

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

POR C. QUESADA ALCALÁ, E. JIMÉNEZ PINEDA, M. E. SALAMANCA AGUADO, A. M. ALDAZ CASANOVA, F. PASCUAL-VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA, A. D. ARRUFAT CARDAVA, M. GARCÍA CASAS Y E. M. RUBIO FERNÁNDEZ

COORDINADA POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ*

Sumario:

A VUELTAS CON LAS AMNISTÍAS Y LOS CRÍMENES INTERNACIONALES: DECISIÓN SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DEL DR. SAIF AL-ISLAM GADDAFI DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 17 (1) (C), 19 Y 20 (3) DEL ESTATUTO DE ROMA (9/03/2020)

POR C. QUESADA ALCALÁ..... PP. 1-5

EL LAUDO SOBRE EXCEPCIONES PRELIMINARES DICTADO EL 21 DE FEBRERO DE 2020 POR EL TRIBUNAL ARBITRAL CONSTITUIDO CONFORME AL ANEXO VII DE LA CNUDM (UCRANIA C. FEDERACIÓN DE RUSIA)

POR E. JIMÉNEZ PINEDA..... PP. 6-9

LAS MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONFLICTO DE NABORNO KARABAJ ENTRE ARMENIA Y AZERBAIYÁN

POR M. E. SALAMANCA AGUADO..... PP. 10-14

CASO SAQUETTI IGLESIAS c. ESPAÑA (STEDH 50514/13) Y LA POSIBLE NATURALEZA PENAL DE CIERTAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. UNA VUELTA DE TUERCA AL DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA

POR ANA M. ALDAZ CASANOVA..... PP. 15-19

¿UNA VICTORIA PÍRRICA? (*PV INVESTORS c. ESPAÑA*)

POR F. PASCUAL-VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA..... PP. 20-23

RESQUICIOS DEL CASO BANESTO: SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE EXTENDER LA DOCTRINA *GONZALEZ CARREÑO* SOBRE EL VALOR INTERNO DE LOS DICTÁMENES DE LA ONU POR LA VÍA DEL RECURSO DE REVISIÓN

POR A. D. ARRUFAT CARDAVA..... PP. 24-27

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

SOBRE LA ACCIÓN POPULAR Y LA LUCHA CONTRA LA
IMPUNIDAD EN EL ASUNTO ELLACURÍA (SENTENCIA 2193/2020 DE
LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL)

POR M. GARCÍA CASAS..... PP. 28-31

LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES
INTERNACIONALES EN LOS LITIGIOS LABORALES (SENTENCIA
146/2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO)

POR EVA M. RUBIO FERNÁNDEZ..... PP. 32-35

A VUELTAS CON LAS AMNISTÍAS Y LOS CRÍMENES INTERNACIONALES: DECISIÓN SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LA ADMISIBILIDAD DEL DR. SAIF AL-ISLAM GADDAFI DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 17 (1) (C), 19 Y 20 (3) DEL ESTATUTO DE ROMA (9/03/2020)

CARMEN QUESADA ALCALÁ*

I. HECHOS: PAZ *VERSUS* JUSTICIA EN LIBIA

La situación en Libia fue remitida al Fiscal de la CPI por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su Resolución 1970. El 3 de marzo de 2011, el Fiscal anunció la apertura de una investigación sobre la situación en Libia. Con posterioridad, el 27 de junio de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares I emitió tres órdenes de detención contra Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi por crímenes de lesa humanidad (asesinato y persecución) presuntamente cometidos en Libia desde el 15 hasta el 28 de febrero de 2011, a través del aparato estatal y sus Fuerzas de Seguridad. El 22 de noviembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares I archivó formalmente el caso contra Muammar Gaddafi debido a su muerte.

El 31 de mayo de 2013, la Sala de Cuestiones Preliminares I rechazó la impugnación de Libia de la admisibilidad del caso contra Saif Al Islam Gaddafi y recordó a Libia su obligación de entregar al sospechoso a la Corte. El 21 de mayo de 2014, la Sala de Apelaciones confirmó la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I. El 5 de abril de 2019 se emitió la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I titulada "Decisión sobre la "impugnación de admisibilidad del Dr. Saif Al-Islam Gaddafi de conformidad con los artículos 17 (1) (c), 19 y 20 (3) del Estatuto de Roma"¹. En dicha decisión se confirmó la admisibilidad de la causa, pero ésta volvió a ser objeto de recurso, resultando en la Decisión que ahora nos ocupa, de 9 de marzo de 2020².

En efecto, el 9 de marzo de 2020, la Sala de Apelaciones recordó que la Corte es "complementaria a las jurisdicciones penales nacionales". Un caso es inadmisibile cuando una persona "ya ha sido juzgada" y ninguna persona "que haya sido juzgada por otro tribunal" por crímenes de la competencia de la Corte será juzgada por la CPI en relación con la misma conducta. Al revisar la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, la

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

¹ ICC, Pre-Trial Chamber I, *Situation in Libya in the case of The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi: Decision on the 'admissibility challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute'*, 5 April 2019. ICC-01/11-01/11-662 (en adelante Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I)

² ICC, Appeals Chamber, *Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Decision on the "Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute"'*, 9 March 2020, ICC-01/11-01/11 (en adelante Decisión de la Sala de Apelaciones)

Sala de Apelaciones no encontró error en ella y estuvo de acuerdo con su interpretación del Estatuto de Roma, indicando que la decisión emitida por una jurisdicción nacional debe ser definitiva antes de que un caso pueda ser declarado inadmisibile.

Habiendo considerado las alegaciones de la Defensa, el Fiscal, las víctimas, el gobierno de Libia y otros, la Sala de Apelaciones concluyó que la Sala de Cuestiones Preliminares no incurrió en error al concluir que la sentencia libia del 28 de julio de 2015 contra el Sr. Gaddafi se dictó en ausencia. Por tanto, a ojos de la CPI, y con arreglo a la legislación libia, la sentencia del Tribunal de Trípoli no puede considerarse definitiva. La Sala de Apelaciones también estuvo de acuerdo con la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de que la Ley Libia núm. 6 (2015) con respecto a la amnistía no es aplicable a los crímenes por los cuales el Sr. Gaddafi fue condenado por el Tribunal de Trípoli. En consecuencia, la Sala de Apelaciones rechazó la apelación del Sr. Gaddafi. Por su parte, el magistrado Eboe-Osuji y el magistrado Bossa adjuntaron conjuntamente una opinión separada concurrente. La Jueza Ibáñez Carranza presentó una opinión separada a esta Sentencia, relacionada con la cuestión de las amnistías y el Derecho Internacional. Al examen de esta última cuestión dedicaremos las siguientes páginas, por ser la más relevante para nuestra disciplina.

II. CUESTIONES DE DERECHO: LAS AMNISTÍAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Ya en la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 5 de abril de 2019, ésta consideró que las amnistías para los crímenes de competencia de la CPI debían estar prohibidas³. En efecto, la Sala analizó la *Law 6/2015 on General Amnesty*⁴, de Libia, aprobada el 7 de septiembre de 2015, en la que se disponía que se extendía la amnistía general a todos los libios que hubieran cometido algún crimen en el período comprendido entre el 15 de febrero de 2011 y el momento de promulgación de la ley. A continuación, la Sala de Cuestiones Preliminares concluyó que la ley de amnistía libia era contraria al Derecho Internacional Público. Para llegar a ese resultado se basó en que los crímenes contra la humanidad no pueden estar bajo la cobertura de amnistías ni de indultos, puesto que esto socavaría las obligaciones de los Estados de investigar, enjuiciar y sancionar los crímenes y vulneraría los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación⁵. Dicha conclusión de la Sala viene avalada, a su juicio, por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷, las decisiones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los

³ Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, paras. 61 y 77.

⁴ La ley puede consultarse en inglés en el siguiente documento: ICC-01/11-01/11-650-AnxIII-tENG, disponible online en: <http://www.legal-tools.org/doc/2c966c/pdf/>.

⁵ Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, paras. 61, 77 y 78.

⁶ Corte Interamericana de derechos humanos, *Caso masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. el Salvador*, Sentencia de 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas); *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); *Caso Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo).

⁷ European Court of Human Rights, *Marguš v. Croatia* (Application no. 4455/10), Judgment of 13

Pueblos⁸, y las sentencias de varios tribunales penales internacionales⁹.

Esta conclusión clara a la que llega la Sala de Cuestiones Preliminares I parece ser cuestionada, de alguna forma, por la Sala de Apelaciones, al pronunciarse sobre la impugnación de la Decisión por parte de Gaddafi. De hecho, dicha Sala de Apelaciones consideró, en primer lugar, que lo argumentado por la Sala precedente en torno a las amnistías y su compatibilidad con el Derecho Internacional Público no dejaba de ser *Obiter dicta*¹⁰. En su opinión, se trataba, por tanto, de argumentos en la parte considerativa de la sentencia que corroboraban la decisión principal pero que no tenían poder vinculante, pues su naturaleza era meramente complementaria y no formaban parte de la *ratio decidendi*. La Jueza Ibáñez Carranza, en su opinión separada y concurrente a la Decisión de la Sala de Apelaciones, de 21 de abril de 2020¹¹, refutó dicho argumento¹², al considerar que el tema de la compatibilidad de las amnistías con el Derecho Internacional Público era directamente relevante para la decisión final.

Dicha Sala de Apelaciones, en segundo lugar, consideró que el Derecho Internacional Público aún se hallaba en un estadio de desarrollo en relación con la cuestión de la aceptabilidad de las amnistías¹³. Para esta Sala, la Sala de Cuestiones Preliminares opinó exactamente lo mismo. Sin embargo, existen autores que se cuestionan que ésta fuera la posición de la Sala de Cuestiones Preliminares. Así, Loyo Cabezudo opina que atribuir a la Sala de Cuestiones Preliminares esta posición resulta erróneo ya que el rechazo de ésta respecto de las amnistías resultaba evidente, como se desprendía de la abundante jurisprudencia mencionada por dicha Sala¹⁴.

Esta última posición es la mantenida por la Jueza Ibáñez Carranza, en su Opinión

November 2012; *Okkali v. Turkey*, (Application no 52067/99), Judgment of 17 October 2006; *Yeşil and Sevim v. Turkey*, (Application no. 34738/04), Judgment of 5 June 2007. Para ver la evolución del tratamiento del tema de las amnistías en el sistema europeo de derechos humanos, ver: CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Las leyes de amnistía en el sistema europeo de derechos humanos. de la Decisión de la Comisión en Dujardin y otros contra Francia a la Sentencia de la Gran Sala en Marguš contra Croacia: ¿progresivo desarrollo o desarrollo circular?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 52, Madrid, septiembre/diciembre (2015), pp. 909-947.

⁸ African Commission on Human and People’s Rights, *Malawi African Association et al. v. Mauritania*, Communication No. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97, 210/98, Decision, 11 May 2000.

⁹ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor v. Erdemovic*, Sentencing Judgment, 29 November 1996, IT-96-22-T, para. 28; *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment. 10 December 1998, IT-95-17/1-T, paras 141, 155-156; The Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Morris Kallon et al.*, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, 13 March 2004, SCSL-2004-15-AR72(E) and SCSL-2004-16-AR72(E), para. 67.

¹⁰ Decisión de la Sala de Apelaciones, para. 96.

¹¹ ICC, Separate and Concurring Opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza on the Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”, ICC-01/11-01/11-695-AnxI, 21 April 2020 (en Adelante, Opinión separada).

¹² Opinión separada, para. 19.

¹³ Decisión de la Sala de Apelaciones, para. 96.

¹⁴ LOYO CABEZUDO, J., “La Corte Penal Internacional y las amnistías aprobadas en procesos de transición: ¿la condicionalidad legítima jurídicamente su empleo?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, junio 2020, pp.1-41.

separada, que merece ser tomada en consideración porque aborda el estudio de las amnistías y su validez a la luz del Derecho Internacional Público. Para dicha jueza, existen tratados, principios, y estándares claramente establecidos que confirman que las amnistías generales y medidas similares adoptadas en relación con violaciones graves de derechos humanos, como aquellas comprendidas en los crímenes de la competencia de la CPI, son incompatibles con el Derecho Internacional¹⁵. Para ella, el Estatuto de Roma es la prueba clara de la existencia de dichos tratados, principios y estándares¹⁶. En su opinión, de admitirse amnistías e indultos en relación con los crímenes de competencia de la CPI estaríamos vulnerando el objeto y fin del Estatuto de Roma¹⁷. A la misma conclusión llega en cuanto a las amnistías condicionadas en contextos de justicia transicional, que tampoco deberían ser válidas para los graves crímenes de competencia de la Corte¹⁸.

III. CONSIDERACIONES FINALES: O EL FALSO DILEMA PAZ *VERSUS* JUSTICIA

En conclusión, en su sentencia, la Sala de Apelaciones determinó que la Corte Penal Internacional no puede juzgar a alguien que ya haya sido juzgado en una jurisdicción nacional por la misma conducta sólo si el proceso en el otro tribunal es definitivo. En este sentido, consideró que los procedimientos internos libios contra Gaddafi no son definitivos, dado que fue condenado en *absentia*¹⁹. De este modo, si el Sr. Gaddafi se entrega o es arrestado, la ley libia establece que debe ser juzgado nuevamente. Es de destacar que, en el curso del procedimiento de admisibilidad, el Sr. Gaddafi declaró que fue puesto en libertad el 12 de abril de 2016 o alrededor de esa fecha, sin que haya hecho, desde entonces, ningún esfuerzo por entregarse. En consecuencia, y en opinión de la Fiscalía de la CPI, el señor Gaddafi es un fugitivo voluntario que evade activamente la justicia tanto en Libia como ante la Corte Penal Internacional²⁰.

La Sala de Apelaciones argumentó, además, que la ley de amnistía libia, Ley núm. 6 de 2015, no se aplicaría a este caso. A pesar de no haber coincidencia absoluta en las posiciones de las diferentes Salas de la CPI (Cuestiones Preliminares y Apelaciones), podemos asegurar que la jurisprudencia de la Corte está contribuyendo a clarificar la cuestión de la validez de las amnistías a la luz del Derecho Internacional Público. En todo caso, coincidimos con Loyo Cabezudo cuando afirma que la CPI podría haber sido más valiente y entrar a considerar la validez de las amnistías a efectos del ejercicio de su competencia sobre los crímenes más graves, sobre la base de los artículos 16, 17 y 53 del Estatuto de Roma²¹. Se trata de una oportunidad perdida que esperamos aproveche la Corte en un futuro.

En relación con las amnistías, nos alineamos con la Jueza Ibáñez Carranza cuando, en su

¹⁵ Opinión separada, paras. 25; 43-114.

¹⁶ Opinión separada, para. 136.

¹⁷ Opinión separada, para.6.

¹⁸ Opinión separada, paras. 115-124.

¹⁹ Decisión de la Sala de Apelaciones, paras. 53 y 54.

²⁰ ICC Prosecutor, *Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, 5 May 2020.

²¹ LOYO CABEZUDO, J., “La Corte Penal Internacional ...”, p.30.

Opinión separada, recordaba la Declaración adoptada en Kampala con ocasión de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma. En dicha Declaración se expresaba la convicción de que no existe paz duradera sin justicia de modo que la justicia y la paz son exigencias complementarias²².

²² ICC, Assembly of States Parties, Declaration RC/Decl. 1, adopted at the 4th plenary meeting, on 1 June 2010, by consensus.

EL LAUDO SOBRE EXCEPCIONES PRELIMINARES DICTADO EL 21 DE FEBRERO DE 2020 POR EL TRIBUNAL ARBITRAL CONSTITUIDO CONFORME AL ANEXO VII DE LA CNUDM (UCRANIA C. FEDERACIÓN DE RUSIA)

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA*

I. HECHOS: A MODO DE INTRODUCCIÓN

El 21 de febrero de 2020, un tribunal arbitral, constituido conforme al Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Convención o CNUDM), dictó laudo sobre las excepciones preliminares que la Federación de Rusia había planteado en la controversia sometida por Ucrania relativa a *los derechos del Estado ribereño en los mares Negro y de Azov y en el Estrecho de Kerch*¹.

En su demanda de 16 de septiembre de 2016, Ucrania pedía al tribunal, sucintamente, que declarase los derechos soberanos ucranianos, en tanto que Estado ribereño, en las aguas circundantes a la Península de Crimea y que ordenase a Rusia el cese en ellas de ciertos hechos internacionalmente ilícitos (paras. 8-10). El 21 de mayo de 2018, Rusia planteó excepciones preliminares a la jurisdicción del tribunal arbitral, solicitando que declarara su falta de competencia para conocer de esta controversia (paras. 19, 31-34), mientras que Ucrania, por su parte, solicitó al tribunal que desestimase estas excepciones preliminares y afirmarse consecuentemente su jurisdicción (paras. 35-38).

II. CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS EN LAS EXCEPCIONES PRELIMINARES

En cuanto a la determinación del foro competente, conforme al artículo 287.1 ambos Estados han elegido en sus declaraciones -con idéntico orden de prioridad- el arbitraje del Anexo VII de la CNUDM y, para las controversias específicas que se relacionan en el Anexo VIII, el arbitraje especial de su Anexo VIII como los medios para el arreglo de las controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención (paras. 38-40). Sin perjuicio de la excepción alegada por Rusia sobre la posible competencia del arbitraje especial del Anexo VIII, a la que haremos referencia más adelante, el tribunal arbitral resolvió que, conforme a las declaraciones de ambos Estados y no como consecuencia de

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

¹ Dicho tribunal arbitral está presidido por Jin-Hyun Paik e integrado por los árbitros Boualem Bouguetaia Alonso Gómez-Robledo, Vladimir Golitsyn (nominado por Rusia) y Vaughan Lowe QC (nominado por Ucrania). Salvo este último árbitro, todos son magistrados o antiguos magistrados del Tribunal Internacional del Derecho del Mar y fueron nombrados, el 22 de diciembre de 2016, de conformidad con el artículo 3, letra d, del Anexo VII CNUDM. En este arbitraje actúa como secretaria la Corte Permanente de Arbitraje. El laudo sobre objeciones preliminares y los demás documentos relativos a esta diferencia pueden consultarse en <https://pca-cpa.org/en/cases/149/>, última consulta 05/11/2020. Todas las traducciones son del autor.

su carácter de mecanismo residual, el arbitraje del Anexo VII era el foro competente (paras. 41-42).

La primera excepción a la jurisdicción del tribunal arbitral planteada por Rusia se fundamentaba en que la controversia “guarda relación con la soberanía de Ucrania sobre Crimea” (paras. 43-45), por lo que quedaría fuera del ámbito de competencia definido en el artículo 288 de la Convención: “controversias relativas a su interpretación o aplicación” (paras. 65-68). A este respecto, el tribunal consideró que Ucrania partía de la premisa de su soberanía sobre Crimea, fundamentando en ésta una parte significativa de sus pretensiones (paras. 152-153). Consiguientemente, la cuestión relativa a qué Estado es soberano, y por tanto “Estado ribereño”, es previa a la decisión del tribunal arbitral sobre buena parte de las pretensiones ucranianas (para. 154). De manera relevante, el tribunal determinó que una controversia sobre esta soberanía “no puede ser considerada como una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convención” y que, en este caso, existe un desacuerdo sobre qué Estado es soberano en Crimea (paras. 156, 165).

A juicio del tribunal, la cuestión fundamental radicaba en determinar si la controversia relativa a la soberanía sobre Crimea es un asunto secundario en el marco de una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convención. En este caso, el tribunal llegó a la conclusión de que dicha controversia no es secundaria, sino previa a la decisión sobre numerosas pretensiones de Ucrania, de las que no puede conocer sin determinar previamente qué Estado es soberano sobre Crimea (paras. 194-195). Por todo ello, el tribunal arbitral concluyó que carece de jurisdicción sobre la controversia sometida por Ucrania en la medida en que su conocimiento sobre el fondo requiere necesariamente del pronunciamiento del tribunal, expresa o implícitamente, respecto de la soberanía sobre Crimea, “conclusión extensible a muchas, pero no a todas, de las pretensiones ucranianas” (paras. 197-198).

La segunda excepción guardaba relación con la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de las pretensiones ucranianas relativas al Mar de Azov y al Estrecho de Kerch, que Rusia tradicionalmente consideraba como aguas interiores del Imperio Ruso y, más tarde, de la Unión Soviética (para. 199). A su juicio, la Convención no sería aplicable a dichas aguas interiores (para. 269). En este sentido, el tribunal arbitral subrayó el desacuerdo de las partes respecto al estatus de aguas interiores predicable del Mar de Azov y del Estrecho de Kerch a partir de la disolución de la Unión Soviética en 1991 (paras. 289-290). Comoquiera que el tribunal debía determinar la existencia del título histórico de las aguas en cuestión, su continuación a partir de 1991 y el régimen aplicable a dichas aguas, consideró que la excepción planteada por Rusia está interconectada con el fondo de la controversia y no puede ser resuelta sin entrar a conocer sobre éste (paras. 292-293). Tras afirmar que “lo que constituyen aguas interiores está regido por la Convención”, el tribunal se mostró reticente a que una controversia relativa a actividades desarrolladas en aguas interiores no pueda guardar relación con la interpretación o aplicación de la CNUDM y quede enteramente fuera de su ámbito competencial (paras. 294, 296). Por consiguiente, el tribunal concluyó que esta excepción no posee un carácter exclusivamente preliminar y la reservó para su conocimiento en la fase subsiguiente del procedimiento concerniente al fondo (para. 297).

La tercera excepción preliminar estaba fundada en las declaraciones de ambos Estados de conformidad con el artículo 298 de la Convención, que prevé una serie de excepciones facultativas a los procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias (paras. 298 ss)². Así, la Federación de Rusia alegaba la falta de jurisdicción del tribunal arbitral, que Ucrania no compartía (para. 301), para conocer de esta controversia al ser relativa a actividades militares, actividades encaminadas a hacer cumplir las normas legales, la delimitación de las zonas marítimas, y bahías o títulos históricos (para. 300). En relación con las actividades militares, el tribunal no consideró que la mera presencia de buques militares ni tampoco el uso de la fuerza fuesen suficientes para concluir la naturaleza militar de tales actividades y motivar la aplicación de esta excepción, por lo que fue rechazada (paras. 331, 334-336, 341). Con relación a las actividades *de cumplimiento*, el tribunal arbitral declaró que, como consecuencia de la admisión de la primera excepción preliminar, éste no es competente para determinar si el lugar donde se produjeron dichas actividades constituye la zona económica exclusiva de Rusia o de Ucrania, de ahí que rechazara retener esta excepción preliminar (paras. 357-358). Respecto a la excepción concerniente a la delimitación, el tribunal no pudo determinar si las partes tienen derechos soberanos que se solapan en zonas marítimas alrededor de Crimea, por lo que no retuvo esta excepción (paras. 382-383). Finalmente, el tribunal arbitral también rechazó la excepción relativa a las bahías o títulos históricos, al considerarla interconectada con el fondo de la controversia y carente de carácter exclusivamente preliminar (paras. 388-389).

Por otra parte, Rusia objetaba, como cuarta excepción preliminar, la jurisdicción del tribunal arbitral sobre pesquerías con arreglo al artículo 297.3, letra a) de la Convención (*limitaciones a la aplicabilidad de la sección 2*). En este sentido, el tribunal declaró que las interferencias en las actividades pesqueras invocadas por Ucrania se produjeron en una zona donde, debido al juego de la primera excepción admitida por el tribunal, éste no es competente para determinar si constituye la zona económica exclusiva de Rusia o de Ucrania y, por ello, rechazó su aplicabilidad (paras. 401-402).

De manera muy interesante, este tribunal arbitral se pronunció sobre la posible jurisdicción del arbitraje especial del Anexo VIII, invocada por Rusia y circunscrita a las cuatro categorías enumeradas en el mismo: 1) pesquerías, 2) protección y preservación del medio marino, 3) investigación científica marina, y 4) navegación, incluida la contaminación causada por buques y por vertimiento (paras. 433-438). A juicio del tribunal, la cuestión fundamental consiste en determinar si puede ejercer su jurisdicción sobre la controversia en su conjunto o si debe abstenerse de conocer de los aspectos relativos a estas cuatro categorías, que serían sometidos separadamente a un tribunal arbitral especial (para. 439). Pues bien, el tribunal consideró que estas pretensiones ucranianas no constituyen controversias distintas y separadas, sino una única controversia, que no puede ser fragmentada, ya que “tendría el riesgo de resultar en resoluciones contradictorias de los distintos tribunales arbitrales” e incrementaría los costes y el tiempo del litigio, motivos por los que esta excepción también fue rechazada (paras. 442-443).

² GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., *The contentious and advisory jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, pp. 87 ss.

Por último, Rusia planteó como excepción preliminar que, de conformidad con el artículo 281 CNUDM³, los procedimientos de arreglo de controversias aplicables fuesen los previstos en los artículos 5 del Tratado de Fronteras y 1 del Tratado de Cooperación Azov/Kerch (paras. 444-448). Al respecto, el tribunal arbitral, siguiendo una interpretación literal y sistemática de ambos tratados (paras.479-487), no admitió esta excepción preliminar al considerar que “dichas disposiciones no constituyen cláusulas de arreglo de controversias” (paras. 489-491).

A la luz de los fundamentos anteriores, el tribunal arbitral, por unanimidad, retuvo la excepción preliminar a su jurisdicción para decidir, directa o implícitamente, respecto de la soberanía sobre Crimea y declaró que la objeción relativa a las actividades en el Mar de Azov y en el Estrecho de Kerch no tenía carácter preliminar. Por el contrario, rechazó las restantes excepciones preliminares planteadas por Rusia (para. 492).

III. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha podido advertir, en este complejo y extenso laudo sobre excepciones preliminares el tribunal arbitral del Anexo VII mantiene una posición discutible. A nuestro juicio, el tribunal arbitral admitió acertadamente la excepción preliminar a su jurisdicción para conocer de la soberanía sobre Crimea por cuanto excede de la *interpretación o aplicación de la Convención*. Ahora bien, resulta evidente que el tribunal arbitral se va a enfrentar a serias dificultades para conocer de las actividades desarrolladas en unas aguas respecto de las cuales no puede determinar cuál es el Estado ribereño, dado que no tiene competencia para decidir respecto de la soberanía del territorio que proyecta los espacios marítimos sobre dichas aguas. De ahí que el tribunal arbitral, sin explicar suficientemente las razones, haya requerido a Ucrania en el dispositivo del laudo que, tomando en consideración la definición de su jurisdicción en este laudo, someta una versión revisada de su demanda (para. 492, letra d)⁴.

En nuestra opinión, cabe destacar especialmente del laudo comentado que representa la primera vez en que una corte o tribunal internacional se pronuncia respecto de la competencia del arbitraje especial previsto en el Anexo VIII de la Convención, declarando la imposibilidad de fragmentar una controversia relativa a su interpretación o aplicación en varias diferencias sobre materias específicas sometidas a distintos foros. ¿Esta interpretación puede ser contraria al sentido inspirador del sistema de arreglo de controversias de la Convención, que prevé, precisamente, el arbitraje especial del Anexo VIII para cuatro tipos específicos de controversias? Una pregunta cuya respuesta, a nuestro juicio, bien merece un estudio específico posterior al cual remitimos.

³ CASADO RAIGÓN, R., “Règlement des différends”, en *Le droit international de la pêche maritime*, 2000, pp. 360 ss.

⁴ Hasta donde hemos podido conocer, es la primera ocasión en que esto sucede.

LAS MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONFLICTO DE NABORNO KARABAJ ENTRE ARMENIA Y AZERBAIYÁN

M. ESTHER SALAMANCA AGUADO*

I. HECHOS.

El conflicto entre Armenia y Azerbaiyán sobre el territorio del Alto Karabaj (Nagorno-Karabaj) tiene su origen más cercano en la disolución de la Unión Soviética¹. Aunque oficialmente es una región que pertenece a Azerbaiyán, con alrededor de 150.000 habitantes de etnia armenia, se trata de un territorio independiente *de facto* (República de Artsaj²). Después de la guerra de 1991 y del alto al fuego de 1994³, el 27 de septiembre de 2020 se reactivaron los enfrentamientos entre Armenia y Azerbaiyán causando decenas de civiles muertos, destrucción de infraestructuras civiles y más de 130.000 desplazados⁴. Armenia y Azerbaiyán son miembros del Consejo de Europa desde el 25 de enero de 2001 y, como recordó la Secretaria General de la organización en una declaración de 27 de septiembre, “al ingresar en la organización ambos países se comprometieron a resolver el conflicto por medios pacíficos y este compromiso debe ser estrictamente respetado”⁵.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universidad de Valladolid (mariaesther.salamanca@uva.es)

¹ Sobre la historia del conflicto véase A. Priego, “Las elecciones parlamentarias en Armenia, la presidencia española de la OSCE y la resolución del conflicto de Nagorno-Karabaj”, *ARI*, N. 81/2007, disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/ri/elcano_es/contenido!ut/p/a1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOKNQ1zcA73dDQ38_YKNDRwtfN1cnf2cDf1DjFULsh0VAepxmvs!/?WCM_GLOBAL_CO NTEXT=/wps/wcm/connect/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI%2081-2007 (última visita: 29 de octubre de 2020).

² <https://armenianweekly.com/2017/02/21/artsakh-votes-for-new-constitution-officially-renames-the-republic/> (última visita: 29 de octubre de 2020)

³ En el marco de la OSCE, el llamado Grupo de Minsk, copresidido por Francia, Rusia y Estados Unidos se ha esforzado sin éxito en la búsqueda de una solución pacífica del conflicto. En 1996 elaboró una recomendación basada en tres principios: (1) Respeto a la integridad territorial de Armenia y Azerbaiyán; (2) El acuerdo sobre el estatus de Nagorno-Karabaj se fijaría de acuerdo al autogobierno pero confiándole el más alto grado de autonomía dentro de Azerbaiyán; (3) Garantizar la seguridad de toda la población de Nagorno-Karabaj, tanto armenios como azeríes. Sobre los intentos actuales para alcanzar un acuerdo de alto el fuego véanse las declaraciones de los copresidentes de 10, 13 y 25 de octubre de 2020. Disponible en <https://www.osce.org/minsk-group/108308> (última visita: 29 de octubre de 2020). Véanse también las conclusiones del Consejo Europeo sobre relaciones exteriores, de 1 de octubre de 2020 en las que se pide un cese inmediato de las hostilidades e insta a las partes a que renueven su compromiso en pro de un alto el fuego duradero y de la resolución pacífica del conflicto. Así mismo, el Consejo Europeo expresa su apoyo a los copresidentes del Grupo Minsk y pide al Alto Representante que estudie un mayor apoyo de la Unión Europea al proceso de solución de diferencias. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/10/01/european-council-conclusions-on-external-relations-1-october-2020/> (última visita: 29 de octubre de 2020).

⁴ Véase <https://www.unicef.org/press-releases/unicef-statement-one-month-fighting-and-beyond-nagorno-karabakh> (última visita: 29 de octubre de 2020)

⁵ Newsroom, *Nagorno-Karabakh: Secretary General calls for immediate end to hostilities*, Strasbourg, 27 September 2020. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/portal/-/nagorno-karabakh-secretary-general->

El 28 de septiembre el Tribunal recibió una petición de medidas cautelares presentada por Armenia junto con una demanda contra Azerbaiyán (n. 42521/20), en la que solicita al Tribunal que le indicara al Gobierno de Azerbaiyán, en aplicación del artículo 39 del Reglamento: (i) “cesar los ataques militares contra los asentamientos civiles a lo largo de toda la línea de contacto de las fuerzas armadas de Armenia y Artsakh; (ii) detener los ataques indiscriminados; (iii) dejar de atacar a la población civil, los bienes civiles y los asentamientos”⁶. El 29 de septiembre una Sala de siete jueces exhortó tanto a Azerbaiyán como a Armenia a que se abstuvieran de tomar cualquier medida, en particular acción militar, que pudiera entrañar violaciones de los derechos de la población civil del Convenio, incluyendo poner su vida y salud en riesgo, y para cumplir con sus compromisos en virtud del Convenio, en particular con respecto al artículo 2 (derecho a la vida) y el artículo 3 (prohibición de la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes). Asimismo, la Sala invitó a ambas Partes Contratantes a informarle, lo antes posible, de las medidas tomadas para cumplir con sus obligaciones⁷.

Seguidamente, el 4 de octubre de 2020 el Tribunal recibió la petición de adopción de medidas cautelares contra Turquía en el contexto de una demanda (n. 43517/20). Teniendo en cuenta la escalada del conflicto, una Sala de siete jueces decidió adoptar de nuevo medidas cautelares pidiendo “a todos los Estados involucrados directa o indirectamente en el conflicto, incluida Turquía, que se abstengan de realizar acciones que contribuyan a violar los derechos de los civiles en virtud del Convenio y que respeten sus obligaciones en virtud del Convenio”⁸. El 7 de octubre el Gobierno de Turquía solicitó que el Tribunal reconsiderara su decisión y levantara la medida cautelar en la medida en que estaba dirigida contra Turquía. Sin embargo, teniendo en cuenta la gravedad y la escalada del conflicto, el Tribunal no encontró motivo para modificar su decisión o levantar parte alguna de la medida cautelar anteriormente señalada⁹.

Finalmente, el 27 de octubre el Tribunal recibió la petición de Azerbaiyán de aplicar medidas cautelares contra Armenia junto con una demanda (n. 47319/20), en la que se solicita: (i) detener los ataques con bombas y misiles, desde su territorio y los territorios ocupados de la República de Azerbaiyán, en áreas residenciales, locales públicos, cementerios y otra infraestructura civil en el territorio de Azerbaiyán; (ii) detener el apoyo militar, político, financiero y de otro tipo a las "autoridades" criminales en los territorios ocupados de la República de Azerbaiyán; (iii) dejar de enviar a sus fuerzas armadas, equipo militar y los llamados "voluntarios" - de hecho mercenarios - al territorio soberano de la República de Azerbaiyán, y abstenerse de invitar a nacionales suyos y extranjeros al territorio de Azerbaiyán; (iv) retirar sus fuerzas armadas y militantes estacionados ilegalmente en el territorio de la República de Azerbaiyán; (v) abstenerse de seguir la

[calls-for-immediate-end-to-hostilities](#) (última visita: 29 de octubre de 2020)

⁶ Press Release, *Request for interim measures lodged by Armenia against Azerbaijan*, ECHR 264 (2020), 28.09.2020.

⁷ Press Release, “The Court grants an interim measure in the case of Armenia v. Azerbaijan”, ECHR 265 (2020), 30.09.2020.

⁸ Press Release, “The Court’s decision on the request for an interim measure lodged by Armenia against Turkey”, ECHR 276 (2020), 06.10.2020

⁹ Press Release, “Court’s decision on Turkish authorities’ request to lift interim measure indicated in the case of Armenia v. Turkey”, ECHR 290 (2020), 14.10.2020.

política de odio hacia la República de Azerbaiyán y sus nacionales”¹⁰. En el momento de la publicación de esta nota el Tribunal no se ha pronunciado al respecto.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS.

1. Sobre el alcance de las medidas cautelares

En aplicación del artículo 39 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal “la Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia ... podrán, ya sea a instancia de parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que consideren deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento”. Las medidas cautelares son “medidas urgentes” que se aplican solo cuando existe un “riesgo inminente de daño irreparable”¹¹. Dichas medidas se deciden en relación con los procedimientos ante el Tribunal “sin prejuzgar las decisiones posteriores sobre la admisibilidad o el fondo del caso en cuestión”¹². En aplicación del principio de subsidiariedad el Tribunal sólo indica medidas cautelares si no es posible hacer uso de las vías legales internas o cuando esas vías se han utilizado sin éxito.

En la práctica del Tribunal las medidas cautelares se suelen aplicar en supuestos limitados¹³, principalmente en casos de expulsión o extradición cuando corre peligro la vida de los solicitantes (artículo 2 del Convenio)¹⁴ o temen sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3 del Convenio)¹⁵. Más excepcionalmente, tales medidas pueden ser indicadas en respuesta a determinadas solicitudes relativas al derecho a un juicio justo (artículo 6 del Convenio)¹⁶ y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio)¹⁷. Todos los precedentes tienen en común que las medidas cautelares son solicitadas por particulares víctimas de presuntas violaciones del Convenio en virtud del artículo 34 (demandas individuales). En esta ocasión nos encontramos por

¹⁰ *Press Release*, “Request for interim measures lodged by Azerbaijan against Armenia concerning the conflict in Nagorno-Karabakh”, ECHR 310 (2020), 27.10.2020.

¹¹ *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (no.46827/99- 46951/99), 4 February 2005, par. 104.

¹² ECHR, *Factsheet – Interim measures*, p. 1.

¹³ *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, *cit.*, par. 103.

¹⁴ Véase *Abdollahi v. Turkey* (no. 23980/08), 3 November 2009; *F.H. v. Sweden* (no. 32621/06), 20 January 2009; *Y.P. and L.P. v. France* (no. 32476/06) 1 September 2010; *M.A. v. Switzerland* (no. 52589/13) 18 November 2014; *W.H. v. Sweden* (no. 49341/10) 8 April 2015; *F.G. v. Sweden* (no. 43611/11) 23 March 2016.

¹⁵ Véase *M.E. v. Sweden* (no. 71398/12) 8 April 2015; *Jabari v. Turkey* (no. 40035/98), 11 July 2000; *Abraham Lunguli v. Sweden* (no. 3369/02), 1 July 2003; *Hosseini Kheir v. the Netherlands* (no. 34583/08), 16 December 2008; *N. v. Sweden* (no. 23505/09), 20 July 2010; *M. v. the United Kingdom* (no. 16081/08) 1 December 2009; *D. v. the United Kingdom* (no. 30240/96) 2 May 1997; *N. v. the United Kingdom* (no. 26565/05) 27 May 2008; *Paposhvili v. Belgium* (no. 41738/10), 13 December 2016; *Öcalan v. Turkey* (no. 46221/99), 12 May 2005; *Nivette v. France* (no. 44190/98), 3 July 2001; *Babar Ahmad and Others v. the United Kingdom* (nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 and 67354/09) 10 April 2012.

¹⁶ *Soering v. the United Kingdom*, (no. 14038/88), 7 July 1989; *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, (no. 8139/09), 17 January 2012; *Ismoilov and Others v. Russia*, (no. 2947/06), 24 April 2008.

¹⁷ *Amrollahi v. Denmark*, (no. 56811/00), 11 July 2002; *Eskinazi and Chelouche v. Turkey*, (no. 14600/05), 6 December 2005; *Soares de Melo v. Portugal* (no. 72850/14), 16 February 2016.

primera vez ante la adopción de medidas cautelares solicitadas por un Estado parte contra otro Estado parte en virtud del artículo 33 (asuntos interestatales), con el fin de proteger a la población civil en general, en el contexto de un conflicto armado. Además, las medidas indicadas el 6 de octubre tiene un efecto más amplio al exhortar a “todos los Estados involucrados directa o indirectamente en el conflicto”, incluida Turquía, “que se abstengan de realizar acciones que contribuyan a violar los derechos de los civiles en virtud del Convenio y que respeten sus obligaciones en virtud del Convenio”. Se trata, por tanto, de una situación sin precedentes en la jurisprudencia del Tribunal.

2. Sobre la naturaleza jurídica de las medidas cautelares

En cuanto a la cuestión de su naturaleza jurídica, es decir, si las medidas cautelares indicadas son o no vinculantes para las partes, nada se desprende del Convenio o del Reglamento del Tribunal. En un primer momento la Comisión mantuvo la naturaleza no vinculante de las mismas, al señalar que “el [antiguo] artículo 36 tan sólo tiene el carácter de norma reglamentaria” y que “ante la ausencia de una disposición referente a medidas cautelares en el Convenio Europeo, una decisión con base en el artículo 36 no puede considerarse como fuente de una obligación jurídica de parte del Estado contratante”¹⁸. Posteriormente, el Tribunal ha afirmado su carácter obligatorio, con el fin de facilitar el “ejercicio efectivo” del derecho de petición individual contemplado en el artículo 34 en el sentido de preservar el objeto de la demanda cuando se considera que corre el riesgo de sufrir daños irreparables a través de los actos u omisiones del Estado demandado. Así ha considerado que “cualquier Estado que sea parte del Convenio Europeo y en relación con el cual se hayan adoptado medidas cautelares para evitar un daño irreparable a la víctima de una presunta violación debe cumplir con la adopción de tales medidas y abstenerse de cualquier acto u omisión que pueda menoscabar la autoridad y efectividad de la sentencia final”¹⁹.

En el presente asunto, tratándose de una demanda interestatal, podemos entender, por analogía, que las partes en el proceso están igualmente obligadas a no poner en peligro la vida de las personas (población civil) y su integridad física en violación de los artículos 2 y 3 del Convenio. De igual modo que en otros supuestos el Tribunal ha considerado que el no cumplimiento de las medidas cautelares por los Estados demandados supone una violación del artículo 34, el no cumplimiento por Armenia, Azerbaiyán y Turquía de las medidas cautelares dictadas con el fin de evitar un “daño irreparable” podrían suponer una violación del artículo 33.

III. CONSIDERACIONES FINALES

En espera de que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo de los asuntos planteados las medidas cautelares dictadas con carácter excepcional suponen una apuesta del Tribunal

¹⁸ Véase *Cruz Varas and others v. Suecia*, 20 March 1991, par. 98 (no. 15567/89) y *Conka v. Belgium*, 13 March 2001 (no. 51564/99).

¹⁹ Véase *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, 4 February 2005, par. 128 (no.46827/99- 46951/99). Véase también *Paladi v. the Republic of Moldova*, 10 March 2009, par. 105 (no. 39806/05).

por la protección de los derechos humanos en una situación de conflicto armado. Recordemos, además, que en caso de guerra el Convenio no permite la derogación del artículo 2 (derecho a la vida), salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra (de conformidad con el derecho internacional humanitario) ni del artículo 3 (prohibición de tortura) (artículo 15.2).

CASO SAQUETTI IGLESIAS c. ESPAÑA (STEDH 50514/13) Y LA POSIBLE NATURALEZA PENAL DE CIERTAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. UNA VUELTA DE TUERCA AL DERECHO A LA SEGUNDA INSTANCIA

ANA MARÍA ALDAZ CASANOVA*

I. HECHOS.

En el curso de un control de seguridad en el aeropuerto de Madrid-Barajas se le incautaron al Sr. Saquetti 153.800 euros de los 154.800 € que llevaba dentro de su equipaje, cuando estaba en disposición de embarcar en un vuelo con destino a Buenos Aires. Dicha cantidad no había sido debidamente declarada.

El Sr. Saquetti acreditó el origen legal de dicho importe, que provenía de la venta de algunas propiedades inmobiliarias en Argentina y que había ido trayendo consigo desde el año 2002, para lo cual había efectuado cumplidamente las declaraciones de importación requeridas legalmente en España.

El 30 de agosto de 2011 se dicta resolución sancionatoria de la Dirección General del Tesoro y de la Política Financiera “por no haber declarado a la salida del territorio nacional medios de pago por importe igual o superior a 10.000 euros”, con imposición de una multa por el mismo importe que le había sido incautado, lo que se califica de infracción grave en los artículos 52.3 y 34.1 a) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales, para la que la propia ley recoge una multa de entre 600 € y hasta el doble del valor de los medios de pago utilizados.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo por el Sr. Saquetti, la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia desestimatoria el 17 de enero de 2013. Dicha sentencia se declaró firme al no haber recurso de casación sobre la misma por virtud de una modificación legislativa de la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa, que había entrado en vigor estando en curso el presente procedimiento.

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional interpuesto por el Sr. Saquetti resultó inadmitido por no haberse justificado la relevancia constitucional de la cuestión planteada.

El demandante reclama ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya sección Tercera se pronuncia declarando que el Estado Español había infringido el

* Profesora asociada de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia y abogada. Premio Gil Carlos Rodríguez Iglesias de Tesis doctorales sobre Derecho de la Unión Europea 2020 (ana.aldaz@um.es).

artículo 2 del Protocolo núm. 7 de la Convención de 4 de noviembre de 1950, condenándole a indemnizar al Sr. Saquetti con 9.600 euros en concepto de daños morales y con 5.000 euros para sufragar los gastos procesales.

II.- PROBLEMAS JURIDICOS

El Estado español apela a la naturaleza propiamente administrativa de la sanción para negar la aplicación *ratione materiae* del art. 2 del Protocolo núm. 7, que contempla el derecho a la segunda instancia con una proyección enfocada literalmente a las infracciones penales.

El Tribunal de Estrasburgo recurre a su propia doctrina “*Engel*”¹ desarrollada al trasluz del artículo 6.1 del Convenio, para aplicar el eje de sus razonamientos a la interpretación del artículo 2 del Protocolo núm. 7. Según esta doctrina, el carácter penal de una medida debe evaluarse sobre tres criterios esenciales a) la clasificación de la disposición a nivel interno; b) el tipo y la naturaleza de los intereses protegidos; y c) la gravedad de la sanción impuesta.

Con respecto al primer criterio, el alto tribunal constata que, si bien la norma no contemplaba penas privativas de libertad y los hechos eran competencia de los tribunales contencioso-administrativos, el derecho español calificaba la infracción como “delito grave” y resultaba sancionada en su grado máximo.

Por lo que respecta al segundo criterio, el tribunal analiza pormenorizadamente varios índices. Por un lado, la magnitud del colectivo al que va dirigida la norma y que abarca un horizonte amplio que se extiende a todas las personas físicas o jurídicas que cruzan una frontera y ejercen las actividades contempladas en el art. 2.1 de la Ley 10/2010. A su vez, el tribunal valora la entidad de los intereses protegidos, para reafirmar su doctrina desarrollada sobre el artículo 6, del que deduce un aspecto penal que también es susceptible de ser aplicado a las infracciones aduaneras². Por último, el tribunal enfatiza el propio objetivo de disuasorio y represivo que persigue la norma. Para el alto tribunal estas circunstancias constituyen de por sí motivos de peso para otorgar a la sanción impuesta la naturaleza delictiva que incorpora el beneficio de las garantías inherentes al artículo 6.

Por último, el tribunal considera sobradamente cumplido el tercer y último criterio, pues se impone con ocasión de lo que se considera una infracción “grave” que, si bien no tiene prevista pena de privación de libertad, incorpora una sanción de un importe considerable que, además, constituye la casi totalidad de la cantidad descubierta y, a su vez, la casi totalidad del patrimonio del demandante.

En otro orden de cosas se suscita por el Gobierno la eventual aplicación de las excepciones previstas en el art. 2 del Protocolo núm. 7. El Gobierno articula la aplicación

¹ STEDH *Engel y otros c. Países Bajos* (no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), de 8 de junio 1976.

² STEDH *Salabiaku c. Francia* (no. 10519/83), de 7 de octubre de 1988.

de la excepción contenida en su segundo apartado argumentando la “menor gravedad” de la infracción, que debería justificar la inexistencia de una segunda instancia para este asunto.

Si bien el Informe Explicativo del Protocolo núm. 7 recoge que la gravedad de la infracción viene implícita si la misma está sancionada con penas privativas de libertad, el TEDH considera que la ausencia de dicha pena de privación de libertad no es factor definitorio ni el único criterio a tener en cuenta.

El Alto Tribunal comienza destacando la importancia que en el ámbito del control de aduanas ejercen el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación de los Estados. Sin embargo, ello no implica que las resoluciones sancionatorias dictadas por las autoridades nacionales en este ámbito no deban responder a criterios de proporcionalidad³. El hecho de que no haya existido un pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resulta determinante para el TEDH a la hora de decidir entrar a analizar las circunstancias concurrentes.

Por un lado, se constata que la cantidad incautada equivale a todos los bienes personales del demandante. Además, se incide en el hecho de que este carece de antecedentes penales y que, a mayor añadidura, los fondos incautados son presumiblemente de origen legal y no están vinculados al blanqueo de capitales o a la evasión fiscal. Por último, se precisa que la salida legal de medios de pago no está sujeta a la obligación de declaración. Todas estas circunstancias son concluyentes para el TEDH que termina sentenciando que la inexistencia de un examen de proporcionalidad por parte de las autoridades españolas determina que la infracción no puede considerarse de “menor gravedad”.

El último extremo sobre el que se extiende esta sentencia versa sobre el concepto de segunda instancia. En primer lugar, el TEDH recurre a la formulación del apartado 17 del Informe Explicativo del Protocolo núm. 7 para responder a las argumentaciones del Gobierno y negar que la revisión en vía administrativa de una resolución administrativa pueda ser considerada una primera instancia jurisdiccional.

Igualmente niega el alcance revisor del recurso formulado ante el Tribunal Constitucional. Por un lado, el apartado 18 del Informe Explicativo menciona exclusivamente a los tribunales de apelación y casación entre los tribunales que reúnen los requisitos para ser considerados “doble instancia jurisdiccional”; pero, además, tras el análisis del papel que el Tribunal Constitucional juega en el ordenamiento jurisdiccional español, su conclusión es taxativa al afirmar que el recurso de inconstitucionalidad no puede ser considerado como una segunda instancia a los efectos del art. 2 del Protocolo núm. 7.

³ Sobre este punto se pronuncia el juez Lemmens en su opinión concordante, en la que manifiesta sus reservas a que aplicación o no de esta excepción pueda depender de circunstancias subjetivas que tengan que ver con la situación personal de cada demandante. Para el alto magistrado se imponen los imperativos de la seguridad jurídica y de evitar la arbitrariedad, por lo que es preciso recurrir a circunstancias objetivas. La propia calificación que la propia norma hace de la infracción y las graves consecuencias que contempla para la misma son suficientes según el magistrado para excluir la aplicabilidad de esta excepción.

Por último, el alto Tribunal de Estrasburgo se pronuncia sobre el hecho de que en el curso del procedimiento jurisdiccional ante el Tribunal Superior de Justicia se operara una modificación legislativa que impidió al Sr. Saquetti recurrir en casación, para constatar nuevamente la infracción de la esencia del derecho amparado por el art. 2 del Protocolo núm. 7.

III.- CONSIDERACIONES FINALES.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aras de verificar la plena eficacia del sistema establecido por el Convenio de Roma, ofrece con sus interpretaciones una perspectiva protectora que trasciende la literalidad del instrumento convencional para alcanzar aquellos ámbitos hacia los que se proyecta su espíritu. De ahí que, si bien la legitimidad democrática de las autoridades nacionales y su mejor posición para identificar las necesidades locales determinan el reconocimiento de un amplio margen de apreciación a la hora de diseñar determinadas políticas, especialmente su política aduanera, el TEDH haya insistido reiteradamente en la importancia de la necesaria ponderación de intereses como límite que restringe esta capacidad.

Se trata en definitiva de ofrecer la plena protección de un interés superior que es la protección de los derechos humanos y que va más allá de los intereses particulares de los Estados⁴. Así, las políticas nacionales habrán de obtenerse de la forma menos onerosa posible para los derechos humanos y sin que se produzcan sacrificios injustificados, lo que abre una brecha en el margen de apreciación estatal que, lejos de ser una coraza impenetrable, se doblega ante la imperatividad de los derechos del Convenio.

El art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo se proyecta sobre el proceso entendido como instrumento para resolver los conflictos planteados en ejercicio del derecho que a todos asiste de acudir a los tribunales, incorporando el derecho a la segunda instancia como una prerrogativa irrenunciable cuando las consecuencias sancionatorias impuestas por el Estado constituyen una afeción grave para el individuo.

En este ámbito, el asunto Saquetti expone de forma certera la existencia de ciertas limitaciones a la capacidad soberana para reglamentar la salida de capitales del territorio. Con esta doctrina el TEDH muestra su determinación de extender el perímetro de protección del derecho al recurso a todos aquellos ámbitos que residen en el espíritu de la norma, poniendo el acento a la importancia de desplegar un juicio de ponderación justo que permita sopesar todos los intereses en conflicto.

Se consolida y extiende la doctrina mantenida en relación con el artículo 6 del Convenio, constatando la gravedad de ciertas sanciones económicas adoptadas en procedimientos administrativos, para ofrecer el mismo nivel de protección que contempla para las

⁴ Este desarrollo jurisprudencial parte de la especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocida por el TIJ en *Opinión Consultiva sobre las reservas al Convenio sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (28 de mayo 1951, I.C.J. Reports 1951, p. 15.). Véase CANÇADO TRINDADE, A.A., *International Law for Humankind. Towards a New Jus Gentium*, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010, p. 124.

sanciones penales, deduciendo la naturaleza penal de la infracción si la misma se aplica con carácter genérico y si la sanción no constituye una reparación pecuniaria sino esencialmente un castigo para prevenir la reiteración de infracciones. Es aquí donde el derecho a la segunda instancia se convierte en una prerrogativa necesaria e irrenunciable que limita la soberanía estatal, subordinándola a las exigencias de los derechos humanos y del Estado Democrático de Derecho.

¿UNA VICTORIA PÍRRICA? (PV INVESTORS c. ESPAÑA)*

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

I. HECHOS

La saga de arbitrajes sobre las energías renovables iniciada contra España que venimos comentando en esta crónica¹ fue iniciada el 16 de noviembre de 2011 mediante un arbitraje de inversión basado en el Tratado sobre la Carta de la Energía² (TCE). Esta controversia, *PV Investors c. España* (caso CPA n° 2012-14) (*PV Investors*)³, fue interpuesta por varias personas jurídicas y físicas que habían invertido en el sector fotovoltaico y quienes en su demanda inicial solicitaban una indemnización de 1.900.000.000 euros⁴. El órgano arbitral decidió en marzo de 2013 que el procedimiento debía bifurcarse, confirmando su jurisdicción mediante un laudo preliminar de 13-10-2014. Por razones de espacio nos centraremos en el laudo dictado el 28-2-2020 para dilucidar la responsabilidad internacional del Estado. En este último se declara la violación del artículo 10.1 del TCE (trato justo y equitativo) y se establece una indemnización de 91.100.000 euros. Los argumentos utilizados para determinar la responsabilidad internacional y la posterior cuantificación de la indemnización se desvían de la práctica general seguida por otros órganos arbitrales en los litigios de esta saga relativos al sector fotovoltaico, razón por la que esta controversia merece nuestra atención.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO

Como ha sucedido en otros litigios de esta saga, las demandantes plantearon su estrategia a través de dos reclamaciones que operaban de manera alternativa, doblando sus flancos de ataque. Así, ofrecían al órgano arbitral dos posibles escenarios para dilucidar la

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

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

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

¹ Véanse *REEI*: n° 35 (2018), pp. 19-28 (*Eiser*); n° 36 (2018), pp. 25-29 (*Novenergía, Masdar y Antin*); n° 37 (2019), pp. 20-24 (*Foresight y RREEF*); y n° 39 (2020), pp. 32-36 (*Stadtwerke y BayWa*). Véase también la “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras: práctica española” publicada en *Transnational Dispute Management*: n° 5 (2018), 99 pp.; n° 2 (2020), 33 pp.; y versión preliminar de 24 de septiembre (2020), 54 pp.

² *BOE*, de 17 de mayo de 1995.

³ Administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) bajo el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 2010 y con sede en Ginebra. Formado por G. Kaufmann-Köhler (suiza) como presidente, y por los árbitros Ch.N. Brower (estadounidense) y B. Sepúlveda-Amor (mexicano).

⁴ Aunque durante el procedimiento las demandantes realizaron una “reclamación alternativa”, solicitando 1.160.000.000 euros.

responsabilidad internacional de España bajo la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo reconocida por el TCE.

Conforme a la primera aproximación, que es la que ha venido prevaleciendo en la mayoría de litigios de la saga, España no habría dispensado un trato justo y equitativo al dictar toda una serie de medidas durante el periodo 2010-2014 que “*drastically scaled back and ultimately withdrew the incentives of RD 661/2007*” (para. 213). Esta violación se habría consumado no solo al violentar las legítimas expectativas de las demandantes, sino también mediante una serie de conductas arbitrarias, desproporcionadas, exorbitantes y no transparentes. Para el órgano arbitral el estándar del trato justo y equitativo “*encompasses*” las anteriores nociones (para. 565), no siendo la estabilidad regulatoria “*a stand-alone or absolute requirement under the ECT*”, sino una condición “*that is intertwined with and closely linked to FET*” (para. 567).

Al desarrollar su argumentación el órgano arbitral concluyó que, a tenor de la legislación española⁵, las legítimas expectativas debían entenderse en el contexto del “*principle of reasonable profitability or reasonable rate of return as general rule leaving it to the implementing regulation, to establish the means ensuring such reasonable profitability*” (para. 596). El Estado huésped podía hacer uso de su poder regulatorio y adaptar el régimen normativo a las circunstancias económicas siempre que se respetara aquel marco de referencia (para. 583), en tanto que “*the principle of reasonable return serves as the limit of ECT-compliant regulatory changes. If changes cross the “reasonable return” line, that is if they deprive investors of a reasonable return, the State conduct transgresses the standards contained in Article 10(1) of the ECT*” (para. 638). Esta opción, a juicio del órgano arbitral, “*strikes the right balance between, on the one hand, the protection of investors who have committed substantial resources in a sector which continues to provide Spain with the environmental benefits of clean solar power, and, on the other hand, Spain’s right to regulate and adapt its framework to changed circumstances, provided that right is exercised in a manner that is proportionate, reasonable, and non-arbitrary*” (para. 639).

Del examen de los cambios regulatorios acontecidos en España (para. 602), de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo reconociendo el principio de “rentabilidad razonable” (paras. 603-612) y de las representaciones efectuadas por España a los inversores extranjeros (paras. 616-618), a juicio del órgano arbitral, no podía concluirse una violación de las legítimas expectativas. Todo ello, insistimos, tomando como referencia el principio de rentabilidad razonable, sobre el que aquellas expectativas quedarían “clavadas”.

Tampoco entendió el órgano arbitral que los cambios normativos controvertidos vulnerasen el trato justo y equitativo a través de conductas arbitrarias, desproporcionadas, exorbitantes y no transparentes (paras. 631-632), así como contrarias a la obligación de ofrecer plena protección y seguridad a la inversión (paras. 633-637). Respecto a las primeras, en línea con lo expuesto *supra*, el órgano arbitral fue deferente con la capacidad

⁵ Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (BOE, 28-11-1997).

de España para adoptar “*measures of general economic impact*” (para. 626), especialmente en el contexto de la crisis económica padecida a partir de 2008 (paras. 627-630).

El órgano arbitral, consciente de que esta conclusión (más comprensiva hacia el poder regulatorio del Estado) se alejaba de la línea argumentativa seguida en otros litigios de la saga, se esforzó por poner de relieve las diferencias fácticas y jurídicas existentes entre todos ellos. En particular, afirmó que “*in several cases upholding claims akin to the Primary Claim, the tribunal appears to have been presented with no claim equivalent to the Alternative Claim (...). Thus, in spite of the identity or close similarity of the subject matter of the disputes and of the main issues of law, not all of the elements forming the basis of the decision may be identical and the Tribunal has accordingly had “due regard to the circumstances of [this] particular case” in reaching its decision*” (para. 554). Además de incidir en estas diferencias, sentenció que “*it is not entirely unsurprising, and indeed to some extent to be expected in a system based on ad hoc adjudication, that arbitral tribunals may assess relevant circumstances in different ways*” (para. 555).

La segunda línea de argumentación abierta por las demandantes, la denominada “reclamación alternativa”, se basaba precisamente en la hipótesis de que las legítimas expectativas quedaran “clavadas” por el principio de rentabilidad razonable. Para este caso, según las demandantes, España sería responsable internacionalmente porque habría “*significantly lower[ed] the ‘reasonable return’*” (para. 216). En otras palabras, las demandantes hacían descansar su reclamación en una violación de las “*legitimate expectations in economic terms*” (para. 491), lo que exigía al órgano arbitral examinar el perjuicio económico supuestamente experimentado. En efecto, “*the assessment of the harm suffered by the Claimants is necessarily linked to the reasonableness, non-arbitrariness, proportionality (...) of the Respondent’s conduct. It is only if the alteration of the regulatory framework called into question the guarantee of a reasonable return that the Claimants would be entitled to compensation pursuant to the general rules of State responsibility*” (para. 648). Esta aproximación, en suma, mezclaba la discusión sobre la existencia de responsabilidad internacional (fondo) con las consecuencias jurídicas derivadas de su eventual constatación (*quantum*) (paras. 659 y 664).

El órgano arbitral solicitó un modelo a los economistas contratados por ambas partes como expertos (paras. 649-657) que, conforme al principio de rentabilidad razonable plasmado en la “reclamación alternativa”, permitiese determinar los posibles daños causados a las demandantes. Este modelo debía dilucidar la diferencia existente entre la rentabilidad obtenida por los inversores bajo el régimen normativo originario (más favorable) y el régimen introducido posteriormente por España (más restrictivo). Tras valorar y cribar los parámetros presentados por los expertos (paras. 845-846), que no siempre fueron coincidentes (paras. 666-855), el órgano arbitral pudo identificar a los inversores (un total de diez sobre los diecinueve que inicialmente presentaron la demanda) que habrían sufrido una violación de sus legítimas expectativas, en tanto que habrían percibido una tasa de retorno “*lower than 7%*” (para. 847), que era la “*reasonable rate of return that the Claimants could have expected at the time of their investments*” (para. 709).

El árbitro designado por las demandantes (Ch.N. Brower) emitió una opinión disintiendo de la aproximación adoptada por la mayoría del órgano arbitral y criticando que este litigio fuera el único de la saga relativo al sector fotovoltaico en donde hubiese prevalecido la denominada “reclamación alternativa”, respecto a un grupo de inversores extranjeros que registraron sus inversiones en España antes de que finalizara el plazo establecido por el RD 661/2007⁶, hecho que debería hacerles tributarios (en su opinión) de las expectativas de rentabilidad allí previstas.

III. CONSIDERACIONES FINALES

De la lectura de la opinión separada pareciera desprenderse que la victoria obtenida en este litigio por los inversores extranjeros resulta más bien pírrica. De hecho, la indemnización lograda finalmente por diez de las diecinueve demandantes se corresponde con el 7,85% de lo inicialmente solicitado. No debe sorprender que una de ellas haya decidido renunciar a la misma a cambio de acogerse al régimen establecido por el Real Decreto-ley 17/2019⁷, que permite percibir una rentabilidad razonable del 7,398% durante el periodo 2020-2031. Esta medida, por la que también han optado recientemente otros inversores (*RREEF, Masdar y Stadtwerke*), supone su renuncia a la continuación de los procedimientos arbitrales que tienen abiertos contra España (ahora en fase de anulación). Cifras al margen, la relevancia de este litigio radica en que adopta una aproximación más deferente hacia el poder regulatorio del Estado a la hora de resolver sobre el fondo de la controversia. Aunque se trata de una aproximación minoritaria en la saga, especialmente en los casos relacionados con el sector fotovoltaico, será interesante comprobar hasta qué punto es capaz de permear en futuros litigios y si ello no impulsará a más inversores a renunciar al arbitraje para acogerse al nuevo régimen retributivo ofrecido por España. Por el momento, mientras cerramos este comentario se ha registrado un nuevo arbitraje contra España⁸.

⁶ Real Decreto 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (*BOE*, de 28 de diciembre de 2012).

⁷ Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación (*BOE*, de 23 de noviembre de 2019).

⁸ *Mitsui & Co., Ltd. c. España* (caso CIADI nº ARB/20/47, registrado el 30 de octubre de 2020).

RESQUICIOS DEL CASO BANESTO: SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE EXTENDER LA DOCTRINA GONZALEZ CARREÑO SOBRE EL VALOR INTERNO DE LOS DICTÁMENES DE LA ONU POR LA VÍA DEL RECURSO DE REVISIÓN

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA*

I.- HECHOS

La sentencia dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo el 12 de febrero de 2020¹ aborda la cuestión del valor que la jurisprudencia española otorga a los Dictámenes de los Comités de seguimiento del cumplimiento de los Tratados Internacionales de las Naciones Unidas.

En 2007, el Comité de Derechos Humanos (en adelante, PDH), estimó que España había violado el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)². Los hechos que llevaron a tal consideración fue la actuación de España en el caso del Sr. Hachuel Moreno en el proceso seguido contra su persona, desde 1996, en el marco del Caso Banesto. Tras un proceso dilatado -dos años, y el testimonio de 470 personas-, el demandado fue absuelto por la Audiencia Nacional al considerarse prescritos los delitos que se le achacaban. Del recurso posterior -julio de 2002- devino una sentencia condenatoria -a cuatro años de prisión- con la obligación de la devolución de la cantidad apropiada -que el autor ya había reintegrado tras la sentencia favorable en instancia-. Apenas, tres meses más tarde, el Sr. Hachuel Moreno fue puesto en libertad por motivos humanitarios³.

Previamente, en julio de 2002, el condenado había interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando vulneración del derecho a la segunda instancia penal al haber recaído sentencia condenatoria en sede de recurso.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1.- El contenido del Dictamen: la violación del párrafo 5º del artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Tras la presentación de la comunicación individual por el Sr. Hachuel Moreno, el Estado negó su admisibilidad, al vulnerar el principio de agotamiento previo de los recursos internos –sostuvo que aún estaba pendiente de recaer sentencia al amparo solicitado al

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

¹ STS 401/2020, de 12 de febrero de 2020, de la Sala Especial, disponible [aquí](#) (todos los enlaces en este comentario fueron consultados por última vez 10 de noviembre de 2020).

² Art.14 párr. 5 PIDCP Res. 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, disponible [aquí](#).

³ El acusado tenía 73 años de edad y padecía una enfermedad coronaria grave. Véase SAN 3482/2010, de 15 de julio de 2010, disponible [aquí](#).

Tribunal Constitucional- cuando trasladó la cuestión al Comité de Derechos Humanos. La alegación esgrimida por España no fue atendida por el CDH al entender que, considerando la reiterada jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional a propósito de la presunta violación del artículo 14, párrafo 5, del Pacto, no cabía esperar que el mismo prosperara⁴ -como sucedería, meses mas tarde, cuando recayó desestimación del mencionado recurso⁵-. El Comité consideró que el autor había agotado los recursos internos y, por tanto, admitió el caso⁶.

En cuanto al fondo de la cuestión, conviene recordar que la vulneración del artículo 14.5 del PIDCP -referido a la doble instancia penal- ha sido el mas habitual de los incumplimientos señalados contra España por el CDH⁷. En el caso del Sr. Hachuel, el Estado sostuvo la ausencia de indefensión del actor alegando que las pretensiones del acusado se consideraron y resolvieron en dos instancias distintas; por otro lado, expuso que una interpretación del artículo 14, párrafo 5 del Pacto en el sentido planteado por el acusado devendría en una cadena imposible de acusaciones y recursos; también, que la ausencia de revisión de condena -cuando la sentencia condenatoria había recaído en segunda instancia-, había sido admitida por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos al entender que la misma se produce mediante el recurso ante una instancia nacional superior en referencia al amparo ante el Tribunal Constitucional⁸. El Comité rechazó la posición estatal al entender que el amparo Constitucional no cubrió el concepto de “revisión de condena” contenido en el PIDCP; España fue condenada.

2. El cambio doctrinal en la consideración de los Dictámenes de los Comités de Derechos Humanos.

A partir de pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos, el Sr. Hachuel inició un largo periplo de reclamaciones contra el Estado en vía administrativa y judicial; planteó la solicitud de revisión⁹, la indemnización por funcionamiento anormal de la Administración¹⁰ y una demanda por responsabilidad patrimonial del Estado legislador

⁴ El CDH, en diversos asuntos, consideró que el art. 5.2.b) PFPIDCP queda cubierto agotando únicamente aquellos recursos con posibilidad razonable de prosperar. A modo de ejemplo, véanse casos anteriores asunto *Gómez Vázquez vs. España* CDH núm. 701/1996, de 11 de agosto de 2000, y asunto *Hoyos Martínez de Irujo vs. España* CDH núm. 1019/2001 de 04/09/2001; y casos posteriores: asunto *Rodrigo Alonso vs. España*, CDH núm. 1555/2007, de 27 de octubre de 2009, y asunto *LGM vs España* CDH núm. 1892/2009 de 29 de octubre de 2012. Con anterioridad, el CDH ya se había pronunciado a propósito de la previsibilidad de la ineficacia de un recurso interno por reiterada jurisprudencia.

⁵ ATC 127/2004, 19 de abril de 2004, disponible [aquí](#).

⁶ Asunto *Hachuel Moreno vs. España*, CDH núm. 1381/2005, de 25 de julio de 2007, disponible [aquí](#).

⁷ Sirvan como ejemplo, Asunto *Sineiro Fernández vs. España* núm. 1101/2002, de 1 de noviembre de 2004 y asunto *Conde Conde vs. España* núm 1325/2004, de 31 octubre de 2006, entre otros muchos.

⁸ Párr. 7.2 Asunto *Hachuel Moreno vs. España*, CDH núm. 1381/2005, de 25 de julio de 2007, disponible [aquí](#).

⁹ Desestimados mediante sendos Autos de la Sala II del Tribunal Supremo de fechas 14 de diciembre de 2007 y 28 de enero de 2008.

¹⁰ Desestimada por Resolución del Secretario de Estado de 21 de noviembre de 2008 y mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2010, confirmada en casación por la Sala III del Tribunal Supremo por sentencia de 30 de noviembre de 2012.

en 2015¹¹: todas ellas resultaron desestimadas en vía administrativa y judicial. En todos ellos, el juzgador coincide al señalar que los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos no eran resoluciones judiciales, ni resultaban vinculantes para España. Tampoco introdujo un sistema corrector para la violación cometida: no resarcó al Sr. Hachuel y cabe recordar que la Ley Orgánica núm. 19/2003, de 23/12/2003, de modificación de la Ley Orgánica núm. 6/1985, de 01/07/1985, del Poder Judicial, no incluyó previsión alguna que permitiese resolver las sentencias firmes dictadas con anterioridad.

Tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo que declaraba, con ocasión del caso Ángela González Carreño, al recurso de casación contra sentencias denegatorias de la responsabilidad patrimonial del Estado como cauce procesal adecuado para hacer efectivas las recomendaciones de los Dictámenes de la CEDAW sobre violación de derechos humanos¹², el Sr. Hachuel, interpuso recurso de revisión contra la sentencia de 6 de febrero de 2015 de la Sala III del Tribunal Supremo que rechazó la responsabilidad patrimonial del Estado; el 12 de febrero de 2020, la Sala Especial del Tribunal Supremo desestimó el recurso.

3. Sobre la imposibilidad de equiparar las Sentencias del TEDH con los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos

En su sentencia 401/2020 de 12 de febrero, la Sala Especial rechaza la pretensión del recurrente y ello, por diversos motivos: a) por tratarse de un recurso de revisión –y no de casación- y no ser, por tanto, el procedimiento indicado para la corrección de errores formales o de fondo que puedan alegarse con posterioridad al dictado de la resolución ni para aquellos que pudieran afectar a la valoración de la prueba¹³; b) por haberse presentado fuera del plazo previsto de para este tipo de recurso; y, c) por no tratarse de una Sentencia del TEDH.

En este sentido, debe considerarse que la inclusión de estas sentencias como título habilitante para el recurso de revisión tiene como objetivo admitir la extensión del efecto en el tiempo ante cualquier modificación del estándar de DDHH establecido desde el Tribunal de Estrasburgo. No puede admitirse la revisión porque el Dictamen condenatorio ya se conocía cuando la decisión fue recurrida, siendo ahora una sentencia del propio Tribunal Supremo –que alteró (al menos para el caso concreto) -la que se alega como motivo para la revisión.

III. CONCLUSIONES FINALES

La Sentencia dictada por la Sala Especial del Tribunal Supremo no sería merecedora de

¹¹ En 2012, el Sr. Hachuel presentó una nueva demanda, por responsabilidad patrimonial del Estado legislador ante el Consejo de Ministros, desestimada de forma expresa mediante resolución de 22 de noviembre de 2013. Contra dicha resolución se interpuso recurso contencioso administrativo que fue desestimado por Sentencia de 6 de febrero de 2015 de la Sala III del Tribunal Supremo.

¹² STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018, disponible [aquí](#).

¹³ FJ. 3 STS 401/2020, de 12 de febrero de 2020, de la Sala Especial, disponible [aquí](#)

una especial consideración si la argumentación del juzgador se hubiera quedado únicamente en los obstáculos procesales para la extensión - por vía de recurso de revisión- de la doctrina González Carreño sobre el valor ante nuestros órganos jurisdiccionales de los Dictámenes de la ONU. Con ello, abunda en la ausencia en España de un procedimiento establecido para la consideración y reparación de las violaciones de derechos humanos señaladas contra España por los Comités de la ONU – en particular, todas aquellas referidas a la ausencia de “segunda instancia penal” en relación con el párrafo 5 del artículo 14 del PIDCP- y las dificultades para encontrarle acomodo, únicamente en la vía jurisdiccional.

Sin embargo, al reiterarse en el rechazo a la equiparación de las sentencias del TEDH con los Dictámenes emitidos por la ONU y otras Organizaciones Internacionales a propósito del cumplimiento de tratados por parte de España, añade un elemento de discusión adicional al interesante debate que la doctrina *ius internacionalista* viene desarrollando desde 2018 entre aquellos que consideran tal equiparación un riesgo que obligará al Estado a adoptar, por vía interna, determinadas obligaciones con las que no se ha comprometido específicamente y quienes sostienen su consideración cuasi-jurisdiccional en la protección de los Derechos Humanos¹⁴.

¹⁴ A propósito de esta cuestión véase la reciente discusión doctrinal acontecida en el número 23 del *Spanish Yearbook of International Law*: CARDONA LLORENS, C., “The legal value of the views and interim measures adopted by United Nations treaty bodies (A response to the opinions of E. Jimenez Pineda, C. Jiménez Sánchez and B. Vázquez Rodríguez)” 23 *SYbIL* (2019) 146-165, disponible [aquí](#); JIMÉNEZ PINEDA, E., “A commentary on the supreme court’s judgment of 17 July 2018 (sts 1263/2018) and its supposed impact for a legally binding value of the decisions adopted by the Committee on the elimination of discrimination against women (CEDAW)”, 23 *SYbIL* (2019) 129-145, disponible [aquí](#); JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., “Human Rights Committees: their nature and legal relevance in Spain” 23 *SYbIL* (2019) 104-128, disponible [aquí](#) VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, B., “Interim measures requested before International Courts and International quasi-judicial bodies in the protection of Human Rights: do they also protect the right to participate in public affairs?”, 22 *SYbIL* (2018) 77-115, disponible [aquí](#).

SOBRE LA ACCIÓN POPULAR Y LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD EN EL ASUNTO ELLACURÍA (SENTENCIA 2193/2020 DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL)

MARÍA GARCÍA CASAS*

I. HECHOS

El 11 de septiembre de 2020, conocimos la sentencia de la Audiencia Nacional que resuelve el asunto del asesinato de seis sacerdotes jesuitas y otras dos residentes, en la Universidad Central José Simeón Cañas (conocida como UCA), el 16 de noviembre de 1989. El procedimiento se inició, en noviembre de 2008, mediante una querrela interpuesta por la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) y el *Center for Justice and Accountability*, por los delitos de crímenes de lesa humanidad y terrorismo o asesinato en el contexto de crímenes contra la humanidad, cometidos por militares de El Salvador. En mayo de 2017, uno de los acusados – el coronel Inocente Orlando Montano– fue extraditado por Estados Unidos y, en diciembre de 2018, se concluyó el Sumario respecto de este y de René Mendoza, un integrante del batallón que ejecutó los delitos. El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos a juzgar como cinco delitos de asesinato terrorista, solo los cometidos contra los ciudadanos españoles, mientras que la acusación popular y la recién incorporada acusación particular calificaron los hechos a juzgar como constitutivos de ocho delitos de asesinato terrorista. El 8 de junio de 2020 dio comienzo el juicio oral y la Sala acordó el sobreseimiento del procedimiento respecto de René Mendoza, por prescripción del delito.

Los hechos juzgados por la Audiencia Nacional se desarrollan en el contexto del conflicto civil en El Salvador, entre el gobierno de la Junta cívico-militar y la guerrilla del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional (FMLN). Fue, precisamente, la intención de mediar en el conflicto lo que le granjeó al rector de la UCA, el sacerdote español Ignacio Ellacuría, la enemistad con las fuerzas de extrema derecha dominantes en el Ejército, que veían en un potencial acuerdo de paz, el fin de sus privilegios. Un grupo de militares pertenecientes al grupo denominado “la tandoná”, que ostentaban altos cargos, eran especialmente beligerantes con Ellacuría y el resto de jesuitas, a quienes acusaban de mantener vínculos con el FMLN. El 15 de noviembre varios oficiales pertenecientes a “la tandoná” mantuvieron numerosas reuniones en las que el Jefe del Estado Mayor ordenó al Director de la Escuela Militar matar al padre Ellacuría, sin dejar testigos, valiéndose para dicha tarea de una unidad de élite (el batallón Atlacatl), que ya había realizado registros en la universidad. En la madrugada del 16 de noviembre, se llevó a cabo el asesinato de seis sacerdotes jesuitas, incluido el padre Ellacuría, y dos mujeres de nacionalidad salvadoreña, una trabajadora de la residencia y su hija menor.

* Profesora Ayudante del Área de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid, (maria.garciac@uam.es)

Como se ha indicado, de entre los responsables de esos hechos, solo el coronel Inocente Orlando Montano – viceministro de Defensa y viceministro de Seguridad Pública– ha podido ser juzgado por la Audiencia Nacional, al ser extraditado por el Tribunal de del Distrito Este de Carolina del Sur, donde se encontraba el acusado cumpliendo condena por un delito de inmigración ilegal. Tras considerar probado que el acusado participó en la toma de decisión para perpetrar esos hechos, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, le condenó como autor de cinco delitos de asesinato de carácter terrorista. Solo fue posible la condena por el asesinato de los cinco sacerdotes jesuitas, de nacionalidad española, puesto que – aunque se considera también probado la autoría del asesinato de otro sacerdote, una trabajadora y su hija, de nacionalidad salvadoreña– los términos del acuerdo de extradición del acusado se limitaban a los delitos cometidos contra ciudadanos españoles.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En esta sentencia, encontramos cuatro cuestiones jurídicas que merecen ser destacadas. La primera hace referencia al alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles. Como hemos indicado anteriormente, la Sala considera que los hechos declarados probados son constitutivos de ocho delitos de asesinato de carácter terrorista. Sin embargo, solo pudieron conocer del asesinato de los cinco ciudadanos españoles, por ser los delitos que sustentaron la decisión de acceder a la extradición, de la que el Estado que recibe no puede separarse, de acuerdo con el principio de especialidad en materia de extradición. No obstante, en el supuesto de que el acuerdo de extradición no se hubiera limitado al asesinato de los ciudadanos españoles, la aplicación del artículo 23.4.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que fundamenta la jurisdicción de los tribunales españoles, de acuerdo con la sentencia, solo hubiera permitido a la Sala juzgar los delitos de terrorismo contra ciudadanos españoles. Es la redacción de la LOPJ, modificada por la LO 1/2014, la que impediría en cualquier caso el juicio por el asesinato terrorista de ciudadanos extranjeros. Es preciso recordar que, aunque la querrela se interpuso en el año 2008 – cuando la LOPJ no contemplaba la concurrencia de vínculos de conexión con el Estado español para perseguir y juzgar los delitos en virtud del principio de justicia universal– la disposición transitoria de la LO 1/2014 ordena el sobreseimiento de aquellas causas que se encontraran en tramitación y que no cumplieran con los requisitos introducidos por la ley. Por tanto, pese a que la propia APDHE, haya calificado la sentencia como un hito histórico de justicia universal¹⁵, la jurisdicción de los tribunales españoles, en este caso, se sustenta en el principio de personalidad pasiva.

La segunda cuestión que queremos destacar es la referencia que hace la Sala a los procesos judiciales sustanciados en El Salvador para perseguir estos mismos hechos. La Audiencia Nacional había elevado una cuestión al Tribunal Supremo para que determinara si el enjuiciamiento de los hechos realizado en El Salvador, fue fraudulento o incompleto y, como tal, justificaba la continuación de la investigación por parte de los tribunales españoles, de acuerdo con el principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 23.5 LOPJ. Para el Tribunal Supremo, había indicios suficientes de que el proceso

¹⁵ <https://apdhe.org/caso-jesuitas-la-audiencia-nacional-dicta-sentencia-condenatoria/>

llevado a cabo en El Salvador no garantizó la persecución efectiva de los responsables, “sino que, por el contrario, pudo tratar de sustraerlos de la acción de la justicia”¹⁶, al haberse permitido la ocultación y destrucción de pruebas y por las presiones externas a las que se sometió a los fiscales y los miembros del jurado, anulando la imparcialidad y la objetividad. Además, las únicas personas declaradas responsables en esos procesos se beneficiaron de la ley de Amnistía General – proclamada en 1993 y declarada inconstitucional en 2016. En atención a estas razones, el Tribunal Supremo afirmó la jurisdicción de los tribunales españoles.

La tercera cuestión de relevancia jurídica que presenta la sentencia guarda relación con la naturaleza terrorista de los asesinatos. Respondiendo a la defensa, que cuestionó la calificación de los hechos como terrorismo, la Audiencia Nacional alude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y señala la fundamentalidad del elemento subjetivo – es decir, la motivación del delincuente– para distinguir los delitos terroristas de los comunes. De la interpretación que el Tribunal Supremo realiza de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, del Código Penal español y del IV Convenio de Ginebra, la Sala concluye que el asesinato de los jesuitas, una trabajadora y su hija menor, por el mero “hecho de que el Rector de la Universidad en la que vivían y trabajaban fuera un hombre de paz”¹⁷, tenía como finalidad la alteración grave de la paz pública, causar terror a la población civil y dificultar las negociaciones de paz. El ejercicio de la violencia para tal fin se ejerció, en este caso, desde el alto mando de las Fuerzas Armadas, que se arrogó de manera ilegal el monopolio de la violencia con el único fin de alterar gravemente la paz pública y perpetuarse en sus posiciones de privilegio en el Estado. Por esa razón, la sentencia lo califica como “terrorismo desde el Estado”. A juicio del tribunal, la ejecución de los delitos comenzó con la toma de la decisión de ejecutar a Ellacuría, en la cual el coronel participó de forma personal, directa y voluntaria, por lo que le considera penalmente responsable de estos. Fue el grupo de decisión, el Alto Mando y cada uno de sus integrantes, quienes tuvieron dominio del hecho, es decir, la posibilidad de cometer el delito o no, pues bastaba que dieran la orden para que ésta fuera ejecutada. Merece señalarse que la Sala consideró enervada la presunción de inocencia por las declaraciones testimoniales y los informes periciales, así como por el informe de la Comisión de la Verdad, constituida como consecuencia de los Acuerdos de Paz de Chapultepec y bajo los auspicios de Naciones Unidas. A juicio de la Audiencia Nacional, la investigación realizada por dicha Comisión, sobre los hechos ocurridos en la UCA, es una prueba especialmente relevante para el juicio “dada la objetividad con la que se elaboró, al efectuarse por mandato de un acuerdo de paz y, por lo tanto, de ambas partes en conflicto”¹⁸ y por hallarse bajo las garantías de independencia que ofrece Naciones Unidas.

Por último, queremos señalar la mención del tribunal a la destacable labor de la acusación popular, a quienes considera determinantes para el inicio de la causa, al interponer la querrela justo antes de que prescribieran los delitos (sumándose con posterioridad la acusación particular), y para el buen desarrollo del proceso, logrando acabar con la

¹⁶ Auto del Tribunal Supremo 2864/2015, de 20 de abril de 2015, p. 7.

¹⁷ Fundamento jurídico séptimo.

¹⁸ Fundamento jurídico octavo.

impunidad de estos crímenes. En atención a esto – y siguiendo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto– la Sala condena al pago de las costas procesales en que incurriera la acusación popular, además de la particular. Es especialmente relevante el reconocimiento expreso de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a la tarea desempeñada por la acusación popular en este procedimiento, puesto que, desde la reforma introducida por la LO 1/2014, no serán perseguibles los delitos cometidos fuera del territorio español, cuando la querrela se interponga en ejercicio de la acción popular. La exposición de motivos justificaba esta limitación por el carácter excepcional que tiene la jurisdicción extraterritorial, pero es precisamente la excepcional gravedad de los delitos, el motivo por el que el Derecho internacional faculta a los Estados para establecer la jurisdicción universal.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Esta sentencia ha sido una victoria para los derechos de las víctimas, especialmente ahora que la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de El Salvador, ha revocado la reapertura del caso de la matanza de los jesuitas, que se aprobó tras la anulación de la Ley de Amnistía. Sin embargo, nos lleva a constatar, de nuevo, los límites de la actual configuración de la justicia universal en nuestro ordenamiento y su impacto negativo en la consecución de la justicia. Ante delitos de esta naturaleza y la negativa del Estado donde se cometieron a perseguir y juzgar de manera efectiva, la lucha contra la impunidad tiene un margen de éxito muy limitado y su fracaso no es solo un perjuicio para las víctimas directas, sino para toda la sociedad.

LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN LOS LITIGIOS LABORALES (SENTENCIA 146/2020 DEL TRIBUNAL SUPREMO)

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ*

I. HECHOS

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó sentencia el 14 de febrero de 2020, desestimando el recurso 82/2017 de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico (en adelante, CICAA) sobre la competencia de la jurisdicción española para conocer de una demanda de resolución de contrato de trabajo e indemnización de daños y perjuicios por vulneración de derechos fundamentales interpuesta por una de sus trabajadoras. Así, confirmaba la Sentencia de 4 de noviembre de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) y acogía, igualmente, lo solicitado también por el Ministerio Fiscal¹⁹.

Esta ciudadana de nacionalidad española había trabajado para dicha organización, desde 1985, como telefonista recepcionista, por contrato verbal, y como personal contratado desde 1987, siendo clasificada desde enero de 1994 como funcionaria en la categoría de servicios generales con similares funciones, constando en sus nóminas la categoría profesional de auxiliar administrativa (FJ Tercero, apartado 4).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo, el Tribunal Supremo recordó que la exigencia de la concurrencia del presupuesto de contradicción no cabía en este supuesto al considerarse la posible jurisdicción de los tribunales españoles una cuestión de orden público a conocer de oficio (FJ Segundo, apartado 1)²⁰. A su vez, decidió el examen conjunto de los tres motivos del recurso, aunque en la sentencia se aprecia el pronunciamiento sucesivo y, en gran medida, separado de los mismos (*ibid.*, apartado 2).

El Tribunal Supremo, en primer lugar, delimita el marco jurídico interno aplicable con

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

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 146/2020, Fundamento Jurídico (en adelante, FJ) Primero, apartado 2 *in fine*.

²⁰ Las sentencias señaladas como contradictorias por orden de motivos fueron: la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 6409/2015, de 28 de octubre de 2015; la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 345/2008, de 5 de mayo de 2008; y, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 450/2004, de 24 de mayo de 2004. En ellas, los fallos estimaban la inmunidad de jurisdicción respecto de la Empresa Común Europea para el ITER y el desarrollo de la Energía de Fusión, la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y al Organismo Internacional del Consejo Oleícola Internacional, respectivamente.

referencias a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) (arts. 9, 21 y 25) y a la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, *sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones Internacionales celebradas en España* (Ley Orgánica 16/2015)²¹, a la que dedica una especial atención recogiendo algunos contenidos de su Preámbulo, entre ellos el único párrafo dedicado a su Título V (“Privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales con sede u oficina en España”) y la referencia a sus artículos 4, 10 y 35.1 (FJ Cuarto).

Siendo la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre la inmunidad de las organizaciones internacionales y la Ley Orgánica 16/2015, este comienza su desestimación del primer motivo alegado (*incumplimiento del Convenio de Sede entre el Estado español y la CICAA, firmado en Madrid el 29 de marzo de 1971*)²² recordando su jurisprudencia (y la del Tribunal Constitucional) sobre el alcance y los límites de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de los Estados extranjeros en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, de acuerdo con la interpretación de inmunidad relativa²³. De este modo, se reitera que el régimen de inmunidad de Estados extranjeros no es en sí mismo y en todo caso contrario al derecho a la tutela judicial (art. 24 Constitución española), excepto en caso de no responder a lo previsto en el artículo 21.2 LOPJ, esto es, en el supuesto de indebida extensión o ampliación de dicha inmunidad, ya que su “ratio” no es suministrar “una protección indiscriminada”, sino la garantía del principio de igualdad soberana y de cooperación pacífica, debiendo distinguirse entre los actos *iure imperii* y los actos *iure gestionis* (FJ Quinto, apartado 1).

Afirmando la claridad de la Ley Orgánica 16/2015 a la hora de no extender la inmunidad a las controversias particulares de personal, si el servicio no supone el ejercicio de los poderes públicos de la entidad, ni se trata de personas empleadas en las categorías señaladas su texto (art. 10, apartado 2), el Tribunal Supremo concluye la imposibilidad de apreciar la inmunidad de jurisdicción contemplada por el artículo 11 del Convenio de Sede insistiendo en la distinción entre *el imperio y la gestión*, desacertada en el caso de las organizaciones internacionales²⁴. Se señala, así, la inexistencia de indicio suficiente de afectación del ejercicio de poder público de la organización en las funciones de la demandante, correspondiendo a la organización la carga probatoria, sin que el nivel de retribución percibida, por sí solo, sea prueba suficiente de ello. Conclusión que, en

²¹ BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015, pp. 101299-101320.

²² BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1971, pp. 18494-18497.

²³ Sentencias de 22 de junio de 2009 (recurso error judicial 6/2008); núm. recurso 2568/2011, de 25 de junio de 2016; y, 339/2018, de 22 de marzo de 2018. Respecto del Tribunal Constitucional, Sentencias núm. 107/1992, de 1 de julio; 292/1994, de 27 de octubre; 140/1995, de 28 de septiembre, 18/1997, de 10 de febrero; y, 176/2001, de 17 de septiembre, así como el Auto 112/2002, de 1 de julio.

²⁴ Véanse P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, “Las inmunidades de las Organizaciones Internacionales: Perspectiva general y española”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: Gestación y Contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática núm. 55, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, pp. 205-231, pp. 209, 213-214 y 224, y J. GONZÁLEZ VEGA, “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades. ¿Juego de Espejos en el Callejón del Gato?, *REDI*, vol. 68, 2016-1, pp. 85-97, p. 94.

términos similares, sostiene alrededor de su acreditación como personal contratado en el registro existente a tal efecto en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (en adelante, MAEC)²⁵, donde, además, no consta en la lista del cuerpo diplomático y consular acreditado en nuestro país²⁶ (FJ Sexto).

Desaprovechada la ocasión de examinar el juego de la inmunidad de la CICAA en virtud del Convenio de Sede y la posible aplicación subsidiaria de la Ley Orgánica 16/2015 al hilo del primer inciso del art. 35.1, en lo que hubiera sido la opción más técnicamente apropiada (y coherente con la decisión inicial adoptada por el propio Tribunal), ni siquiera el examen del segundo motivo alegado (*vulneración del art. 35.1 de la Ley Orgánica 16/2015*) lleva a nuestro Tribunal Supremo a reflexionar sobre el fundamento funcional de esta inmunidad (“respecto de toda actuación vinculada al cumplimiento de sus funciones”). Tras reiterar la mención del ejercicio del poder público y los criterios ya expuestos de sus límites, eso sí, pasará a centrarse en el examen de las vías alternativas razonables de solución de controversias respecto del derecho a la tutela judicial efectiva (segundo párrafo art. 35.1) (FJ Séptimo), si bien omitiendo cualquier referencia a los desarrollos efectuados en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pudieran ser aplicables²⁷.

La alegación de la CICAA alrededor de su existencia en virtud del artículo 44 (“Imprevistos”) de sus Estatutos y Reglamento del Personal²⁸ y el juego del artículo 23.4 del *Acuerdo entre el Reino de España y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) relativo al establecimiento de la oficina de esta Organización en España*, hecho en Madrid el 4 de abril de 2013²⁹, que, en última instancia, establece la competencia del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (TAOIT) o el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, según el caso y el Manual Administrativo de la FAO, es desestimada al entenderse que el artículo 44 presenta términos “vagos, genéricos e imprecisos”, no siendo la aplicación subsidiaria de los Estatutos de la FAO “en modo alguno automática o incondicionada”, pues queda al “libre arbitrio” de la CICAA, sin que el Acuerdo entre la FAO y esta

²⁵ MAEC, *Guía Práctica del Cuerpo Diplomático acreditado en España*, 7ª edición, 2017, disponible en <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/Protocolo/Documents/GU%C3%8DA%20PR%C3%81CTICA%20CD%202017.pdf>.

²⁶ Estas últimas listas pueden ser consultadas en su última actualización (5 de noviembre de 2020) en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/Protocolo/Paginas/Informacion-para-el-Cuerpo-diplomatico-acreditado.aspx>.

²⁷ Sobre los mismos, véanse P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *op. cit.*, pp. 211-213 y 221, y D. GONZÁLEZ HERRERA, “Breves reflexiones en torno a las inmunidades de las Organizaciones Internacionales”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (Dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: Gestación y Contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática núm. 55, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, pp. 235-255, pp. 252-253.

²⁸ Este artículo establece que: “Para aquellas cuestiones no previstas de manera específica en estos Estatutos y Reglamento del Personal de ICCAT, podrían aplicarse subsidiariamente los Estatutos y Reglamento del Personal en vigor de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). No obstante, todas estas materias se someterán debidamente por el Secretario Ejecutivo a la consideración de la Comisión” (*Estatutos y Reglamento del Personal*, adoptados en 1969 y posteriormente revisados, disponibles en: <https://www.iccat.int/es/>).

²⁹ BOE núm. 102, de 29 de abril de 2013, pp. 32253-32261.

organización (1973)³⁰ contenga tampoco referencia alguna a la cuestión.

Más aún, ahonda en la consideración de que la CICAA no es un organismo especializado de Naciones Unidas, ni se encuentra entre sus Fondos, Programas y Agencias especializadas afiliadas a este sistema³¹, lo que conllevaría la competencia del Tribunal Contencioso-Administrativo de Naciones Unidas. Tampoco consta que se haya celebrado el acuerdo especial con la Secretaría General de Naciones Unidas aceptando la competencia del mismo, conforme al artículo 2.5 de su Estatuto³², pudiendo interpretarse el artículo 44 como una “mera manifestación unilateral” sin efectos para dicho tribunal³³.

En cuanto al último motivo alegado (*incompetencia del orden social de la jurisdicción por tener la demandante la condición de funcionaria de la organización*), el Tribunal parte de que la pretensión última del mismo es la declaración de falta de competencia de nuestros tribunales. Incluso con ello, descarta la competencia del orden contencioso-administrativo por: a) la base alegada en la demanda (artículo 50, “Extinción por voluntad del trabajador”, del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*); b) la imposibilidad de trasladar la normativa española aplicable al personal funcional y por la letra del artículo 24 LOPJ, salvando la referencia a “funcionarios” presente en el versión española de los *Estatuto y Reglamento del Personal* de la CICAA en lectura combinada con la versión inglesa³⁴; c) la imposibilidad de asociar la inscripción en el registro específico del MAEC con la condición de personal funcional que justificaría la competencia del orden contencioso-administrativo; y d) los precedentes de esta misma Sala en casos de personal de embajadas y legaciones extranjeras en España (FJ Octavo).

Nos encontramos, en definitiva, con un fallo que no debe ser interpretado en su resultado último como sorprendente o traicionero por parte de la CICAA o de otras Organizaciones Internacionales en la medida en que el MAEC ha remitido Notas Verbales Circulares (6/7, de 1 de febrero de 1990, y 16/7, de 5 de julio de 2010) e incluido recomendaciones en su *Guía Práctica del Cuerpo Diplomático acreditado en España*, poniendo de manifiesto esta tendencia en la apreciación de la jurisdicción y competencia de los juzgados y tribunales sociales, la importancia de respetar el Derecho Laboral y de la Seguridad Social español y “los graves perjuicios que suele deparar su incumplimiento”³⁵.

³⁰ Su texto puede consultarse en: <https://www.iccat.int/Documents/Commission/BasicTexts.pdf>.

³¹ La CICAA es un organismo regional de pesca establecido fuera del marco de la FAO, aunque teniendo esta las funciones de depositaria de su tratado constitutivo (Convención Internacional para la Conservación del Atún Atlántico, Río de Janeiro, 1 de abril de 1966) y su Protocolo, que se pueden consultar en: http://www.fao.org/treaties/results/en/?search=adv&subj_coll=No_ArticleXIV.

³² Véase Resolución de la Asamblea General 63/253, de 24 de diciembre de 2008, posteriormente enmendado y disponible en: https://www.un.org/en/internaljustice/pdfs/UNDT_Statute.pdf

³³ Ninguna referencia se hace al TAOIT, quizá a consecuencia del texto del recurso. Sin embargo, en la información al respecto disponible en su web tampoco consta que se haya aceptado su competencia por la CICAA (<https://www.ilo.org/tribunal/membership/lang--en/index.htm>).

³⁴ Llama la atención que, para reforzar su argumentación, no haga referencia al artículo 5 de los *Estatutos y Reglamento del Personal* donde se define la categoría de Servicios Generales (GS), poseída por la ciudadana española, como la correspondiente a puestos de auxiliares técnicos y administrativos, así como personal empleado, secretariado y personal diverso de oficina, usualmente contratados a nivel local.

³⁵ MAEC, *Guía Práctica*, *op. cit.*, pp. 42-43.

III.- CONSIDERACIONES FINALES

Este primer pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la inmunidad de las organizaciones internacionales a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, pudiendo haber sido el golpe de timón que hiciera virar la deriva predominante de nuestros tribunales de extender los fundamentos de la inmunidad de los Estados a la de las organizaciones internacionales, ha supuesto una oportunidad perdida para la correcta aplicación de su artículo 35.1. Ciertamente es que el resultado ha derivado en la protección de la particular al garantizar su derecho a la tutela judicial efectiva, vistas las imprecisiones del régimen de personal de la CICA respectivamente al acceso a la vía alternativa razonable. Habrá que esperar, pues, cual Penélope, para ver si nuestros tribunales deciden aplicar plenamente este artículo y, quién sabe, si para interpretarlo, en su caso, en aras de verificar que la vía alternativa reúne todas las exigencias requeridas por el derecho a la tutela judicial efectiva.