

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**Por C. Quesada Alcalá, M^a del Carmen Muñoz
Rodríguez, M.E. Salamanca Aguado, E.
Jiménez Pineda, F. Pascual Vives y L.
Aragónés Molina y E. Vilariño Pintos**

Coordinada por Eva María Rubio Fernández*

SUMARIO:

LA LABOR DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOMETIDA A REVISIÓN: SENTENCIA DE APELACIÓN EN EL CASO JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO DE 8 DE JUNIO DE 2018.

POR C. QUESADA ALCALÁ pp. 2-10

SEXISMO Y EDADISMO EN LA JUSTICIA: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 25 DE JULIO DE 2017 EN EL CASO CARVALHO PINTO DE SOUSA MORAIS C. PORTUGAL

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

EL DERECHO A BUSCAR Y RECIBIR ASILO SEGÚN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-25/18 DE 30 DE MAYO DE 2018 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

POR M.E. SALAMANCA AGUADO pp. 15-18

DELIMITACIÓN MARÍTIMA EN EL MAR CARIBE Y EN EL OCÉANO PACÍFICO Y FRONTERA TERRESTRE EN LA PARTE NORTE DE ISLA PORTILLOS (SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 2 DE FEBRERO DE 2018, CASOS NÚMERO 157 Y 165, COSTA RICA C. NICARAGUA)

POR E. JIMÉNEZ PINEDA pp. 19-24

¿CAMBIO DE TENDENCIA EN LA SAGA DE ARBITRAJES SOBRE LAS ENERGÍAS RENOVABLES? (NOVENERGÍA, MASDAR Y ANTIN c. ESPAÑA)

POR F. PASCUAL VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA pp. 25-29

ANOTACIONES A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO, SECCIÓN 5, DE 9 DE JULIO DE 2018, N° DE RECURSO 715/2017, PONENTE JUAN CARLOS TRILLO ALONSO

POR E. VILARIÑO PINTOS pp. 30-33

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

LA LABOR DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOMETIDA A REVISIÓN: SENTENCIA DE APELACIÓN EN EL CASO JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO DE 8 DE JUNIO DE 2018

Carmen Quesada Alcalá*

I.- HECHOS: LA SENTENCIA DE CULPABILIDAD DE BEMBA

El 21 de marzo de 2016, la Sala de Primera Instancia III de la Corte Penal Internacional (CPI) declaró, por unanimidad, a Jean-Pierre Bemba Gombo¹ culpable de dos cargos de crímenes contra la humanidad (asesinato y violación) y tres de crímenes de guerra (asesinato, violación y pillaje)². Dichos crímenes fueron cometidos en la República Centroafricana entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003 por un contingente de las tropas del *Mouvement de Libération du Congo* (MLC)³. Para dicha Sala III, Bemba era la persona que efectivamente actuó como comandante militar con la autoridad y el control efectivo sobre las fuerzas que cometieron los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, por lo que fue declarado responsable conforme al art.28 del Estatuto de Roma de la CPI. Era la primera vez que la Corte aplicaba el concepto de “responsabilidad de mando o del superior jerárquico”⁴ lo que planteaba serios problemas a efectos de prueba de la posición de mando de Bemba sobre las tropas aludidas en dicha operación⁵.

Dos años después, el 8 de junio de 2018, la Sala de Apelaciones concluyó, por mayoría, que la Sala de Primera Instancia III había condenado erróneamente al Sr. Bemba por

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

¹ Bemba había sido vicepresidente de la República Democrática del Congo y miembro del Senado. En 1998 fundó el *Mouvement de Libération du Congo* (MLC), con el objetivo de derrocar al Gobierno de turno en dicho país. Ese Movimiento acabó transformándose en un partido político, cuyo fin constituía el establecimiento de un Estado democrático en la RDC mediante elecciones, y siempre dentro del respeto de los derechos humanos y libertades individuales (ICC-01/05-01/08, para. 382). Sin embargo, los hechos contradijeron dicho propósito fundacional.

² Dichos crímenes fueron cometidos en el contexto de un conflicto armado no internacional: asesinato (art.7 (1) (a)), y violación (art.7 (1) (g), como crímenes contra la humanidad; asesinato (art.8 (2) (e) (i)), violación (art.8 (2) (e) (vi)) y saqueo (art.8 (2) (v)) como crímenes de guerra, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Véase *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08 (Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, de 21 de marzo de 2016, ICC-01/05-01/08, en adelante, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI).

³ La mencionada operación fue llevada a cabo por el MLC comandado por el Sr. Bemba, con apoyo del Presidente Patassé, en la República Centroafricana con el objetivo de terminar con el golpe de Estado que dio el excomandante en jefe de las Fuerzas Armadas de dicho país, el General Francois Bozizé.

⁴ Para un análisis clásico de dicha cuestión, véase AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional”, *ADPCP*, Vol. LII, 1999, pp.527-593.

⁵ Para un análisis de la aplicación novedosa de este concepto en la mencionada sentencia de 21 de marzo de 2016, véase OSPINA, M. C. & CANOSA CANTOR, J., “Situación en África Central, caso del Fiscal contra Jean Pierre Bemba Gombo, Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI, ICC-01/05-01/08, de 21 de marzo de 2016”, Reporte de Jurisprudencia, *ANIDIP*, Vol. 5, 2017, pp.158-168.

actos criminales específicos que estaban fuera del ámbito de aplicación del caso, y que los procedimientos en relación con dichos actos debían ser interrumpidos⁶. Igualmente, la Sala de Apelación determinó que el Sr. Bemba no podría ser considerado responsable penalmente conforme al art.28 del Estatuto de Roma de la CPI por los crímenes cometidos por las tropas del *Mouvement de Libération du Congo* durante la operación en la República Centroafricana, por lo que debería ser absuelto. A juicio de la Sala de Apelaciones, la Sala de Enjuiciamiento había incurrido en graves errores al estimar que el Sr. Bemba no había adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes de las tropas del MLC.

La cuestión, sin embargo, no fue nada pacífica. De hecho, dos jueces de la Sala de Apelaciones, los jueces Monageng y Hofmariski no compartieron la visión de aquellos que lo absolvieron. En su opinión, no había existido una extralimitación en el alcance de los crímenes puesto que la Fiscalía había formulado una acusación con un alcance amplio en el caso Bemba. Igualmente, a su juicio, la mayoría de los jueces habían llegado a una conclusión basada en un estándar incorrecto de la revisión. Del mismo modo, se emitieron tres opiniones separadas de los jueces Eboe-Osuji, Van den Wyngaert y Morrison, tratando cuestiones adicionales, que habían surgido en el contexto de la apelación y que no fueron examinadas en el enjuiciamiento.

II. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Aunque las alegaciones de Bemba ante la Sala de Apelaciones hacían referencia a cuestiones como la injusticia del veredicto y otras de tipo procesal en relación con los elementos contextuales y la apreciación de la prueba, había dos problemas jurídicos de hondo calado que también fueron apuntados por él⁷. El primero era el relativo a la amplitud de los cargos por los que fue condenado, que consideraba excesiva. Y el segundo se refería a su responsabilidad como superior. Al análisis de estas dos cuestiones nos dedicaremos en las próximas páginas.

1. El alcance de los cargos contra Bemba

Es de destacar que, durante el proceso de confirmación de los cargos, en el Documento que los contenía, la Fiscalía alegó un número de actos criminales de asesinato, violación y pillaje. No obstante, utilizó expresiones como “include” o “include but are not limited to”, de manera que indicaba que el listado no era exhaustivo. La Sala de Cuestiones Preliminares procedió, pues, a confirmar los cargos en términos muy amplios⁸. El

⁶ *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 June 2018, ICC-01/05-01/08 A (en adelante, Sentencia de apelación).

⁷ Véase sobre estas cuestiones problemáticas relativas a errores conceptuales por parte de la CPI en relación con la confirmación de los cargos de Bemba lo que ya planteaba Kai Ambos en enero de 2010 en cuanto a la tercera decisión de confirmación de cargos, en: AMBOS, K., “Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba”, *Revista Penal*, nº25, enero 2010, pp. 12-21.

⁸ *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC 01705-01/08, 15 June 2009

problema procesal que se planteaba era crucial, puesto que la Fiscalía proporcionó información sobre actos criminales que no habían sido expresamente mencionados en el documento que contenía los cargos y la Decisión de confirmación de los mismos. En opinión del Sr. Bemba y su defensa, cerca de dos tercios de los actos por los que fue condenado no habían sido incluidos, por lo que quedaban fuera del alcance de la condena.

De este modo, la Sala de Apelación consideró, por mayoría, con la opinión disidente de los jueces Monageng y Mofmanski, que los actos criminales que la Fiscalía añadió tras la Decisión de confirmación de cargos no podía ser considerada parte de los “hechos y circunstancias descritos en los cargos” de conformidad con el art.74 (2) del Estatuto. En todo caso, añadir actos criminales adicionales de asesinato, violación y pillaje hubiera requerido una enmienda de los cargos. De este modo, a juicio de la Sala de Apelaciones, la Sala de Primera Instancia III había errado al condenar al Sr. Bemba por actos que no estaban incluidos en los términos del mencionado artículo 74 (2)⁹.

2. Los errores de la Sala de Primera Instancia en la apreciación de la responsabilidad del superior.

El tercer motivo de apelación del Sr. Bemba es el que merece mayor atención por tratarse de una cuestión jurídica especialmente relevante y controvertida: la responsabilidad del superior. Bemba argumentaba que la Sala de Primera Instancia III había fallado al considerar que no había “adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes” (art.28.a) ii) del Estatuto de Roma).

Para la Sala de Apelaciones, la Sala que le precedió se equivocó al no apreciar de modo correcto las limitaciones que el Sr. Bemba poseía de cara a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes como comandante remoto que enviaba tropas a un país extranjero¹⁰. Se ignoraron, a su juicio, testimonios significativos que señalaban que los poderes del Sr. Bemba para investigar crímenes cometidos en la República Centroafricana eran limitados y que poseía serias dificultades logísticas a la hora de llevar a cabo investigaciones¹¹. Otro argumento a tener en cuenta fue el hecho de que en el período de 2002/2003, el MLC y sus operaciones dependían de la cooperación con las autoridades de la República Centroafricana¹². Finalmente, no se tomó en consideración el hecho de que el Sr. Bemba escribió al Primer Ministro de la República Centroafricana¹³ pidiéndole que fuera establecida una comisión internacional de

(Decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61(7) (a) y (b) en relación con los cargos contra Jean-Pierre Bemba Gombo, en adelante: Decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba).

⁹ Sentencia de apelación, paras. 116-119.

¹⁰ Sentencia de apelación, paras. 166-173.

¹¹ La Sala de Apelaciones fue en contra de la opinión de la Fiscalía, que argumentaba que el Sr. Bemba era la autoridad competente para investigar los crímenes y establecer tribunales marciales (*Reponse to the Appeal Brief*, para. 204).

¹² Sentencia de apelación, para. 173.

¹³ *Appeal Brief*, paras. 357, 360. Véase también: *Mr. Bemba Closing Brief*, para. 869.

investigación¹⁴. La Sala de Apelaciones estimó, por tanto, que, al no considerar estos elementos, la Sala de Primera Instancia había fallado concluyendo que el Sr. Bemba no había tomado las medidas necesarias y razonables. Dicha conclusión se basaba en parte en el hecho de que el mencionado comandante no había realizado esfuerzo alguno en referir los crímenes a las autoridades centroafricanas¹⁵, lo que no quedó demostrado a efectos de la Sala de Apelaciones¹⁶.

En cuanto a las motivaciones atribuibles al mencionado comandante en relación con la adopción de las medidas necesarias y razonables de buena fe, la Sala de Apelaciones consideró que el hecho de que dichas medidas fueran tomadas para preservar la reputación de las tropas¹⁷ no las convertía en menos razonables y necesarias de cara a la prevención o represión de los crímenes¹⁸. En todo caso, la apreciación de la Sala de Primera Instancia III de que las medidas adoptadas por el Sr. Bemba fueron ejecutadas con carencias o con resultados limitados¹⁹ fracasaba al atribuir al Sr. Bemba los resultados limitados de las investigaciones, simplemente porque fueron iniciadas por él²⁰. Otro factor también contribuía al error, al apreciar dicha Sala que el comandante no había hecho lo suficiente para conceder el poder a otros oficiales del MLC de investigar y perseguir los crímenes alegados²¹, lo que no quedaba demostrado²².

Más argumentos para estimar la apreciación errónea de la Sala de Primera Instancia III eran los referentes al número de crímenes respecto de los cuales no se habían adoptado las medidas razonables y necesarias por el Sr. Bemba. Para la Sala de Apelaciones, existían discrepancias entre el limitado número de crímenes por los cuales Bemba era considerado responsable conforme al art.28 del Estatuto y la estimación por parte de la Sala de Instancia de las medidas que debían haber sido adoptadas por el comandante en referencia a la globalidad de los crímenes cometidos por el MLC²³.

Finalmente, la Sala de instancia erró tomando en consideración el redespiegue de las tropas del MLC como medida disponible para el Sr. Bemba, a la luz de que el acusado no fue informado en la notificación de los cargos de este punto²⁴. En efecto, en ningún documento de los que se le dio traslado al acusado figuraba como medida necesaria y razonable el redespiegue de tropas con el fin de minimizar el contacto con la población civil. Dicho despliegue sólo era mencionado en el “Corrected Revised Second Amended Document Containing the Charges” en el contexto de establecer el efectivo control del

¹⁴ Sentencia de apelación, para. 174.

¹⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, para. 733.

¹⁶ Sentencia de apelación, para. 175.

¹⁷ *Appeal Brief*, para. 363.

¹⁸ Sentencia de apelación, para. 177.

¹⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, para. 720.

²⁰ Sentencia de apelación, para. 180.

²¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, para. 733.

²² Sentencia de apelación, para. 182.

²³ Sentencia de apelación, para. 183.

²⁴ El acusado ha de ser informado con prontitud y en detalle de la naturaleza, causa y contenido de los cargos (art. 67 (1) (a) del Estatuto). Véase también: *Lubanga Appeal Judgment*, paras. 118-130.

Sr. Bemba sobre las fuerzas del MLC²⁵. Así, a juicio de la Sala de Apelaciones, el acusado no fue suficientemente notificado de dicha alegación fáctica como medida necesaria y razonable²⁶, por lo que sufrió perjuicios²⁷.

En definitiva, para la Sala de Apelaciones, el impacto material acumulativo de todos estos errores²⁸ repercutían en la conclusión fallida a la que llegó la Sala de Primera Instancia III en relación con que el Sr. Bemba falló a la hora de tomar todas las medidas necesarias y razonables en las circunstancias existentes en el momento²⁹. De esta manera, uno de los elementos de la responsabilidad del superior conforme al artículo 28 (a) del Estatuto no había sido correctamente establecido, por lo que el Sr. Bemba no podría ser considerado penalmente responsable por los crímenes cometidos por las tropas del MLC durante la Operación de 2002/2003 en la República Centroafricana³⁰.

A continuación, la Sala de Apelaciones, por mayoría, declaró la interrupción de los procedimientos puesto que los crímenes respecto de los cuales la Sala de Primera Instancia había dictado sentencia estaban fuera del alcance de los actos y circunstancias del caso³¹. Del mismo modo, consideró la absolución del Sr. Bemba por los crímenes aludidos, en tanto en cuanto los errores respecto de las medidas necesarias y razonables hacían extinguir su responsabilidad por completo³². Esta absolución conllevaba necesariamente la libertad del Sr. Bemba, puesto que había sido condenado por delitos contra la administración de justicia, de conformidad con el art. 70 (1) (a) y (c) del Estatuto de Roma³³ y pesaba sobre la Sala de Primera Instancia VII la decisión sobre este punto. Pocos días después, dicha Sala adoptó, el 12 de junio de 2018, una decisión de libertad provisional en condiciones especiales del Sr. Bemba³⁴.

Tal y como hemos señalado, la sentencia contó con dos opiniones disidentes. Nos centraremos en las principales cuestiones planteadas por los Jueces Monageng y Hofmanski³⁵, sobre todo en relación con la responsabilidad del superior. En primer lugar, estimaron que, en caso de duda sobre los hechos fácticos considerados por la Sala de Primera Instancia, sería necesario para la Sala de Apelaciones revisar la prueba que apoyaba los hechos fácticos en cuestión para realizar la propia determinación o reenviar el asunto a una sala de enjuiciamiento con dicho fin. A continuación, y según los jueces disidentes, era correcta la valoración realizada por la Sala de Primera Instancia III en

²⁵ *Second Amended Document Containing the Charges*, para. 27 (2).

²⁶ Sentencia de apelación, para. 187.

²⁷ Sentencia de apelación, para. 188.

²⁸ Sentencia de apelación, para. 189.

²⁹ Sentencia de apelación, para. 193.

³⁰ Sentencia de apelación, para. 194.

³¹ Sentencia de apelación, paras. 196-197.

³² Sentencia de apelación, para. 198.

³³ Recordemos, en este sentido, que la Sala de Primera Instancia VII, en *Bemba et al. Sentencing Decision*, determinó que la máxima sentencia de prisión que podía imponer en relación con los delitos del art.70 (1) del Estatuto era de cinco años. La condena de prisión inicialmente impuesta por dicha Sala fue de un año de cárcel (*Bemba et al Sentencing Decision*, para. 30).

³⁴ Decisión de la Sala de Primera Instancia VII de libertad provisional en condiciones especiales, ICC-01/05-1/13, de 12 de junio de 2018.

³⁵ *Separate Dissident Opinion Judges Monageng and Hofmanski*.

relación con la no adopción por el Sr. Bemba de las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes aludidos³⁶, por lo que confirmaban dicha sentencia inicial. En opinión de los disidentes, las cuestiones relativas a las medidas necesarias y razonables deberían ser respondidas en relación con la escala y la duración de los crímenes cometidos, el conocimiento de los mismos por parte del Sr. Bemba y la amplia gama de medidas disponibles para él en dichas circunstancias, basadas en la extensión de su control sobre sus tropas. Desde esta perspectiva, los jueces disidentes lamentaron que la mayoría en la Sala de Apelaciones había limitado su análisis a las medidas que el Sr. Bemba adoptó u omitió, lo que les condujo a una conclusión errónea.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN TELA DE JUICIO, Y LA LABOR DE LA CPI A DEBATE

Esta cuestión no es en absoluto pacífica. Para la discusión en torno a la misma hay que basarse no sólo en las contradicciones entre la Sala de Instancia y la de Apelaciones, sino también en las Opiniones disidentes y separadas a la Sentencia de Apelación. A continuación, vamos a realizar un análisis de las mismas, abriendo la problemática de la responsabilidad del superior a un debate técnico. Al leer la Opinión separada de los jueces Christine Van den Wyngaert y Howard Morrison, podemos añadir algunas consideraciones que resultan de utilidad académica³⁷, amparándonos en la anterior jurisprudencia de la CPI y de los tribunales *ad hoc*. En dicha opinión, se adopta una aproximación realista a la responsabilidad del superior, que no puede ser desvinculada de las circunstancias operativas concretas. Sin embargo, al mismo tiempo, realizan una observación adicional sobre la responsabilidad del superior, más concretamente sobre el requisito del control efectivo del superior. Dicho control solo puede ejercerlo, *stricto sensu*, un comandante sobre soldados que se hallen bajo su dependencia directa (“immediate command”)³⁸. En consecuencia, el superior sólo sería responsable de su falta de supervisión.

En la Opinión separada, también se hace referencia al requisito de causalidad entre la falta de supervisión del superior y los delitos de los subordinados³⁹. En este sentido, conviene recordar que ya la Decisión de Confirmación de cargos en el caso Bemba se había apartado de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia⁴⁰, al afirmar que debe existir algún tipo de causalidad entre la falta de

³⁶Conviene recordar que, en opinión de la Sala de Primera Instancia, el Sr. Bemba tomó pocas medidas durante el curso de la Operación en la República Centrafricana en los años 2002/3. Igualmente, las tropas del MLC siguieron cometiendo crímenes durante dicha Operación y una información consistente fue proporcionada al Sr. Bemba. En tercer lugar, la Sala de Primera Instancia III consideró que las medidas adoptadas por el Sr. Bemba habían sido limitadas y deficientes. En definitiva, dichas medidas se habían quedado cortas en relación con el estándar de las medidas necesarias y razonables (Sentencia conforme al artículo 74 del ECPI).

³⁷ *Separate Opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison*.

³⁸ *Ibid.*, paras. 33-36.

³⁹ AMBOS, K., “Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba”, *Revista Penal*, nº25, enero 2010, pp.18-19.

⁴⁰ Véanse las opiniones disidentes de los jueces Shahabuddeen y Hunt en ICTY, *Prosecutor v.*

supervisión del superior y los crímenes subyacentes de los subordinados⁴¹. En la jurisprudencia del TPIY, en el caso Hadzihasanovic, la Sala de Primera Instancia condenó al imputado como jefe militar por haber omitido castigar a los responsables, pero la Sala de Apelaciones estimó que el superior debe haber tenido control sobre los autores en el momento en que debió tomar medidas para castigarlos y en el momento anterior a la comisión del delito⁴². El propio Estatuto de Roma refleja esta concepción en su art.28 (a) y (b), que habría de resultar de aplicación en el caso Bemba⁴³.

En su momento, ya Kai Ambos había mencionado, al hilo de la confirmación de los cargos de Bemba, los posibles problemas⁴⁴ que desde el punto de vista técnico jurídico serían posteriormente objeto de examen ante la Sala de Apelaciones. El primer aspecto hacía referencia a la responsabilidad sobre los crímenes por omitir tomar las medidas necesarias para evitar que fueran cometidos, y la intencionalidad de cometerlos al no reprimirlos⁴⁵ o evitarlos. A juicio de este autor, en la Decisión de confirmación de cargos no habían quedado suficientemente especificados los elementos subjetivos en torno a la responsabilidad de Bemba como comandante en jefe y como co-perpetrador al mismo tiempo, de modo que la relación entre los arts. 25 (3) y 28 del Estatuto de Roma no quedaba perfilada de modo correcto⁴⁶. Igualmente, apuntó a la diferencia subjetiva entre “tenía razones para saber (que se cometerían los crímenes)”⁴⁷ y “hubiere debido saber (que se cometerían)”⁴⁸, que, en su opinión, constituían esencialmente categorías de imprudencia sin más⁴⁹. En consecuencia, cuando de no haberse ejercido el control, vigilancia y supervisión sobre las conductas de las tropas apareciere un resultado lesivo que hubiera sido conocido por el superior si hubiere ejercido los controles pertinentes, el superior respondería a título de imprudencia por los crímenes dolosos cometidos por sus subordinados.

Hadzihasanovic et al., (Decision) 01-47-AR72, 16 July 2003, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, para. 1; Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt, paras. 7 y ss.

⁴¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, paras. 420-423.

⁴² *Prosecutor v. Hadzihasanovic and Kubura-A* (Judgment), ICTY-01-47-A, Appeals Chamber, 22 April 2008, para. 67.

⁴³ KISS, A., “La responsabilidad penal del superior ante...cit., p.55.

⁴⁴ AMBOS, K., “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision”, *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009, pp. 715-726.

⁴⁵ Recordemos que, conforme a la Decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, el deber de “reprimir” abarca dos momentos diferentes: el deber de detener o interrumpir los crímenes en curso; y la obligación de castigar a las fuerzas después de la comisión de dichos delitos (Decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, para. 439).

⁴⁶ GARROCHO SALCEDO, A.M., “La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo”, en GIL GIL, A., y MACULÁN, E., *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, 2014, pp.147-182. Véase también: OLÁSULO ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional. En Homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁴⁷ “Had reason to know” (estándar recogido en el Estatuto del TPIY, del TPIR y del Tribunal Especial para Sierra Leona). Véase AMBOS, K., “Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba”, *Revista Penal*, n°25, Enero 2010, pp.18-19.

⁴⁸ “Should have known” (Estándar recogido en el art.28 a) i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional).

⁴⁹ AMBOS, K., “Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación...cit., p.19.

Otra de las cuestiones problemáticas en la responsabilidad del superior fue la planteada por la jueza Sylvia Steiner en su Opinión Separada sobre la Sentencia de Primera Instancia III. Ésta hacía alusión a la exigencia de un nexo claro entre la comisión de los crímenes y la incapacidad del superior jerárquico de ejercer un control efectivo⁵⁰. En opinión de Steiner, y conforme a la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, las obligaciones de prevenir y/o reprimir los crímenes pasaban por la existencia de una obligación general de mantener el orden y controlar a la tropa, así como asegurarse del conocimiento de sus obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario⁵¹.

La relación de causalidad antes apuntada parece más complicada si estamos hablando de una omisión por el superior jerárquico y la comisión de una serie de crímenes por los subordinados. En principio, la causalidad requiere que la conducta sea “conditio sine qua non” del resultado⁵². Cuando se trata de una omisión, la fórmula implica que, si el individuo no hubiera omitido su acción, el resultado no habría ocurrido. En el marco académico, se ha discutido mucho sobre si la causalidad es un requisito en los delitos de omisión⁵³. En todo caso, la omisión del jefe debe haber incrementado el riesgo de producción del resultado. La defensa alegó, por tanto, que el estándar de evaluación de “incrementar el riesgo” debe ser elevado de modo que aumentaría la intensidad de la conexión que es precisa entre la omisión del acusado y la comisión de los crímenes⁵⁴. La consecuencia de la omisión tendría que ser, así, cierta y razonablemente previsible. El análisis de la defensa fue compartido por Sylvia Steiner, y por la jueza Kuniko Ozaki en su Opinión separada⁵⁵.

En definitiva, y al margen de las cuestiones técnicas antes apuntadas, hemos comprobado cómo en la Sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso Bemba, el principal escollo técnico se planteó en el momento de la valoración de las pruebas de que el Sr. Bemba hubiera adoptado las medidas necesarias y razonables para prevenir y reprimir los crímenes en cuestión. En este sentido, no podemos olvidar que, conforme a lo anotado con anterioridad, el superior no está obligado a realizar lo imposible⁵⁶, sino que ha de adoptar aquellas medidas que sean necesarias, razonables y estén a su alcance⁵⁷. Con todo, la valoración de dichas medidas dependerá de las circunstancias del caso en cuestión⁵⁸. En el caso Bemba en cuestión, de acuerdo con el criterio de la Sala de Apelaciones, la Sala de instancia no tuvo en cuenta de modo fehaciente las circunstancias que rodeaban el caso y que determinaron que el acusado adoptó las

⁵⁰ *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, *Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner*, paras. 10 y 11.

⁵¹ *Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner*, para. 12.

⁵² KISS, A., “La responsabilidad penal del superior ante...cit., p.58.

⁵³ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law, Foundation and General Part*, Vol. 1, 2013, pp.207-215.

⁵⁴ *Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner*, para. 20.

⁵⁵ *Prosecutor vs. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, *Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki*.

⁵⁶ *Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) ICTY-95-14-S, Trial Chamber, 29 July 2009, para. 417.

⁵⁷ KISS, A., “La responsabilidad penal del superior ante la Corte Penal Internacional”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2016, p.56.

⁵⁸ *Prosecutor v. Hadzihasanovic and Kubura-A* (Judgment), ICTY-01-47-A, Appeals Chamber, 22 April 2008, para. 142.

medidas necesarias y razonables a su alcance. Además, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, podemos afirmar que las medidas exigidas al superior deben caer razonablemente dentro de sus competencias materiales⁵⁹. Era obvio, pues, que, en el asunto Bemba, las circunstancias relativas al modo de ejercicio de su mando en la distancia, hacían particularmente difícil la prueba de esta última afirmación.

Coincidimos con aquellos que señalan que la Sala efectúa, por tanto, un cambio en la línea jurisprudencial consolidada tanto por la propia Corte como por los Tribunales *ad hoc*, puesto que la Sala de Apelaciones, en principio, sólo tomaba en consideración las pruebas analizadas por el Tribunal que había juzgado el caso⁶⁰. Igualmente, se aparta de dicha jurisprudencia al realizar una re-interpretación del art. 28 del Estatuto de Roma en relación con la responsabilidad de Jean Pierre Bemba en tomar las medidas necesarias para prevenir y castigar los crímenes cometidos por las tropas bajo su mando.

En conclusión, la decisión de la Sala de Apelaciones impone un rigor en cuanto a las pruebas materiales y circunstanciales que puede ser calificada por nosotros de excesivo, a la luz de las características de los crímenes competencia de la Corte. Sería de esperar un planteamiento futuro por parte de la CPI que combinara el rigor y el respeto al derecho al debido proceso con una búsqueda ardiente de la verdad y la lucha contra la impunidad. En todo caso, la decisión de la apelación en el asunto Bemba ha hecho que se someta a examen no sólo los criterios de revisión en apelación de la Corte Penal Internacional, sino la propia labor de este órgano judicial penal internacional con pretensiones de universalidad. La declaración de Fatou Bensouda⁶¹, Fiscal de la Corte, es bastante significativa en este sentido, con un discurso que recuerda que la decisión de la Sala de Apelaciones ha sido adoptada por mayoría y no por unanimidad, y que no podemos olvidar a las víctimas de la República Centroafricana en la lucha de la Corte que ha de ser incesante para acabar con la impunidad.

⁵⁹ *Prosecutor v. Oric* (Judgment) ICTY03-68-A, Appeals Chamber, 3 July 2008, para. 177.

⁶⁰ <https://www.bpi-icb.com/es/noticias/corte-penal-internacional/noticias-de-la-cpi/695-absolucion-de-jean-pierre-bemba-gombo-un-antes-y-despues-en-la-corte-penal-internacional>, consultado por última vez el día 6 de noviembre de 2018.

⁶¹ Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC Appeals Chamber acquitting Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, en <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat>, consultado por última vez el día 8 de noviembre de 2018.

SEXISMO Y EDADISMO EN LA JUSTICIA: A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 25 DE JULIO DE 2017 EN EL CASO CARVALHO PINTO DE SOUSA MORAIS C. PORTUGAL

M^a del Carmen Muñoz Rodríguez*

I. HECHOS

La Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) dicta el 25 de julio de 2017 una sentencia condenatoria contra Portugal por violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el CEDH). Además, de acuerdo con el artículo 41 del CEDH, el TEDH determina que Portugal pague a la demandante una indemnización de 3,250 € por daño moral y de 2,460 € por gastos y costas¹.

Esta sentencia da respuesta a la demanda presentada por la Sra. María Ivone Carvalho Pinto de Sousa Morais en fecha de 1 de abril de 2015. En 1993, la Sra. Morais², nacional portuguesa nacida en 1945, es diagnosticada de una enfermedad ginecológica y empieza a recibir tratamiento hasta que, finalmente, es operada en 1995. La intervención quirúrgica le causa dolor severo, pérdida de sensibilidad en la vagina, incontinencia urinaria, así como dificultades para sentarse, caminar y tener relaciones sexuales. Posteriormente, en el curso de una revisión médica privada, se descubre que su nervio pudendo había sido dañado durante la operación. Por ello, en el año 2000, la Sra. Morais presenta una demanda de responsabilidad civil extracontractual por daños contra el hospital. En 2013, el *Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa* le concede en primera instancia, 80,000 € por daño moral que le supone el sufrimiento físico y mental causado por la mala práctica médica y 92,000 € por daño material o patrimonial de 92,000 €, de los que 16,000 € son destinados a cubrir los gastos incurridos por la contratación de una empleada del hogar que le ayuda con las tareas domésticas.

El hospital recurre en la apelación. En 2014, el *Supremo Tribunal Administrativo*, aunque confirma el razonamiento del *Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa*, considera que los montos de la indemnización son excesivos y los reduce a 50,000 €

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

¹ TEDH, *asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal*, sentencia de 25 de julio de 2017 (nº 17484/15). Esta versión inicial de la sentencia es corregida el 3 de octubre de 2017, de acuerdo con el art. 81 del Reglamento de Procedimiento del TEDH, y es considerada definitiva, con fecha de 25 de octubre de 2017, siguiendo lo establecido en el art. 44.2 del CEDH. Véase al respecto los comentarios de GUROL, S., “Challenging Gender Stereotyping before the ECtHR: Case of Carvalho Pinto v. Portugal”, *EJIL: Talk!*, 2017; y PERONI, L., “Age and Gender Discrimination: Laudable Anti-Stereotyping Reasoning in Carvalho Pinto v. Portugal”, *Strasbourg Observers Blog*, 2017.

² Se emplea esta designación de la demandante siguiendo el Comunicado de prensa 255 (2017).

(daño moral) y a 6,000 € (la parte del daño material o patrimonial destinada a pagar a la empleada del hogar). El *Supremo* considera que sus sufrimientos se han agravado tras la intervención, pero no es un algo nuevo y no tiene como única causa la lesión en el nervio pudendo, pues ya padecía de una enfermedad ginecológica, al menos desde su diagnóstico en 1993, y que, en cualquier caso, *la Sra. Morais era, en la fecha de la operación, una mujer de 50 años con dos hijos, una edad en la que la sexualidad no es tan importante*. Por otro lado, el *Supremo* añade que *la Sra. Morais no necesitaría realmente una empleada del hogar a tiempo completo porque, dada la edad de sus hijos, solo tenía que cuidar a su esposo*.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Sobre la admisibilidad de la demanda

El gobierno portugués considera que las circunstancias del caso entran dentro del ámbito de aplicación del art. 8 del CEDH (para 31). La demandante no presenta observaciones en este punto (para. 32). El TEDH considera que esta demanda individual no está manifiestamente mal fundada (art. 35.3. a) CEDH), pues los hechos están dentro del ámbito de aplicación del art. 14 (para. 34)³, en combinación con el art. 8 del CEDH (para. 35)⁴. Por ello, no habiendo ningún otro motivo de inadmisión, declara admisible la demanda.

2. Sobre el fondo

En cuanto a los argumentos de las partes, la Sra. Morais presenta su demanda dado que considera discriminatoria la decisión del *Supremo Tribunal Administrativo* de reducir el monto de la indemnización inicialmente concedida para compensar el perjuicio causado por una mala praxis médica. En concreto, la demandante, basándose en el art. 14 (prohibición de discriminación) en relación con el art. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del CEDH, sostiene que la decisión del *Supremo* de reducir el monto de su indemnización es discriminatoria, en particular, al ignorar la importancia de su vida sexual tanto por ser una mujer como por su edad (paras. 38-40.) El Gobierno portugués rechaza la pretensión pues la decisión del *Supremo Tribunal Administrativo* no contiene ni prejuicios ni intención de discriminar a la demandante por su edad o su género, aunque reconoce que la decisión contiene algunas expresiones desafortunadas y que interpretadas fuera de contexto podrían evidenciar algún perjuicio (para 41-43).

³ “Accordingly, for Article 14 to become applicable, it is enough that the facts of the case fall “within the ambit” of another substantive provision of the Convention or its Protocols ...”.

⁴ “In this connection the Court has on many occasions held that the notion of “private life” within the meaning of Article 8 is a broad concept which does not lend itself to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person and, to a certain extent, the right to establish and develop relationships with other human beings. It can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity [...]. The concept of private life also encompasses the right to “personal development” or the right to self-determination [...] and elements such as gender identification, sexual orientation and sex life, which fall within the personal sphere protected by Article 8 [...]”.

La presente decisión del TEDH supone un avance en la lucha para la eliminación de los estereotipos de edad y género, así como pone de relieve cierta controversia interna sobre la metodología para la determinación de la discriminación.

El TEDH reconoce que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden considerar la edad de la persona demandante de una indemnización por responsabilidad para compensar los daños no pecuniarios, como en el presente caso. Sin embargo, el TEDH considera que lo relevante aquí son los estereotipos, esto es, cuando el *Supremo Tribunal Administrativo* supone que la sexualidad no es tan importante para una mujer de cincuenta años y madre de dos hijos (a diferencia de si fuera una persona más joven), está reflejando una idea tradicional de que la sexualidad femenina está esencialmente vinculada a los propósitos de tener hijos y, por lo tanto, ignora su relevancia física y psicológica para la realización personal de las mujeres como personas (además ignora tomar en consideración otras dimensiones de la sexualidad de las mujeres en el caso específico de la demandante)⁵. Por ello, el *Supremo Tribunal Administrativo* hace una suposición general sin tratar de determinar su validez en el caso específico de la propia demandante, que tenía 50 años en el momento de la operación quirúrgica (para. 52).

El TEDH considera que el problema de la sentencia del *Supremo Tribunal Administrativo* que reduce el monto de la indemnización por daños morales no reside en unas frases desafortunadas (como sostiene el Gobierno), sino que en que la edad y el sexo de la demandante parecen haber sido factores decisivos para dicha reducción⁶, introduciendo una diferencia de trato basada en esas razones. Según el TEDH, este enfoque se vuelve a repetir en la parte de la decisión del *Supremo Tribunal Administrativo* que reduce el monto otorgado a la demandante con respecto a los daños materiales (pago a una empleada del hogar que le auxilie) porque "probablemente solo necesitaba cuidar a su esposo" dada la edad de sus hijos (para. 53).

En cualquier caso, para reafirmar su posición, el TEDH tiene presente un último argumento: el contraste entre el caso de la demandante y el enfoque adoptado en dos fallos de la justicia portuguesa de 2008 y 2014, que se referían a las denuncias de negligencia médica de dos hombres de 55 años y 59 años respectivamente. En estos casos, el *Supremo Tribunal Administrativo* determina que el hecho de que los hombres ya no pudieran tener relaciones sexuales normales había afectado su autoestima y había dado como resultado un "tremendo golpe" y un "trauma mental grave" y les otorga una compensación por daños morales de 224,459 € y 100,000 € respectivamente. Con ello, la justicia portuguesa toma en consideración el hecho de que los hombres no podían tener relaciones sexuales y cómo eso los afecta, independientemente de su edad; por el contrario, no se tiene en cuenta si los demandantes tienen hijos o no, u otros factores⁷ (para. 55).

⁵ Resultan ilustrativas las exposiciones de los votos particulares concordantes de las juezas Ganna Yudkivska (Presidenta) y Iulia Motoc.

⁶ Además, en este punto el *Supremo Tribunal Administrativo* también da por sentado que el dolor sufrido por el demandante no era nuevo, sino que venía de una enfermedad anterior.

⁷ La sentencia de 2008 establece que el hecho de que la operación quirúrgica impugnada deja al

Resulta de interés que el TEDH haya considerado otros instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (arts. 1, 2 y 5) así como el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 2011 (arts. 1 y 12). Sin embargo, el razonamiento del TEDH resulta menos afortunado, incluso arriesgado, cuando se apunta, generalizando, los prejuicios existentes en el poder judicial portugués, alegando el Informe de 2015 del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU Unidas sobre la independencia de la judicatura y de la abogacía en Portugal y otras fuentes⁸ (para. 54).

Por último, la sentencia del TEDH de 2017 revela, sin embargo, cierta controversia interna sobre la metodología para la determinación de la discriminación⁹, lo que provoca que el fallo final, en cuanto a la violación de los arts. 14 y 8 del CEDH y la indemnización concedida, sea aprobado por cinco votos contra dos. En este sentido, según la opinión disidente conjunta, la discriminación presupone la existencia de situaciones comparables o al menos análogas" (para. 4 de la exposición del voto disidente conjunto); por tanto, para detectar la discriminación debe establecerse que en Portugal los hombres que sufren una incapacidad física comparable a la de la demandante, en su calidad de hombres, son tratados de manera diferente a mujeres que sufren de una incapacidad física similar (*ibíd*, para. 18); y en conclusión la mayoría de la Sala del TEDH no ha realizado el necesario ejercicio comparativo (*ibíd*, para. 31). En cambio, la jueza Yudkivska sostiene tajante que tal ejercicio no es necesario en el caso, puesto que cuando los estereotipos y prejuicios afectan la argumentación judicial hay base suficiente para afirmar la violación del art. 14 (voto concordante, p. 22 de la sentencia).

III. CONCLUSIONES

La sentencia comentada merece una valoración global positiva en la erradicación de la discriminación conectada con los estereotipos de género, presentes en ese caso en decisiones judiciales nacionales. No obstante, el TEDH no reconoce explícitamente la discriminación intersectorial, aunque su fallo se sostiene en la interacción de prejuicios sexistas y por edad. Finalmente, la discusión interna por la metodología augura la persistencia de dificultades de cara a armonizar la metodología de trabajo en la detección de la discriminación.

demandante impotente e incontinente es suficiente para considerar que se ha causado un daño moral.

⁸ United Nations Human Rights Council, document A/HRC/29/26/add4 of 29 June 2015. EL TEDH cita además: las Observaciones finales del Comité de la CEDAW sobre la necesidad de que Portugal aborde el problema de los estereotipos discriminatorios basados en el género; las preocupaciones del Observatorio Permanente de Justicia Portuguesa sobre el sexismo prevaleciente en las instituciones judiciales (Informe de 2016).

⁹ Resulta ilustrativa las exposiciones del voto particular disidente conjunto de los jueces Georges Ravarani y Marko Bošnjak.

EL DERECHO A BUSCAR Y RECIBIR ASILO SEGÚN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-25/18 DE 30 DE MAYO DE 2018 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

M. Esther Salamanca Aguado*

I. HECHOS

El 30 de mayo de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Corte”) emitió una opinión consultiva, solicitada por Ecuador, sobre “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección”¹. La amplia participación en el procedimiento muestra el interés que el tema suscita en la región². La institución del asilo ha evolucionado de forma diversa en los distintos sistemas de derechos humanos (a nivel universal y regional) abarcando diferentes modalidades³. Ecuador formuló en su solicitud siete interrogantes que ponían de manifiesto la complejidad del tema y la necesidad de clarificar y precisar el alcance y contenido del “derecho a buscar y recibir asilo” en el ámbito americano. La Corte reformuló dichas preguntas englobándolas en dos cuestiones principales: a) ¿Es posible entender que el artículo 22.7 de la Convención Americana y el artículo XXVII de la Declaración Americana resguardan bajo el derecho humano a buscar y recibir asilo las diferentes modalidades, formas o categorías de asilo desarrolladas en el derecho internacional (incluyendo el asilo diplomático?); b) ¿Cuáles son las obligaciones internacionales que se derivan de la Convención Americana y de la Declaración Americana en una situación de asilo diplomático para el Estado asilante?

A nadie se le escapa la situación fáctica que antecede a la solicitud de Ecuador. El 19 de junio de 2012 Julian Assange se refugió en la embajada ecuatoriana en Londres y el 16

*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 CIDH, Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador, “La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el Artículo 1.1 de la Convención americana sobre derechos humanos”, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf (consultado por última vez el día 5 de noviembre de 2018)

² La Corte analizó 55 escritos de observaciones, 26 participaciones en audiencia e intervenciones por parte de Estados, órganos de la OEA, organizaciones internacionales, organismos estatales, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y personas de la sociedad (paras. 6 y 8)

³ Sobre la institución del asilo en el continente americano, véase CAICEDO CASTILLA, J. J., “El derecho de asilo”, *REDI*, Vol. 10, No. 3 (1957), pp. 446 – 464; MANSILLA Y MEJÍA, M. E., “El derecho de asilo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 67, No. 268 (Mayo – Agosto 2017), pp. 471 – 496; GROS ESPIELL, H., “El Derecho de asilo en América Latina”, *Derecho y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 2, Nº 4, 1995, pp. 73 – 88; ORTEZ COLINDRES, E., “Reglamentación del asilo en América”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, Nº 2, 1963, pp. 115 – 134.

de agosto Ecuador le concedió “asilo diplomático”⁴. Desde entonces, el fundador de Wikileaks permanece allí en espera de encontrar una solución a su situación. Es por ello, que la Corte ha debido examinar si en el presente caso “se pretendía hacer un uso indebido de la función consultiva para resolver asuntos contenciosos” (para. 49). Aunque, por otro lado, también recuerda que su competencia consultiva “no debe, en principio, ejercerse mediante especulaciones abstractas, sin una previsible aplicación a situaciones concretas que justifiquen el interés de que se emita una opinión consultiva” (paras. 47 y 51). Buscando un equilibrio entre ambos criterios, la Corte concluye que “no ha sido reportado ningún caso que se tramite ante el sistema interamericano relativo a las cuestiones sometidas a la consulta” y, en consecuencia, corresponde dar curso a la solicitud “a fin de atender el interés general de que la Corte se pronuncie sobre una materia de significación jurídica en el ámbito regional, esto es el derecho a buscar y recibir asilo” (para. 53).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1. El derecho humano al asilo en el sistema interamericano de derechos humanos

A la hora de interpretar los artículos 22.7 de la Convención Americana⁵ y XXVII de la Declaración Americana⁶ la Corte parte de un concepto amplio del asilo como “figura rectora que recoge la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de las personas forzadas a huir de su país de nacionalidad o residencia habitual” (para. 65). Y distingue entre el asilo en sentido estricto o asilo político (incluye el “asilo territorial” y el “asilo diplomático”) y el asilo bajo el estatuto de refugiado⁷.

El asilo político se corresponde con la denominada “tradicción latinoamericana del asilo”⁸ y se centra en la protección en casos de persecución de una persona por la

⁴ Véase ARREDONDO, A., “WikiLeaks, Assange y el futuro del asilo diplomatic”, *REDI*, Vol. 69, N°2, 2017, pp. 119 - 144.

⁵ Artículo 22 de la Convención Americana. Derecho de Circulación y de Residencia [...] 7. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales. [...]

⁶ Artículo XXVII de la Declaración Americana. Derecho de asilo. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

⁷ En relación al “derecho a buscar y recibir asilo bajo el estatuto de refugiado” la Corte recuerda que este derecho reconocido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, leído en conjunto con otras disposiciones de la Convención y a la luz de los tratados especiales, impone al Estado deberes específicos, como la obligación de no devolver (*non-refoulement*) y su aplicación extraterritorial (para. 99).

⁸ Esta figura está contenida en los siguientes tratados regionales: Tratado sobre Derecho Penal Internacional, de 23 de enero de 1889; Convención sobre Asilo de la Habana, de 20 de febrero de 1928; Convención sobre Asilo Político de Montevideo, de 26 de diciembre de 1933; Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo, de 4 de agosto de 1939. Véanse también los siguientes tratados que contienen cláusulas relativas a la no extradición por delitos políticos: Convenciones sobre Asilo Diplomático y Asilo Territorial, de 28 de marzo de 1954; Convención Interamericana sobre Extradición, de 25 de febrero de 1981; Convención Interamericana sobre Terrorismo, 3 de junio de 2002; Convención

comisión de delitos políticos o comunes conexos con estos, o por motivos políticos, y constituye, en su origen, una prerrogativa del Estado (para. 93). La Corte explica que, posteriormente, con el desarrollo normativo del sistema interamericano de derechos humanos “el concepto tradicional del asilo evolucionó hacia su positivización como un derecho fundamental” (para. 112). En este sentido, la Corte precisa que “el derecho humano que le asiste en el marco del sistema interamericano a toda persona que sufre persecución consiste en buscar y recibir asilo” (para. 120).

Por tanto, el derecho humano al asilo en el sistema interamericano contiene dos componentes inseparables: el derecho a buscar y el derecho a recibir. El derecho a buscar “abarca el derecho de solicitar o pedir el asilo, ya sea en el territorio del Estado o cuando de cualquier forma se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna” (para. 122). Esto implica obligaciones positivas para el Estado que “debe permitir la entrada al territorio y dar acceso al procedimiento para la determinación de la condición de asilado o refugiado” (*ibíd.*) Igualmente, la Corte estima “que terceros Estados no pueden ejercer acciones, cuyo objetivo sea impedir a las personas en necesidad de protección internacional que acudan a otros territorios en búsqueda de protección, o escudarse en ficciones jurídicas, para no dar acceso a los procedimientos de protección correspondientes” (*ibíd.*) Por su parte, el derecho a recibir significa que “el Estado debe otorgar la protección siempre que se cumplan los requisitos y condiciones para que ésta pueda ser brindada” (para. 123).

2. El asilo diplomático como prerrogativa del Estado

Cuestión distinta es si el derecho humano al asilo engloba también el asilo diplomático presente en la “tradición latinoamericana”. En este sentido, la Corte interpreta la frase “en territorio extranjero” entendiendo que “se refiere claramente a la protección derivada del asilo territorial a diferencia del asilo diplomático, cuyo ámbito de protección son las legaciones, entre otros lugares” (para. 147). La Corte interpreta que fue voluntad de los Estados excluir el asilo diplomático del sistema interamericano de derechos humanos, conservando su naturaleza de prerrogativa estatal y la potestad discrecional para su otorgamiento o denegación en situaciones concretas (paras. 153 y 154). También niega su carácter consuetudinario y afirma que “la concesión del asilo diplomático y su alcance deben regirse por las propias convenciones de carácter interestatal que lo regulan y lo dispuesto en las legislaciones internas” (paras. 155, 162 y 163).

3. Aplicación extraterritorial del principio de no devolución

En cuanto a la aplicación extraterritorial de la Convención, la Corte entiende que las obligaciones generales que establece “son aplicables a las actuaciones de los agentes diplomáticos desplegados en el territorio de terceros Estados, siempre que pueda establecerse un vínculo personal de jurisdicción con la persona concernida” (para. 177). En este contexto, la Corte analiza la vigencia del principio de no devolución en el caso

Interamericana contra la Corrupción, de 29 de marzo de 1996.

de una solicitud de asilo ante una legación⁹. La Corte considera que este principio obliga a los Estados de manera extraterritorial, “siempre que las autoridades ejerzan su autoridad o el control efectivo sobre tales personas, como puede suceder en las legaciones, que por su propia naturaleza se encuentran en el territorio de otro Estado con su consentimiento” (para.188). De su aplicación se derivan obligaciones específicas para el Estado de acogida, en cuanto a la evaluación individualizada del riesgo y medidas adecuadas de protección, incluyendo aquellas contra la detención arbitraria. Además, estima, que la situación jurídica de la persona tampoco puede quedar en un limbo o prolongarse indefinidamente (paras. 194 -198). Es este quizá el aspecto más controvertido tratado por la Corte. Afirma que el principio de no devolución no implica *per se* que el Estado deba de otorgar el asilo en su sede diplomática y que está obligado a adoptar medidas diplomáticas para asegurar a los solicitantes la garantía de los derechos convencionales, por ejemplo, solicitando al Estado territorial un salvoconducto (para. 198 *in fine*). La Corte no resuelve qué efectos produce en el Estado territorial que es ajeno al sistema interamericano de derechos humanos (para. 199). Especialmente, cómo garantizar al asilado sus derechos y libertades si el Estado territorial no concede el salvoconducto. Conocedora de los límites del derecho internacional en la materia la Corte se limita a apelar al deber genérico de cooperación entre Estados en la promoción y observancia de los derechos humanos como norma consuetudinaria de carácter *erga omnes*.

III. CONSIDERACIONES FINALES

En la opinión consultiva comentada la Corte precisa que el derecho de asilo en el sistema interamericano de derechos humanos incluye únicamente las modalidades de asilo territorial dispuestas en los convenios internacionales o en las legislaciones nacionales. El asilo diplomático continúa siendo una prerrogativa estatal y no se encuentra protegido por la Convención y la Declaración Americana. Por último, el principio de no devolución no sólo exige que la persona no sea devuelta sino que impone obligaciones positivas sobre los Estados.

⁹ La Convención Americana establece en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier “extranjero” a “otro país, sea o no de origen”-es decir, a su país de nacionalidad o, en caso de apatridia, el de residencia habitual o bien a un tercer Estado-, en el cual “su derecho a la vida o a la libertad” estén “en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

DELIMITACIÓN MARÍTIMA EN EL MAR CARIBE Y EN EL OCÉANO PACÍFICO Y FRONTERA TERRESTRE EN LA PARTE NORTE DE ISLA PORTILLOS (SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 2 DE FEBRERO DE 2018, CASOS NÚMERO 157 Y 165, COSTA RICA C. NICARAGUA)

Eduardo Jiménez Pineda*

I. HECHOS

La Corte Internacional de Justicia (CIJ), mediante Sentencia de 2 de febrero de 2018¹, declaró la soberanía de Costa Rica sobre la totalidad de la parte septentrional de Isla Portillos, incluyendo parte de su costa, definió la frontera terrestre en el norte de dicha isla, reconociendo la soberanía de Nicaragua sobre la laguna de Harbor Head y el cordón litoral que la separa del mar Caribe, y delimitó las fronteras marítimas entre Costa Rica y Nicaragua tanto en el mar Caribe como en el océano Pacífico². Tanto el procedimiento relativo a la delimitación de las fronteras marítimas, iniciado por Costa Rica el 25 de febrero de 2014 (para. 1), como el concerniente a la determinación precisa de la frontera terrestre en Isla Portillos, incoado también por Costa Rica el 16 de enero de 2017 (para. 22), fueron acumulados, de acuerdo con el artículo 47 del Reglamento de la Corte³, mediante providencia (*order*) de la Corte de 2 de febrero de 2017 (para. 29), tal y como había solicitado Costa Rica (para. 23). Con anterioridad, la Corte había recabado, de conformidad con los artículos 48 y 50 de su Estatuto, la opinión de dos expertos acerca del estado de la costa en el punto inicial de la frontera marítima en el mar Caribe (para. 14).

* Doctorando y contratado predoctoral FPU (ref. FPU16/03446) de Derecho Internacional Público, Universidad de Córdoba (eduardo.jimenez.pineda@uco.es). Los documentos relativos al caso comentado pueden consultarse en <https://www.icj-cij.org/en/case/157> y <https://www.icj-cij.org/en/case/165>. Todas las páginas webs citadas han sido consultadas por última vez el día 12 de noviembre de 2018 y las traducciones son del autor.

¹ *Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land boundary in the northern part of Isla Portillos, Judgment*, ICJ Reports 2018, en prensa.

² La Sentencia contó con cinco declaraciones (Jueces Tomka, Sebutinde, Gevorgian, Juez *ad hoc* Simma, nominado por Costa Rica, y Juez *ad hoc* Al-Khasawneh, nominado por Nicaragua), dos opiniones separadas (Jueces Xue y Robinson) y una opinión disidente (Juez *ad hoc* Al-Khasawneh, quién también realizó una declaración). Sin embargo, este aparente disenso entre los miembros de la Corte no fue tal, si atendemos al modo en que fueron resueltas las distintas pretensiones (para.205): 1) Por 15 votos a 1, la admisibilidad de la pretensión nicaragüense de soberanía sobre el norte de Isla Portillos; 2) Por 14 votos a 2, la soberanía de Costa Rica sobre el norte de Isla Portillos, en la extensión detallada en el texto principal, y la violación por Nicaragua de los derechos soberanos de Costa Rica al establecer un campamento militar en su territorio; y, 3) Por unanimidad, la obligación de Nicaragua de retirar dicho campamento y el establecimiento de la frontera marítima entre Costa Rica y Nicaragua en el mar Caribe y en el océano Pacífico.

³ El artículo 47 del Reglamento de la CIJ dispone, en efecto, que la ‘Corte podrá ordenar en cualquier momento la acumulación de los procedimientos relativos a dos o más asuntos. Podrá ordenar, asimismo, que los procedimientos escritos u orales, incluso la cita de testigos, sean comunes; también podrá ordenar la Corte, sin llegar a una acumulación formal, una acción común respecto a uno o varios elementos de esos procedimientos’.

Un elemento determinante en la controversia entre ambos Estados es el de la geografía de Isla Portillos, en la que existe una laguna separada del mar Caribe por un banco de arena, llamada laguna Los Portillos por Costa Rica y laguna Harbor Head por Nicaragua (para. 48), así como la presencia en el mar Caribe de varias islas y cayos frente a la costa de Nicaragua (principalmente, las Islas Corn) y dos pequeñas islas frente a la costa de Costa Rica (para. 49). En este sentido, ambos Estados firmaron un tratado en 1858 delimitando la frontera terrestre desde el océano Pacífico hasta el mar Caribe, seguido de otro de 1886 en el que se comprometían a someter la cuestión de la validez del tratado de 1858 y otros aspectos de su interpretación al arbitraje del presidente de los Estados Unidos de América, Grover Cleveland, quien confirmó la validez de dicho tratado (para. 52). Posteriormente, en 1896, Costa Rica y Nicaragua establecieron dos Comisiones Nacionales de Demarcación que incluían un ingeniero, el General Alexander, al que se reconocían poderes para resolver cualquier tipo de diferencias que surgieran en la delimitación y cuya decisión en forma de laudo era firme (para. 53). Así, este último determinó en 1897 el segmento inicial de la frontera terrestre cerca del mar Caribe a la luz de los cambios geomorfológicos ocurridos desde 1858, si bien, desde sus laudos y la labor de las Comisiones de Demarcación, la parte septentrional de Isla Portillos ha continuado experimentando importantes cambios geomorfológicos (paras. 54 y 55).

En 2010, una controversia surgió entre Costa Rica y Nicaragua por ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua, precisamente, en dicha área (para. 55). La Corte conoció de dicha controversia en 2015, cuando afirmó que la soberanía costarricense se extiende a la derecha del curso inferior del río San Juan hasta su desembocadura en el mar Caribe⁴. Sin embargo, el curso de la frontera terrestre en esta zona de la costa de Isla Portillos seguía siendo uno de los objetos de controversia entre las Partes en los procedimientos acumulados (*ídem*). En relación con las áreas marítimas, una subcomisión bilateral mantuvo cinco reuniones hasta el fracaso de las negociaciones en 2005 (para. 56).

Por último, deben considerarse, como recuerda la Corte, las distintas delimitaciones marítimas existentes en el mar Caribe, tanto las establecidas por la propia CIJ en relación con Nicaragua como las concluidas por tratado por Costa Rica, Estado que también delimitó su frontera marítima con Panamá en el océano Pacífico (paras. 57 y 58)⁵.

⁴ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, CIJ Recueil 2015, p. 665. A propósito de esta controversia, la CIJ dictó otra sentencia el 2 de febrero de 2018 (esto es, el mismo día que dictó la sentencia en los dos procedimientos acumulados que nos ocupan) relativa a la 'compensación debida por la República de Nicaragua a la República de Costa Rica' (*Certain activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa Rica v. Nicaragua) compensation owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica*, Judgment, ICJ Reports 2018, en prensa).

⁵ Véase la declaración del Juez *ad hoc* Simma, *Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land boundary in the northern part of Isla Portillos*, Judgment, ICJ Reports 2018, Declaration of Judge *ad hoc* Simma.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Una vez declarada por la Corte su jurisdicción, no discutida por Nicaragua, en virtud del artículo 36, párrafos 1 y 5 de su Estatuto, en relación con el artículo XXXI del Pacto de Bogotá (para. 45)⁶, procedió, en primer lugar, a conocer de la disputa sobre la frontera terrestre en el norte de Isla Portillos debido a las divergentes interpretaciones de ambos Estados de la sentencia de 2015 (para. 59). En este sentido, la Corte rechazó la concurrencia del principio de cosa juzgada (*res judicata*) como consecuencia de la ausencia de decisión respecto de la soberanía sobre la costa de la parte norte de Isla Portillos, al estar dicha cuestión expresamente excluida (para. 69)⁷. Pues bien, considerando el informe de los expertos designados por la CIJ, quienes observaron que no sigue existiendo el canal que conectaba el río San Juan con la laguna Harbor Head, la Corte rechazó la pretensión nicaragüense de que la frontera siguiera definida por dicho canal y, por consiguiente, determinó, por 14 votos contra 2, que Costa Rica tiene soberanía sobre el norte de Isla Portillos hasta el punto donde el río San Juan alcanza el mar Caribe (para. 71)⁸. Por tanto, la Corte determinó que la frontera terrestre entre Costa Rica y Nicaragua comienza en el punto donde la orilla derecha del río San Juan se une a la línea de bajamar del mar Caribe (*ídem*) y sigue la línea más corta que cruza el banco de arena hasta la línea de bajamar en la costa del mar Caribe, estando ambos Estados de acuerdo en que tanto la laguna de Harbor Head como el citado banco de arena están bajo la soberanía de Nicaragua (para. 73).

Por otra parte, en relación con las presuntas violaciones de los derechos soberanos de Costa Rica debido a la instalación de un campamento militar nicaragüense en la playa de Isla Portillos, de soberanía costarricense, aunque cerca del banco de arena que separa la laguna Harbor Head del mar Caribe, bajo soberanía de Nicaragua (paras. 74 y 75), la Corte, por 14 votos contra 2, observó que, en efecto, la instalación del campamento militar de Nicaragua, al producirse en la playa y no en el banco de arena, violó la soberanía territorial de Costa Rica y, por consiguiente, ordenó, por unanimidad, que dicho campamento fuese retirado (para. 77)⁹. Sin embargo, Nicaragua no infringió la sentencia de 2015 por cuanto ésta no definía la frontera en relación con la costa

⁶ [Tratado Americano De Soluciones Pacíficas ‘Pacto De Bogotá’](#), suscrito en Bogotá el 30 de abril de 1948. Su artículo XXXI dispone: ‘De conformidad con el inciso 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria ipso facto, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre: a) La interpretación de un Tratado; b) Cualquier cuestión de Derecho Internacional; c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional; d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional’.

⁷ Véase la declaración del Juez Sebutinde, *Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land boundary in the northern part of Isla Portillos, Judgment*, ICJ Reports 2018, Declaration of Judge Sebutinde, paras. 3-11.

⁸ Véase la opinión disidente del Juez *ad hoc* Awn Al-Khasawneh, *Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land boundary in the northern part of Isla Portillos, Judgment*, ICJ Reports 2018, Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Awn Al-Khasawneh, pp. 1-5.

⁹ Véase la declaración del Juez Gevorgian, *Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land boundary in the northern part of Isla Portillos, Judgment*, ICJ Reports 2018, Declaration of Judge Gevorgian, paras. 7-8.

(*idem*)¹⁰. Paradójicamente, la Corte entendió que la declaración de violación de la soberanía de Costa Rica y la obligación de Nicaragua de retirar su campamento constituirían una reparación apropiada (*sic*) (para. 78).

En cuanto a las delimitaciones marítimas entre Costa Rica y Nicaragua, la Corte procedió a establecer la frontera marítima, en primer lugar, en el mar Caribe (paras. 79-166) y, en segundo lugar, en el océano Pacífico (paras. 167-204). Así, en el mar Caribe, el punto de partida para la delimitación marítima sería, en principio, el mismo punto de partida de la frontera terrestre, situado actualmente al final del banco de arena donde el río San Juan desemboca en el mar Caribe (para. 86). Sin embargo, debido a la gran inestabilidad de la costa en la desembocadura del río San Juan que origina su retroceso a causa de la erosión, la Corte, de forma creativa, prefirió seleccionar un punto fijo en el mar a una distancia de 2 millas marinas de la costa en su línea media y conectarlo con un punto de partida situado en la costa mediante una línea móvil (*idem*).

Desde ese punto, la Corte, aludiendo a su jurisprudencia previa, procedió a delimitar el mar territorial en dos fases: en la primera trazó la línea media y en la segunda consideró la existencia de posibles circunstancias especiales que justificaran el ajuste de dicha línea media (para. 98). A este respecto, la Corte, de conformidad con el artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), consideró la existencia de dos circunstancias especiales. La primera, consistente en la alta inestabilidad y estrechez del banco de arena junto a la desembocadura del río San Juan, frontera con Nicaragua, que lleva a la Corte a conectar el punto fijo en el mar a 2 millas marinas con el punto en tierra firme del litoral de Costa Rica más cercano a la desembocadura del río (para. 104). Atendiendo a las presentes circunstancias, la Corte identifica dicho punto con unas determinadas coordenadas sugeridas por los expertos, aunque, destacablemente, la Corte es consciente de los posibles cambios geomorfológicos que pueden acaecer (*idem*)¹¹. La segunda, relativa a la situación como pequeño enclave del banco de arena, es resuelta por la Corte omitiendo cualquier proyección que pudiera resultar de dicho enclave (para. 105).

En relación con la delimitación de la zona económica exclusiva (ZEE) y de la plataforma continental en el mar Caribe, la Corte, con arreglo a los artículos 74 y 83 de la CNUDM, trazó, a solicitud de ambas partes, una única línea para ambas zonas (para. 107). Una vez identificadas las costas relevantes, cuya anchura es medida atendiendo a su configuración natural, resultando una ratio 1:2.04 favorable a Nicaragua (paras. 111-114), la Corte consideró que el área relevante estaba integrada por todo el espacio del mar en el que las proyecciones se solapan hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde la costa de Costa Rica, a excepción, al norte, del espacio atribuido a Colombia en la sentencia de 2012¹². A pesar de que el posible impacto de las áreas

¹⁰ Véase nota 4.

¹¹ Concretamente, la Corte declaró en dicho párrafo que ‘under the present circumstances, this point has been identified by the Court-appointed experts [...], but there may be geomorphological changes over time’.

¹² *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment, ICJ Reports 2012, p. 624. En dicho procedimiento, Costa Rica (y también Honduras) pretendió, con arreglo al artículo 62 del Estatuto

marítimas que puedan ser atribuidas a Costa Rica o a Nicaragua en los derechos de terceros Estados no puede ser determinado por la Corte, los espacios donde terceros Estados tienen pretensiones pueden ser incluidos (para. 121).

A continuación, la Corte, siguiendo el método de las tres etapas (equidistancia, circunstancias relevantes y test de proporcionalidad), trazó, primeramente, la línea provisional equidistante utilizando como puntos de base tanto las Islas Corn como el cayo Palmenta y el peñón Paxaro Bovo, los tres bajo soberanía nicaragüense (paras. 140, 142). En la segunda fase, consistente en el ajuste de la línea única equidistante atendiendo a las circunstancias especiales concurrentes, extremo en el que ambas Partes coincidían (para. 147), la Corte decidió que la línea equidistante únicamente debía ajustarse en favor de Costa Rica mediante la reducción a la mitad del efecto aplicable a las Islas Corn, habitadas, situadas a 26 millas marinas de Nicaragua y con derecho, en principio, a generar ZEE y plataforma continental (paras. 153 y 154). Sin embargo, la Corte no admitió otros argumentos, como la concavidad de la costa de Nicaragua o la convexidad de la costa de Costa Rica, por cuanto no producían un límite (*cut-off*) significativo de las proyecciones (paras. 155 y 156). Finalmente, en el test de proporcionalidad, la Corte concluyó que no existía ninguna marcada desproporción entre la ratio de las áreas marítimas atribuidas a ambos Estados (1:2.40 para Nicaragua) y la ratio de la longitud de sus respectivas costas (1:2.04 para Nicaragua) y, en consecuencia, mantuvo por unanimidad la línea resultante de la fase anterior (paras. 165 y 166).

Por último, la Corte procedió, de manera más breve (paras. 167-204), a delimitar la frontera marítima entre el mar territorial, la ZEE y la plataforma continental de las Partes en el océano Pacífico, utilizando el mismo método aplicado al mar Caribe (paras. 167 y 168). Partiendo del punto medio de la línea que cierra la bahía de Salinas (para. 169), la Corte delimitó el mar territorial mediante la línea media entre ambas costas, no concurriendo circunstancias especiales (para. 175). En relación con la delimitación de la ZEE y la plataforma continental, identificadas las costas y zonas relevantes, de las que la CIJ excluyó las aguas del golfo de Nicoya (para. 185), la Corte trazó la línea provisional equidistante desde los puntos de base, en los que las Partes estaban de acuerdo (para. 188), la cual ajustó reconociendo la mitad del efecto predicable de la península de Santa Elena mientras que, en cambio, no ajustó dicha línea única por la presencia de la península de Nicoya (para. 198)¹³. Comoquiera que la Corte entendió que dicha línea alcanzaba una solución equitativa, a mayor abundamiento tras

de la Corte, intervenir si bien la Corte concluyó que Costa Rica no había demostrado un interés legal que pudiera verse afectado por la decisión sobre el procedimiento principal (paras.90 y 91), en *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Application for Permission to Intervene, Judgment*, ICJ Reports 2011, p. 348.

¹³ A este respecto, el Juez *ad hoc* Awn Al-Khasawneh, en su Declaración, esgrimió que se hubiera obtenido un resultado más equitativo otorgando un considerable efecto a la península de Nicoya en lugar de ningún efecto, lo que estaría justificado por la proximidad del punto de partida de la delimitación y por la ausencia, a su juicio, de diferencias cualitativas entre esta península y la de Santa Elena, en *Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land boundary in the northern part of Isla Portillos, Judgment*, ICJ Reports 2018, Declaration of Judge *ad hoc* Awn Al-Khasawneh, p.1, *in fine*.

comprobar la ausencia de desproporción “flagrante” entre las ratios de las áreas marítimas y las longitudes de costas (1:1.42 y 1:1.30, respectivamente, en ambos casos, a favor de Costa Rica), la CIJ por unanimidad mantuvo la línea alcanzada en la fase anterior como frontera marítima para la ZEE y la plataforma continental en el océano Pacífico (paras. 203 y 204).

III. CONSIDERACIONES FINALES

La sentencia de la CIJ comentada sigue el criterio consolidado de la jurisprudencia internacional en materia de delimitación marítima, al recurrir al método de las tres etapas, si bien, exclusivamente, para delimitar la ZEE y la plataforma continental y no así el mar territorial, en el que no aplica la última fase relativa al test de proporcionalidad. Esta dicotomía (*dichotomous approach*), como apunta el Juez Robinson en su opinión separada, responde a una interpretación adecuada (*sic*) de los artículos 15, 74 y 83 CNUDM, considerando los diferentes elementos relevantes para la delimitación de las distintas zonas, a pesar de que los Estados puedan estar de acuerdo en utilizar un método uniforme para las distintas zonas, por cuanto tanto la línea provisional equidistante como las circunstancias especiales tienen un valor diferente para, de un lado, el mar territorial y, del otro, la ZEE y la plataforma continental¹⁴.

Por otra parte, es digna de consideración la interpretación de la Corte sobre la realidad física de Isla Portillos, concretamente, del banco de arena o cordón litoral que separa la laguna de Harbor Head del mar Caribe, por cuanto la Corte utilizó el punto en tierra firme en el litoral de Costa Rica más cercano a la desembocadura del río San Juan, admitiendo la posible existencia de cambios geomorfológicos a lo largo del tiempo que podrían provocar el desplazamiento de dicho punto (para. 104). Esto último podría implicar, en la práctica, la preferencia del criterio fundado en la realidad física en detrimento del favorable al mantenimiento de las fronteras, lo que tendría repercusiones muy importantes en el futuro, considerando la subida del nivel del mar y el aumento de la erosión de las costas pronosticados, que serían particularmente dramáticas para los llamados “Estados insulares en desaparición”.

En conclusión, la delimitación practicada por la Corte resuelve una controversia histórica entre Costa Rica y Nicaragua -quizás de un modo algo más favorable a las pretensiones de la primera- de manera creativa, al determinar un punto fijo en el mar a dos millas marinas de la costa, e imprimiendo seguridad jurídica en relación con las fronteras marítimas y terrestres entre ambos Estados, sobre todo, atendiendo a la alta complejidad de las delimitaciones marítimas en esta zona de Centroamérica derivada de la existencia de múltiples Estados en una situación geográfica singular.

¹⁴ *Maritime delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land boundary in the northern part of Isla Portillos, Judgment*, ICJ Reports 2018, Separate Opinion of Judge Robinson, pp. 9-10.

¿CAMBIO DE TENDENCIA EN LA SAGA DE ARBITRAJES SOBRE LAS ENERGÍAS RENOVABLES? (NOVENERGÍA, MASDAR Y ANTIN *c.* ESPAÑA)

Francisco Pascual-Vives*
Laura Aragonés Molina**

I. HECHOS

Durante el primer semestre de 2018 se han publicado tres laudos¹ dictados contra el Reino de España (España) en la saga de arbitrajes sobre las energías renovables y que se unen al laudo comentado en nuestra anterior crónica². Este trabajo informa sobre los principales aspectos jurídicos de estos litigios. Para un análisis más detallado, nos remitimos a la “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, que desde este año se publica en *Transnational Dispute Management*³.

Los órganos arbitrales en *Novenergia*⁴, *Masdar*⁵ y *Antin*⁶ se pronunciaron sobre la compatibilidad con el Tratado sobre la Carta de la Energía⁷ (TCE) de las medidas legales adoptadas por España durante el periodo 2007-2014. Unas medidas que tuvieron un impacto en el sector tanto de la energía solar fotovoltaica (*Novenergia*), como de la energía termosolar concentrada (*Masdar* y *Antin*).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS EN MATERIA DE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD.

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

** Profesora Visitante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, 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 *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR c. España* (caso CCE nº V2015/063, Laudo de 15-2-2018) (*Novenergia*); *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España* (caso CIADI nº ARB/14/1, Laudo de 16-5-2018) (*Masdar*); y *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. c. España* (caso CIADI nº ARB/13/31, Laudo de 15-6-2018) (*Antin*).

² Ver nuestro comentario sobre el caso *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à r.l. c. España* (caso CIADI nº ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017) (*Eiser*), en la “[Crónica de Derecho internacional público](#)”, *REEI*, nº 35 (2018), pp. 19-28 (consultada el 21-11-2018).

³ Puede revisarse la crónica del año 2017 en el siguiente enlace: <https://www.transnational-dispute-management.com/journal-advance-publication-article.asp?key=1711> (consultada el 21-11-2018).

⁴ Administrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE). Formado por J. Sidklev (sueco) como presidente, y por los árbitros A. Crivellaro (italiano) y B. Sepúlveda-Amor (mexicano).

⁵ Administrado por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Formado por J. Beechey (británico) como presidente, y por los árbitros G. Born (estadounidense) y B. Stern (francesa).

⁶ Administrado por el CIADI. Formado por E. Zuleta (colombiano) como presidente, y por los árbitros J.Ch. Thomas (canadiense) y F. Orrego Vicuña (chileno).

⁷ *BOE*, de 17-5-1995.

Las excepciones a la jurisdicción y admisibilidad planteadas por España siguen las líneas maestras trazadas en los arbitrajes de inversión que ya han finalizado. Se aceptaron únicamente aquellas referidas a las reclamaciones derivadas de las medidas impositivas establecidas por la Ley 15/2012⁸, en virtud de la exclusión prevista en el artículo 21.1 del TCE, ya que estas no fueron introducidas con mala fe (*Novenergia*, paras. 521-525; *Masdar*, paras. 291-294; y *Antin*, paras. 319-323). El resto de excepciones fueron rechazadas.

En primer lugar, aquellas relativas a la interacción entre el TCE y el Derecho de la Unión Europea (UE) corrieron una suerte similar a las ya planteadas en litigios anteriores. Los órganos arbitrales coincidieron en que el TCE resulta aplicable a las controversias iniciadas por los inversores de un Estado miembro de la UE contra otro Estado miembro (*Novenergia*, paras. 453-454; *Masdar*, paras. 312-323; y *Antin*, paras. 212-221). Asimismo, descartaron la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) para conocer sobre estas reclamaciones (*Masdar*, paras. 335-340; y *Antin*, paras. 223-225), en tanto que no se trata de litigios entre “Estados miembros de la UE”, sino de controversias basadas en el TCE. En este mismo contexto, tampoco prosperó el argumento basado en el principio de primacía del Derecho de la UE (*Novenergia*, paras. 456-465).

En segundo lugar, España propuso como excepción en *Masdar* que el inversor extranjero estaba controlado directamente por los Emiratos Árabes Unidos. El órgano arbitral, por su parte, entendió que la controversia afectaba a un inversor extranjero y no tenía carácter inter-estatal⁹.

En tercer lugar, en *Masdar* España alegó sin éxito (para. 199) la falta de jurisdicción *ratione materiae* afirmando que no se reunían los elementos que caracterizan la noción de inversión extranjera (aportación de fondos, asunción de un riesgo y duración). Mientras que en *Antin*, al aceptar el órgano arbitral que el Derecho internacional (DI) de las inversiones admite las reclamaciones presentadas por los accionistas frente a los supuestos daños causados a las sociedades donde aquellos poseen intereses económicos (paras. 268-271), también fracasó la excepción que pretendía restringir la controversia a las reclamaciones directas.

En cuarto lugar, a pesar de que en *Masdar* España solicitó la aplicación de la cláusula de denegación de beneficios prevista en el artículo 17.1 del TCE, por entender que la demandante no ejercía una actividad comercial en su lugar de constitución (los Países Bajos), la mayoría del órgano arbitral consideró que no se cumplían los requisitos establecidos por este precepto para justificar la adopción de una medida de aquella naturaleza (paras. 252-255).

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

⁹ Cabe recordar que en los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI) celebrados por España con algunos Estados del Golfo Pérsico, como Kuwait (*BOE*, de 1-4-2008, artículo 1.2.c) o Arabia Saudí (*BOE*, de 28-11-2016, artículo 1.3.b), se incluye en el concepto de inversor extranjero a los Gobiernos de estos Estados, cuando actúan a través de empresas y fondos soberanos. El APPRI celebrado entre España y Bahrein (*BOE*, de 3-4-2015, artículo 1.2.b), en cambio, guarda silencio.

Y, en quinto lugar, en *Antin* no fructificó la excepción basada en que las demandantes no habrían entablado negociaciones con el Estado para alcanzar una solución amigable de la controversia ni tampoco habrían respetado el plazo de tres meses antes de someterla a arbitraje, en contravención del artículo 26 del TCE. En este punto, el órgano arbitral entendió que la controversia había surgido a partir de un conjunto de medidas legales y, como España no había respondido adecuadamente a las comunicaciones remitidas por las demandantes inicialmente, exigirles la expiración del plazo habría resultado fútil (para. 356).

En conclusión, salvo en lo tocante a la compatibilidad de la Ley 15/2012 con el artículo 10.1 del TCE, los tres órganos arbitrales examinaron el resto de cuestiones de fondo controvertidas.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO.

En *Novenergia* el inversor extranjero invocó la violación de los artículos 10.1 y 13 del TCE. Por su parte, los argumentos de las demandantes en *Masdar* y *Antin* se centraron en el primero de estos preceptos, que consagra la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo. El laudo de *Novenergia*, donde se concluyó que las medidas controvertidas “*have nevertheless left unaffected the Claimant’s proprietary rights*” (para. 761) y se descartó una vulneración de la obligación de no expropiar de manera injustificada y discriminatoria, avala la posición mantenida en *Masdar* y *Antin*, que es a su vez conforme con la solución adoptada en *Eiser* (paras. 353-356).

Los tres órganos arbitrales afirmaron que, aunque el artículo 10.1 del TCE exige la creación de un marco jurídico estable y transparente para las inversiones extranjeras, los Estados pueden adoptar medidas legislativas que lo reformen (*Novenergia*, para. 654; *Masdar*, para. 485; y *Antin*, paras. 530-532 y 555), siempre que estas respeten las legítimas expectativas creadas a las inversiones extranjeras establecidas con anterioridad.

El órgano arbitral en *Eiser* concluyó que estas expectativas no se habían respetado porque el nuevo régimen normativo había supuesto no solo una disminución de la rentabilidad, sino que había privado a los inversores extranjeros de “esencialmente todo el valor de su inversión” (para. 418). Esta afirmación, como advertimos en nuestro comentario sobre este laudo, parecería imponer un estándar bastante exigente.

Sin embargo, el órgano arbitral en *Novenergia* lo matizó de una forma que puede resultar letal para los intereses de España¹⁰, al afirmar que “*the actions of the Respondent need not have obliterated the Claimant’s investment entirely in order for the Tribunal to consider that the Respondent has breached the FET (...). Destruction of the value of the investment is clearly determinative in the assessment of whether a state has breached Article 13 of the ECT, but it is but one of several factors to consider when*

¹⁰ *Eiser* se refiere a la energía termosolar concentrada, mientras que *Novenergia* a la energía solar fotovoltaica.

determining whether a state has breached Article 10(1) of the ECT” (para. 694). Al calor de esta conclusión, el órgano arbitral entendió que una reducción de la rentabilidad de entre un 23% y 32% en el periodo 2013-2016 suponía una “*substantial deprivation*” (para. 695) de la inversión y, en consecuencia, una vulneración de las legítimas expectativas del inversor extranjero.

En *Masdar* se llegó a una conclusión similar tras constatar que, mediante su conducta en el periodo 2007-2010, España había contraído una serie de “*specific commitments*” (paras. 512-521) con los inversores extranjeros. Unos compromisos que posteriormente no había honrado al modificar el marco legal establecido por el Real Decreto (RD) 661/2007¹¹. Nótese que en *Masdar* el órgano arbitral no puso tanto énfasis en determinar el impacto que las medidas habían tenido en la inversión extranjera (aspecto subjetivo), sino que se centró en analizar la (in)estabilidad del marco legal (aspecto objetivo).

Una aproximación parecida se siguió en *Antin*, donde las legítimas expectativas se examinaron a la luz de la normativa controvertida para concluir que el concepto de “*reasonable rate of return*” dispuesto por las medidas adoptadas en 2013 “*is not based on any identifiable criteria. On the contrary, [it] seemingly depends on governmental discretion. This is plain contrast with the relative precision of the Original Regime –in force when the Claimants made their investment– which provided for objective and identifiable criteria for determining the remuneration due*” (para. 568).

Por su parte, los tres laudos han seguido la línea marcada por *Eiser* para calcular la indemnización (*Novenergia*, para. 821; *Masdar*, paras. 521-587 –aunque por mayoría–; y *Antin*, paras. 688-691) conforme al valor presente de los flujos de caja futuros perdidos como consecuencia de las medidas controvertidas.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Los tres laudos comentados imponen a España una indemnización total de 139 millones de euros, más intereses y costas. Junto con el dictado en *Eiser* (por importe de 128 millones de euros, más intereses), además, suponen un serio revés para la posición de España en la saga de 41 arbitrajes sobre las energías renovables. Tras conocerse su desenlace, se produjo un “efecto llamada” y dos nuevos litigios se registraron ante el CIADI¹².

Desde la perspectiva de España, en estos litigios se constata cómo el estándar elegido para decretar la violación de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo se centra no tanto en el impacto económico sufrido por el inversor extranjero, sino en la inestabilidad de la normativa española. Desde la perspectiva de los inversores

¹¹ RD 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE, de 26-5-2007).

¹² *Itochu Corporation c. España* (caso CIADI nº ARB/18/25); y *EBL (Genossenschaft Elektra Baselland), Tubo Sol PE2 S.L. c. España* (caso CIADI nº ARB/18/42).

extranjeros, el impacto de la sentencia dictada por el TJUE en *Achmea*¹³ podría servir para prolongar la litigación en la fase de ejecución de estos laudos y, en el caso de los arbitrajes de inversión administrados extramuros del CIADI (*Novenergia*), impedirlos. Mientras esta saga continúe, resultará imprescindible mirar hacia Luxemburgo, donde el TJUE parece decidido a defender la autonomía y primacía del Derecho de la UE.

Los próximos episodios de la saga de arbitrajes de inversión sobre las energías renovables ofrecen una excelente oportunidad para estudiar cómo evoluciona el contenido de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo en el marco del TCE, así como para examinar las relaciones entre el DI de las inversiones y otros sectores normativos del ordenamiento internacional.

¹³ Sentencia de 6-3-2018, caso C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

**ANOTACIONES A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO,
SALA DE LO CONTENCIOSO, SECCIÓN 5, DE 9 DE JULIO DE
2018, Nº DE RECURSO 715/2017, PONENTE JUAN CARLOS
TRILLO ALONSO**

Eduardo Vilariño Pintos*

I. HECHOS

En la sentencia se plantea si un embajador tiene la facultad de decidir por sí mismo sobre la presentación de un recurso en el Estado receptor, o se requiere que la autoridad competente del Estado acreditante sea quien lo decida y se encuadra en un caso de extradición cuya solicitud hace Turquía a España para la entrega de una persona turca de origen, pero que gozaba de la condición de asilado en Alemania a la que posteriormente se le otorga la condición de nacional alemán, según consta en la Nota Verbal de la Embajada de Alemania en España 412/2017, de 25 de septiembre de 2017, como consecuencia de que Turquía le retirase la nacionalidad turca de origen y como forma de proteger al afectado contra la persecución de que había sido objeto en su condición de refugiado político.

El recurso se interpone por la procuradora en nombre y representación del Embajador de Turquía en España con el objeto de impugnar el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 2017 por el que resuelve la no continuación por vía judicial del procedimiento de extradición del ciudadano de nacionalidad alemana, cuya entrega solicitaba Turquía. La sentencia falla desestimando el recurso, al considerar que respecto al fondo del asunto no han sido desvirtuadas las razones expuestas en el Acuerdo recurrido para denegar la no continuación del procedimiento de extradición.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Sin embargo, aunque la conclusión del asunto pueda considerarse correcta en tanto que no ha habido lugar a la extradición, es necesario hacer determinadas observaciones a la presente Sentencia, tanto desde el derecho de extradición, como desde el derecho diplomático.

1. Sobre el derecho de extradición

En cuanto al *derecho de extradición*, aunque quizá no viniera necesariamente al caso en esta Sentencia, hay que señalar que la extradición se habrá tramitado de conformidad con el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 del que son parte tanto Turquía (18-4-1960) como España (5-8-1982), que excluye la denegación de la extradición por delitos políticos que se intuye sería la razón de la solicitud de

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid (jubilado) (e.v.p@cps.ucm.es)

extradición, con independencia de que tampoco hubiese lugar a la entrega de un asilado, de conformidad con el art. 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, cualquiera que sea el Estado parte en el que se encuentre, denegación en caso de asilados que también se establece en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, en su art. 4.8.

Por otra parte, si bien la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, dispone en el art.12.1 a), que el Tribunal Supremo, en su Sala de lo Contencioso-Administrativo, es competente para conocer de los actos y disposiciones del Consejo de Ministros, podría discutirse si en el presente caso cabría recurso o contrariamente, sobre la base de una interpretación concordada de la Ley de Extradición Pasiva, no debería ser admitido. En efecto, es cierto que el art. 9 de la Ley al regular la intervención del Gobierno para manifestarse si ha de continuar o no en vía judicial el procedimiento de extradición, nada dice sobre la posibilidad o no de recurrir el acuerdo del mismo tanto si es positivo como si es denegatorio; sin embargo, en el art. 6 de la misma Ley al disponer que el Gobierno no queda vinculado cuando el Tribunal declare procedente la extradición, si el Gobierno la deniega, contra este acuerdo se dice expresamente que no cabrá recurso alguno. En esta situación, si se tiene en cuenta que se trata en ambas situaciones de una denegación del Gobierno que impide definitivamente la entrega de la persona reclamada, si bien en distintos momentos del procedimiento de extradición, al no decirse expresamente en el art. 9 que contra la denegación cabe recurso, bien podría entenderse que, también en esta situación, es de aplicación la inexistencia de recurso que establece el art. 6 y, en consecuencia, sobre esta base no debería haberse admitido el recurso.

2. El derecho diplomático

En cuanto al *derecho diplomático*, la admisión del recurso, no es ya discutible sino absolutamente improcedente. Tiene razón la Abogacía del Estado en su escrito de contestación a la demanda cuando niega que el Embajador (Sr. Bruno) tenga legitimación “cuando ni es la persona sujeta a extradición ni consta que haya intervenido en el procedimiento de extradición ante el Ministerio de Justicia ni ante la Audiencia Nacional” y también acierta, al señalar que “una cosa es el poder de representación que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad”.

El problema, efectivamente, se centra en el entendimiento de la representación diplomática que no corresponde a la consideración que de la misma hace el Tribunal Supremo. No se trata de la representación en el estricto sentido técnico-jurídico que también se da en el derecho internacional, por ejemplo, cuando un Estado o en general un sujeto de derecho internacional representa a otro ante un tercer sujeto y que implica la entrada en juego de tres sujetos: el representado, el representante y aquel ante el cual se ejerce la representación, sino que la representación diplomática, tanto en el orden bilateral como en el multilateral, supone una relación directa, inmediata entre un sujeto

y otro u otros, a través del órgano competente para ello que son las representaciones diplomáticas.

La representación diplomática significa, así, la presencia de un sujeto de derecho internacional en sus relaciones exteriores a través de órganos o personas que los encarnan o integran que, específicamente capacitados para ello, actúan en su nombre y asumen para el mismo, básicamente, todo tipo de compromisos políticos y jurídico-internacionales respecto a otros sujetos. Por ello, el término representación, relativo a la representación diplomática, no debe llevar a confusión con la representación jurídica *stricto sensu*, se trata más bien de órganos o personas que son *portavoces*, ya que es el mismo sujeto el que actúa a través de ellos. La representación diplomática abarca, modernamente, tres aspectos: *simbólico*, es decir, la representación hace presente al sujeto a quien representa ante los demás sujetos; *político*, es decir, la representación defiende propugna y ejecuta la política exterior del sujeto representado a través de las acciones concretas que se le encomienden o las que, en cumplimiento de las instrucciones que se le den, pueda diseñar la propia representación; *jurídico*, es decir, la representación puede realizar declaraciones jurídicamente vinculantes en derecho internacional para el sujeto en nombre del cual actúa y asumir en su nombre derechos y obligaciones conforme al derecho internacional, en todo caso siempre siguiendo las instrucciones del sujeto que le acredita.

Hay que señalar, también, que la representación diplomática se ejerce en nombre del sujeto mismo considerado en su totalidad, es decir, si tomamos al Estado como sujeto típico y tal como ocurre en el caso objeto de la Sentencia, el órgano diplomático representa al Estado en su conjunto, en tanto ente político sujeto de derecho internacional, no se representa particularmente ni al jefe del Estado, ni al pueblo, ni únicamente a un determinado poder u órgano del Estado, ello con independencia de que sea el poder ejecutivo quien de las instrucciones pertinentes a las representaciones diplomáticas, porque, efectivamente, es el gobierno quien tiene atribuidas tales competencias a través del ministerio de relaciones exteriores.

Esta -aquí expuesta- y no otra, es la forma de entender la función de representación a la que se refiere el art. 3.1,a) de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas, cuando al enunciar las funciones de una misión diplomática, dice: “Representar al Estado acreditante ante el Estado receptor”.

En consecuencia, un jefe de misión diplomática por sí mismo, sin recibir las instrucciones pertinentes y con la documentación debida emanada del órgano competente del Estado acreditante, no puede, como en el caso concreto que nos ocupa, plantear el recurso contra el acuerdo del Consejo de Ministros, no está en absoluto legitimado e implica una actuación *ultra vires*. Del mismo modo que la misión o el jefe de la misión diplomática no puede *per se* proceder a plantear un procedimiento de extradición, sino que éste, salvo cuando los convenios prevén que la solicitud de extradición pueda hacerse directamente -si así se acuerda- entre autoridades judiciales del Estado requirente y del Estado requerido, la misma se ha de tramitar por vía diplomática, es decir, la misión diplomática recibe el expediente de la solicitud que ha

de trasladar al gobierno del Estado receptor del que se requiere la extradición. Como puede comprenderse este cometido de tramitación tampoco faculta al jefe de misión para actuar por su cuenta en el proceso de extradición.

La Sentencia para justificar la legitimación del jefe de la misión entra, también, en la función de protección que igualmente recoge el art. 3 de la citada Convención y en la obligación que el art. 25 de la misma, impone al Estado receptor de dar toda clase de facilidades a la misión diplomática para el ejercicio de sus funciones. Así ocurre cuando considera que “el término ‘proteger’, utilizado en el apartado b [del art, 3.1 de la Convención de Viena] difícilmente puede entenderse sin la facultad de mención y cuando en el artículo 25 se prevé que el estado receptor dará toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la misión”.

Tampoco tales alegaciones sirven para legitimar la actuación del jefe de la misión. De nuevo no se interpreta bien el alcance de tales disposiciones. El art. 3.1,b) dice que es función de la misión diplomática “proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional”. Respecto a la protección de los intereses del Estado acreditante, sin entrar en el alcance que puedan tener estos intereses, no viene al caso, pero siempre sería siguiendo las instrucciones de este Estado; respecto a los intereses de sus nacionales, se está haciendo referencia a la figura de la protección diplomática, que también podrá ejercer la misión si así lo decide el Estado acreditante y que está sujeta a una serie de requisitos que se han de cumplir por el nacional para que, en su caso, pueda ser ejercida. Y todo siempre conforme con el derecho internacional que en esta materia no es referente al caso que nos ocupa. Nada que ver con el asunto objeto de la Sentencia y, por ello, no sirve para la legitimación del jefe de la misión.

El art. 25 está, igualmente, fuera del contexto del asunto sentenciado. Este artículo está referido a facilidades diríamos materiales o físicas, como complemento del *status* diplomático, para que la misión pueda ejercer correctamente sus funciones; se trata en concreto de remover cualquier obstáculo. Son facilidades que han de ser razonables, no exigibles por mera comodidad o capricho, como señala la CDI, que podrán ser de muy diverso contenido a lo largo de la vida de la misión y que obviamente no pueden estar reguladas específicamente por la Convención de Viena que solamente se refiere a dos casos, el del art. 21 para obtener locales para la misión y vivienda para sus miembros, y el del art. 44 para la salida del Estado receptor de los miembros de la misión y de sus familias que disfruten de *status*, en caso de conflicto armado. Nada por lo tanto que facilite acciones judiciales por el jefe de misión.

III. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, el Tribunal Supremo debería haber aplicado el art. 69, b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo que dispone que la sentencia declarará la inadmisibilidad del recurso cuando se hubiera interpuesto por persona no legitimada.