los hechos del 2022 no son cualquier vulneración de derecho internacional cuya relación de causalidad con el agravamiento de la disputa existente deba ser suficientemente probada. El uso de la fuerza armada agrava, necesariamente, cualquier disputa y a eso debe el carácter imperativo de su prohibición. Además, los motivos de la demanda tienen un contexto determinado, el resultante tras el inicio del conflicto del año 2014, directamente relacionado con el estatus jurídico en los territorios reconocidos como Estados por Rusia en 2022 y con la operación militar iniciada ese año. Por lo tanto, no hay que hacer una interpretación demasiado creativa de la norma para observar el incumplimiento de las medidas de no agravar el conflicto

de fondo no entiende que dicha prohibición pueda constituir discriminación racial. Recuerdan en sus declaraciones que las medidas provisionales tienen como objetivo preservar los derechos de las partes y, en este caso, no hay derecho vulnerado.

2 De acuerdo con el juez Pocar, esta apreciación de la Corte es equivocada, puesto que un Estado no puede zafarse de su obligación de proporcionar acceso a la educación en una determinada lengua reduciendo de forma intencionada la demanda a través del desplazamiento o la intimidación, como considera suficientemente probado por Ucrania a través de los informes del Secretario General de Naciones Unidas y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

ordenadas por la CIJ en 2017. En todo caso, se trata de una discusión con fines meramente teóricos y doctrinales, pues de nuevo, la Corte sólo puede condenar la actuación de la Federación Rusa, manteniéndose dentro de los límites de su competencia, sin estimar los argumentos que considera jurídicamente insostenibles. Con este pronunciamiento se cierra otra puerta en la estrategia de Ucrania de “ganar la guerra” ante los tribunales internacionales.

DE TORTURAS Y ESTRATEGIAS ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (ORDENANZA DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL ASUNTO *CANADÁ Y PAÍSES BAJOS* *C. LA REPÚBLICA ÁRABE SIRIA, 2023*).

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ*

I. HECHOS

El 16 de noviembre de 2023 la Corte Internacional de Justicia (CIJ) adoptaba su Ordenanza de Medidas Provisionales en el asunto relativo a la controversia respecto de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (la Convención)¹, en el marco del procedimiento incoado conjuntamente por Canadá y Países Bajos contra la República Árabe Siria mediante la demanda presentada el 8 de junio de 2023, y a resultas de la presentada para la indicación de estas medidas, en igual fecha².

Las graves violaciones de Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos cometidas desde 2011 en la República Árabe de Siria han sido (y siguen siendo) objeto de diferentes desarrollos político-institucionales respaldados y promovidos por los demandantes, con especial protagonismo del Estado holandés³. Ante la ineficacia de dichos desarrollos en el logro de sus objetivos o, directamente, su frustración⁴, Países Bajos y Canadá, por separado, primero, y luego, conjuntamente, deciden invocar la responsabilidad internacional del Estado sirio respecto de esta Convención, solicitando el cese de sus violacio-

* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia (eva-rubio@um.es). Comentario realizado al amparo del Proyecto de investigación titulado “Hacia una Corte Internacional de Justicia del siglo XXI” (PID2022-141166NB-I00).

1 Su texto se encuentra disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20231116-ord-01-00-en.pdf>. La última consulta de la totalidad de enlaces incorporados a este trabajo se produjo el 15 de abril de 2024.

2 Disponibles a través de: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/>. Su primera actuación en tándem ante la CIJ fue en su intervención conjunta en el asunto Ucrania c. la Federación de Rusia.

3 Demanda sobre el fondo, paras. 14-15.

4 Los resultados de la labor de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Siria (Doc. [A/HRC/RES/S-17/1](#), de 23 de agosto de 2011, el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Siria (Doc. [A/RES/71/248](#), de 21 de diciembre de 2016), o la Institución Independiente sobre las Personas Desaparecidas en la República Árabe Siria (Doc. [A/RES/77/301](#), de 29 de junio de 2023) carecen de carácter vinculante. A su vez, la remisión de la situación a la Corte Penal Internacional por el Consejo de Seguridad (Doc. [S/2014/348](#), de 22 de mayo) fue vetada por China y la Federación de Rusia. Sobre la posición holandesa, puede verse S. van Den Berg y J. Anderson, “Why the Dutch are threatening to take Syria to Court”, *JusticeInfo.Net*, de 22 de septiembre de 2020, <https://www.justiceinfo.net/en/45453-why-the-dutch-are-threatening-to-take-syria-to-court.html>.

nes y la plena reparación a las víctimas de estas, e iniciando la exploración de lo recogido en su cláusula de arreglo pacífico de las controversias (art. 30)⁵, con el beneplácito sucesivo del Consejo de Derechos Humanos⁶.

Frente a ello, la posición de Siria ha transitado entre la cooperación, la acusación y la obstaculización, en lo que podría ser una maniobra para ganar tiempo y modificar su Derecho interno, reduciendo el alcance de su posible responsabilidad internacional⁷. Así, habiendo sido postpuesta la audiencia oral del incidente de medidas provisionales, a petición siria y con oposición de los demandantes (para. 9), esta tuvo lugar la mañana del 10 de octubre de 2023 *in absentia* del Estado árabe, quien haría llegar a la Corte sus Observaciones escritas⁸ en la franja horaria destinada a su primera intervención oral⁹ y nombraría a sus agentes tres días después (paras. 14-15)¹⁰.

Como telón de fondo cabe señalar el ambiente de creciente finalización del aislamiento diplomático regional del régimen político de Bashar Al-Assad¹¹, y depuración de las responsabilidades penales individuales en las jurisdicciones nacionales por mor de los títulos habilitadores del ejercicio extraterritorial de la soberanía¹².

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La CIJ, tras reiterar su posición sobre la incomparecencia de una parte (esto es, la necesidad de cumplir su función, sin que esta situación afecte la validez de sus decisiones) y sobre la toma en consideración de escritos presentados fuera de lo contemplado por su Reglamento (paras. 16-19)¹³,

5 Véase Demanda (sobre el fondo), para. 13, donde se recoge la información sobre sus Notas Verbales remitidas diplomáticamente el 18 de septiembre de 2020 y el 3 de marzo de 2021, así como la Declaración conjunta, de 12 de marzo de 2021.

6 Véanse las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 50/19, de 8 de julio de 2022, para. 13, 52/30, de 4 de abril de 2023, para. 3, y 53/18, de 13 de julio de 2023, para. 14, en este caso, con mención específica al procedimiento judicial iniciado ante la Corte.

7 Véase Al-Omari, M., “Grasping ‘the Devil’ in the Details of the Syrian Government’s Response to Anti-Torture Prohibitions”, *The Cambridge Journal of Law, Politics, and Art*, de 9 de octubre de 2023, en: <https://www.cjlpa.org/post/grasping-the-devil-in-the-details-of-the-syrian-government-s-response-to-anti-torture-prohibitions>.

8 Disponibles en: <https://icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20231010-wri-01-00-en.pdf>.

9 Véase ICJ, *Press Release* núm. 2023/41, de 15 de julio de 2023.

10 Otro ejemplo de esta táctica puede verse en la Ordenanza de 1 de febrero de 2024, sobre la fijación de plazos (en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20240202-ord-01-00-en.pdf>).

11 La cual cuenta entre sus ejemplos más significativos el levantamiento de la suspensión de su membresía en la Liga de Estados Árabes el 7 de mayo de 2023 (Véase A. Lewis y S. El Safty, “Arab League readmits Syria as relations with Assad normalise”, *Reuters*, de 8 de mayo de 2023, en: <https://www.reuters.com/world/middle-east/arab-league-set-readmit-syria-relations-with-assad-normalise-2023-05-07/>).

12 Por ejemplo, estos procesos se están llevando a cabo en Alemania (entre ellos, los primeros a nivel mundial por torturas), en Francia (a destacar las recientes órdenes de arresto del presidente Assad, su hermano Maher Assad, Ghassan Abbas y Bassam al-Hassan), Países Bajos, Suecia y Suiza.

13 No haría referencia directa al art. 53 de su Estatuto, como ha sido su costumbre con alguna excepción, como la Sentencia en el asunto *sobre el laudo arbitral de 3 de octubre de 1899 (Guyana c. Venezuela)*. *Jurisdicción de la Corte*, de 18 de noviembre de 2020, paras. 27-28.

procedió a verificar su jurisdicción *prima facie* de acuerdo con los umbrales flexibles predicados del art. 41.1 de su Estatuto.

Para determinar la existencia de una controversia, confirmada su jurisprudencia, incluida la relativa a la posible toma en consideración de lo acaecido en los foros multilaterales (paras. 24-25 y 30), la Corte estimaría suficiente el intercambio a nivel bilateral de declaraciones y documentos, el rechazo *in toto* de Siria a la formulación de sus alegadas violaciones en las Declaraciones de Hechos y de Derecho efectuadas por los demandantes (2021) y sus reiteradas afirmaciones de respeto de la Convención (para. 31).

A su vez, la CIJ consideró susceptibles de estar comprendidos en el alcance material de la Convención todos los actos y omisiones alegados por las partes demandantes, incluidos los relativos a la violencia sexual y por razón de sexo (para. 32), produciéndose así, por primera vez y sin disensiones aparentes, la asunción de la llamada feminización del concepto de tortura¹⁴ y, por tanto, un avance en su “juzgar con perspectiva de género”. Nótese que, más centrado en otras cuestiones, esta subsunción no fue rebatida por el Estado sirio, a pesar de haber formulado la reserva prevista a la cláusula compromisoria (art. 29) de la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (1979), idéntica en su redacción a la del art. 30 de la Convención en liza¹⁵.

Respecto a la verificación *prima facie* de los requisitos procedimentales para afirmar su jurisdicción (paras. 34-35), la CIJ consideró que las negociaciones, materializadas en sesenta y seis notas diplomáticas y dos reuniones presenciales celebradas el 5-6 de octubre de 2022, no habían logrado un progreso sustantivo, rechazando, por tanto, la constante alegación siria sobre su carácter procedimental, con excepción de una de las reuniones, y sobre la evidencia de su disposición a seguir la negociación de fondo (paras. 36, 38, 40-41). Si sería acogida por el vicepresidente Gevorgian, al apreciar la inexistencia de un “intento genuino” de arreglo y la artificiosidad en el respeto del art. 30 de la Convención por las partes demandantes en aras de la litigación ante la CIJ¹⁶. En cuanto al arbitraje, la respuesta dada por Siria a la nota diplomática de los demandantes sobre los elementos fundacionales del compromiso arbitral, de 7 de noviembre de 2022, no impidió que la CIJ estimase alcanzado el requisito al haber transcurrido los seis meses (paras. 37, 39, 43).

La CIJ tampoco acogería la alegación de que no puede haber exploración del art. 30 de la Convención si es imposible que tenga lugar la investigación (art. 20) y la comunicación interestatal (art.21) ante el Comité contra la Tortura por haberse formulado la reserva prevista y

14 Véase EDWARDS, A., “The ‘Feminizing’ of Torture under International Human Rights Law”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006-2, pp. 349-391. <https://doi.org/10.1017/S0922156506003359>

15 El texto de ambos artículos procede de propuestas francesas, donde se señalaba su identidad con las incluidas en otros tratados carentes de mecanismos convencionales de supervisión (Véanse Doc. A/C.3/34/WG.1/CRP.2/Add.3, de 2 de noviembre de 1979, y Doc. E/CN.4/1984/72, de 9 de marzo de 1984, para. 62). Las respectivas adhesiones sirias son de 28 de marzo de 2003 y de 19 de agosto de 2004.

16 Véanse Observaciones escritas, paras. 29-35, y Opinión disidente a la totalidad, en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20231116-ord-01-01-en.pdf>. Casualmente, ante su no reelección, Siria lo ha nombrado juez *ad hoc*. Canadá y Países Bajos han nombrado como tal a Silvia A. Fernández de Gurmendi, antigua jueza de la Corte Penal Internacional (Véase <https://www.icj-cij.org/current-judges-ad-hoc>).

no haberse emitido la declaración adicional, respectivamente, tal y como ocurría en este caso (paras. 45-46)¹⁷. Entendimiento de vinculación que pudo estar en el origen de que el Estado árabe no formulara reserva en su momento a dicho art. 30.

Respecto del *ius standi*, esta Ordenanza no ha supuesto variación alguna respecto a lo afirmado por la CIJ en la Sentencia sobre el asunto sobre las *cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)* (2012) sobre el interés común de los Estados Partes en la protección de los derechos concernidos y en el cumplimiento de las obligaciones *erga omnes partes* (paras. 50-51). Tampoco variaría en su posición la jueza Xue, quien volvería a destacar el efecto negativo que esta denominada *actio popularis* tendrá en la aceptación de la jurisdicción de la CIJ y la indefectible enmienda del Estatuto y Reglamento de la CIJ para su reconocimiento¹⁸. Nótese que, en la Ordenanza, la única referencia al carácter imperativo de la prohibición de la tortura se halla en la reproducción del *petitum* de la parte demandante (para. 2)¹⁹.

Siguiendo su jurisprudencia al respecto, la CIJ afirmaría la interrelación entre la protección brindada a la persona, las obligaciones *erga omnes partes* derivadas de los arts. 2, 7, 10-13 y 15-16 de la Convención, y el derecho de Canadá y Países Bajos a buscar su cumplimiento (plausibilidad) (paras. 52-58), así como el vínculo entre los derechos reclamados y algunas, sin concreción, de las medidas provisionales solicitadas (paras. 59-63). A su vez, conforme a los informes de la Comisión de Investigación y la resolución de la Asamblea General más próxima a la demanda, entendería presentes el riesgo de perjuicio irreparable y la urgencia, rechazándose la contraargumentación de exageración del relato y falta de prueba (paras. 64-75). Sí habría cierto acogimiento de la posición siria²⁰ en el origen de la reformulación de las medidas provisionales en dos genéricas (adopción de todas las medidas en su poder para prevenir la comisión de torturas y de medidas efectivas para evitar la destrucción y asegurar la preservación de cualquier prueba relacionada con las alegaciones que caigan dentro del alcance de la Convención).

En una suerte de mensaje a quienes hacen de la incomparecencia y la respuesta escrita parte de su estrategia, la CIJ guardó silencio sobre la petición de aplicación de la doctrina de las manos limpias a Canadá y Países Bajos, por su apoyo a grupos armados en Siria responsables de actos de tortura, y de adopción de medidas provisionales al respecto, con una dirigida a los Países Bajos, exclusivamente²¹.

III. CONSIDERACIONES FINALES

En cierto modo opacado por otros desarrollos recientes en la CIJ, este asunto constituye un interesante ejercicio en la denominada litigación estratégica en derechos humanos. Ello por el

17 Véase Observaciones escritas, paras. 11-17.

18 Véase su opinión disidente en la totalidad en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/188/188-20231116-ord-01-02-en.pdf>.

19 En la audiencia oral, los demandantes lo mentarían para afirmar la imposibilidad de justificar sus violaciones por la lucha contra el terrorismo (Doc. CR 2023/20, de 10 de octubre, p. 10, para. 8).

20 Observaciones escritas, para. 48.

21 Observaciones escritas, paras 49-51 y 54.

juego que mantienen de las Partes, por la incorporación de la Convención contra la Tortura a ese *tablero* ante la Corte y también por la ampliación del abanico de movimientos tales como los que puedan derivarse de la confirmación de que la actitud *estratégica* de la parte demandante no será penalizada *per se*, si reúne el mismo perfil que las de casos más *tradicionales*, o de la adición de la CIJ a los órganos jurisdiccionales internacionales con competencia en la protección de derechos humanos que consideran tortura las conductas pertinentes efectuadas en el marco de la violencia sexual o por razón de sexo. Siendo cierto que habrá que estar a las futuras evoluciones del asunto, entre las que se esboza una posible excepción preliminar, por el momento las medidas provisionales acordadas no están siendo cumplidas²², lo cual nutre las voces que afirman el carácter simbólico de este proceso. Más allá del amplio y diversificado debate que ello despierta, ni la función, ni la *potestas* de la CIJ en sede contenciosa es simbólica. Las partes en esta controversia lo saben y su partida continúa. Las víctimas, destinatarias últimas de lo que aquí acaezca, intentan resistir a la espera del desenlace.

22 Véase, p. ej., Syrian Network for Human Rights, *Statement: Three Months After the ICJ's Ruling, the Syrian Regime Has Blatantly Breached it, Killing More Syrian Citizens Under Torture*, de 22 de febrero de 2024, disponible a través de: <https://snhr.org/>

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 13 DE JULIO DE 2023 EN LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DELIMITACIÓN DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL EXTENDIDA MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS MARINAS CONTADAS DESDE LA COSTA NICARAGÜENSE (NICARAGUA C. COLOMBIA)

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA
DANIELA GONZÁLEZ GRECO*

I. HECHOS

La Corte Internacional de Justicia, en su formación plenaria, dictó el 13 de julio de 2023 sentencia en la controversia relativa a *la delimitación de la plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas contadas desde la costa nicaragüense*¹. Este proceso se inició por demanda deducida el 16 de septiembre de 2013 por Nicaragua contra Colombia, declarando la Corte, en sentencia de 17 de marzo de 2016, que tenía jurisdicción en virtud del artículo XXXI del Pacto de Bogotá (paras.1,10).

Cabe señalar que las áreas marítimas objeto de controversia están situadas en el Mar Caribe, una parte del Océano Atlántico parcialmente cerrada al norte y al este por un grupo de islas y fronterizo al sur y al oeste con Sudamérica y Centroamérica (para.21). Asimismo, la Corte ha conocido de distintas controversias entre ambos Estados, habiendo declarado previamente, en sentencia de 2012, que “no estaba en posición de delimitar la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia”, ya que Nicaragua no había establecido el margen exterior de su plataforma continental (para.24), presentando este Estado su solicitud a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC) el 24 de junio de 2013 (para.25).

Más tarde, en providencia de 4 de octubre de 2022, la Corte señaló que, en las circunstancias del caso, las partes debían presentar sus argumentos en la fase oral exclusivamente sobre dos cuestiones: “1) de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, ¿puede un Estado tener derecho a una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base desde las que se mide la anchura de su mar territorial? 2) ¿cuáles

* Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Contratado Doctor) (eduardo.jimenez.pineda@uco.es) y Profesora Colaboradora Honoraria en el área de Derecho Internacional Público, Universidad de Córdoba.

1 *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, ICJ Reports 2023, en prensa. La sentencia y los documentos relativos a este asunto pueden consultarse en: <https://www.icj-cij.org/case/154/judgments>, última consulta 15/04/2024. Todas las traducciones son de los autores.

Dicha sentencia contó con una declaración (magistrado Bhandari), tres opiniones separadas (magistrados Xue, Iwasawa y Nolte) y tres opiniones disidentes (magistrados Robinson, Charlesworth y *ad hoc* Skotnikov).

son los criterios de conformidad con el derecho internacional consuetudinario para la determinación del límite de la plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base desde las que se mide la anchura del mar territorial y, en este sentido, reflejan el derecho internacional consuetudinario los apartados segundo a sexto del artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar?” (para.14).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

A partir de estas preguntas, la Corte conoció en primer lugar del carácter preliminar de la primera para, a continuación, determinar el Derecho internacional consuetudinario aplicable en este caso a las áreas marítimas implicadas (para.36). A este respecto, Nicaragua alegaba que existe un solapamiento entre su propio derecho a una plataforma continental extendida y el derecho de Colombia a una plataforma continental comprendida entre las 200 millas marinas y pedía a la Corte que realizara una delimitación equitativa (para.40). Colombia, por su parte, consideraba que un Estado debe primeramente establecer su derecho a una cierta área marítima que se solapa con el área que puede ser reclamada por otro Estado, con carácter previo a que los principios y reglas de la delimitación marítima sean de aplicación, de modo que “no es la delimitación la que genera un título jurídico, sino que el título jurídico da lugar a la necesidad de delimitación” (para.41).

A juicio de la Corte, “la primera cuestión tiene un carácter preliminar en el sentido de que debe ser respondida para confirmar si la Corte puede proceder a la delimitación solicitada por Nicaragua y, consiguientemente, si es necesario considerar las cuestiones científicas y técnicas que surgirían para los propósitos de la delimitación” (para.43).

Con relación al derecho internacional consuetudinario aplicable a las áreas marítimas objeto de esta controversia, la Corte trajo a colación su jurisprudencia previa afirmando que “el contenido del derecho internacional consuetudinario debe ser buscado primariamente en la práctica actual y en la *opinio juris* de los Estados” y que los “tratados multilaterales pueden jugar un papel importante en la fijación y definición de las reglas que derivan de la costumbre o en su desarrollo” (para.46). Pues bien, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM o Convención) alberga un carácter integrado en varias de sus partes, aspecto particularmente evidente en la relación entre la Parte V, referida a la zona económica exclusiva, y la Parte VI, que regula la plataforma continental (para.49).

En este sentido, la Corte ya había afirmado previamente en su jurisprudencia que tanto el artículo 56 como el artículo 76, apartado primero, de la Convención declaran el derecho internacional consuetudinario (paras.51,52). Pues bien, la Corte procedió a estudiar si en virtud del derecho internacional consuetudinario un Estado tiene derecho a una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas, contadas desde las líneas de base empleadas para medir la anchura del mar territorial, que se solapa con las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de otro Estado, extremo sobre el que las partes no estaban de acuerdo (para.54). Así, la Corte recordó que el régimen que gobierna la zona económica exclusiva establecido en la CNUDM es el resultado de una fórmula de compromiso alcanzada en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (para.69), y está interrelacionado con el régimen de la plataforma continental comprendida dentro de las 200 millas marinas (para.70).

Tras referirse a su jurisprudencia previa así como a otra jurisprudencia internacional arbitral y también dictada por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte sostuvo que, “en el derecho internacional consuetudinario contemporáneo, hay una única plataforma continental en el sentido de que los derechos de un Estado costero sobre su plataforma continental son generalmente los mismos dentro de y más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base” (para.75). Igualmente, el órgano judicial principal de las Naciones Unidas puso de manifiesto que “las condiciones sustantivas y procesales para la determinación de los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas fueron el resultado de una fórmula de compromiso alcanzada durante las sesiones finales de la Tercera Conferencia”, con el objetivo de “evitar reclamaciones indebidas en el lecho y el subsuelo marino más allá de los límites de la jurisdicción nacional, considerados ‘patrimonio común de la humanidad’” (para.76).

De manera muy interesante, la Corte subrayó que, “en la práctica, la amplia mayoría de Estados partes en la Convención que han hecho solicitudes a la CLPC han elegido no reivindicar en ellas unos límites externos de sus plataformas continentales extendidas dentro de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de otro Estado” (para.77). Así, la Corte consideró que “esta práctica de los Estados ante la CLPC es indicativa de la *opinio juris*, incluso si dicha práctica puede haber sido motivada en parte por consideraciones distintas al sentido de obligación jurídica” (para.77). A mayor abundamiento, la Corte “es consciente de que solamente un pequeño número de Estados ha reclamado en sus solicitudes un derecho a una plataforma continental extendida que se solape con las áreas marítimas comprendidas en las 200 millas marinas de otros Estados”, por lo que “la práctica de los Estados puede ser considerada como suficientemente extendida y uniforme para el propósito de la identificación del derecho internacional consuetudinario” (para.77). Por consiguiente, la Corte concluyó que, “en virtud del derecho internacional consuetudinario, el derecho de un Estado a una plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas, contadas desde las líneas de base desde las que se mide la anchura del mar territorial, no se puede extender a las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de otro Estado” (para.79).

En consecuencia, según la Corte, “incluso si un Estado puede demostrar su derecho a una plataforma continental extendida, este derecho no puede extenderse dentro de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de otro Estado” (para.81). Por todo ello, en relación la segunda pregunta formulada por la Corte, ésta decidió que, “sin perjuicio de los criterios que determinan el límite exterior de la plataforma continental extendida a la que un Estado tiene derecho, su plataforma continental extendida no puede solaparse con el área de la plataforma continental dentro de las 200 millas marinas desde las líneas de base de otro Estado”, de modo que, “en ausencia de solapamientos entre derechos sobre las mismas áreas marítimas, la Corte no puede proceder a la delimitación marítima” y “no hay necesidad para la Corte de dar respuesta a la segunda pregunta” (para.82).

Por último, a partir de estas conclusiones, la Corte, de un lado, decidió, por trece votos a favor y cuatro en contra, que la primera pretensión nicaragüense no podía admitirse toda vez que “Nicaragua no tiene derecho a extender su plataforma continental ampliada dentro de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de la costa principal de Colombia” (para.86) ni tampoco dentro de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base de las islas de San Andrés y

Providencia (para.91). Del otro, remitiéndose a su sentencia de 2012 en la controversia territorial y marítima entre ambos Estados, en la que concluyó que Colombia tiene soberanía sobre las islas de Serranilla, Bajo Nuevo y Serrana, la Corte, por doce votos a favor y cinco en contra, decidió que “no es necesario determinar el ámbito de las proyecciones que corresponden a Serranilla y Bajo Nuevo en aras de arreglar la controversia sometida por Nicaragua” (para.100).

III. CONSIDERACIONES FINALES

Este comentario ha tratado de poner de manifiesto el análisis por parte de la Corte Internacional de Justicia de la delimitación de la plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas, cuestión de una gran complejidad técnica que ha quedado patente en este asunto. En particular, Nicaragua solicitaba a la Corte la delimitación de su plataforma continental extendida más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base en un área marítima en la que dicho espacio se solapa con la plataforma continental de Colombia comprendida dentro de las 200 millas marinas contadas desde su costa.

De modo relevante, la Corte ha concluido que los artículos 56 y 76, apartado primero, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar reflejan el derecho internacional consuetudinario, aspecto significativo habida cuenta de que Colombia no es parte en la Convención. A mayor abundamiento, la Corte ha decidido que no es posible la delimitación de la plataforma continental extendida –más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base– de un Estado ribereño (Nicaragua) cuando la misma se solapa con la plataforma continental *stricto sensu* –comprendida hasta las 200 millas marinas– de otro Estado ribereño (Colombia). Así, mediante una aproximación perspicaz, la Corte ha evitado entrar a valorar aspectos técnicos y datos científicos, como el límite exterior de la plataforma continental en sentido geológico, de elevada complejidad debido a la ausencia, por ahora, de las recomendaciones solicitadas por Nicaragua a la CLPC.

No es menos cierto, en cambio, que, como sostiene en su opinión disidente el magistrado Tomka, “la sentencia no lleva a cabo un análisis serio de la práctica de los Estados ni de la prueba de la *opinio juris*”, limitándose a la simple afirmación de una regla consuetudinaria². En efecto, aunque la conclusión a la que ha llegado la Corte parece ser la más razonable desde un punto de vista práctico e incluso político, se trata de una sentencia que adolece de un razonamiento jurídico poco fundado en lo atinente a la demostración de la norma consuetudinaria que afirma sobre la incompatibilidad de una plataforma continental extendida con otra plataforma continental hasta las 200 millas³.

2 Opinión disidente magistrado Tomka, para. 3. Este magistrado llega a afirmar en dicho párrafo que “la sentencia no está basada en la aplicación del Derecho internacional sino en una regla que la Corte simplemente ‘inventó’”.

3 Véase en este sentido De Lucia, V., “On the Question of the *opinio juris* in Nicaragua vs. Colombia (Judgment 13 July 2013)”, *Ejil: Talk!*, puede consultarse en <https://www.ejiltalk.org/on-the-question-of-opinio-juris-in-nicaragua-vs-colombia-judgement-13-july-2013/>, última consulta 15/04//2024.

En mi opinión, la sentencia plantea el interrogante de qué sucede con las zonas definidas como área gris ya declaradas por otros tribunales internacionales⁴. Además, una vez descartada la delimitación entre una plataforma continental extendida y otra *stricto sensu*, habrá que esperar a que un tribunal internacional conozca de futuros casos de delimitación entre Estados cuyas plataformas continentales extendidas más allá de las 200 millas marinas se solapen, cuestión que, sin duda, albergará un gran interés.

4 En palabras del TIDM, éstas resultan “cuando una línea de delimitación que no es la línea de equidistancia alcanza el límite exterior de la zona económica exclusiva de otro Estado y continúa más allá en la misma dirección hasta que alcanza el límite exterior de la zona económica exclusiva de otro Estado”, *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012*, p. 119, para. 464.

BIG BROTHER IS WATCHING YOU! (SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 4 DE JULIO DE 2023, ASUNTO *GLUKHIN C. RUSIA*)

MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ RODRÍGUEZ*

I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

La Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) dicta el 4 de julio de 2023 una sentencia por la que, unánimemente, condena a Rusia por la vulneración de los arts. 8 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)¹ y establece, a favor del demandante, una compensación de 9.800 € por daño moral y de 6.400 € por costas y gastos.

El Sr. N.S. Glukhin, nacional ruso, tomó el metro en agosto de 2019, llevando una figura de cartón de tamaño natural y una pancarta con el mensaje: “Soy Konstatin Kotov², me pueden caer hasta cinco años [de prisión] por manifestarme pacíficamente”³. Se tomaron fotografías y un vídeo que, posteriormente, se subieron a una red social pública. Días después, el Sr. Glukhin fue detenido por la policía y condenado en el marco de un procedimiento por una infracción administrativa por no haber comunicado a las autoridades su intención de llevar a cabo una manifestación en solitario, con apoyo de un “objeto montado y desmontado rápidamente”. El Sr. Glukhin considera que pudo ser identificado y detenido rápidamente por la policía gracias al cotejo de las capturas de pantalla de las imágenes distribuidas por la red social, con las imágenes grabadas de su persona por las cámaras de videovigilancia el día de los hechos y la aplicación posterior de un programa de reconocimiento facial en tiempo real cuando volvió a utilizar el metro⁴. Se le impuso el pago de una multa de 20.000 rublos (283 €), que, tras un el correspondiente recurso, fue confirmada por un tribunal moscovita, al concluir que no había lugar a tener en cuenta el carácter pacífico de su conducta, que la infracción había sido detectada y que la obtención de las pruebas se había realizado conforme a la normativa policial.

El Sr. Glukhin presenta su demanda ante el TEDH en fecha de 31 de enero de 2020, invocando la violación, por un lado, de los arts. 8 (derecho al respeto de la vida privada), 10 (libertad de expresión) y 11 (libertad de reunión), y, por otro lado, del art. 6 (derecho a un proceso justo) del CEDH.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Jaén. <https://orcid.org/0000-0001-5351-0432>.

1 STEDH, as. *Glukhin c. Rusia*, n. 11519/20, ECLI:CE:ECHR:2023:0704JUD001151920. La sentencia es definitiva con fecha de 4 de octubre de 2023, de acuerdo con el art. 44.2 del CEDH.

2 Un activista ruso detenido el 10 de agosto de 2019 y condenado a prisión por su participación reiterada en concentraciones pacíficas “no autorizadas”, lo cual es considerado como un delito con arreglo a la legislación rusa (<https://www.amnesty.org/en/documents/eur46/2330/2020/es/>).

3 La información de la pancarta, recogida en la documentación del caso, ha sido resumida por la autora.

4 Entre 2027 y 2022, se instalaron 220.00 cámaras en la ciudad de Moscú, incluido el metro, en aplicación del Decreto nº 410 del 05.04.2017 sobre la seguridad en los transportes.

II PROBLEMAS JURÍDICOS

La sentencia se estructura en seis partes, a saber: la jurisdicción del TEDH y su comunicación con el gobierno demandado (para. 41-43)⁵; el agotamiento de los recursos internos y la admisibilidad de la demanda (para. 44-46)⁶; la violación del art. 10 (para. 47-57); la violación del art. 8 (para. 58-91); la violación del art. 6 (para. 92); la compensación del art. 41 por daños y gastos (para. 93-99). Respecto de las cuestiones de fondo, el TEDH centra su examen en las alegaciones del demandante sobre la violación de sus derechos reconocidos en los arts. 10 y 11, en primer lugar, y en el art. 8, en segundo lugar⁷.

En cuanto a la primera alegación, el TEDH, teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta del demandante y el contexto en el que tuvo lugar, considera que a través de sus acciones, el demandante trata de expresar su opinión sobre una cuestión de interés público. Por ello, el traslado del demandante a la comisaría, su arresto administrativo y la condena por una infracción administrativa constituyen una injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (art. 10.1 CEDH). No obstante, cabe estudiar si la misma está justificada por cumplir los criterios del art. 10.2 CEDH⁸: 1) respecto a si la injerencia está establecida en la ley, el Tribunal considera que la norma que refiere a los “objetos rápidamente montados y desmontados” no establece ningún criterio que permita a nadie predecir qué tipos de objetos

5 El TEDH constata con carácter preliminar su jurisdicción sobre los hechos, dado que acaecieron antes del 16 de septiembre de 2022, fecha en la que Rusia deja de ser Parte en el CEDH (al dejar de ser miembro del Consejo de Europa el 16 de marzo de 2022), de acuerdo con el art. 58 CEDH (véase la *Resolution of the ECHR on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights* de 22.3.2022 y la STEDH [GC] de 17.1.2023, as. *Fedotova y otros c. Rusia*, n. 40792/10, 30538/14 y 43439/14). Por tanto, siguen siendo aplicables, en particular, los arts. 38 (examen del caso), 41 (satisfacción equitativa) y 46 (fuerza obligatoria y ejecución de sentencias) del CEDH así como las disposiciones correspondientes del Reglamento TEDH. Como además, Rusia, desde marzo de 2022, deja de participar en el procedimiento, el Tribunal aclara que ello no exime a las autoridades rusas de la obligación de cooperar con él y, más aún, no va a impedir el examen de las demandas sobre las que sea competente; de hecho, el TEDH puede inferir las conclusiones oportunas de la abstención o negativa de una Parte a participar efectivamente en el procedimiento (art. 44C del Reglamento TEDH). Por último, el Tribunal recuerda que sigue utilizando el sistema electrónico seguro y accesible a todos los gobiernos (*Practice direction issued by the President of the Court in accordance with Rule 32 of the Rules of Court on 22 September 2008 and amended on 29 September 2014 and on 5 July 2018*) como medio de comunicación con el Estado demandado con el fin de respetar el carácter contradictorio del procedimiento.

6 El gobierno ruso considera que la demanda no puede ser admitida porque no se han agotado los recursos internos y alega la Decisión TEDH de 13.12.2016 sobre el as. *Chigirina c. Rusia*, n. 28448/16. El TEDH considera que, a diferencia del caso *Chigirina* (al que le era de aplicación el “Code of Administrative Procedure”), el presente caso concierne al “*Code of Administrative Offences*”, en cuyo ámbito el recurso de revisión/casación no es un recurso interno que debiera agotarse previamente, como ya afirmó en la Decisión TEDH de 31.1.2017, as. *Smadikov c. Rusia*, n. 10810/15 y la STEDH de 14.7.2022, as. *Ecodefence y otros c. Rusia*, n. 9988/13 (y otras 60 más).

7 El Tribunal considera que, tras la aplicación de los arts. 8 y 10 CEDH, no es necesario analizar ni la admisibilidad ni el fondo de la demanda a la luz del art. 6 CEDH (para. 92) y remite a la STEDH [GC] de 17.7.2014, as. *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Rumanía*, n. 47848/08.

8 STEDH [CG] de 15.10.2015, as. *Kudrevičius y otros c. Lituania* y STEDH de 26.4.2016, as. *Novikova y otros c. Rusia*, n. 25501/07 (y otras 4).

podrían estar afectados; b) aun suponiendo que la injerencia estuviera “prevista por la ley” (e, incluso, persiguiera los objetivos legítimos de “defender el orden” y “proteger los derechos de los demás”), no es “necesaria en una sociedad democrática”, pues la manifestación en solitario del demandante es pacífica, no genera otras perturbaciones (como, por ejemplo, obstrucción al tráfico, daños a la propiedad o actos de violencia) y no representa ninguna amenaza para el orden o la seguridad públicos.

Respecto de la segunda alegación, el TEDH recuerda, con carácter previo, los principios generales del art. 8.1, asentados en una abundante jurisprudencia, que rigen el amplio concepto de “vida privada”⁹ y las posibles injerencias que afectan a su protección, incluida la recogida y conservación de datos de individuos particulares por parte las autoridades, incluso los datos sobre sus actividades públicas¹⁰. De hecho, el Tribunal viene considerando que la conservación de las fotografías por parte de la policía, combinada con la posibilidad de aplicarles técnicas de reconocimiento facial, constituye una injerencia en el ejercicio del derecho a la vida privada¹¹. Por lo tanto, a pesar de las dificultades del demandante para probar el uso de la tecnología facial, la Sala acepta en las circunstancias del caso que se ha recurrido a dicha tecnología¹² en el marco del procedimiento por una infracción administrativa, con el fin de identificarlo y, posteriormente, localizarlo y rastrearlo, lo que constituye una injerencia en el ejercicio por parte del demandante de su derecho al respeto de su vida privada.

A continuación, la TEDH examina si dicha injerencia pudiera estar justificada a la luz de los principios generales aplicables al art. 8.2, esto es, si está prevista por la ley, persigue uno o más fines legítimos y es necesaria en una sociedad democrática¹³. En este sentido, aunque las medidas tomadas contra el demandante tienen una base legal interna, el Tribunal duda seriamente que se haya observado el requisito conexo de la “calidad de la ley”, pues, entre otros, el Derecho interno no prevé ninguna limitación en cuanto a la naturaleza de las situaciones que podrían dar lugar al uso de la tecnología de reconocimiento facial, los fines perseguidos, las categorías de personas ser objeto de tratamiento o el procesamiento de datos personales sensibles; además, el Gobierno no informa de ninguna garantía procesal aplicable como, por ejemplo, los procedimientos de autorización, los procedimientos para el examen, el uso y la conservación de los datos obtenidos, los mecanismos de control y los recursos disponibles. Para el Tribunal, es fundamental, en el contexto de la implementación de la tecnología de reconocimiento facial, que se dispongan de normas detalladas que regulen el alcance y la aplicación de las medidas, así como garantías sólidas contra el riesgo de abuso y arbitrariedad, siendo aun mayor la necesidad de salvaguardias cuando la tecnología de reconocimiento facial se utiliza en tiempo real.

9 STEDH [CG] de 17.10.2019, as. *López Ribalda y otros c. España*, n. 1874/13 y 8567/13.

10 Véase los numerosos casos recogidos en el para. 67.

11 STEDH de 13.2.2020, as. *Gaughran c. Reino Unido*, n. 45245/15.

12 La legislación rusa no exige que la policía registre el uso que hace de dicha tecnología ni proporcione a la persona interesada acceso a los registros (ya sea automáticamente o previa solicitud). El gobierno ruso no ha negado explícitamente haberla utilizado, más bien ha reconocido implícitamente su uso.

13 STEDH [GC] de 4.12.2015, as. *Roman Zakharov c. Rusia*, n. 47143/06 y STEDH de 11.6.2020, as. *P.N. c. Alemania*, n. 74440/17.

No obstante, el Tribunal prosigue su análisis planteándose si las medidas impugnadas persiguen el objetivo legítimo de prevenir delitos y si el procesamiento de datos personales del demandante es “necesario en una sociedad democrática”. Si siempre resulta necesario un alto nivel de justificación para calificar que una injerencia es “necesaria en una sociedad democrática”, el uso de las tecnologías de reconocimiento facial en tiempo real necesita del más alto nivel de justificación; además, los datos personales tratados en este caso contienen información sobre la participación del demandante en una manifestación pacífica, esto es, revelan sus opiniones políticas, por lo que pertenecen a una categoría especial de datos sensibles que requiere un mayor nivel de protección. Dentro de este análisis, debe tenerse también en cuenta la naturaleza y la gravedad del delito: es cierto que la legislación nacional permite el procesamiento de datos biométricos personales en el contexto de la investigación y el enjuiciamiento de cualquier delito, independientemente de su naturaleza y gravedad, pero el demandante no es acusado de haber cometido ningún delito durante su protesta sino que es procesado por una infracción administrativa leve, que no representa ningún riesgo para el orden público ni para la seguridad del transporte. Para el Tribunal, en definitiva, el uso de una tecnología de reconocimiento facial altamente intrusiva para identificar y arrestar a participantes en acciones de protesta pacífica podría tener un efecto paralizador sobre los derechos a la libertad de expresión y reunión.

III. CONCLUSIONES

Los derechos reconocidos por el CEDH pueden ser limitados, siempre y cuando se haga de conformidad con los estándares de la jurisprudencia del TEDH. Así, a través del caso *Glukhin*, se reitera que el sistema europeo rechaza que las autoridades nacionales restrinjan el ejercicio del derecho a la libre expresión sin tener otras “razones pertinentes o suficientes” más allá de la necesidad de castigar una infracción administrativa de un particular. Del mismo modo, la injerencia en la privacidad de un particular, en lo que refiere al tratamiento de sus datos personales mediante una tecnología de reconocimiento facial, en el marco de un procedimiento administrativo, que tiene como objetivo identificarlo, a partir de las fotografías y vídeos publicados en una red social y, posteriormente, localizarlo en el transporte público, detenerlo e interrogarlo, no responde a una necesidad social apremiante ni puede considerarse necesaria en una sociedad democrática. El caso es un claro exponente de las crecientes amenazas que las nuevas tecnologías, ya estén en manos privadas o públicas, suponen para la privacidad de las personas y otras libertades conexas. Como Orwell intuyó: *Big brother is watching you!*¹⁴ Generar las herramientas jurídicas apropiadas para afrontar tales retos es nuestra responsabilidad (véase, por ejemplo, la reforma de 2018 del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos personales de 1981 o la legislación en la materia de la Unión Europea).

14 Orwell, G., *Nineteen Eighty-Four / 1984*, ed. Secker & Warburg, Reino Unido, 1949.

EL DERECHO A LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO Y LA OBLIGACIÓN DE DILIGENCIA DEBIDA DEL ESTADO: EL ASUNTO *G.T.B C. ESPAÑA*

MARÍA ESTHER SALAMANCA AGUADO*

I. HECHOS

En la sentencia de 16 de noviembre de 2023, dictada en el asunto *G.T.B. c. España*¹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“el Tribunal”) reconoce el derecho individual a la inscripción del nacimiento y el acceso a otros documentos de identidad y considera que se ha producido una violación de las obligaciones positivas de las autoridades de garantizar el disfrute del derecho del demandante al respeto de su vida privada en virtud del artículo 8 del Convenio. Los hechos considerados por el Tribunal son los siguientes.

El demandante nació el 15 de agosto de 1985 en México, de madre española nacida en Venezuela (“la madre”). Su nacimiento nunca fue inscrito en el Registro Civil del Consulado de España en México. Unos meses después del nacimiento, y debido a un terremoto, la familia fue repatriada fijando su residencia en Tenerife (España). A su llegada, el demandante no fue registrado por su madre como nacido en México. Desde el 29 de diciembre de 1989 hasta el 15 de enero de 1991, el demandante y su hermano mayor vivieron en un centro de acogida de menores, bajo la tutela de las autoridades, tras haber sido entregados voluntariamente por la madre, que alegó estar enferma, no disponer de medios económicos suficientes y no poder hacerse cargo de ellos. La madre recuperó la custodia el 15 de enero de 1991, después de que manifestara su deseo de volver a vivir con ellos.

En septiembre de 1997, la madre acudió al Registro Civil de La Laguna y solicitó una inscripción tardía de nacimiento para sus dos hijos. Sin embargo, la madre no pudo aportar los documentos necesarios para acreditar que los niños habían nacido en México. En un momento posterior, tampoco fue posible citar a la madre y a sus hijos para una forma alternativa de reconocimiento de la relación maternofilial, porque no fue posible encontrar a la madre en la dirección que había indicado en la solicitud original. En consecuencia, se suspendió el proceso de inscripción.

En mayo de 2002, la madre volvió al Registro Civil de La Laguna, donde reiteró su solicitud de inscripción tardía de nacimiento de sus dos hijos. Se inició un nuevo procedimiento de inscripción que no se resolvió hasta que en 2005 el Registro Civil Central acordó que la madre pudiera reconocer a los niños ante un juez. Una vez cumplido este trámite, en marzo de 2006, el juez del Registro Civil Central decidió que la relación entre el demandante y su madre había

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales (Universidad de Valladolid) mariaesther.salamanca@uva.es

1 STEDH, *Caso G.T.B. contra España*, nº 3041/19, 23 de noviembre de 2023

quedado probada. En consecuencia, se aprobó la inscripción tardía del nacimiento del demandante y de su hermano. En mayo de 2006, se expidió al demandante un documento nacional de identidad (DNI).

En 2014 el demandante presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por el retraso en la expedición del DNI, seguida de un recurso de apelación ante la Audiencia Nacional contra la desestimación de dicha reclamación y, posteriormente, de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo y un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Todos ellos fueron declarados inadmisibles.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En su demanda ante el Tribunal, el demandante alegó la violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) debido al retraso y a las dificultades para inscribir su nacimiento y posteriormente expedir su DNI; del artículo 3 (prohibición de la tortura) debido al sufrimiento psicológico y físico que había padecido como consecuencia de haber estado indocumentado durante años; y del artículo 2 del Protocolo 1 (derecho a la educación) en relación con las dificultades para matricularse en determinados cursos escolares, así como para obtener los diplomas y certificados correspondientes.

El Tribunal decidió examinar el caso únicamente en virtud del artículo 8, al entender que los daños sufridos por el demandante no llegaban al nivel mínimo de gravedad para alcanzar el umbral del artículo 3 (para. 83) y que los aspectos relacionados con la educación podían subsumirse en el contenido del propio artículo 8 (para. 85).

El Tribunal comienza recordando los principios generales aplicables al caso. En primer lugar, se refiere al concepto de vida privada que, según su jurisprudencia, abarca la integridad física y psíquica de la persona y que no se limita a un “círculo íntimo” en el que el individuo puede vivir su vida personal, sino que el artículo 8 garantiza al individuo un ámbito en el que puede desarrollar y realizar libremente su personalidad. También precisa que la noción de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación del artículo 8 y que el respeto de la vida privada exige que toda persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano individual. En este sentido, se refiere también al reconocimiento de las importantes repercusiones que la normativa sobre el registro de nacimientos y el acceso a los documentos de identidad puede tener en la autonomía personal (paras. 112 – 113).

En segundo lugar, el Tribunal reitera que el artículo 8 no sólo impone obligaciones negativas a los Estados (abstenerse de una injerencia en la vida privada) sino también obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada y familiar. En el contexto de este asunto, el Tribunal afirma la importancia de la inscripción del nacimiento de un niño, dado que implica la expedición efectiva de un certificado de nacimiento, documento que constituye la prueba del reconocimiento legal del niño por parte del Estado. Los principios aplicables para evaluar las obligaciones positivas y negativas de un Estado en virtud del Convenio son similares: debe tenerse en cuenta el justo equilibrio entre los intereses contrapuestos del individuo y de la comunidad en su conjunto. A la hora de elegir cómo cumplir sus obligaciones positivas,

los Estados gozan de un amplio margen de apreciación, pero cuando está en juego una faceta especialmente importante de la existencia o la identidad de un individuo, el margen concedido al Estado se ve restringido (paras. 114 – 115).

En tercer lugar, el Tribunal subraya que, según una jurisprudencia consolidada, en todas las decisiones relativas a los niños, su interés superior reviste una importancia primordial que refleja el amplio consenso sobre esta cuestión expresado en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

En el presente asunto, el Tribunal comienza afirmando que no poder establecer los detalles de la identidad de una persona interfiere en la autonomía personal y está directamente relacionado con el derecho al respeto de la vida privada establecido en el artículo 8 del Convenio. Y que la falta de registro de nacimiento y de documentos de identidad válidos puede causar problemas importantes en la vida diaria de las personas, sobre todo a nivel administrativo. Por tanto, el Tribunal concluye que el derecho al respeto de la vida privada previsto en el artículo 8 incluye el derecho individual a la inscripción del nacimiento y, cuando proceda, a tener acceso a otros documentos de identidad” (para. 118). Es de destacar que el Tribunal apoya su conclusión en la Observación General N.º 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niño (“Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”). Según su párrafo 20 “se entiende por descuido no atender las necesidades físicas y psicológicas del niño, no protegerlo del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello”².

En los ordenamientos jurídicos nacionales el derecho a la inscripción del nacimiento está sujeto a que el interesado cumpla una serie de requisitos sustantivos y procesales. En el caso concreto, el Tribunal reconoce que en el derecho español el procedimiento legal para inscribir el nacimiento de una persona y, posteriormente, obtener documentos de identidad es claro y previsible. Y admite que en circunstancias normales la responsabilidad principal de llevar a cabo los trámites administrativos necesarios para la inscripción del nacimiento y la obtención de los documentos de identidad de un menor recae sobre los padres.

Sin embargo, en el presente caso hay dos circunstancias excepcionales: la negligencia de la madre y los trastornos psicológicos del demandante debidos a la falta de identidad. Esta situación lleva al Tribunal a afirmar, en primer lugar, que incumbía a las autoridades actuar en el interés superior del niño cuyo registro de nacimiento se solicitaba para compensar las carencias de la madre y evitar que el niño quedara sin registrar, y por tanto, sin documentos de identidad; en segundo lugar, que las autoridades tenían la obligación positiva de actuar con la diligencia debida para ayudar al demandante a obtener su certificado de nacimiento y sus documentos de identidad, para garantizar el respeto efectivo de su vida privada; en tercer lugar, la protección del orden público a este respecto no era incompatible con la asistencia a una persona como el demandante, habida cuenta de la especial vulnerabilidad derivada de factores sanitarios y sociales, con el fin de proteger una faceta especialmente importante de la identidad del demandante (paras. 119 – 125).

2 Véase Doc. CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, al momento en que las autoridades tomaron conciencia de la necesidad de actuar ante la inactividad de la madre del demandante para proteger su derecho a la vida privada, el Tribunal observa que diversas autoridades tuvieron conocimiento de su situación de vulnerabilidad durante la mayor parte de su vida. A este respecto, puede considerarse que las autoridades del registro civil tuvieron conocimiento de las dificultades del demandante para inscribir su nacimiento y, en consecuencia, para obtener un documento de identidad en algún momento a mediados de 1999, cuando el procedimiento tuvo que suspenderse debido a la imposibilidad de citar a su madre. En cualquier caso, a más tardar a partir de mayo de 2002, cuando quedó claro que la madre del demandante no podría presentar documentos distintos de los que había presentado, las autoridades competentes debían tener claro que era necesario adoptar medidas positivas para garantizar que el demandante no siguiera careciendo de una identidad registrada. A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que la obligación positiva de las autoridades y, en particular, del Registro Civil Central de ayudar al demandante a registrar su nacimiento y de actuar con la diligencia debida a este respecto, surgió a partir de mayo de 2002 (para. 126 – 127).

A continuación, el Tribunal aprecia si las autoridades españolas actuaron de forma inadecuada en el cumplimiento de su obligación positiva. Para ello es determinante el momento en el que se percataron de que la madre del demandante no podía facilitar los documentos adecuados para inscribir el nacimiento de su hijo y su inscripción efectiva. El Tribunal considera que, en ausencia de dichos documentos, no había justificación para retrasar hasta mayo de 2005 el “reconocimiento”, que parecía ser la única manera de probar la relación maternofilial y, por lo tanto, de proceder a la expedición de un certificado de nacimiento para el solicitante. El Tribunal no indica qué medidas concretas debían haber adoptado las autoridades españolas para ayudar a la madre a obtener los documentos de identidad, se limita a afirmar que las autoridades incumplieron su obligación positiva de actuar con la diligencia debida para ayudar al demandante a inscribir su nacimiento y, en consecuencia, a obtener sus documentos de identidad. Es de destacar que el Tribunal critica el “excesivo formalismo y rigidez de la administración española” al afirmar que se limitaron a insistir en la responsabilidad de la madre del demandante de cumplir con todos los criterios legalmente establecidos, a pesar de ser conscientes de que no se encontrarían más documentos relativos al nacimiento del demandante en México y sin tener en cuenta la especial vulnerabilidad del demandante (para. 128 – 130).

III. CONCLUSIONES

El derecho a la inscripción del nacimiento es un derecho fundamental reconocido por el artículo 24, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³, por el artículo 7, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 18, párrafo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.⁴ Este derecho está relacionado

3 “Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

4 “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

con la identidad personal. La importancia de la inscripción de los nacimientos como medio de establecer un registro oficial de la existencia de una persona y del reconocimiento de su personalidad jurídica ha sido objeto de atención reciente por los órganos de derechos humanos. En una resolución de 9 de abril de 2013, el Consejo de Derechos Humanos expresó preocupación por el elevado número de personas en todo el mundo cuyo nacimiento no se inscribe y recordó a los Estados su obligación de proceder a la inscripción de los nacimientos sin discriminación de ninguna clase e independientemente de la situación legal de los progenitores (A/HRC/RES/22/7). Desde entonces, ha seguido ocupándose de la cuestión.⁵

Por el contrario, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales no recoge expresamente el derecho a la inscripción del nacimiento. A través de su jurisprudencia, el Tribunal ha considerado que el “derecho al nombre”, como medio para identificar a las personas en sus familias y en la comunidad entra en el ámbito del derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8⁶. También que la elección por los padres del nombre⁷ y el apellido⁸ de su hijo forma parte de su vida privada. Asimismo, ha considerado que la denegación por las autoridades estatales de la inscripción de un nombre por el posible perjuicio que dicho nombre puede causar al niño no vulnera el artículo 8⁹. No obstante, la negativa a inscribir un nombre no inadecuado para un niño que ya ha logrado aceptación sí puede ser contraria al artículo 8¹⁰. El Tribunal ha considerado también que la norma que establece la obligación de asignar el apellido del marido a los hijos legítimos en el momento de la inscripción del nacimiento no vulnera en sí misma el Convenio. No obstante, la imposibilidad de apartarse de esta norma general se consideró excesivamente rígida y discriminatoria para las mujeres y, por consiguiente, contraria al artículo 14, juntamente con el artículo 8¹¹.

Por tanto, con esta sentencia el Tribunal completa su jurisprudencia y viene a colmar una laguna existente en el marco regional de protección de los derechos humanos no sólo al reconocer que el derecho individual a la inscripción del nacimiento y el acceso a otros documentos de identidad forma parte del derecho a la vida privada, sino también al afirmar la obligación de diligencia debida del Estado español que debía garantizar el disfrute del derecho del demandante al respeto de su vida privada en virtud del artículo 8 del Convenio.

5 Véase también la Resolución 28/13, de 7 de abril de 2015 (A/HRC/RES/28/13) y la Resolución 34/15, de 11 de abril de 2017 A/HRC/RES/34/15

6 STEDH, *Guillot contra Francia*, nº 22500/93, 24 de octubre de 1993

7 STEDH, *Johansson contra Finlandia*, nº 10163/02, 6 de septiembre de 2007

8 STEDH, *Cusan y Fazzo contra Italia*, nº 77/07, 7 de enero de 2014

9 STEDH, *Guillot contra Francia*, nº 22500/93, 24 de octubre de 1993

10 STEDH, *Johansson contra Finlandia*, nº 10163/02, 6 de septiembre de 2007

11 STEDH, *Cusan y Fazzo contra Italia*, nº 77/07, 7 de enero de 2014

REALINEANDO LA DOCTRINA GONZALEZ CARREÑO: LA SENTENCIA 5520/2023 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2023.

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA*

I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

El 29 de noviembre de 2023, el Tribunal Supremo dictaba una sentencia importante por las expectativas que, desde hace años, reviste la –falta de– ejecución de las decisiones de los Comités de Naciones Unidas contra España y los vaivenes experimentados con ese propósito.

A continuación, se expondrán brevemente los hechos, las cuestiones jurídicas más relevante y las conclusiones.

El asunto objeto de pronunciamiento concierne a un niño con discapacidad y su escolarización en el contexto del derecho a una educación inclusiva y la vulneración de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de 2006¹. En su caso, todos los controles internos destinados a garantizar la misma, fallaron.

Ni los supervisores docentes ni los directores del centro dieron una respuesta satisfactoria a las solicitudes de investigación instadas por la familia desde 2009 a propósito de los comportamientos de algunos profesores. Entre los que se incluían: manifestaciones de rechazo al alumno, agresiones verbales y físicas y la negativa a enseñar al niño en un centro de educación ordinaria, así como intentos de trasladarlo a centros de educación especial. Tampoco las autoridades escolares ofrecieron una respuesta adecuada a las solicitudes de mantenimiento de los recursos imprescindibles para mantener al niño en una escuela ordinaria².

En 2011, la Dirección Provincial de Educación estableció la escolarización del niño en un centro de educación especial³. Los padres recurrieron la decisión alegando vulneración de los artículos 10, 14, 15 y 27 de la Constitución y solicitando su reinscripción en un centro público ordinario. El Tribunal desestimó el recurso al considerar que la decisión quedaba justificada por las particulares características del niño y porque no había recursos disponibles. El Tribunal

* Alberto Delfín Arrufat Cárda es Profesor Permanente Laboral de Derecho Internacional Público en la Universitat Jaume I de Castellón (aarrufat@uji.es).

Todos los enlaces electrónicos a los recursos citados han sido verificados por última vez el 12/4/2024.

1 Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (Texto del Tratado disponible en [este enlace](#). España ratificó la Convención el 3 de diciembre de 2007. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008. Texto disponible en [este enlace](#).

2 Paras. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 y 2.5 Dictamen del CRPD No. 41/2017 (CRPD/C/23/D/41/2017) de 30 de septiembre de 2020. Texto íntegro en inglés accesible en [este enlace](#).

3 Para. 2.8 Dictamen del CRPD No. 41/2017 (CRPD/C/23/D/41/2017) de 30 de septiembre de 2020. Texto íntegro en inglés accesible en [este enlace](#).

Superior de Justicia rechazó el recurso y consideró que la matriculación de un niño con discapacidad en una escuela especial no puede considerarse discriminatoria. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional también fue desestimado⁴.

Cuatro meses más tarde, los padres presentaron una demanda ante el TEDH donde reclamaban la condena de España por vulneración del artículo 14 CEDH; la demanda fue declarada inadmisibile. El 2 de mayo de 2017 presentaron una comunicación individual ante el Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD) en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo de 2006⁵. España se opuso, pero escasamente cuestionó su admisibilidad, tampoco la falta de agotamiento de los recursos internos. El examen del fondo concluyó en la condena de España⁶ y en la exigencia de proporcionar el reembolso de las costas judiciales, una indemnización, un programa de formación profesional verdaderamente inclusivo, una investigación eficaz de los abusos y discriminación padecidas; sin olvidar el deber de reconocer públicamente la vulneración de los derechos y la publicación de la decisión condenatoria⁷.

En 2021, las víctimas⁸ incoaron reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración sobre la base del Dictamen emitido por el Comité que no fue atendido por presunto silencio negativo de la Administración; en 2022, iniciaron un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para recurrir el rechazo por silencio administrativo negativo que, igualmente, resultó infructuoso⁹. Entonces las víctimas presentaron un recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

II. CUESTIONES JURÍDICAS.

El 29 de noviembre de 2023, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo admitía el recurso y anulaba la sentencia dictada por la Audiencia Nacional¹⁰. El valor de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo se sitúa en dos aspectos

4 Para. 2.7, 2.8, 2.10, 2.11, 2.12, 2.13 Dictamen del CRPD No. 41/2017 (CRPD/C/23/D/41/2017) de 30 de septiembre de 2020. Texto íntegro accesible en este enlace.

5 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Texto íntegro accesible en este enlace. Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Texto íntegro accesible en este enlace. BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008. Texto íntegro accesible en este enlace

6 España fue condenada por vulneración de los artículos 7, 15, 17, 23 y 24 de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (Texto del Tratado disponible en [este enlace](#)).

7 Párr. 9 C.a) i, ii, iii, iv) v) Dictamen del CRPD No. 41/2017 (CRPD/C/23/D/41/2017) de 30 de septiembre de 2020. Texto íntegro accesible en este enlace.

8 Conviene señalar que los padres del niño decidieron no llevarlo a la Centro de Educación Especial, por lo que la Fiscalía denunció a los progenitores por abandono del menor. Posteriormente, el juez desestimó el delito. El padre firmó junto al hijo la Comunicación individual ante el CRDP.

9 SAN 5467/2022 de 17 de noviembre de 2022. Texto íntegro accesible en este enlace.

10 STS 5520/2023 de 29 de noviembre de 2023. Texto íntegro accesible en este enlace.

esenciales: el primero a propósito del carácter vinculante de los dictámenes del Comité y el segundo sobre la posibilidad de revisar sentencias sobre las que hubiera recaído cosa juzgada.

En relación con la primera cuestión, la Sala del Tribunal Supremo considera un hecho incontrovertido que no existe un cauce procedimental específico que permita instar el cumplimiento de las Decisiones de los Comités de monitorización de tratados de DDHH de la ONU, lo que impide exigir autónomamente su cumplimiento¹¹. Por ello, estima el Dictamen como presupuesto habilitante para formular una reclamación patrimonial por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia con independencia de la responsabilidad que resulte procedente en cada caso y, sin perjuicio de otros cauces que pudieran plantearse¹². Sostiene esta posición en el carácter vinculante que la Convención –ex artículo 4.1– y reforzado por el Protocolo Facultativo respecto de las decisiones del CDPD –ex artículo 1-¹³; también en el obligado cumplimiento del artículo 9.3 CE en la medida en que los Tratados forman parte del ordenamiento jurídico interno y en el hecho de que las decisiones se han producido en el marco de un procedimiento aceptado por España y del que ha podido participar con plenas garantías. Finalmente, porque privar de efecto a la Decisión del Comité constituye un vaciamiento del alcance real y efectivo de la Convención. Con ello se separa del reciente pronunciamiento del propio tribunal, (STS 786/2023 de 13 de junio de 2023) que consideraba los dictámenes del CAT meras observaciones, recomendaciones y declaraciones destinadas a evitar futuras lesiones de derechos dotadas únicamente de “cierto valor jurídico” como meros “indicadores relevantes” del cumplimiento por parte del Estado¹⁴.

Sobre la segunda cuestión, hace girar el interés casacional en torno a la idea de determinar si la reparación y el cumplimiento de las prescripciones de la Decisión de los Comités de la ONU supone revisar resoluciones judiciales firmes. El Tribunal Supremo afirma que no hay vulneración del principio de cosa juzgada ni revisión de resoluciones firmes en aquellos supuestos en que la reclamación por responsabilidad patrimonial se apoye en las conclusiones y obligaciones que al Estado le impone el Dictamen del Comité. Sostiene su posición en que el Estado no había aportado evidencias de haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento al Dictamen; también en que la Sala que, en su día desestimó la demanda que pretendía recurrir el traslado del niño a un centro de educación especial, no se pronunció con suficiente profundidad ni sobre varios de los aspectos referidos por el CRPD. De todo ello, estima que no puede concluirse que nos encontrásemos ante un supuesto de cosa juzgada. Con ello la sentencia evita discutir otros pronunciamientos recientes de la jurisdicción española que niegan la posibilidad de revisión de sentencias firmes por alegación de Decisiones dictadas por Comités de monitorización de cumplimiento de tratados de derechos humanos¹⁵.

11 FJ 7º STS 5520/2023 de 29 de noviembre de 2023. Texto íntegro accesible en este enlace.

12 FJ7º 2) STS 5520/2023 de 29 de noviembre de 2023. Texto íntegro accesible en este enlace.

13 Art. 4.1 Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (Texto del Tratado disponible en [este enlace](#) y Art. 1 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Texto íntegro accesible en este enlace.

14 STS 786/2023 de 13 de junio de 2023, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, STS 2842/2023 Texto disponible en [este enlace](#).

15 Entre otras, STS 401/2020, de 12 de febrero de 2020, de la Sala Especial. Texto disponible en [este enlace](#).

Por ello, el Tribunal Supremo casa la sentencia, pero ordena la retroacción de actuaciones para que la Sala de instancia realice una apreciación sobre el resto de los presupuestos necesarios que configuran la responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia y, en su caso, una valoración¹⁶.

En todo caso, el Tribunal Supremo ofrece con ello, una solución incompleta que ahora sabemos insuficiente porque a fecha de entrega de este comentario, ya conocemos que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha concluido que no se dan los presupuestos necesarios para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia estimando que no se acredita suficientemente que el daño pueda imputarse causalmente a la Administración.

La Sala considera que el dictamen de la ONU no ha considerado las declaraciones de hechos y la valoración de las pruebas que realizaron los tribunales competentes en España, no consideraron los hechos ni las pruebas reflejadas en las sentencias firmes.

Además, la Audiencia no aprecia la existencia de daño dado que “todas las actuaciones desarrolladas fueron encaminadas a su mejor desarrollo en atención a las circunstancias personales” lo que implicaba “una educación específica” y actuaciones dirigidas a la modificación de su conducta. Lo contrario, sostiene la Sala, supondría dotar al CRDP de una competencia jurisdiccional de la que carece”. Además, la sentencia estima –en coincidencia con el voto particular expresado en la sentencia analizada– que los demandantes debieron utilizar la vía del error judicial prevista en el artículo 293 de la LOPJ y no la del funcionamiento anormal de la Justicia.

III. CONCLUSIONES.

La sentencia analizada presenta un indudable valor al afirmar de manera inequívoca el carácter obligatorio y vinculante de los dictámenes del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y por extensión del resto de Decisiones adoptadas en los Comités de monitorización del cumplimiento de tratados de derechos humanos de la ONU en el marco de los mecanismos de comunicaciones individuales aceptados por España; también por romper la excepcionalidad del Asunto González-Carreño.

La solución judicial ofrecida por el Tribunal Supremo es perfectamente encuadrable dentro del artículo 4 de la Convención y constituye una medida de última instancia, de emergencia ante un incumplimiento identificado por el Comité y susceptible de perpetuarse –no reparado–. Sin embargo, su reenvío de nuevo a la Sala de instancia –con su nueva negativa a considerar la responsabilidad patrimonial– evidencia su alcance limitado.

16 FJ 8º FJ 7º STS 5520/2023 de 29 de noviembre de 2023. Texto íntegro accesible en este enlace.

LA CELEBRACIÓN DE UN NUEVO JUICIO COMO REPARACIÓN EN LOS CASOS DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL (STC 9/2024, DE 17 DE ENERO)

VANESA MENÉNDEZ MONTERO*

I. HECHOS

El día 17 de enero de 2024, el Tribunal Constitucional puso fin a una controversia que comenzó hace más de una década con la SAN 22/2011, de 16 de septiembre, de cuyo desarrollo nos hicimos eco en una crónica anterior¹. En dicha crónica, analizamos la STS 629/2020, de 15 de diciembre, dictada como consecuencia de la declaración de nulidad de la primera sentencia casacional, la STS 351/2012, de 7 de mayo. Dicha nulidad fue instada por los recurrentes en un recurso extraordinario de revisión para la ejecución de la STEDH de 6 de noviembre de 2018². En ésta, el TEDH declaró la violación del derecho de los demandantes a un juez imparcial durante el procedimiento sustanciado ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Al interponer el recurso extraordinario de revisión, no obstante, los recurrentes no solicitaron la declaración de nulidad de la SAN 22/2011, de 16 de septiembre, sino de la sentencia casacional, la STS 351/2012, de 7 de mayo.

Declarada la nulidad de la STS 351/2012, de 7 de mayo, y reabierto así el trámite casacional, el Tribunal Supremo dictó la STS 629/2020, de 15 de diciembre, en virtud de la cual anuló la sentencia condenatoria de instancia –SAN 22/20211, de 16 de septiembre– y acordó la retroacción de las actuaciones al momento anterior al juicio oral. Sin embargo, la decisión de retrotraer las actuaciones, habiéndose ejecutado y cumplido las penas impuestas por la sentencia casacional, llevó a los recurrentes a presentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por una presunta vulneración del principio *ne bis in idem* procesal y, en consecuencia, una lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la CE). En su STC 9/2024, de 17 de enero, analizada a continuación, el Tribunal Constitucional estima la pretensión de los recurrentes, aunque con unos efectos jurídicos distintos a los deseados por éstos.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El presente recurso de amparo trata de resolver una cuestión compleja que nunca antes se había planteado, a saber: en el caso de que los recurrentes/condenados hayan visto vulnerado

* Profesora Ayudante Doctora del Área de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid (Vanesa.menendez@uam.es).

1 Véase “Crónica de Derecho internacional público”, *REEI*, nº 41, 2021, pp. 35-38.

2 El recurso extraordinario de revisión fue resuelto por la STS 426/2020, de 27 de julio.

su derecho a un juez imparcial, se discute si un segundo enjuiciamiento penal –como remedio por la vulneración de sus derechos fundamentales–, constituye un acto contrario al principio *ne bis in idem* procesal, teniendo en cuenta que los propios recurrentes/condenados no solicitaron dicho enjuiciamiento en el recurso extraordinario de revisión y que las penas impuestas en casación ya habían sido íntegramente cumplidas.

La interdicción del doble enjuiciamiento penal no se encuentra expresamente reconocida en la Constitución Española. Sin embargo, una interpretación conforme con el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH y el artículo 14.7 del PIDCP permite incluir este extremo en el artículo 24.1 de la CE³. En cuanto a su alcance, el Tribunal Constitucional diferencia entre dos supuestos, dependiendo de si se han vulnerado derechos sustantivos o derechos procesales de las partes. Al tratarse, en el caso concreto, de la vulneración del derecho al juez imparcial de los recurrentes/condenados, el Tribunal Constitucional centra su atención en este último supuesto.

Como regla general, el Tribunal Constitucional establece que, en aquellos casos en los que hayan existido vicios procedimentales *graves* sufridos por las partes acusadoras, la anulación de la sentencia y la repetición del juicio proporcionan una tutela jurídica adecuada. Ahora bien, si no se han vulnerado las más elementales garantías procesales, la retroacción de las actuaciones puede llegar a constituir una vulneración del principio *ne bis in idem* procesal. Por ello, ante la posibilidad de ordenar la celebración de un nuevo juicio, el Tribunal Constitucional exige que se lleve a cabo un juicio específico de ponderación⁴ en el que se tengan en cuenta, de un lado, la solicitud de los condenados⁵ y, de otro lado, el *efecto útil* de la reapertura del procedimiento para quienes hayan sufrido la lesión del derecho a un juez imparcial (FJ 3, para. A).

En relación con el primer elemento, el Tribunal Constitucional se hace eco de la STEDH de 6 de noviembre de 2018, en la que el Tribunal Europeo recuerda que “la forma más apropiada de reparación sería, en principio, celebrar un nuevo juicio o reabrir el caso, *a solicitud de la persona interesada*”⁶. Es decir, la celebración de un nuevo juicio en casos de vulneración del derecho a un juez imparcial se configura como una suerte de derecho subjetivo de la víctima, que puede decidir entre solicitar dicha reparación o atenerse a una satisfacción suficiente⁷. Los recurrentes en amparo hicieron uso de esta posibilidad y solicitaron al Tribunal Supremo la anulación de la STS 351/2012, de 7 de mayo. Es decir, no instaron la nulidad del proceso originario en el que se cometió la vulneración del derecho a un juez imparcial, sino la nulidad de la sentencia casacional que desestimó el motivo relativo a la violación del artículo 24.1 de la CE en primera instancia.

3 Véase, a modo de precedente, la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3, para. (d).

4 Véase la STC 23/2016, 15 de febrero, en la que se exige este ejercicio de ponderación al reconocer la posibilidad de que la reparación consistente en la declaración de nulidad y retroacción de las actuaciones entre en conflicto con otros derechos, bienes y valores dignos de tutela (FJ 3).

5 Al respecto, el Tribunal Constitucional menciona la jurisprudencia del TEDH en la resolución de casos similares en los que discute la compatibilidad entre la celebración de un nuevo juicio y el artículo 4.2 del Protocolo núm. 7 del CEDH. Véanse, SSTEDH, asunto *Öcalan c. Turquía* (no. 46221/99), de 12 de mayo de 2005, párr. 210; asunto *Sedjovic c. Italia* (no. 56581/00), de 1 de marzo de 2006, párr. 125.

6 STEDH, asunto *Otegi Mondragón y Otros c. España* (nos. 4184/15, 4317/15, 4323/15, 5028/15, 5053/15), de 6 de noviembre de 2018, párr. 74 [énfasis añadido].

7 En el Derecho español, esta solicitud debe trascurrir por el cauce del artículo 954.3º de la LECrim.

Así, se plantea la cuestión de si, y hasta qué punto, las víctimas de la vulneración del derecho a un juez imparcial pueden disponer de su derecho a una reparación justa que consista en una mera declaración de nulidad sin la celebración de un nuevo juicio. En este caso particular, si se atendiera a la *reparación subjetiva* de los recurrentes, se llegaría a un resultado anómalo: éstos habrían cumplido varias penas como consecuencia de unos hechos sobre los que no existe un pronunciamiento definitivo en Derecho, lo cual equivale, materialmente, a un pronunciamiento absolutorio que no guarda correlación con la lesión que debe ser reparada. No obstante, la solución propuesta por el Tribunal Supremo, consistente en declarar la nulidad de la sentencia casacional y que una nueva sentencia declare la nulidad de la sentencia de instancia y la retroacción de las actuaciones, supone ignorar la oposición expresa de los recurrentes a la celebración de un segundo enjuiciamiento.

Frente a esta disyuntiva, el Tribunal Constitucional comienza por reconocer que la reparación solicitada por los recurrentes en ejecución de la STEDH de 6 de noviembre de 2018 se planteó de modo “sumamente equívoco” (FJ 5). Los recurrentes no solicitaron una satisfacción equitativa, tal y como sugirió el TEDH⁸, ni tampoco la nulidad de la sentencia de instancia sin retroacción de las actuaciones. Los recurrentes solicitaron una reparación de la que lógicamente se derivaban la declaración de nulidad de la primera sentencia de casación y la reapertura de dicho trámite, el cual culminó con la declaración de nulidad de la sentencia de instancia y la celebración de un nuevo juicio. No obstante, el Tribunal Constitucional introduce una excepción a este segundo enjuiciamiento si con ello los recurrentes, víctimas de la vulneración de su derecho a un juez imparcial, no logran obtener un *efecto útil* del mismo.

El Tribunal Constitucional define este *efecto útil* de tal forma que la repetición de un procedimiento no puede desbordar los límites de la reparación por la vulneración de un derecho fundamental e imponer un gravamen desproporcionado a las víctimas. En este sentido, sostiene que la repetición del juicio depende de que las víctimas puedan obtener un *efecto útil* de dicho proceso, es decir, que puedan evitar la condena y la imposición de una pena. De esta manera, el Tribunal Constitucional descarta que la repetición del juicio sea un mecanismo de reparación automático, ya que depende de las circunstancias concretas y de la carga que pueda suponer para el sujeto agraviado. Por ello, permite que el condenado por un juez parcial acepte la condena y renuncie a solicitar la reapertura del juicio si con ello pretende evitar el riesgo de un segundo enjuiciamiento que conduzca a la imposición de una pena más gravosa (FJ 4).

En aplicación de esta excepción, el Tribunal Constitucional reconoce que la decisión de celebrar un nuevo juicio resulta manifiestamente desproporcionada en aquellos casos en los que se trate de reparar el derecho a un juez imparcial, siempre y cuando se den dos condiciones. En primer lugar, debe ser la parte acusada quien haya sufrido el vicio esencial del procedimiento; siendo ésta, por lo tanto, quien tiene la necesidad de obtener una reparación. En segundo lugar, las penas impuestas por una sentencia firme anterior a la declaración de nulidad han de haber sido íntegramente cumplidas. Solo en estos casos, el Tribunal Constitucional considera que la repetición del juicio oral debe considerarse materialmente como un segundo enjuiciamiento contrario al principio *ne bis in idem* procesal.

8 STEDH, asunto *Otegi Mondragón y Otros c. España*, párr. 75.

En consecuencia, y como respuesta a la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que la celebración de un segundo enjuiciamiento supone en este caso, el Tribunal Constitucional declara la nulidad de la STS 692/2020, de 15 de diciembre en su totalidad sin retroacción alguna. El Tribunal Constitucional considera así que la satisfacción derivada de la STEDH de 6 de noviembre de 2018 constituye una reparación suficiente, careciendo de *efecto útil* la celebración de un nuevo trámite de casación. Esta decisión supone el mantenimiento del efecto de cosa juzgada de la condena establecida en la primera sentencia casacional –STS 351/2012, de 7 de mayo–, íntegramente cumplida por los recurrentes⁹, con el complemento de la declaración del TEDH sobre la vulneración del derecho a un juez imparcial. En suma, el Tribunal Constitucional llega a una solución intermedia por la que estima la pretensión de los recurrentes/condenados, sin que ello suponga un pronunciamiento materialmente absolutorio, vedando así la posibilidad de que éstos reclamen una indemnización del Estado.

III. CONSIDERACIONES FINALES

De la STC 9/2024, de 17 de enero, pueden extraerse dos lecciones. De un lado, el Tribunal Constitucional establece que, en casos de violación de derechos fundamentales procesales, las víctimas pueden elegir si recurren a la nulidad de la sentencia condenatoria y la reapertura del procedimiento o si, por el contrario, se atienen a una mera satisfacción. En el primero de los casos, no obstante, los tribunales deben velar por que la retroacción de las actuaciones no vulnere el principio *ne bis in idem* procesal, para lo cual deben llevar a cabo un ejercicio específico de ponderación. Por otro lado, el Tribunal Constitucional sienta un precedente respecto de este ejercicio de ponderación al requerir que los condenados/víctimas soliciten la celebración de un nuevo juicio y que éste surta un *efecto útil* para aquéllos. La apreciación de este segundo elemento depende, sin embargo, de que exista la posibilidad de evitar las consecuencias negativas derivadas del proceso en el que se lesionó el derecho fundamental objeto de reparación. En el caso que nos ocupa, esta doctrina ha supuesto volver a la decisión que tomó el Tribunal Supremo hace doce años, lo cual resta toda utilidad a los procedimientos que tuvieron lugar tras la STEDH de 6 de noviembre de 2018. De ahí la importancia de recordar que el recurso extraordinario de revisión para la ejecución de las sentencias del TEDH “solo resulta procedente cuando los efectos de la vulneración persisten y no pueden ser reparados de ningún otro modo” (FJ 6), circunstancia que, en este asunto, dejó de tener lugar en febrero de 2021.

9 Este extremo es objeto de críticas en el Voto particular de los Magistrados Dña. Inmaculada Montalbán Huertas, D. Ramón Sáez Valcárcel, Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga y Dña. Laura Díez Bueso. Según éstos, los efectos del presente fallo se extienden de manera injustificada a la STS 426/2020, de 27 de julio, la cual no fue objeto de amparo ni de impugnación. Asimismo, recuerdan que el hecho de que formalmente no exista un pronunciamiento sobre la pretensión de la acusación no equivale a una absolución material; simplemente supone que el Estado ya no puede proceder a un segundo enjuiciamiento de los hechos por las garantías constitucionales que asisten a los condenados.