

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**Por E. Jiménez Pineda, M. E. Salamanca Aguado,
M. C. Muñoz Rodríguez, A. D. Arrufat Cardava, F.
Pascual Vives y L. Aragonés Molina, M. García
Casas y J. J. Laso Pérez**

Coordinada por E. M. Rubio Fernández*

SUMARIO:

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 13 DE FEBRERO DE 2019 SOBRE EXCEPCIONES PRELIMINARES EN EL ASUNTO CIERTOS BIENES IRANÍES (REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN C. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)

POR E. JIMÉNEZ PINEDA..... pp. 2-6

EL ASUNTO BIG BROTHER WATCH Y OTROS C. REINO UNIDO: LOS LÍMITES DE LA “INTERCEPTACIÓN MASIVA DE LAS COMUNICACIONES” EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

POR M. E. SALAMANCA AGUADO..... pp. 7-10

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018 EN EL CASO TORANZO GÓMEZ c. ESPAÑA

POR M. C. MUÑOZ RODRÍGUEZ..... pp. 11-14

LA POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA APLICACIÓN DE ESTEREOTIPOS Y PREJUICIOS DE GÉNERO EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA SEXUAL (CASOS LINDA LOPEZ SOTO Y OTROS vs. VENEZUELA Y MUJERES DE ATENCO vs. MÉXICO)

POR A. D. ARRUFAT CARDAVA..... pp. 15-19

¿CABEN DISTINTAS APROXIMACIONES A LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO? (FORESIGHT Y RREEF c. ESPAÑA)

POR F. PASCUAL VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA..... pp. 20-24

DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA REPARACIÓN Y A CONOCER LA VERDAD EN LA STC 85/2018

POR M. GARCÍA CASAS..... pp. 25-28

CONCESIÓN DE RESIDENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS: UNA RESPUESTA POSITIVA A LA EVOLUCIÓN EN LAS NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN VENEZUELA (SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DE 26 DE JUNIO DE 2018)

POR J. J. LASO PÉREZ..... pp. 29-33

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

**LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL
DE JUSTICIA DE 13 DE FEBRERO DE 2019 SOBRE
EXCEPCIONES PRELIMINARES EN EL ASUNTO
*CIERTOS BIENES IRANÍES (REPÚBLICA ISLÁMICA DE IRÁN C.
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)***

Eduardo Jiménez Pineda*

I. HECHOS

La Corte Internacional de Justicia (CIJ), mediante sentencia sobre excepciones preliminares de 13 de febrero de 2019¹, afirmó su jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta por la República Islámica de Irán contra los Estados Unidos de América y, al mismo tiempo, declaró la admisibilidad de la demanda. Dicha demanda, de fecha de 14 de junio de 2016, pretendía, sucintamente, la declaración de la responsabilidad internacional de Estados Unidos a causa de sus supuestas violaciones del Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares de 15 de agosto de 1955 (en adelante, el Tratado), y, además, el cumplimiento de las tres obligaciones derivadas de la responsabilidad internacional de cesación, no repetición y reparación de las violaciones de sus obligaciones internacionales (para. 15).

Como recuerda la sentencia, el Tratado de 1955, que entró en vigor en 1957, había inaugurado las relaciones diplomáticas entre ambos Estados que, sin embargo, se rompieron en 1980 debido a la revolución iraní de 1979 y a la toma el mismo año de la Embajada de Estados Unidos en Teherán (para. 19)². Tres años después, en 1983, las relaciones entre ambos Estados empeoraron aún más cuando Estados Unidos responsabilizó a Irán del ataque terrorista acaecido en Beirut, en el que murieron 241 militares estadounidenses, y, al año siguiente, en 1984, catalogó a Irán como “Estado patrocinador del terrorismo”, categoría que ha mantenido hasta la actualidad (paras. 20-21). Más tarde, en 1996, Estados Unidos modificó su Ley sobre Inmidades Soberanas

* Doctorando y contratado predoctoral FPU (ref. FPU16/03446) de Derecho Internacional Público en la Universidad de Córdoba (eduardo.jimenez.pineda@uco.es). Los documentos relativos al caso comentado pueden consultarse en <https://www.icj-cij.org/en/case/164>. Todas las páginas webs citadas han sido consultadas por última vez el 15 de mayo de 2019 y las traducciones son del autor.

¹ *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Judgment on Preliminary Objections*, ICJ Reports 2019, en prensa. La Sentencia sobre excepciones preliminares contó con la declaración del Juez Gaja, la opinión disidente conjunta de los Jueces Tomka y Crawford y las opiniones disidentes de los Jueces Robinson, Gevorgian y los Jueces *ad hoc* Brower, nominado por Estados Unidos, y Momtaz, nominado por Irán.

² Como es sabido, el incidente de la toma de la Embajada de Estados Unidos en Teherán dio lugar al asunto, también ante la Corte, del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, *Judgment*, ICJ Reports 1980, p. 3. Posteriormente, ambos Estados fueron parte ante la CIJ en el asunto de las *Plataformas Petrolíferas*, ICJ Reports 1996, p. 161. Más recientemente, la Corte está conociendo de otro asunto entre ambos Estados relativo a *supuestas violaciones del Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares de 1955*, en el cual adoptó un auto de medidas cautelares el 3 de octubre de 2018 (para.45).

Extranjeras para retirar, en determinados supuestos, la inmunidad de jurisdicción ante sus tribunales de los Estados patrocinadores del terrorismo según la clasificación de dicho Estado. Esta modificación permitió la admisión a trámite de diversas demandas contra Irán por los daños causados durante el ataque terrorista de 1983, si bien Irán no compareció en estos procesos al considerar que la legislación estadounidense violaba el Derecho internacional de las inmunidades de Estado (para. 22). En 2008, la citada Ley sobre Inmunidades se modificó nuevamente, ampliándose las categorías de bienes disponibles para asegurar la satisfacción de las condenas judiciales contra Irán, de manera que se incluían todos los bienes de entidades propiedad del Estado iraní, independientemente de que hubieran sido o no sido bloqueados previamente por el Gobierno estadounidense y del grado de control ejercido por Irán sobre estas entidades (para. 24). Finalmente, en 2012, mediante Orden Ejecutiva del Presidente de Estados Unidos, se congelaron todos los bienes del Estado iraní, incluidos los pertenecientes al Banco Central de Irán (Banco Markazi), que, en virtud de la aprobación el mismo año de la *Iran Threat Reduction and Syria Human Rights Act*, quedaron sujetos a procedimientos de ejecución a excepción, lógicamente, de los que ya hubieran sido ejecutados con anterioridad (paras. 25-27).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Irán invocaba como fundamento de la jurisdicción de la Corte en el presente asunto el artículo XXI, parágrafo 2, del Tratado de Amistad³, cuya vigencia en el momento de la interposición de la demanda por Irán el 14 de junio de 2016, a pesar de la posterior denuncia del Tratado por Estados Unidos el 3 de octubre de 2018, fue, lógicamente, afirmada por la Corte (paras. 29-30). De este modo, la principal discrepancia entre las partes radicaba en dilucidar si la controversia existente entre ambos Estados era “relativa a la interpretación o aplicación del Tratado”, considerando Estados Unidos que Irán no buscaba arreglar una controversia relativa a las disposiciones del Tratado sino implicar a la Corte en una “controversia estratégica más amplia” mientras que, por el contrario, Irán entendía que las medidas estadounidenses afectaban al ejercicio de los derechos de Irán de control y disfrute de sus propiedades (paras. 31-35). En este sentido, desestimando las objeciones norteamericanas, la Corte afirmó su competencia en este asunto recordando que las controversias que se someten a su conocimiento a menudo introducen una controversia particular originada en el contexto de un desacuerdo más amplio entre países (paras. 36 y 126).

Además de la objeción general antes descrita, la CIJ procedió a examinar una a una las tres excepciones preliminares a su jurisdicción planteadas por Estados Unidos. En virtud de la primera de ellas, la Corte, con arreglo al artículo XX, parágrafo 1, letras c y d del Tratado, debería declararse incompetente respecto de todas las pretensiones iraníes referidas a la violación de las disposiciones del mismo por las medidas estadounidenses de bloqueo de bienes (paras. 38-39). A este respecto, la Corte, trayendo a colación sus

³ Dicho artículo dispone: “toda controversia entre las Altas Partes Contratantes [Estados Unidos e Irán] relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado, no satisfactoriamente resuelta diplomáticamente, debe ser sometida a la Corte Internacional de Justicia, a menos que las Altas Partes Contratantes acuerden arreglarla mediante cualesquiera otros medios pacíficos”.

pronunciamientos previos de los que no vio razón alguna para apartarse, indicó que el Tratado de Amistad no contiene ninguna disposición que expresamente excluya ciertas materias de la jurisdicción de la Corte (para. 45). Comoquiera que el citado artículo XX, párrafo 1, letras c y d, no restringe esa jurisdicción, “*but merely afford the Parties a defence on the merits*”, la Corte rechazó, por unanimidad, dicha objeción preliminar (paras. 47 y 126).

En cuanto a la segunda excepción preliminar, Estados Unidos consideraba que todas las pretensiones de declaración de inmunidad de jurisdicción de los bienes iraníes, o de sus entidades, ante los tribunales americanos, no podían ser conocidas por la CIJ debido a la ausencia de disposición en el Tratado que confiriese inmunidad de jurisdicción o ejecución a las partes, falta de previsión en el Tratado que Irán no cuestionaba (paras. 48-50). No obstante, Irán estimaba que esta excepción preliminar debía rechazarse en virtud de dos tipos de artículos del Tratado, a saber: los relativos al Derecho internacional o al Derecho de inmunidades (artículo IV, párrafo 2, y artículo XI, párrafo 4) y, por otro lado, los que consideraban las inmunidades que el Derecho internacional confiere a Estados y entidades del Estado (artículo III, párrafo 2; artículo IV, párrafo 1; y, artículo X, párrafo 1) (para. 51).

La Corte procedió a examinar cuál de dichos preceptos invocados por Irán permitía que la cuestión de las inmunidades soberanas se considerase dentro del ámbito competencial *ratione materiae* del Tratado (para. 52). Sobre el artículo IV, párrafo 2⁴, la Corte concluye que no puede interpretarse en el sentido de que incorpore por referencia las normas consuetudinarias en materia de inmunidades soberanas, razonamiento muy similar al que siguió al interpretar el artículo IV, párrafo 1 (paras. 58 y 71-74). En relación con el artículo XI, párrafo 4⁵, la CIJ no siguió la interpretación propuesta por Irán, por cuanto esta disposición pretende el respeto de las inmunidades, pero no lo convierte en una obligación convencional (para. 65). Respecto al artículo III, párrafo 2⁶, la Corte consideró que esta disposición no obliga a respetar las inmunidades que el Derecho internacional consuetudinario reconoce a algunas de estas entidades (para.70). Finalmente, al interpretar el artículo X, párrafo 1, según el cual entre las partes “debe haber libertad de comercio y navegación”, la CIJ, reiterando su jurisprudencia anterior en la materia, recordó que la libertad de comercio no puede cubrir aspectos que no guardan vínculo alguno, o que guardan un vínculo “demasiado tenue”, con las relaciones comerciales entre los Estados parte (paras. 75 y 79). En consideración de los argumentos anteriores, la Corte concluyó, por once votos contra cuatro, que esta objeción preliminar debía admitirse, dado que las pretensiones de reconocimiento de la violación de las

⁴ Este artículo (para.53) dispone: “La propiedad de los nacionales y compañías de cualquiera de las Altas Partes Contratantes (...) debe recibir la máxima protección y seguridad constante en los territorios de la otra Alta Parte Contratante, en ningún caso inferior que la exigida por el Derecho internacional (...)”.

⁵ Esta disposición (para.59) prevé que “ninguna empresa de cualesquiera de las Altas Partes Contratantes (...) debe reclamar o disfrutar de inmunidad fiscal, de jurisdicción, de ejecución de sentencia u otra responsabilidad a la que las compañías privadas estén sometidas”.

⁶ Con arreglo a este precepto (para.66), “los nacionales y empresas de cualquiera de las Altas Partes Contratantes debe tener libertad de acceso a los tribunales de justicia y órganos administrativos en los territorios de la otra Alta Parte Contratante (...) en condiciones no menos favorables que las aplicables a nacionales y empresas de la otra Alta Parte Contratante o cualquier otro tercer Estado (...)”.

inmunidades soberanas reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario no guardan relación con la interpretación o aplicación del Tratado de 1955 (paras. 80 y 126).

La tercera y última objeción preliminar, conducente a excluir de la jurisdicción de la Corte el conocimiento de las posibles violaciones del Tratado causadas al Gobierno de Irán o al Banco Markazi, fue declarada por la Corte, por once votos contra cuatro, como carente de carácter exclusivamente preliminar (paras. 81, 98 y 126). Así, la Corte, analizando únicamente si el término “empresa” recogido en el Tratado era aplicable al Banco Markazi), entendió que, a pesar de que una entidad llevando a cabo exclusivamente actividades soberanas no puede ser definida como empresa en el sentido del Tratado, nada obsta, *a priori*, a que una misma entidad realice actividades comerciales y también soberanas (paras. 84, 91 y 92). A este respecto, tratando de dilucidar la naturaleza de las actividades del Banco Markazi, la Corte concluyó que no disponía de todos los elementos fácticos necesarios para determinar si dicha entidad estaba desarrollando actividades empresariales, cuestión sobre la que se podría pronunciar únicamente después de que las partes presentasen sus argumentos en la siguiente fase del procedimiento, y, en consecuencia, declaró, por once votos contra cuatro, que esta excepción a la jurisdicción no presentaba un carácter exclusivamente preliminar (paras. 97 y 126).

Afirmada la jurisdicción de la Corte para conocer de parte de las pretensiones iraníes, la CIJ procedió a considerar las dos excepciones a la admisibilidad planteadas por el demandado, a saber: el abuso de proceso (en un primer momento, abuso de derecho) y la excepción de manos limpias (*cleand hands*) (paras. 99-100). Con relación al abuso de proceso, del que se puede conocer en fase preliminar por contraposición al abuso de derecho que es una cuestión de fondo, la CIJ subrayó que debe acreditarse claramente que la conducta del demandante constituye tal clase de abuso (paras. 103 y 113). En este sentido, dado que el Tratado estaba en vigor entre las partes en la fecha de interposición de la demanda y que éste incluye una cláusula compromisoria en su artículo XXI, la CIJ declaró por unanimidad que no concurrían las circunstancias excepcionales para rechazar las pretensiones iraníes como consecuencia de un abuso de proceso (paras. 114 y 126). Por otro lado, en relación con la excepción de “manos limpias”, la Corte consideró que, incluso si se demostrara que la conducta de Irán no estaba “exenta de crítica”, no sería suficiente para acoger la excepción de inadmisibilidad con fundamento en la doctrina de las “manos limpias” y, al igual que con la primera excepción a la admisibilidad, la rechazó por unanimidad (paras. 122 y 126).

III. CONSIDERACIONES FINALES

En la sentencia comentada, la Corte, reiterando su jurisprudencia previa, resuelve las excepciones preliminares a su jurisdicción de manera que permite que prosiga -con la salvedad de las cuestiones relativas a las posibles violaciones de las inmunidades de Estado- el proceso para conocer sobre el fondo de la controversia sobre ciertos bienes iraníes en Estados Unidos. De esta forma, Irán, valiéndose del “viejo” Tratado de Amistad de 1955, aún en vigor a pesar de las tensas relaciones actuales con Estados Unidos, consigue, con habilidad procesal, salvar el obstáculo jurisdiccional y llevar ante la Corte una controversia en la que se han visto comprometidos múltiples recursos de

distinta índole, domiciliados en Estados Unidos y propiedad del Estado iraní. De nada ha servido a Estados Unidos la denuncia tardía de este Tratado, en 2018, muy posterior a la interposición de la demanda por Irán en 2016. Frente a las objeciones preliminares planteadas por Estados Unidos a la jurisdicción y a la admisibilidad de la demanda, el Tribunal de La Haya solo ha estimado parcialmente una de ellas, por lo que el asunto pasa a la fase de fondo. A pesar de que esta controversia, como Estados Unidos alegó, es, verdaderamente, parte de una “controversia más amplia”, según demuestra no solo la historia de las relaciones entre ambos Estados sino también, especialmente, la actualidad de las mismas, la resolución de la Corte sobre el fondo puede, en fin, ayudar indirectamente a destensar las relaciones entre Irán y Estados Unidos.

EL ASUNTO *BIG BROTHER WATCH Y OTROS C. REINO UNIDO*: LOS LÍMITES DE LA “INTERCEPTACIÓN MASIVA DE LAS COMUNICACIONES” EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

M. Esther Salamanca Aguado*

I. HECHOS

La sentencia de 13 de septiembre de 2018 dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal) en el asunto *Big Brother Watch y otros contra Reino Unido*¹ tiene su origen en la información filtrada por Edward Snowden, ex administrador de sistemas de la Agencia de Seguridad Nacional de Estados Unidos (NSA), sobre el uso por Estados Unidos y Reino Unido (RU) de tecnologías que permiten la captura indiscriminada de grandes cantidades de datos de comunicación y su intercambio entre los dos gobiernos². Los demandantes³ alegaron que sus comunicaciones electrónicas habían sido interceptadas por los servicios de inteligencia del RU⁴, obtenidas por los servicios de inteligencia después de ser interceptadas por gobiernos extranjeros⁵ y/o facilitadas a las autoridades del RU por proveedores de servicios de telecomunicaciones.

En el sistema europeo de protección de derechos humanos se reconoce junto al derecho al respeto de la vida privada, el derecho a la protección de los datos de carácter personal y el Tribunal ha desarrollado al respecto una sólida jurisprudencia al amparo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el Convenio). En general, en el contexto de la interceptación de comunicaciones por los servicios de inteligencia, el Tribunal ha considerado que el poder de vigilar en secreto a los ciudadanos, característico del Estado policial, sólo es tolerable como medida estrictamente necesaria en la salvaguarda de las instituciones democráticas⁶.

En el presente asunto se plantea, en primer lugar, la compatibilidad con el artículo 8 del Convenio de tres regímenes jurídicos: la sección 8 (4) de la Ley de Regulación de los Poderes de Investigación 2000 (RIPA) que autoriza la “interceptación masiva de las

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

¹ ECHR, *Case of Big Brother Watch and others v. United Kingdom*, Judgment 13 September 2018, (Applications nos. 58170/13 and 24960/15). La Gran Sala ha aceptado conocer de esta sentencia a petición de las partes demandantes, véase la Decisión adoptada el 4 de febrero de 2019.

² Véanse los artículos publicados en *The Guardian* y *The Washington Post*, entre junio y agosto de 2013.

³ Se trata de organizaciones relacionadas con la defensa de los derechos civiles y periodistas de investigación.

⁴ Las revelaciones de Edward Snowden indicaron que el Cuartel General de Comunicaciones del Gobierno del Reino Unido (GCHQ) estaba ejecutando un programa secreto de vigilancia denominado TEMPORA.

⁵ Se trata de los programas de vigilancia de la NSA denominados PRIDM y Upstream.

⁶ *Klass y otros c. Alemania*. Sentencia de 6 septiembre 1978, paras. 42, 48, 49 y 50. Véase E. Salamanca Aguado, “El respeto a la vida privada y a la protección de datos personales en el contexto de la vigilancia masiva de comunicaciones”, *Revista del IEEE*, Núm. 4/2014, p. 1-26

comunicaciones externas”⁷; el régimen de “intercambio de inteligencia”⁸; y el régimen de “adquisición de datos de comunicación” según el capítulo II de la RIPA. En segundo lugar, se plantea la compatibilidad de dichos regímenes con la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del Convenio.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1. La interceptación masiva de las comunicaciones: garantías mínimas frente al abuso de poder

Dada su complejidad, lo primero que debemos determinar es la naturaleza de la actividad examinada: la “vigilancia secreta” de las comunicaciones electrónicas no limitada a ciertos objetivos conocidos o identificados, sino dirigida al descubrimiento de amenazas potenciales u objetivos no identificados que podrían ser responsables de una amenaza (“*exploratory surveillance*”). Las amenazas relevantes están definidas de forma amplia y comprenden amenazas a la seguridad nacional o el bienestar económico del país, así como amenazas derivadas de delitos graves (paras. 57-59 y 284). Desde el punto de vista de los derechos humanos, se da por supuesto que toda injerencia en las comunicaciones es una violación del derecho a la privacidad. Para que dicha injerencia esté “justificada” debe cumplir unos requisitos previstos en el artículo 8 (2) del Convenio: debe estar prevista por la ley, perseguir uno o más de los fines legítimos señalados (p. e. la seguridad nacional) y ser necesaria en una sociedad democrática (para. 303).

En el asunto *Big Brother Watch* la Sala reitera que la vigilancia masiva de las comunicaciones está dentro del margen de apreciación del Estado pero que, para minimizar el riesgo de abuso de poder, se exigen unas “garantías mínimas”: la determinación de la naturaleza de las infracciones que dan lugar a una orden de interceptación; la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia; la fijación de un límite a la duración de la interceptación; el procedimiento que deberá seguirse para el examen, uso y conservación de los datos obtenidos; las precauciones que se han de tomar al comunicar los datos a otras partes; las circunstancias en las que se puede o se debe realizar el borrado o la destrucción de los datos. Además, la Sala tiene en cuenta otros “factores relevantes”, como las disposiciones para supervisar la aplicación de medidas de vigilancia secreta, cualquier mecanismo de notificación y los recursos previstos por la legislación nacional (paras. 387, 307 y 320).

Analizada la sección 8 (4) de la RIPA la Sala concluye que los servicios de inteligencia británicos tienen debidamente en cuenta sus obligaciones de conformidad con el

⁷ La sección 8 (4) de la RIPA autoriza al Secretario de Estado a emitir una orden de “interceptación de las comunicaciones externas en el curso de su transmisión a través de un sistema de telecomunicación”. La sección 20 define comunicaciones externas como “una comunicación enviada o recibida fuera de las Islas Británicas”. Esta ley ha sido sustituida por la polémica *Investigatory Powers Act 2016* (IPA) no examinada por el Tribunal en el presente asunto.

⁸ Este “intercambio de inteligencia” está previsto en el Acuerdo RU-EEUU de 5 de marzo de 1946. Resulta de aplicación la *Intelligence Services Act 1994* (ISA), la sección 19 de la *Counter-Terrorism Act 2008*, la *Data Protection Act 1998* (DPA), la *Official Secrets Act 1989* (OSA), la *Human Rights Act 1998* y la sección 12 del *Interception of Communications Code of Practice*.

Convenio y no están abusando de sus poderes. Sin embargo, identifica dos áreas de preocupación: a) la falta de supervisión de todo el proceso de selección de datos, incluida la selección de usuarios para la interceptación, los selectores y los criterios de búsqueda para filtrar las comunicaciones interceptadas, y la selección de material para su examen por un analista; b) la ausencia de garantías reales aplicables a la selección de datos de comunicaciones relacionados para su examen (para. 387). Esta es la explicación que motiva que cinco de los siete jueces hayan entendido que el régimen examinado no cumple el requisito de “calidad de la ley” y, por tanto, la interceptación de las comunicaciones no se mantiene en lo que es “necesario en una sociedad democrática” (para. 388)⁹. Plantea dudas la apreciación de la Sala al considerar que si bien la autorización judicial es una salvaguardia importante, y quizás incluso una “buena práctica”, no se exige para garantizar el cumplimiento del artículo 8 del Convenio (para. 320)¹⁰.

2. El régimen de intercambio de inteligencia: aplicación de las mismas garantías

En el asunto *Big Brother Watch* el Tribunal examina, por primera vez, la conformidad con el Convenio de un “régimen de intercambio de inteligencia”. Como punto de partida es preciso aclarar la naturaleza de la “injerencia” denunciada, que no está relacionada con la interceptación de las comunicaciones, que tienen lugar fuera de la jurisdicción del Estado demandado. La “injerencia” radica en la recepción del material interceptado y su posterior almacenamiento, examen y uso por parte de los servicios de inteligencia nacionales (paras. 420–421). A juicio de la Sala, un régimen jurídico que prevé la adquisición de material de vigilancia de un gobierno extranjero debe cumplir con los criterios de previsibilidad de la ley, perseguir un fin legítimo y ser necesario en una sociedad democrática (para. 422). Es más, la Sala considera que deben exigirse las mismas “garantías mínimas” explicadas *supra*, para evitar que se utilice el intercambio de inteligencia para eludir los procedimientos de vigilancia nacionales más estrictos y/o cualquier límite legal al que puedan estar sujetos los servicios de inteligencia nacionales (paras. 216, 423 y 447).

Al aplicar estas “garantías mínimas”, la Sala tiene en cuenta la amenaza real que supone el terrorismo internacional y la necesidad de que exista un flujo de información entre los servicios de inteligencia de todo el mundo. A juicio de la Sala, en el presente asunto, este flujo de información se integró en un contexto legislativo que ofrece considerables garantías contra el abuso, de forma que la Sala acepta que la interferencia resultante se mantuviera en lo que era necesario en una sociedad democrática (paras. 445–447). La Sala concluye, por cinco votos contra dos, que no hubo violación del artículo 8 del Convenio¹¹.

⁹ Véase la *Opinión conjunta parcialmente disidente, parcialmente concurrente de los jueces Pardalos y Eicke*, para quienes, entre otras cuestiones, el régimen de la sección 8 (4) ofrece suficientes garantías contra la arbitrariedad y el abuso de poder y no ha existido violación del artículo 8 del Convenio (para. 23)

¹⁰ Véase la *Opinión parcialmente disidente, parcialmente concurrente del Juez Koskelo*, a la que se suma el Juez Turkovic (para. 20)

¹¹ Por el contrario, en opinión de los Jueces Koskelo y Turkovic las deficiencias detectadas en el régimen de la sección 8 (4) también afectan al régimen de intercambio de inteligencia, por lo que consideran que sí

3. El régimen de adquisición de “datos de comunicación”

En relación con el régimen que regula el acceso a datos de comunicación retenidos por proveedores de servicios de comunicaciones, la Sala constata que el derecho británico no es conforme con el derecho de la Unión Europea porque el acceso a los datos retenidos no se limita al propósito de combatir “delitos graves” y porque el acceso a los datos retenidos no está sujeto a una revisión previa por parte de un tribunal o un órgano administrativo independiente. Por estos motivos, la Sala estima, por seis votos contra uno, que dicho régimen no es, igualmente, conforme con el artículo 8 del Convenio (paras. 466–468)¹².

4. Interceptación masiva de comunicaciones y libertad de expresión

La Sala subraya que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que la protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa. Según su jurisprudencia sólo está permitida una injerencia en la libertad de prensa si lo requiere el interés público (paras. 487–488). En el presente caso la Sala observa que el régimen de la sección 8 (4) de la RIPA no ofrece garantías suficientes que limiten la capacidad de los servicios de inteligencia de buscar y examinar información dentro de los límites de lo que está justificado por un requisito de interés público (paras. 490–495). Así mismo, no existen disposiciones especiales que restrinjan el acceso a los datos de comunicación de los periodistas con el propósito de combatir delitos graves (paras. 496–499). En consecuencia, la Sala concluye, por seis votos contra uno, que ambos regímenes violan el artículo 10 del Convenio.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Las nuevas tecnologías permiten injerencias desproporcionadas en la vida privada de los ciudadanos que exceden lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática. “Sentencia a sentencia” el Tribunal va adaptando su jurisprudencia anterior a los nuevos desafíos que el uso de tecnologías altamente sofisticadas plantea en el campo de la vigilancia secreta y masiva de las comunicaciones. Es deseable que los Estados partes adapten su derecho interno para cumplir con las garantías mínimas exigidas por el Tribunal para minimizar la arbitrariedad y el abuso de poder. Un Estado democrático posee cierto poder discrecional para vigilar en secreto, pero éste no es ilimitado; como dijera el propio Tribunal en uno de sus primeros casos, se corre el riesgo de “destruir la democracia con el motivo de defenderla”¹³.

hubo violación del artículo 8, *ibíd.*, (paras. 30-31)

¹² Se refiere la Sala a la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Digital Rights Ireland v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Settinger and Others* (C-293/12 y C-594/12) y *Secretary of State for the Home Department v. Watson and Others* (C-698/15).

¹³ *Caso Klass y otros contra Alemania*. Sentencia de 6 septiembre 1978, para. 50

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018 EN EL CASO *TORANZO GÓMEZ c. ESPAÑA*

M^a del Carmen Muñoz Rodríguez*

I. HECHOS

La Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) dicta el 20 de noviembre de 2018 una sentencia condenatoria contra España por violación del artículo 10 (libertad de expresión) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el CEDH). Además, de acuerdo con el artículo 41 del CEDH, el TEDH determina que España pague al demandante una indemnización de 1,200 € por daños materiales, de 4,000 € por daños morales y de 3,055 € por gastos y costas¹.

El Sr. Agustín Toranzo Gómez es miembro de un colectivo de activistas que ocupa el centro social “Casas Viejas” en 2007. El Juzgado de 1^a Instancia nº 24 de Sevilla, a instancia de los propietarios del inmueble, ordena el desalojo forzoso y la policía entra en el edificio el 29 de noviembre. El demandante y otro activista protestan contra el desalojo y deciden anclarse al suelo a través de una estructura construida con este fin. La policía ata una cuerda alrededor a la cintura y muñeca de ambos activistas para intentar, sin éxito, sacarlos tirando de la cuerda. Ante el advertido riesgo de derrumbe de la estructura, la policía inmoviliza a ambos con cuerdas para evitar que derriben a patadas los postes de madera instalados por los bomberos. El 30 de noviembre, los activistas comunican su deseo de liberarse voluntariamente y solicitan ser desatados. Finalmente, son detenidos, conducidos ante el juzgado y sometidos a un reconocimiento médico. El 1 de diciembre, en una rueda de prensa, el Sr. Toranzo informa del desalojo y de las técnicas utilizadas por los cuerpos de policía y bomberos, a las que califica de “torturas físicas y psicológicas”, que le han causado grandes sufrimientos y, por ello, ha renunciado a continuar su protesta.

A raíz de esta declaración, la Delegación del Gobierno pide a la Fiscalía que abra una investigación, que, finaliza en 2011, cuando el Juzgado de lo Penal nº 17 de Sevilla condena por un delito de calumnias al Sr. Toranzo y le impone el pago de una multa² y de una indemnización a la policía³, así como la publicación a su costa de la sentencia en los medios de comunicación que se hicieron eco de sus declaraciones. En 2013, la Audiencia Provincial de Sevilla confirma la sentencia, aunque reduce el importe de la

* Profesora Contratada Doctora del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Jaén (acreditada como Profesora Titular) (mcrodri@ujaen.es)

¹ STEDH, asunto *Toranzo Gómez c. España* (nº 26922/14). Esta sentencia es definitiva con fecha de 20 de febrero de 2019 (art. 44.2 del CEDH).

² La sentencia prevé que, en caso de impago de la multa, se le condena a un día de prisión por cada dos días de impago.

³ La fotografía de dos policías apareció en la prensa.

multa. Por último, el Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo dado que considera que el Sr. Toranzo no ha conseguido probar que el recurso es de “especial relevancia constitucional”. En síntesis, los órganos jurisdiccionales internos consideran, por un lado, que las autoridades han actuado de manera proporcionada, procurando convencer al Sr. Toranzo y al otro activista de deponer su actitud; y, por otro lado, que la acusación de “tortura” del Sr. Toranzo en sus declaraciones a la prensa es falsa, pues la actuación de la policía no puede ser calificada como tal a tenor del Código Penal español.

El Sr. Toranzo presenta su demanda ante el TEDH en fecha de 26 de marzo de 2014, alegando que las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, declarándole culpable de un delito de calumnia, han supuesto una injerencia en su derecho a la libertad de expresión protegido por el artículo 10 del CEDH. El gobierno español considera que la demanda debe inadmitirse por estar manifiestamente mal fundada sobre la base, entre otros, de que los tribunales internos han actuado para proteger los derechos de los dos policías (art. 8 CEDH) y el derecho de la ciudadanía a recibir información veraz (art. 10 CEDH). Sin embargo, el TEDH considera que esta demanda individual es admisible, pues no puede ser rechazada por el motivo de estar manifiestamente mal fundada (art. 35.3. a) CEDH), ni por otros motivos de inadmisión.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En cuanto a los argumentos de las partes, el Sr. Toranzo presenta su demanda pues considera que las sentencias de los tribunales internos que le condenan por un delito de calumnia suponen una injerencia indebida en su derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). El demandante considera que los hechos acaecidos afectaron a su integridad física y mental y que los mismos podían ser descritos coloquialmente como “tortura”⁴, a modo de crítica, amparada por la libertad de expresión, a determinados individuos en el ejercicio de funciones públicas -policía y bomberos- (para. 37-39).

El Gobierno español reconoce que las sentencias de los tribunales internos impugnadas constituyen una “injerencia por parte de autoridad pública”: sin embargo, tal “injerencia” está permitida por la ley y es necesaria en una sociedad democrática, con el objetivo de proteger la reputación y el honor de los policías y de los bomberos (art. 8 y 10 CEDH y arts. 18 y 20 Constitución Española) (para. 40-45).

La presente decisión del TEDH supone un nuevo análisis del respeto del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) en España⁵, en este caso, en relación con el derecho a la protección de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Para ello, el TEDH recuerda, y aplica al presente caso, los principios generales bien establecidos en su jurisprudencia respecto a la determinación de cuando una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión es “necesaria en una sociedad democrática” (para. 48-49); y respecto al

⁴ El Diccionario de la RAE recoge dos definiciones para la palabra “tortura”: “grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo”; y “dolor o aflicción grande, o cosa que lo produce”.

⁵ Puede consultarse la jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión en España en <https://www.mjusticia.gob.es/>

equilibrio entre los artículos 10 y 8 del CEDH (para. 50-52)⁶. En consecuencia, el TEDH debe examinar respecto al caso concreto: el carácter de las declaraciones del demandante; el contexto de la injerencia y del método utilizado por los tribunales españoles para justificar la condena del demandante; el grado en que los policías y los bomberos se vieron afectados; la gravedad de la injerencia; y el equilibrio entre los derechos del demandante a la libertad de expresión frente a los derechos de los policías a su vida privada.

En cuanto al carácter de las declaraciones del demandante, debe analizarse si pertenecen al tipo de expresión protegidas por el art. 10 del CEDH. El TEDH considera, por un lado, que los métodos y el trato empleados de policías y bomberos están recogidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos; y, por otro lado, que el demandante, aunque si se tuviera que admitir que pudo haberse expresado con un estilo que implicara “un cierto grado de exageración”, se queja de un trato recibido que le debió haber provocado ciertos sentimientos de angustia y miedo, así como cierto sufrimiento mental y físico. A estos efectos, es irrelevante el hecho de que el demandante fuera responsable de dicha situación (para. 54-56).

Para complementar lo anterior, debe examinarse el contexto de la injerencia y del método utilizado por los órganos jurisdiccionales internos para justificar la condena al demandante. El TEDH cree que las declaraciones del demandante no se refieren a aspectos de la vida privada de policías y bomberos sino a su comportamiento como autoridad pública, por tanto, es una cuestión de interés público. Además, el TEDH constata que el demandante describió en la rueda de prensa los métodos utilizados por la policía y por los bomberos, de forma pormenorizada, y se corresponde con aquello que ha sido probado ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco del proceso penal; en este sentido, el Tribunal opina que “nada en este asunto sugiere que las alegaciones del demandante no fueran formuladas de buena fe y con vistas a lograr el objetivo legítimo de debatir una cuestión de interés público”. A estos efectos, el TEDH estima que el único motivo de la discordia reside en la caracterización de los hechos, ante lo cual, la expresión “tortura” no puede ser tomada como un juicio de valor cuya veracidad no es susceptible de ser probada; de hecho, cuenta con una base objetiva en las propias sentencias de los órganos jurisdiccionales internos, pues describen los hechos en coincidencia con lo declarado por el demandante. En cualquier caso, el TEDH opina que el demandante utiliza la palabra “tortura” de forma coloquial con el fin de denunciar los métodos policiales, que para él supusieron un uso excesivo y proporcionado de la fuerza, así como el maltrato que él consideró recibir por parte de policía y bomberos (para. 57-59).

Para el TEDH, debe conocerse otros elementos esenciales para determinar el grado en que los policías y los bomberos se vieron afectados. En este sentido, el Tribunal menciona que no se tuvo en cuenta, por ejemplo, si las declaraciones promovían el uso de la fuerza, o si existían otros medios disponibles para responder a las alegaciones antes de recurrir a un proceso penal. De hecho, añade que ni en las sentencias de los órganos jurisdiccionales

⁶ STEDH (Gran Sala) de 15.10.2015, asunto *Perinçek v. Suiza* (nº 27510/08).

nacionales, ni en las observaciones del Gobierno se menciona si las declaraciones del demandante provocaron consecuencias negativas reales a los policías (para. 60-61).

Resulta igualmente necesario estudiar el carácter y gravedad de las penas impuestas son factores para evaluar la “proporcionalidad” de la injerencia. Para el TEDH, la pena impuesta al demandante (multa -con riesgo de prisión, en caso de impago-, la indemnización y el pago de los costes de publicación de la sentencia en los medios de comunicación) puede provocar un “efecto paralizante” en el ejercicio de la libertad de expresión del demandante ya que puede haberle disuadido de criticar la actuación de la policía (para. 62-64).

Por último, a raíz de todas las consideraciones anteriores, el TEDH señala, en primer lugar, que restringir el derecho del demandante a criticar la actuación de los poderes públicos imponiendo la obligación de respetar escrupulosamente la definición legal de tortura establecida en el Código Penal español supondría una importante carga para el demandante (así como para el ciudadano medio), socavando de forma desproporcionada su derecho a la libertad de expresión y a criticar públicamente lo que consideraba una actuación desproporcionada por parte de la policía y el maltrato por parte de los bomberos. Y, en segundo lugar, el TEDH manifiesta que la sanción impuesta al demandante carecía de justificación adecuada y que la normativa aplicada por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales no aseguró un equilibrio equitativo entre los derechos pertinentes y los correspondientes intereses. En consecuencia, el TEDH concluye, por unanimidad, que la injerencia producida no era “necesaria en una sociedad democrática” en el sentido del artículo 10.2 del Convenio y, por tanto, se ha producido una vulneración del artículo 10 del CEDH (para. 65-68).

III. CONSIDERACIONES FINALES

El ejercicio de la libertad de expresión es un eje esencial de una sociedad democrática y por ello queda está protegido por el CEDH. Los límites a esta libertad son una injerencia que podría solo ser admisible sólo si fuera necesaria y justificada. En suma, el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos de otros (en este caso, el derecho a la vida privada) queda resuelto a favor de la primera⁷.

⁷ Véase en este sentido la STEDH de 13.3.2019, asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (51168/15 y 51186/15), por la que el TEDH declara que el acto presuntamente cometido por los demandantes (quema de una fotografía de los reyes en una manifestación pública) forma parte de una crítica política, no personal, de la monarquía en general, y del Reino de España como nación en particular. El acto se enmarcaba dentro de los “actos” de provocación “escenificados” con el fin de atraer la atención de los medios para transmitir un mensaje crítico en el marco de la libertad de expresión. El TEDH concluye que la pena de prisión impuesta a los demandantes no es proporcionada al objetivo legítimo perseguido (proteger la reputación o los derechos de otros), ni necesaria en una sociedad democrática.

LA POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA APLICACIÓN DE ESTEREOTIPOS Y PREJUICIOS DE GÉNERO EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA SEXUAL (CASOS LINDA LOPEZ SOTO Y OTROS vs. VENEZUELA Y MUJERES DE ATENCO vs. MÉXICO).

Alberto Delfín Arrufat Cárdenas*

I. HECHOS.

El caso de las mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco aborda la responsabilidad internacional del México por la conducta de sus agentes estatales antes, durante y después de una protesta social ocurrida en los municipios de Texcoco y San Salvador de Atenco en mayo de 2006¹. La sentencia es resultado de la demanda interpuesta por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIADH) como consecuencia de la detención de once mujeres en el marco de un operativo policial encaminado a sofocar una revuelta social contra la decisión gubernamental de expropiar y urbanizar un terreno utilizado habitualmente por vendedores irregulares. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) determinó que fueron víctimas de detención ilegal, de diversas formas de violencia física, psicológica y sexual en el marco de su traslado y llegada al centro de detención; incluyendo actos de tortura sexual, intimidación verbal, estigmatización, así como la falta de atención médica adecuada con afectación a su salud; así como los daños psíquicos causados a sus familiares.

Por su parte, el asunto Linda Loaiza López Soto² evalúa la responsabilidad de Venezuela resultado de violencia física, verbal, psicológica y sexual, incluyendo ingesta forzada de alcohol, drogas y medicamentos, desnudez forzada, violaciones reiteradas vaginales, anales y con objetos, amenazas y humillaciones, privación de alimentos, entre otros cometidos contra ésta y por el deficiente procesamiento interno de los responsables de dichos actos con resultado absolutorio en primera instancia. El juicio fue revisado en segunda instancia resultando condenadas dos personas, mientras el principal acusado permanece huido. Ninguno de ellos ha sido condenado por violación. La joven estudiante universitaria tenía 18 años cuando, un particular -hijo del Rector de una Universidad- la raptó y la esclavizó sexualmente durante cuatro meses. Debido a las lesiones sufridas, tuvo que ser hospitalizada durante un año y someterse a 15 cirugías, incluidas la reconstrucción de los labios, de la nariz, del pabellón auricular izquierdo y de la vagina. López Soto es la primera venezolana que presenta una demanda ante la CIDH por los hechos y constituye uno de los pocos casos donde la Corte tiene la oportunidad de

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

¹ CIADH, *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.

² CIADH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362.

pronunciarse sobre la responsabilidad de Estado por las agresiones cometidas por un particular.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS DE CARÁCTER PRELIMINAR

En el caso instado contra México, se alegaba la violación de los derechos a la libertad personal y garantías judiciales, establecidos en los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 8.2 b), 8.2 d) y 8.2 e) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; la violación de los derechos a la integridad personal, a la vida privada, autonomía y dignidad, a la igualdad y no discriminación, a no ser torturada y a vivir libre de violencia, establecidos en los artículos 5.1, 5.2, 11 y 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en el artículo 7.a) de la Convención de Belém do Pará; la vulneración de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y 7 de la Convención de Belém do Pará; y, finalmente, la conculcación del derecho a la integridad personal, establecido en el artículo 5.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los familiares de las once mujeres.

Por otra parte, en el asunto recaído contra Venezuela, la pretensión se sustentaba en la vulneración del derecho al reconocimiento de la personalidad, la integridad personal, la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, prohibición de la esclavitud, derecho a la dignidad, autonomía, y vida privada contenidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los artículos 7 A y B de la Convención de Belém do Pará y en los artículos 1,6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como el deber de adoptar medidas en el ordenamiento interno. En ambas causas la Comisión no objetó aspecto alguno sobre su admisibilidad³. Por su parte, los dos Estados habían realizado sendos reconocimientos de responsabilidad parcial sobre los hechos acontecidos. En el caso de Venezuela, la Corte aprecia el reconocimiento y destaca el alto valor simbólico que tienen las disculpas pronunciadas por parte del Agente del Estado durante la audiencia pública en aras de que no se repitan hechos similares y como parte de la satisfacción pendiente por las necesidades de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos (paras. 27-36). En el caso de México, la Corte estimó positivamente la contribución de dicho reconocimiento al desarrollo del proceso y reparación de las víctimas. Sin embargo, recordó que el mismo no puede tener por consecuencia limitar, directa o indirectamente, el ejercicio de las facultades de la Corte de conocer el caso que le ha sido sometido por lo que manifiesta la persistencia de violaciones tanto en los hechos cuestionados como en las pretensiones de derecho y las reparaciones demandadas (para. 162).

³ CIDH, informe No. 158/11, Petición 512-08, Admisibilidad, Mariana Selvas Gómez y otras, México, 2 de noviembre de 2011; CIDH informe de Admisibilidad No. 154/10, Caso Linda Loaiza López Soto y familiares Vs. Venezuela, 1 de noviembre de 2010.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO

1. En relación con el uso de la violencia sexual como estrategia policial para desincentivar la protesta social.

En el caso concerniente a México, se parte de la idea de que los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento⁴. Sin embargo, sostiene que la intervención en Atenco fue ilegítima dado que no se consideraron los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad (para. 162). Además, la Corte estima la responsabilidad del Estado: en primer lugar, al haberse producido una mutación en la motivación inicial de los policías seleccionados para el operativo que actuaron sometidos a unas condiciones físicas y emocionales condicionadas por el cautiverio de sus compañeros (para. 165).

En segundo lugar, sostiene la responsabilidad internacional de México por la omisión de las autoridades de prevenir las violaciones al no haber establecido una regulación adecuada para el uso de la fuerza, no haberlos formado adecuadamente en el respeto por los derechos de los civiles con los que entran en contacto. Deriva igualmente responsabilidad del Estado por haber diseñado el operativo del día de autos con la participación de agentes carentes de objetividad, por no haber dado instrucciones inequívocas de respetar los derechos humanos.

Finalmente, por la inoperancia de los sistemas de control y verificación al no actuado para detener los abusos cometidos. En tercer lugar, por la forma en que los agentes practicaron la violencia sexual como táctica de control, dominio e imposición de poder mediante la humillación con el objetivo claro de atemorizarlas e inhibirlas de volver a participar en la vida política o en revueltas contra las decisiones gubernamentales. También respecto de sus compañeros, al exhibir públicamente las consecuencias para las mujeres de su participación en las protestas como estrategia complementaria para desincentivar futuras reacciones frente a decisiones de la autoridad (para. 209).

2. En relación con la atribución de responsabilidad al Estado de las conductas delictivas realizadas por un particular.

La sentencia López Soto ha servido a la CIADH para ensayar su propia jurisprudencia en torno a la imposibilidad de establecer una responsabilidad ilimitada del Estado por los actos cometidos por particulares⁵. La Corte sostiene la responsabilidad de Venezuela por los actos cometidos por Luis Antonio Carrera Almoina y sus cómplices -incluida la

⁴ La CIADH se ha pronunciado al respecto del carácter no ilimitado de tal derecho y de la necesidad de moderar el empleo de la fuerza para la consecución de sus objetivos con independencia de la gravedad de ciertas acciones (Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 154, y Caso *Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, para. 264).

⁵ Véase CIADH *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

esclavitud sexual (paras. 172-182) - dada la reacción insuficiente y negligente de los funcionarios públicos que, conocedores del riesgo, no adoptaron las medidas que razonablemente eran de esperarse llegando incluso, en su falta de diligencia, a causar alerta en el agresor.

En el mismo sentido, la CIDH explica la responsabilidad del Estado por la omisión en la adopción de medidas de protección de las mujeres -pese a las advertencias desde instancias internacionales- y el mantenimiento de un ordenamiento jurídico interno que operaba desde un enfoque erróneo⁶. Dicha inacción generó un contexto de riesgo de violencia contra las mujeres que propició la acción del agresor sobre Linda López Soto.

3. Por la aplicación de estereotipos en los procesos investigación y durante el enjuiciamiento de los responsables.

Particular interés reviste la cuestión relativa a la responsabilidad internacional del Estado por la discriminación por razones de género y la aplicación de estereotipos contra las mujeres. En este sentido, ambos asuntos incluyen aspectos comunes que merece la pena resaltar.

En ambas causas, la reacción inicial de las autoridades consiste en poner en duda la credibilidad de las mujeres a partir de prejuicios y estereotipos asociados a la mujer. Así, en el caso de las mujeres de Atenco, se les estigmatiza abiertamente al referirse a ellas como “mujeres guerrilleras” cuando todavía no se había iniciado la investigación mientras que, en el asunto López Soto, dicha actuación se verifica en la falta de reacción vecinal y de los funcionarios alertados al aceptar sin cuestionamiento alguno que los gritos de Linda López Soto -mientras era torturada- eran resultado normal de las “discusiones propias de pareja”. La concurrencia de dicho posicionamiento apriorístico anula la objetividad e imposibilita un adecuado tratamiento de la víctima.

Las pruebas practicadas evidencian que, en ambos casos, la investigación se desarrolló partiendo de estereotipos y prejuicios contra la mujer lo que impide su desarrollo con la debida diligencia. En el caso de Atenco, la evaluación médica realizada tras la detención y traslado de las víctimas parte de postulados abiertamente machistas que afirman la posibilidad de la agresión partiendo de la edad o el aspecto físico de las mujeres lo que supuso la inaplicación del Protocolo de Estambul. Ahondando más en la idea, la Corte denota que, al ser llevadas a declarar frente al Ministerio Público, varias de las mujeres intentaron denunciar los hechos. Sin embargo, las autoridades no solo no les permitieron exponer con libertad lo que consideraran relevante, sino que se negaron a documentar los hechos narrados por las mujeres respecto a la tortura y violencia sexual sufrida alegando que no se encontraban allí para denunciar sino para declarar al respecto de los delitos de los cuales se las acusaba, o que tendrían que interponer la denuncia al salir del penal e, incluso, se les ordenó expresamente no declarar.

⁶ La regulación vigente en el momento de los hechos permitía la paralización de la acción judicial si el acusado contraía matrimonio o se hacía cargo de la mujer agredida si ésta practicaba la prostitución.

En la causa instada contra Venezuela, la sentencia reconoce que la hermana de Linda López Soto acudió en diversas ocasiones a la policía para denunciar la desaparición de su hermana negándose éstos a recibir la denuncia bajo el pretexto de que no serían tramitadas pues seguramente se trataría de asuntos de pareja. Lo que evidencia que operaron estereotipos de género negativos bajo los cuales se entiende que las cuestiones de pareja deben quedar exentas de la intervención estatal.

En ambos casos se verifica la existencia de estereotipos contra la mujer durante el proceso judicial. Así, en el caso López Soto, la víctima fue referida en diversas ocasiones por los funcionarios como “la pareja del agresor” con el objetivo de minimizar la situación (para 209). Igualmente, la persistencia en Venezuela de un marco normativo que reducía la pena al agresor cuando la víctima ejercía la prostitución, llevó a que la defensa desarrollase una estrategia basada en demostrar dicha circunstancia con el resultado de exponer públicamente y cuestionar la vida íntima de la víctima previa a la agresión y su modo de vivir la sexualidad. La Corte sostiene sin ambages que dicho proceder constituye una forma de revictimización. Similar conclusión se desprende del asunto sobre las mujeres de Atenco cuando observa que se afirmó que las mujeres eran “muy dignas para dejarse revisar”, lo cual resulta particularmente vejatorio teniendo en cuenta que a la mayoría de las mujeres víctimas se les negó la revisión ginecológica, pese a que algunas lo solicitaron expresamente, llegando incluso a tener que recurrir a una huelga de hambre. Igualmente, rechaza la realización de un “dictamen socio familiar y económico de las denunciadas, rol de vida de la víctima, costumbres y usos”, en contra de la voluntad de las once víctimas. La CIDH afirma que esa desacreditación de la víctima por parte de altos funcionarios durante el proceso no solo revictimiza a la mujer, sino que crea un clima de impunidad que cuestiona el cuidado y diligencia con que los funcionarios judiciales deben encarar el proceso.

IV. CONCLUSIONES.

Ambas sentencias merecen una valoración global positiva pues, en la causa contra México, reconoce la cosificación de la mujer por parte del Estado cuando es sometida a la violencia sexual como parte de la táctica para acallar la protesta social frente a decisiones gubernamentales; en el asunto López Soto, reafirma su doctrina al responsabilizar a Venezuela por los actos cometidos por el agresor y sus cómplices sobre la base de la reacción insuficiente tras el conocimiento del riesgo y la falta de adopción de una regulación interna acorde a las Convenciones. Asimismo, ambas evidencian las deficiencias provocadas por la aplicación de estereotipos y prejuicios contra la mujer por parte de funcionarios involucrados en la fase de investigación y enjuiciamiento de los responsables.

¿CABEN DISTINTAS APROXIMACIONES A LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR UN TRATO JUSTO Y EQUITATIVO? (FORESIGHT Y RREEF c. ESPAÑA)

Francisco Pascual-Vives*
Laura Aragonés Molina**

I. HECHOS

En noviembre de 2018 se publicaron dos nuevos laudos¹ en la saga de arbitrajes sobre las energías renovables iniciada contra el Reino de España (España), de la que venimos dando cuenta en esta crónica², así como en la “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras: práctica española”, que se publica en *Transnational Dispute Management*.

Los órganos arbitrales en *Foresight*³ y *RREEF*⁴ concluyeron la incompatibilidad de algunas medidas legales adoptadas por España durante el periodo 2007-2014 con el Tratado sobre la Carta de la Energía⁵ (TCE). Estas medidas afectaron al sector de la energía solar fotovoltaica (*Foresight*), así como de la energía eólica y termosolar concentrada (*RREEF*).

Ambos laudos, favorables a los inversores extranjeros, confirman la tendencia iniciada en *Eiser*. En efecto, ya son seis los laudos de esta saga que han declarado la responsabilidad internacional de España e impuesto una indemnización como medida de reparación del hecho internacionalmente ilícito⁶. El objeto de esta contribución es examinar hasta qué punto esta inercia favorable a los inversores extranjeros resulta, desde una perspectiva jurídica, coherente.

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

** Profesora Visitante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alcalá (laura.aragones@uah.es). Este trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades de investigación desarrolladas como miembros del proyecto “La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho internacional” (Ref. DER2015-63498-C2-1-P MINECO/FEDER).

¹ *Foresight Luxembourg Solar I S.à r.l. y otros c. España* (caso CCE nº V2015/150, Laudo de 14-11-2018) (*Foresight*); y *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. España* (caso CIADI nº ARB/13/30, Laudo de 30-11-2018) (*RREEF*).

² “Crónica de Derecho internacional público”: ver *REEI*, nº 35 (2018), pp. 19-28 (*Eiser*); y *REEI*, nº 36 (2018), pp. 25-29 (*Novenergía, Masdar y Antin*).

³ Administrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE). Formado por M. Moser (austriaco) como presidente, y por los árbitros K.M. Sachs (alemán) y R.E. Vinuesa (argentino).

⁴ Administrado por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Formado por A. Pellet (francés) como presidente, y por los árbitros P. Nikken (venezolano) y R. Volterra (canadiense).

⁵ *BOE*, de 17-5-1995.

⁶ Todos estos laudos imponen a España una indemnización de 408 millones de euros, además de los gastos generados por los intereses devengados, las costas procesales y los honorarios de abogados.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS EN MATERIA DE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

En este comentario solo se estudian las excepciones a la jurisdicción y admisibilidad planteadas por España en *Foresight*. Con relación a *RREEF*, el procedimiento arbitral se bifurcó y la mayoría de estas excepciones se resolvieron mediante una decisión sobre jurisdicción dictada en 2016, que ya fue analizada⁷ en nuestra crónica de 2017.

No obstante, en *RREEF* se ligó a la fase del fondo la consideración de si las medidas impositivas establecidas mediante la Ley 15/2012⁸ podían ser sometidas a la jurisdicción del órgano arbitral. Siguiendo la línea marcada en otros casos de la saga de arbitrajes sobre las energías renovables, conforme a la exclusión prevista en el artículo 21.1 del TCE, el órgano arbitral concluyó que no podía pronunciarse sobre las mismas (para. 188). Al mismo tiempo, advirtió que “*the levy is a cost impacting the return to the Claimants, in relation to their investments, and so it must be taken into consideration for the global assessment of the reasonable return to which the Claimants are entitled*” (para. 191).

Por su parte, en *Foresight* el órgano arbitral también aceptó las excepciones a la jurisdicción planteadas por España y referidas a las reclamaciones derivadas de las medidas impositivas establecidas por la Ley 15/2012, considerando que tenían una naturaleza tributaria (párr. 256) y, además, que no fueron introducidas con mala fe (para. 259). Pero el núcleo duro de las excepciones propuestas, que radica tanto en la aplicabilidad del TCE al litigio como en la interacción entre el TCE y el Derecho de la Unión Europea (UE), fue rechazado.

En primer lugar, el órgano arbitral afirmó que el TCE resulta aplicable a las controversias iniciadas por los inversores de un Estado miembro de la UE contra otro Estado miembro. Esta conclusión se alcanzó mediante una interpretación textual del artículo 26.1 del TCE, que no excluye a estas controversias de la oferta de consentimiento allí realizada por los Estados (paras. 205-212). Y, en segundo lugar, el órgano arbitral descartó que la discusión acerca de la primacía del Derecho de la UE sobre el TCE pudiera tener relevancia en esta fase de jurisdicción, siguiendo la aproximación mantenida en otros arbitrajes de inversión “intra-UE” (para. 219).

III. PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO

En cuanto al fondo, en *Foresight* se examinó la conducta de España a la luz de los artículos 10 (trato justo y equitativo) y 13 (expropiación) del TCE, mientras que en *RREEF* la discusión se centró únicamente en el alcance del primer precepto. Como en los anteriores casos de la saga de arbitrajes sobre las energías renovables que venimos comentando en esta crónica, el incumplimiento de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo es la causa que finalmente fundamentó la responsabilidad internacional del Estado. La reclamación por expropiación en *Foresight* fue descartada, en tanto que

⁷ “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras (enero-diciembre 2016)”, *REEI*, nº 33 (2017), pp. 18-22 y 99-100.

⁸ Ley 15/2012, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (*BOE*, de 28-12-2012).

las medidas controvertidas “*did not substantially deprive the Claimants’ of the value, use or enjoyment of their investment*” (para. 431).

Por lo que se refiere a la interpretación del artículo 10.1 del TCE, los dos órganos arbitrales coincidieron en que las legítimas expectativas creadas por España formaban parte de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo. Estas expectativas podían ser vulneradas siempre que los cambios normativos introducidos por el Estado huésped fueran de tal grado que modificaran los derechos de los inversores extranjeros de manera “fundamental y abrupta” (*Foresight*, paras. 377-379) o “drástica y radical” (*RREEF*, para. 379).

Sin embargo, el método empleado por ambos órganos arbitrales para analizar el contenido jurídico de las legítimas expectativas y extraer las correspondientes consecuencias en sede de responsabilidad internacional del Estado difiere de manera notable.

En *Foresight*, donde se sigue muy de cerca la línea trazada por *Novenergia*⁹, la mayoría del órgano arbitral entendió que las medidas adoptadas por España a partir de julio de 2013 no solo modificaron el régimen jurídico anterior, sino que fueron más allá de lo que un inversor diligente hubiera podido prever e introdujeron “*a fundamental change to the legal and regulatory framework that crossed the line from a non-compensable regulatory measure to a compensable breach of the FET standard in the ECT*” (para. 397). Un cambio de esta naturaleza, a juicio del órgano arbitral, sería suficiente para desencadenar la responsabilidad internacional del Estado. Importa señalar que, entre las razones expuestas por el órgano arbitral (paras. 391-396), figuraba la reducción de la rentabilidad razonable esperada por los inversores extranjeros (para. 392).

En *RREEF*, por el contrario, el órgano arbitral señaló que “la única expectativa legítima [de las demandantes] era percibir una rentabilidad razonable por su inversión” (para. 386), siendo necesario entonces evaluar los daños experimentados por los inversores extranjeros para determinar si existía una “vulneración de los principios de proporcionalidad y razonabilidad” (para. 472). En otras palabras, la responsabilidad internacional del Estado iría ligada a la constatación de una rentabilidad que se encontrara “por debajo del umbral de un retorno razonable” (para. 523).

Las diversas inversiones acometidas por las demandantes en los sectores de la energía eólica y termosolar concentrada en *RREEF*, motivaron un análisis diferenciado de la rentabilidad obtenida en cada uno de ellos, concluyendo el órgano arbitral que no existía vulneración de las legítimas expectativas en el caso del primero (para. 569), pero sí en el segundo (para. 589).

Además, el órgano arbitral entendió vulnerada la obligación de proporcionar un marco jurídico estable contenida en el artículo 10.1 del TCE, a causa del carácter retroactivo de las medidas controvertidas. En este caso, el hecho ilícito comprendía las inversiones efectuadas en ambos sectores: energía eólica y termosolar concentrada (paras. 328-330).

⁹ Ambos litigios se refieren al sector fotovoltaico y fueron administrados por órganos arbitrales en la CCE.

La retroactividad de las medidas sirvió para calcular si el retorno de la inversión había sido razonable, en el marco de las legítimas expectativas ofrecidas a los inversores extranjeros en el sector de la energía termosolar concentrada. Es por esto que el órgano arbitral entendió que no existían “motivos para conceder[les] una indemnización específica para la retroactividad impuesta por el Demandado, ya que viola su obligación de asegurar[les] un retorno razonable (...). De lo contrario: esto resultaría en una doble indemnización por concepto de los mismos daños y perjuicios” (para. 590). No obstante, este expediente resultó fundamental para imponer una indemnización respecto a las inversiones efectuadas en el sector de la energía eólica, sobre las que no se constató una vulneración de las legítimas expectativas, al haberse probado que los inversores siguieron obteniendo un retorno razonable.

Entre *Foresight* y *RREEF* existen diferencias sustanciales no solo en lo que atañe a la interpretación del mandato de conceder un trato justo y equitativo contenido en el artículo 10.1 del TCE, sino al menos en otros tres aspectos.

Primero, mientras que –aunque por mayoría– en *Foresight* el cálculo de la indemnización se realizó utilizando el método del valor presente de los flujos de caja futuros perdidos como consecuencia de las medidas controvertidas (para. 474), en *RREEF* el órgano arbitral solicitó a las partes que, con la asistencia de sus propios peritos, alcanzaran un acuerdo “sobre el impacto de la aplicación retroactiva ilícita del nuevo régimen con respecto a las plantas eólicas que pertenecen a los Demandantes, así como al efectivo rendimiento de las inversiones de los Demandantes” (para. 596). En ausencia de un acuerdo mutuo, se reservó el derecho a designar a su propio perito para determinar el alcance de la indemnización.

Segundo, en *RREEF* se aprecia una aproximación más amplia hacia el poder regulatorio del Estado a la hora de definir su responsabilidad internacional y cuantificar la correspondiente indemnización. Esta conclusión se alcanza al constatar cómo el órgano arbitral, a pesar del silencio del TCE, se pronunció a favor de la existencia en el Derecho internacional público de un margen de apreciación¹⁰ cuando los Estados ejercen su poder regulatorio (paras. 241-244 y 262).

Y, tercero, ambos laudos contienen opiniones disidentes. En *Foresight*, el árbitro R.E. Vinuesa (designado por España) mostró su disconformidad tanto con la conclusión de no considerar una decisión de la Comisión Europea como parte del derecho aplicable al arbitraje de inversión, como con la ponderación efectuada por la mayoría de la debida diligencia de los inversores extranjeros. En *RREEF*, el árbitro R. Volterra (designado por las demandantes) hizo constar que, a su juicio, se habrían producido más violaciones del TCE y que el método empleado por la mayoría para calcular la indemnización no fue el más adecuado.

¹⁰ Sobre este expediente: ver PASCUAL-VIVES, F., *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2019, pp. 148-181.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A pesar de que ambos laudos declaran la responsabilidad internacional del Estado y confirman una tendencia favorable a los inversores extranjeros en la saga de arbitrajes sobre las energías renovables iniciada contra España, la diferente aproximación que mantienen hacia la obligación de respetar las legítimas expectativas de los inversores evidencia las dificultades técnicas planteadas por la interpretación del mandato de proporcionar un trato justo y equitativo contenido en el TCE.

Las circunstancias fácticas de cada caso y el tipo de sector energético (termosolar, eólico y/o fotovoltaico) al que se circunscriba cada controversia de esta saga, entre otros factores, pueden ser elementos que singularicen la interpretación de esta obligación en futuros arbitrajes de inversión.

DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A LA REPARACIÓN Y A CONOCER LA VERDAD EN LA STC 85/2018

María García Casas*

I. HECHOS

El 19 de julio de 2018, el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley de la Comunidad Foral de Navarra 16/2015, de 10 de abril, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos.

El objetivo de esta ley era el reconocimiento y la reparación a quienes hubieran sido víctimas, por motivos políticos, de la acción violenta de grupos de extrema derecha o de funcionarios públicos. Para el examen y la eventual declaración de la condición de víctima, la ley creaba la Comisión de Reconocimiento y Reparación, que estaría encargada de fijar e investigar los hechos en los que se fundamenten las solicitudes de reconocimiento de la condición de víctima y, en caso de que no existiera una sentencia aclaratoria sobre la autoría de esos hechos, también llevaría a cabo una interpretación que esclareciera este extremo. Esta Comisión es precisamente el motivo del recurso de inconstitucionalidad. La alegación principal del recurso es que la ley atribuye a dicha Comisión funciones que son propias de la jurisdicción penal, invadiendo la reserva de la función jurisdiccional a los jueces y tribunales, prevista en el artículo 117 de la Constitución. La investigación y fijación de hechos con carácter delictivo es propia de la función jurisdiccional y la ley foral debería limitarse a disponer la obligación de dicha Comisión de denunciar los hechos considerados delictivos ante la autoridad judicial, sin investigarlos ni intentar fijarlos. Además, las actividades de investigación y fijación de la autoría de los hechos podrían vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o al honor, cuando el delito hubiera prescrito.

La Comunidad Foral de Navarra, por su parte, alegó que la ley foral pretendía defender los derechos fundamentales de las víctimas, concretamente su derecho a la reparación y para ello, están facultados todos los poderes públicos, por lo que la ausencia de un título competencial específico no puede privar a la ley de legitimidad constitucional. Además, indicó que la cobertura legal del derecho de las víctimas a la reparación se encuentra en varios tratados internacionales – como la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes– y resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas¹ y, en estos instrumentos, el derecho de las víctimas de

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

¹ Principalmente, se refiere a la Resolución 40/34, que contiene la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder y a la resolución 60/147, que adopta los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de

violaciones graves de derechos humanos a la reparación se excede de lo estrictamente asistencial y abarca el derecho al esclarecimiento de los hechos. Por último, rechazó que la Comisión estuviera diseñada para ejercer funciones jurisdiccionales porque la ley no le atribuye la potestad de fijar hechos delictivos sino la fijación e investigación de los hechos solo con el fin de que se determine a los beneficiarios de los derechos, “quedando totalmente imprejuizada la posible repercusión penal o de cualquier otro tipo”².

II. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

El Tribunal falla estimando parcialmente el recurso de inconstitucionalidad y declarando inconstitucionales algunos de los preceptos impugnados. El motivo de inconstitucionalidad reside en la invasión de la función jurisdiccional por parte de la ley foral. Para el Tribunal, resulta claro que la labor encomendada a la Comisión es investigar y verificar hechos que podrían ser delitos y, una vez determinados, elevar las propuestas de reconocimiento o denegación de las solicitudes de condición de víctima. La sentencia no cuestiona la validez de las medidas de reconocimiento y reparación de las víctimas, ni tampoco la actuación administrativa tendente a determinar el nexo causal entre determinados hechos con resultado dañoso, que es necesaria para articular los mecanismos de reparación en favor de los perjudicados. Por el contrario, determina que el problema reside en que el legislador foral ha articulado un cauce para el reconocimiento de víctimas solo a partir de un procedimiento “autónomo y acabado en sí mismo, para la investigación y esclarecimiento de hechos que son ilícitos penales” (FJ 6). Considera que la Comisión se diseñó para investigar hechos calificados como delitos, lo que supera los límites constitucionales. Habiendo llegado a esta conclusión, el Tribunal entiende innecesario considerar las eventuales vulneraciones de derechos fundamentales que pudieran producirse como consecuencia del desarrollo de las actividades de la Comisión.

A la sentencia le acompañan cuatro votos particulares³ que cuestionan el contenido – y algunos también la propia existencia– de la reserva de la función jurisdiccional. Señalan que, en nuestro ordenamiento, hay muchos mecanismos de investigación de hechos potencialmente delictivos, sin fines penales y que son constitucionales⁴. Asimismo, ponen de manifiesto que la opinión mayoritaria está desatendiendo el marco internacional en el que se inserta esta Comisión y que señaló la defensa de la Comunidad Foral de Navarra. Para estos magistrados, la consideración absoluta de la reserva jurisdiccional – que impide la investigación de hechos potencialmente delictivos, incluso cuando éstos se encuentran prescritos o amnistiados– contraviene obligaciones del Estado presentes en el Derecho internacional, como la obligación de reparar a las víctimas, que constituye el verdadero fin de la ley foral.

las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

² Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2018, de 19 de julio, Boletín Oficial del Estado de 17 de agosto de 2018, pág. 83017.

³ Formulados por los Magistrados don Juan Antonio Xiol Rios, don Antonio Narváez Rodríguez, don Cándido Conde-Pumpido, doña María Luisa Balaguer Callejón y don Fernando Valdés Dal Ré.

⁴ Entre ellos destacan las comisiones parlamentarias de investigación.

En mi opinión, conviene advertir que, si bien es cierto que la sentencia no incluye ninguna referencia a la normativa internacional sobre la que, a juicio de la Comunidad Foral de Navarra y los votos particulares, se apoya la ley, no resulta convincente que esa regulación internacional justifique la configuración de la Comisión en cuestión. En primer lugar, porque los instrumentos internacionales referidos no indican que la identificación de los autores de los hechos sea un requisito necesario para la reparación de las víctimas. En este punto, resulta especialmente interesante acudir al concepto de víctima que emplea la resolución 60/147, de la Asamblea General de Naciones Unidas, en su principio número 9: “una persona será considerada víctima con independencia de si el autor de la violación ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima”. En todo caso, la resolución también limitaría la potencial actuación de la Comisión cuando establece que ninguno de los principios que contiene podrá menoscabar el derecho de las personas acusadas a beneficiarse de los estándares aplicables del debido proceso (principio 27).

La consideración de víctima, por tanto, debería desligarse de la identificación de los autores, pues el elemento decisivo para determinar la condición de víctima no es otro que el daño sufrido “como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario” (principio 8). En esto debería centrarse la tarea de la Comisión si su fin fuera, únicamente, la concesión de reconocimiento y reparación a las víctimas y aquí reside el problema que, tanto en la argumentación de la Comunidad Foral de Navarra como en la motivación del fallo, se pasa por alto. De la lectura de la ley foral no se desprende que la Comisión de Reconocimiento y Reparación tuviera como único objetivo la declaración de víctimas a efectos de su reparación, y que el esclarecimiento de los hechos y de sus autores fuera solo un medio para determinar la condición de víctima, sino que se constituía con las funciones habituales de una comisión de la verdad. El artículo 6 de la ley foral dispone que, al finalizar su mandato, la Comisión elaborará unos informes sobre su actuación que contendrán una cuantificación del número de atentados, agresiones, torturas o cualquier otra vulneración de los derechos humanos, producidas en Navarra o sufridos por personas domiciliadas en Navarra, y una memoria de conclusiones y recomendaciones. Así, la labor de la Comisión consiste también en la indagación de lo ocurrido y la publicación de los resultados de su investigación.

Para hacer efectivo el derecho a la verdad sí es relevante el esclarecimiento de los hechos ocurridos y la identificación de los responsables de las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, este derecho no está reconocido, como tal, en ninguno de los tratados internacionales de derechos humanos – más allá de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que lo configura como el derecho a conocer el paradero de los desaparecidos. Es un derecho que se ha configurado a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, junto con los trabajos de las organizaciones internacionales. En cualquier caso, las obligaciones que para el Estado se derivarían de este derecho “en construcción” no están claras. Las resoluciones de las organizaciones internacionales coinciden en derivar de él el deber de preservar los archivos y las pruebas que puedan satisfacer la pretensión de los interesados en conocer la verdad acerca de lo ocurrido, no necesariamente de

establecer comisiones de la verdad. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la existencia de este derecho⁵, pero no como un derecho autónomo, ni siquiera como uno vinculado al derecho a obtener un recurso efectivo, sino como parte de la vertiente procesal de otros, como el derecho a la vida o a no sufrir torturas. Lo ha considerado como una manifestación del cumplimiento de la obligación estatal de llevar a cabo una investigación efectiva acerca de la violación de esos derechos. Por lo tanto, no está obligando a las administraciones a crear mecanismos cuyo fin sea determinar los hechos ocurridos y ponerlos en conocimiento de los interesados. Además, el TEDH también ha señalado en varias ocasiones⁶ que el ámbito de aplicación de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo no puede retrotraerse ilimitadamente, por lo que es seguro que muchos de los hechos a que se refiere la ley foral se considerarían previos al momento de aplicación del Convenio⁷.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Los argumentos que defienden la constitucionalidad de la ley foral alegan la cobertura de un marco normativo internacional, pero no analizan la aplicabilidad directa de esas disposiciones, su contenido concreto, ni su alcance temporal. Por su parte, el Tribunal opta por obviar esas referencias al ordenamiento internacional y limitarse, prudentemente, a analizar el conflicto competencial planteado en el recurso. Aunque esta decisión es comprensible, habría sido de gran interés que se hubiera detenido a considerar cómo el ordenamiento internacional no sirve de fundamento a las atribuciones jurisdiccionales de la Comisión creada por la ley foral, lo que habría añadido firmeza al fallo.

⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *El-Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Sentencia de 13 de diciembre de 2012.

⁶ Principalmente en el asunto *Šilih c. Eslovenia*, de 9 de abril de 2009, y en el asunto *Janowiec y otros c. Rusia*, de 21 de octubre de 2013.

⁷ Según su artículo 2, la ley se dirige a reparar el daño ocasionado, en el contexto de violencia de motivación política, desde el 1 de enero de 1950.

CONCESIÓN DE RESIDENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS: UNA RESPUESTA POSITIVA A LA EVOLUCIÓN EN LAS NECESIDADES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN VENEZUELA (SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA NACIONAL, DE 26 DE JUNIO DE 2018)

Javier Laso Pérez*

I. HECHOS

Las Sentencias dictadas por Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 2ª, el 26 de junio de 2018¹, todas ellas con una similar argumentación jurídica, supusieron un cambio en los criterios jurídicos aplicados por este Tribunal a los solicitantes venezolanos de protección internacional.

En las decisiones adoptadas previamente por esta Sala, cuando rechazaba las alegaciones relativas a la concesión de asilo y de protección subsidiaria, se desestimaba por completo el recurso. En los asuntos objeto del presente comentario, el Tribunal cambio su criterio, y estimó parcialmente sus alegaciones contra las Resoluciones del Subsecretario del Interior por las que se les denegaba el derecho de asilo y la protección internacional subsidiaria, otorgando a los demandantes el estatuto de residencia temporal por motivos humanitarios. Cambio que estuvo motivado de forma directa, como puede apreciarse en el desarrollo del procedimiento, en la recomendación del ACNUR, emitida en una Nota de 18 de marzo de 2018, en la que se instaba a otorgar alguna forma de protección internacional a los nacionales venezolanos que evitara su devolución².

La actualización por parte del ACNUR de la Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos (mayo de 2019), que sustituye y reemplaza a la que se emitió en marzo de 2018, permite plantearse si no sería necesario ir más allá –en casos concretos- en la respuesta a las peticiones de protección internacional. En este Informe se apunta a un deterioro de la situación en Venezuela y se afirma rotundamente que las necesidades de protección internacional tienen ahora un alcance general³.

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

¹ Sentencias de la Audiencia Nacional, de 26 de junio de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Rec. 628/2017, 456/2017, 457/207, 328/2017 y 417/207.

² Por Auto de doce de abril, -cuando se había señalado para el fallo esta misma fecha-, “al haber tenido la Sala conocimiento de que el 18 de marzo de 2018, ACNUR había elaborado la denominada “Nota de Orientación sobre el flujo de Venezolanos” (...), el Tribunal solicitó en varios de estos Recursos, como Diligencia final al ACNUR información sobre la situación en Venezuela y su posición actual” (Rec. 456/207, Antecedentes de Hecho, Núm. 3). En su respuesta, confirmó que recomendaba, desde mayo de 2017, la no devolución. En aquella Nota, ACNUR argumentaba que, a pesar de la diversidad de las circunstancias individuales, las consideraciones de protección “se han hecho evidentes para una proporción significativa de venezolanos” e instaba a otorgar alguna forma de protección, ACNUR, *Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos*, Marzo de 2018, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5aa076f74.html>

³ ACNUR, *Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización I*, 21 Mayo 2019, disponible en esta dirección:

II. PROBLEMAS JURÍDICOS Y EVOLUCIÓN POSTERIOR.

La Sala responde, en primer lugar, a las alegaciones relativas al reconocimiento de la condición de refugiado y, a continuación, a la protección por motivos subsidiarios. La autorización de residencia por motivos humanitarios sólo se aplica de forma complementaria, cuando no se encuentran argumentos para aceptar las alegaciones relativas a la concesión de asilo o protección subsidiaria. A su vez, como indica su propia denominación, la protección subsidiaria sólo se examina cuando no se aceptan las alegaciones relativas a la concesión del estatuto de refugiado. Así, para la AN hay tres niveles de protección que engloba en un mismo concepto amplio.

Al margen de que la contribución más notable de estos asuntos se refiere a la respuesta que dan a la protección por motivos humanitarios, resulta también interesante referirse, a continuación, a las diversas formas de protección internacional.

1. El derecho de asilo

La respuesta a las solicitudes de otorgar el derecho de asilo formuladas responde a los criterios asentados en su jurisprudencia, y se rechazan bien porque no se ha probado, aunque sea de forma indiciaria, la existencia de una persecución en su país de origen, bien porque no se produce por los motivos previstos en la Convención de Ginebra.

El retraso en la tramitación administrativa de las solicitudes de protección internacional ha llevado, por su parte, al Defensor del Pueblo a proponer la aplicación de la protección temporal, una respuesta que no podría sustituir en ningún caso la obligación de examen individualizado⁴.

Con objeto de facilitar la tramitación, sería también –útil valorar la posibilidad de identificar aquellos colectivos que podrían verse enfrentados a la persecución por los motivos previstos en la Convención de Ginebra.

2. La protección subsidiaria

A diferencia del Derecho de asilo, donde la Convención de Ginebra tiene una posición central, la concesión de protección subsidiaria se encuentra regulada por el legislador de la UE de forma discrecional. En su argumentación jurídica, la AN concluye, apoyándose en la cita de decisiones del TJUE y propuestas de la Comisión, que la protección subsidiaria no se aplicaría a las personas que huyen de un Estado por razones vinculadas con violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos.

La AN examina con bastante detalle, en particular, la posibilidad de otorgar protección

<https://www.refworld.org/es/docid/5ce2d44c4.html>

⁴ El Defensor de Pueblo recomendó al Gobierno la adopción de una declaración general de protección temporal, en aplicación del Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas. En su argumentación destacaba el colapso en el que se encuentra la tramitación de estas solicitudes.

subsidiaria en aquellos supuestos en los que se pueda constatar una situación de “violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno”, en aplicación del Art. 4 y el Art. 10.c) de la Ley 12/2009⁵. En este contexto, las decisiones de la AN se remiten de forma detenida a la fundamentación jurídica que desarrolló el TJUE en el asunto *Diakité*, considerando necesario determinar si el grado de violencia en el país de origen ha llegado al extremo de poner en peligro real al solicitante debido a la existencia de amenazas graves a su vida o integridad física. Finalmente, la Sala rechaza la posibilidad de conceder protección subsidiaria, a partir de las informaciones de las que dispone, argumentando que no existe un nivel generalizado de violencia suficiente para aplicar esta protección.

Con todo, podría plantearse si esta respuesta es siempre adecuada. La interpretación por parte del TJUE de la Directiva sobre reconocimiento en el asunto *Elgafari* permite que, cuando con carácter general no se alcanza un umbral general elevado de violencia (en realidad, cuando cualquier persona estaría en peligro), puedan tenerse en cuenta las circunstancias individuales⁶.

La Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos (ACNUR, mayo de 2019), se refiere (algo que estaba ausente en la anterior) específicamente a la posibilidad de aplicar la protección subsidiaria en el ámbito de la UE a la protección a los venezolanos, al margen del estatuto de refugiado u otros instrumentos. Esta posibilidad requiere una valoración compleja, que deben realizar las autoridades administrativas y, en su caso, los órganos jurisdiccionales internos.

3. Las decisiones de la Sala en el contexto de la normativa interna en el ámbito de la protección por razones humanitarias

Como se ha señalado, la novedad de estos asuntos fue la argumentación relativa a la posibilidad de conceder, en razón de las circunstancias excepcionales previstas en la Ley de Asilo, el examen de los requisitos para otorgar la residencia temporal por razones humanitarias.

La protección por razones humanitarias no se ha armonizado en el ámbito de la UE y, en consecuencia, permanece regulada en función de las diversas y variables normas interna⁷.

⁵ Según puso de relieve el TJUE en la Sentencia de 30 de enero de 2014, *Diakité*, as. C-285/12, en el ámbito de la protección subsidiaria, el concepto de conflicto interno o internacional tiene un alcance autónomo, con respecto del Derecho Internacional Humanitario; en concreto, se flexibilizan las exigencias relativas al nivel de organización de las partes en conflicto, duración del conflicto o la envergadura de los enfrentamientos.

⁶ TJUE, 17 de febrero de 2009, *Elgafari*, as. C-465/07. Véase H. LAMBERT, “The next frontier: expanding protection in Europe for victims of armed conflict and indiscriminate violence”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 25, Núm.2, pp. 207-234.

⁷ La concurrencia de circunstancias excepcionales que pudieran justificar la autorización de permanencia en España del recurrente por razones humanitarias, que no se refieran a las relativas a la protección subsidiaria, se regula en los términos previstos en el artículos 37.b) y 46.3º de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. F. CHALTIEL plantea la necesidad de reducir estas diferencias en el marco del SECA, considerando que es una de las cuestiones pendientes para que constituya un verdadero sistema (F. CHALTIEL, “The Common European asylum system: Bric-

Además, su alcance no deriva de obligaciones internacionales, a salvo de la necesidad de respetar en el ámbito de las obligaciones de no devolución los límites impuestos por los derechos humanos⁸.

El Tribunal examina, en este contexto, la aplicación de la normativa española, con objeto de determinar si en el grave contexto de Venezuela podía apoyarse esta residencia en la violación de ciertos derechos humanos y la grave situación socio-económica. La Sala se apoyó para determinar esta situación en informes diversos, entre otros, del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y diversas ONGs, y en la situación en el país de origen, con objeto de valorar dentro de este contexto las circunstancias personales de los recurrentes, como eran que todos los miembros de la unidad familiar abandonaron sus trabajos, con una menor a su cargo que estaría en situación precaria (Rec. 456/57; Rec. 457/2017), o que los recurrentes eran opositores al régimen (Rec. 351/2017), valorando especialmente la vulnerabilidad de ciertos grupos, en particular, los menores. Por tanto, no resulta suficiente una referencia general a la situación de los derechos fundamentales, siendo necesario el examen de las situaciones particulares. que, incluso en este contexto general tan desfavorable, resultan fundamentales para la decisión de permitir la residencia por razones humanitarias.

4. La aplicación de estos criterios en la jurisprudencia posterior

La decisión adoptada por la Sala de la AN en estos asuntos se ha consolidado en la jurisprudencia posterior en un amplio número de decisiones. Así, ha aceptado estas razones cuando se trata de una persona que participa activamente en oposición al régimen, con un menor a su cargo (Rec. 938/2017)⁹, constatándose, con todo, la importancia de la evaluación individualizada de las circunstancias de los demandantes¹⁰.

Esta relevancia se aprecia claramente, de forma lógica, en aquellos asuntos en los cuales se ha denegado la petición de residencia por motivos humanitarios a nacionales venezolanos, debido a que en las circunstancias particulares del caso no existe riesgo real para el solicitante de protección¹¹.

à-brac or system”?, en V. CHETAIL; P. DE BRUYCKER, F. MAINAI (Eds.), *Reforming the Common European Asylum System: The new european refugee law*, Boston. Brill, 2016, p 36).

⁸ Sobre el desarrollo del sistema de protección en la Unión Europea, véase J. A. GONZÁLEZ VEGA, “Mitos y mistificaciones; la Unión Europea y la protección internacional (a propósito de la “crisis de los refugiados””, *RDCE*, núm. 56, 2017, pp. 27-75, p. 34 y ss,

⁹ SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, de 23 de noviembre de 2018, Rec. 938/2017.

¹⁰ Entre otras, véase la SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2º, Sentencia de 27 de septiembre de 2018, Rec. 351/2017.

¹¹ La Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso –Administrativo, Sección 3ª, de 28 de marzo de 2019, Rec. 239/2018, ha denegado la residencia por motivos humanitarios en el supuesto de una persona con una enfermedad psiquiátrica (esquizofrenia), debido a que se encontraba con la posibilidad de seguir con un tratamiento médico efectivo en el país de origen, ya que “pese a la situación agravada en Venezuela, en el particular del recurrente no puede afirmarse un riesgo real de trato inhumano o degradante por no existencia de ningún tratamiento adecuado en el país de origen”. En cierta manera, se aplican aquí criterios específicos, que se han clarificado también en la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la expulsión por motivos de enfermedad, en concreto, en la decisión del TJUE, 24 de abril de 2018, *MP*, as. C-353/16. Así mismo, se deniega esta residencia por motivos humanitarios, sin aludir a la jurisprudencia

Por otra parte, en un contexto en el que también se aprecia un deterioro alarmante del respeto a los derechos fundamentales y el acceso a bienes básicos, se ha aceptado la concesión de medidas cautelares, en las que se autoriza la permanencia en el territorio español mientras se sustancia el recurso. Estas medidas cautelares suspenden la ejecución de una decisión de expulsión –que sería, en principio, la consecuencia inmediata de una decisión de denegación de la solicitud de protección internacional-, debido a que se considera verosímil la posibilidad de una decisión final en la que se reconozca la residencia por motivos humanitarios¹².

Además, a través de una Resolución del Ministro de Interior, en la que se hace referencia en su motivación a las decisiones de la AN comentadas, se ha adoptado un procedimiento administrativo que permite a quienes hayan visto rechazada su solicitud de protección internacional a partir del 1 de enero de 2014, coincidiendo básicamente con el recrudecimiento de las revueltas estudiantiles en Venezuela, solicitar esta misma residencia temporal por razones humanitarias¹³.

III. CONCLUSIONES

La residencia temporal por motivos humanitarios vendría a ser el último recurso para garantizar protección en aquellos casos en los cuales exista una situación en el Estado de origen que esté en el origen del riesgo para los derechos fundamentales de los solicitantes. La protección por motivos humanitarios, viene determinada, en los asuntos que se han examinado, de forma muy relevante por el contexto del país de origen, a diferencia de otros casos en los cuales se tienen en cuenta situaciones fundamentalmente individuales.

En estas circunstancias, se podría llegar a afirmar que esta categoría de la protección por razones humanitarias se trata desde un punto de vista material de un instrumento de protección internacional (aunque regulado en el ámbito interno), al encontrarse el contexto y los riesgos derivados de la situación del país de origen en una posición determinante y central de la decisión.

comentada en esta nota, en un asunto que afectaba a una estudiante sin vínculos particulares en España (SAN, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 8ª, de 29 de marzo de 2019, Rec. 942/2017).

¹²Véase, por todos, AN, Auto 101/2019, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 2ª, 28 de marzo de 2019. Rec. 1247/2017.

¹³ La AN se apoya, a su vez, en este procedimiento “a mayor abundamiento” en sus decisiones, véase, SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de 29 de marzo de 2019, Rec. 423/2017, FJ4. Como es lógico, el procedimiento administrativo resulta más apropiado que el jurisdiccional para dar una respuesta rápida y evolutiva a esta situación. Véase, la presentación general de este procedimiento en <https://www.acnur.org/es-es/noticias/press/2019/3/5c81294f4/nota-informativa-sobre-solicitudes-de-asilo-de-venezolanos-denegadas-en.htm>.