

CRÓNICAS

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**POR C. QUESADA ALCALÁ, N. I. CABALLERO PÉREZ, M. GARCÍA CASAS,
E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO, E. M. RUBIO FERNÁNDEZ,
E. AMOR VÁZQUEZ, M. E. SALAMANCA AGUADO, V. MILANO,
A.D. ARRUFAT CÁRDABA Y R. M. FERNÁNDEZ EGEA**

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

SUMARIO:

ISRAEL DEFIENDE LO INDEFENDIBLE: DECISIONES DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON LAS IMPUGNACIONES DE ISRAEL, BASADAS EN LOS ARTÍCULOS 18 Y 19 DEL ESTATUTO DE ROMA (ICC-01/18-375, Y ICC-01/18-374)

POR C. QUESADA ALCALÁ PP. 459-464

COMENTARIO A LA DECISIÓN DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE 24 DE OCTUBRE DE 2024 (*SITUATION IN UKRAINE*)

POR N. I. CABALLERO PÉREZ pp. 465-469

SENTENCIA DE OBJECIONES PRELIMINARES EN EL ASUNTO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (ARMENIA C. AZERBAIJAN), DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2024

POR M. GARCÍA CASAS pp. 471-474

EL AUTO DE MEDIDAS CAUTELARES DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 27 DE JULIO DE 2024 EN EL ASUNTO *ZHENG HE* (LUXEMBURGO C. MÉXICO)

POR E. JIMÉNEZ PINEDA Y D. GONZÁLEZ GRECO pp. 475-478

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

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

EL FORTALECIMIENTO DEL MARCO INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN FRENTE AL RACISMO INSTITUCIONAL Y LA DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL: LA SENTENCIA EN EL CASO DOS SANTOS NASCIMENTO Y FERREIRA GOMES c. BRASIL, DE 7 DE OCTUBRE DE 2024

POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ..... pp. 479-484

GADEA MANTILLA c. NICARAGUA: INTEGRIDAD ELECTORAL, ESTADO DE DERECHO Y EL DERECHO A LA DEMOCRACIA SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 2024

POR E. AMOR VÁZQUEZ..... pp. 485-489

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *PINDO MULLA c. ESPAÑA*: EL RESPETO A LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE EN EL ÁMBITO SANITARIO.

POR M.E. SALAMANCA AGUADO..... pp. 491-495

LA SENTENCIA DEL TEDH DEL 10 DE OCTUBRE DE 2024 EN EL CASO *T.V. c. ESPAÑA*: LA PRIMERA CONDENA INTERNACIONAL DE ESPAÑA EN MATERIA DE TRATA DE SERES HUMANOS, CENTRADA EN EL DEBER DE INVESTIGAR

POR V. MILANO..... pp. 497-502

LA POSICIÓN DEL TEDH A PROPÓSITO DE LA EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN POR VULNERACIÓN DE NORMAS DE *IUS COGENS*: LA DECISIÓN DE 15 DE OCTUBRE DE 2024 EN EL ASUNTO *SASSI Y BENCHELLALI c. FRANCIA*.

POR A. D. ARRUFAT CÁRDAVA..... pp. 503-507

LA SENTENCIA 142/2024 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2024, SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL MAR MENOR

POR R. M. FERNÁNDEZ EGEA pp. 509-513

ISRAEL DEFIENDE LO INDEFENDIBLE: DECISIONES DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN RELACIÓN CON LAS IMPUGNACIONES DE ISRAEL, BASADAS EN LOS ARTÍCULOS 18 Y 19 DEL ESTATUTO DE ROMA (ICC-01/18-375, Y ICC-01/18-374)

CARMEN QUESADA ALCALÁ*

I. LAS IMPUGNACIONES DE ISRAEL

Conforme a la petición de la Fiscalía, el 21 de noviembre de 2024, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (CPI), emitió por unanimidad dos decisiones rechazando las impugnaciones presentadas por el Estado de Israel (Israel) interpuestas en virtud de los artículos 18¹ y 19² del Estatuto de Roma (ER). Y también emitió órdenes de detención contra Benjamin Netanyahu³ y Yoav Gallant⁴, por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en la situación palestina desde el 8 de octubre de 2023 hasta al menos el 20 de mayo de 2024. Por otro lado, emitió una orden de detención contra Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri, Deif⁵. Las órdenes de detención se calificaron como “secretas”, con el fin de proteger a los testigos y salvaguardar el desarrollo de las investigaciones. Sin embargo, sí se hicieron públicos los argumentos relativos al rechazo de las impugnaciones realizadas por Israel.

En la primera recusación, presentada el 20 de septiembre, Israel solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares que ordenara a la Fiscalía, “de conformidad con el artículo 18(1) del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁶, que notificara a Israel sobre cualquier investiga-

* Carmen Quesada Alcalá es Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) (cquesada@der.uned.es).

1 ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in the State of Palestine, Decision on Israel’s request for an order to the Prosecution to give an Article 18(1) notice, 21 November 2024, ICC-01/18-375.

2 ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation in the State of Palestine, Decision on Israel’s challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2) of the Rome Statute, 21 November 2024, ICC-01/18-374.

3 Primer ministro de Israel.

4 Ministro de Defensa de Israel.

5 Líder militar palestino, comandante en jefe de las Brigadas de Ezzeldin Al-Qassam, el ala militar del Movimiento de Resistencia Islámica.

6 El espíritu que inspira este artículo 18 del ER es lograr que el arreglo entre el Estado interesado y la Corte, respecto del conocimiento de un asunto, se consiguiera en un estadio temprano, antes incluso de la fase post-investigatoria. Los objetivos de dicho artículo son, pues, los siguientes: conceder el derecho a los Estados a actuar primero; permitir a los Estados ejercer su jurisdicción en un estadio temprano antes de que el Fiscal se vea implicado en investigaciones; asegurar que el Fiscal, en el ejercicio de sus poderes discrecionales, sea responsable ante alguna instancia superior, la Sala de Cuestiones Preliminares, compuesta por

ción que esté llevando a cabo o que pretenda llevar a cabo sobre los sucesos ocurridos en Gaza y sus alrededores a partir del 7 de octubre de 2023” (para. 1). Hemos de resaltar que Israel reconoció que la Fiscalía le proporcionó una notificación (del art. 18 del ER) el 9 de marzo de 2021, después de que Fatou Bensouda abriera formalmente la investigación sobre Palestina. Sin embargo, argumentó que la notificación original no era suficientemente específica (para. 9). Pero, incluso si dicha notificación hubiera sido suficientemente específica⁷, se hubiera necesitado una nueva notificación del art. 18 a la luz de la investigación de la Fiscalía posterior al 7 de octubre. Con respecto al segundo argumento, Israel alegó que la Fiscalía debía proporcionarle una notificación nueva o revisada del artículo 18(1) cuando cambiaron los parámetros definitorios de su investigación, como ocurrió después del 7 de octubre de 2023 (para. 2)⁸.

Si la Sala de Cuestiones Preliminares hubiera estado de acuerdo con cualquiera de las dos alegaciones, la Fiscalía habría tenido que emitir una nueva notificación en virtud del artículo 18. Israel habría tenido entonces 30 días para informar a la Fiscalía que estaba llevando a cabo sus propias investigaciones sobre Netanyahu y Gallant. De haberlo hecho, la Fiscalía habría tenido que suspender su investigación hasta que pudiera convencer a la Sala de que los esfuerzos de Israel no eran suficientes para satisfacer la complementariedad. Ese proceso habría retrasado meses la emisión de las órdenes de detención. Afortunadamente, la Sala de Cuestiones Preliminares no aceptó dichos argumentos.

jueces independientes de diferentes naciones y sistemas jurídicos; y, finalmente, permitir que el Fiscal se vea liberado de acusaciones infundadas y manipulaciones políticas por parte de los Estados poderosos, al emitirse esta decisión preliminar en una fase precoz (NTANDA NSEREKO, D., “Article 18. Preliminary rulings regarding admissibility”, en TRIFFTERER, O. (ed.): *Comment on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers’ Notes, Article by Article*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 397).

7 Así, de acuerdo con la Sala de Apelaciones de la CPI en la situación de Filipinas, dicha notificación ha de ser suficientemente específica como para permitir a un Estado proveer información en relación con las investigaciones domésticas y enjuiciamientos conforme al art.18 (1) ER y demostrar el grado de reflejo en el nivel nacional del alcance del enjuiciamiento que pretende la Fiscalía (ICC, Situation in the Republic of the Philippines, Public document Judgment on the appeal of the Republic of the Philippines against Pre-Trial Chamber I’s “Authorisation pursuant to article 18(2) of the Statute to resume the investigation”, 18 July 2023, No. ICC-01/21 OA, para.107).

8 A juicio del país que impugnaba, el alcance del cambio posterior al 7 de octubre de 2023 se reflejaba en dos nuevas remisiones presentadas por siete Estados que habían invocado la jurisdicción de la corte por primera vez con respecto a nuevos crímenes, nuevas circunstancias y nuevos posibles perpetradores: una nueva “situación de crisis”. En este sentido, Israel constata que algunos de los nuevos crímenes están en conexión con el hecho de causar inanición a la población civil, lo que no estaba contemplado en la notificación realizada en 2021. Ya sea que haya surgido una nueva situación o que hayan cambiado los parámetros definitorios de la investigación de la Fiscalía dentro de la situación existente, el resultado es el mismo: se debía dar una nueva notificación del artículo 18(1) a Israel para permitirle ejercer sus derechos procesales bajo el artículo 18(2), de manera que informase a la CPI de que estaba investigando estos actos (SHANY, Y.; COHEN, A., “The Prosecutor’s Circumvention of Article 18 Complementarity? A Flaw in the ICC’s Palestine Investigation”, *Just Security*, 1 June 2024, p. 6, en <https://www.justsecurity.org/96296/icc-article-18-complementarity/>).

II. LOS ARGUMENTOS DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES

En efecto, la Sala de Cuestiones Preliminares rechazó por unanimidad las impugnaciones de Israel. Comenzó rechazando la alegación de que la notificación de 2021 en virtud del artículo 18 ER era inadecuada (para. 11). A su juicio, estimó que la Fiscalía cumplió con sus obligaciones legales al proporcionar la notificación a Israel y a otros Estados⁹. Dicha información se compone básicamente de: los parámetros generales de la situación y suficiente detalle respecto a los grupos o categorías de personas en relación con la delincuencia pertinente, incluidos los patrones y formas de delincuencia. En este caso concreto, la Sala de Cuestiones Preliminares destacó específicamente que la notificación incluía los tipos de presuntos delitos, los posibles presuntos autores, el punto de partida del período pertinente, así como una referencia a información adicional relevante, incluido el resumen de las conclusiones de la investigación preliminar de la Fiscalía. Por lo tanto, y a su juicio, la notificación fue suficientemente específica.

Finalmente, la Sala de Cuestiones Preliminares rechazó el argumento de Israel de que la investigación posterior al 7 de octubre constituía una “nueva situación” que requería que la Fiscalía presentara a Israel una nueva notificación en virtud del artículo 18¹⁰. En opinión de la Sala, la investigación actual no difería sustancialmente de la iniciada por la Fiscal Bensouda en 2021 como para requerir una nueva notificación (para. 15). De hecho, la notificación realizada en su momento se refería a presuntos crímenes cometidos en el contexto de un conflicto armado internacional, la presunta conducta de Israel en el contexto de una ocupación y la de ambas partes en el seno de un conflicto armado no internacional entre Hamás e Israel.

Además, si nos fijamos en las solicitudes de la Fiscalía respecto de las órdenes de detención de Netanyahu, Gallant y Deif, la Fiscalía alega conductas en el seno del mismo tipo de conflictos armados, en los mismos territorios y con las mismas presuntas partes en dichos conflictos. Por lo tanto, en opinión de la Sala, no se ha producido ningún cambio sustancial en los parámetros de la investigación sobre la situación. En todo caso, conviene recordar que, cuando se invoca el art.18 ER, la complementariedad posee diferentes perfiles a cuando se invoca el art.19 ER. Conforme al art. 19, la CPI ha introducido el test “misma persona/sustancialmente misma con-

9 Como explicó la Sala de Apelaciones en una sentencia anterior, una notificación en virtud del artículo 18(1) del Estatuto “deberá contener información pertinente a los efectos del artículo 18, párrafo 2, del Estatuto” (ICC, Appeals Chamber, Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I, Judgment on the appeal of the Bolivarian Republic of Venezuela against Pre-Trial Chamber I’s “Decision authorising the resumption of the investigation pursuant to article 18(2) of the Statute”, 1 March 2024, N.º ICC-02/18-89, paras. 110 y 114).

10 Igualmente, dicha Sala señaló que, si bien Israel envió a la Fiscalía una carta el 1 de mayo de 2024 solicitando formalmente el aplazamiento de la investigación sobre Palestina, dicha carta llegó tres años después de que expirara el plazo de 30 días (para. 12). Por lo tanto, la solicitud de Israel era inválida, si tenemos en cuenta que el fin del art.18.2 ER no es sino permitir que se presenten objeciones de admisibilidad relacionadas con la complementariedad en la etapa inicial de la investigación y no en un momento en que esta haya avanzado sustancialmente. De este modo, según la Sala, cuando a un Estado se le da la oportunidad de hacer valer su derecho a ejercer su jurisdicción, pero éste declina o descuida hacerlo, o no puede hacerlo, la investigación puede continuar (para. 14).

ducta”¹¹, por lo que se precisa un cierto grado de similitud entre la investigación doméstica y la internacional. Sin embargo, en cuanto a la aplicación del art.18 ER, dichos criterios tienden a ser más flexibles, por lo que en esta situación la notificación se había llevado a cabo de modo correcto.

Para llegar a esa conclusión, la Sala de Cuestiones Preliminares se inspiró en una decisión de la Sala de Apelaciones en el caso de Afganistán¹², destacando que la posición de Israel implicaría, en la práctica, que la investigación de la Fiscalía, en cada situación, se limitaría a los incidentes y delitos abordados durante el examen preliminar y descritos en la notificación del artículo 18. Para la Sala, dicha limitación no es correcta, a la luz de su jurisprudencia anterior. La Sala de Cuestiones Preliminares concluyó su análisis señalando que Israel aún tenía derecho a impugnar la admisibilidad de las causas contra Netanyahu y Gallant mediante las vías procesales pertinentes. Así, el artículo 19(2)(b) del ER permite a un Estado con jurisdicción sobre una causa impugnar la admisibilidad de dicha causa, porque está investigando o enjuiciando, o ha investigado o enjuiciado la propia causa (para. 16). Haciendo uso de la posibilidad sugerida, y dos días después de presentar su impugnación en virtud del artículo 18, Israel solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el artículo 19¹³, que desestimara las solicitudes de órdenes de arresto contra Netanyahu y Gallant, alegando que la Corte carecía de jurisdicción sobre los crímenes cometidos en Palestina por ciudadanos israelíes. En este sentido, no podemos olvidar que para atenerse a los requerimientos de la complementariedad del art.19 ER, la investigación ya debería centrarse en sospechosos y crímenes específicos y determinados. El argumento de Israel se basaba en tres pilares interrelacionados¹⁴. El primero era atinente a la falta de estatalidad de Palestina, de modo que la CPI no puede ejercer jurisdicción territorial sobre crímenes cometidos en territorio palestino; el segundo se refería a que cualquier ejercicio de jurisdicción de la Corte sobre crímenes cometidos en territorio palestino debía fundamentarse en las disposiciones jurisdiccionales de los Acuerdos de Oslo; y el tercero aludía a que, en virtud de los Acuerdos de Oslo, las autoridades palestinas no tenían jurisdicción sobre los nacionales israelíes en relación con los crímenes presuntamente cometidos en el territorio identificado en las solicitudes de órdenes de detención.

En efecto, Israel alegaba que la llamada “situación de Palestina” ante la CPI no es posible, puesto que el territorio en cuestión es indeterminado, dado la discutible soberanía de Palestina como Estado (paras. 7 y 8). La ausencia de territorio palestino soberano implica que no existe un territorio de un Estado (en el sentido del Artículo 12(2)(a)) ER), sobre el cual la CPI pueda ejercer su jurisdicción. De adoptar la postura contraria, en opinión de Israel, debería existir un

11 SHANY, Y.; COHEN, A., “The Prosecutor’s Circumvention of Article 18 Complementarity? A Flaw in the ICC’s Palestine Investigation”, *Just Security*, 1 June 2024, p.3, en <https://www.justsecurity.org/96296/icc-article-18-complementarity/>

12 Appeals Chamber, *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, Judgment on the Prosecutor’s appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II entitled “Decision pursuant to article 18(2) of the Statute authorising the Prosecution to resume investigation”, 5 March 2020, ICC-02/17-138.

13 Registry Transmission of “Israel’s challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2) of the Rome Statute”, 20 September 2024, ICC-01/18-354-SECRET-Exp.

14 HELLER, K. J., “An Overview of the Principle of Complementarity”, *Opinio Iuris*, 24 May 2024, <https://opiniojuris.org/2024/05/24/an-overview-of-the-principle-of-complementarity/>

pronunciamiento judicial sobre la soberanía sobre el territorio en cuestión (con reivindicaciones en disputa). Si la Corte procediera, por tanto, a delimitar dicho territorio, estaría actuando en contra de los acuerdos vinculantes entre israelíes y palestinos, adoptando decisiones que no son propias de un tribunal penal internacional. En consecuencia, Israel opina que habremos de atenernos a los Acuerdos de Oslo, a la luz de la indeterminación de la soberanía de Palestina a la espera de negociaciones sobre su estatus definitivo. Dichos Acuerdos de Oslo son los que establecen las competencias jurisdiccionales sobre el territorio entre las Partes durante el período provisional. Conforme a dicho instrumento jurídico, las autoridades palestinas carecen de jurisdicción penal, ni de Derecho ni de hecho, sobre el Área C, Jerusalén y los ciudadanos israelíes. De este modo, las autoridades palestinas no pueden delegar válidamente dicha jurisdicción en la Corte Penal Internacional. Respecto de la estatalidad de Palestina, conviene recordar el voto separado del Juez Gómez Robledo en la Opinión Consultiva ante la CIJ, “the State of Palestine ‘fully meets’ the conditions for membership in the United Nations according to the Charter”¹⁵. Dicho Juez incluso citó la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, de 5 de febrero de 2021¹⁶, que confirmaba que Palestina no puede ser tratada de otra manera que como un Estado en virtud del Derecho Internacional. En relación con los Acuerdos de Oslo, algunas voces apuntan a que, en realidad, respaldan la opinión contraria a la de Israel¹⁷. Conforme a dichos Acuerdos, el Consejo Palestino puede legislar sobre la base de la jurisdicción territorial y funcional, «excepto para los israelíes», como señaló la Sala de Cuestiones Preliminares en 2021¹⁸. En otras palabras, Palestina puede aplicar la justicia penal a los nacionales de todos los Estados, «excepto para los israelíes». Además, hemos de tomar en consideración que Palestina es un territorio ocupado, tal y como ha reconocido la Corte Internacional de Justicia¹⁹. En todo caso, la Sala de Cuestiones Preliminares no entró en dichos tecnicismos jurídicos, sino que desestimó unánimemente la impugnación de Israel por considerarla prematura. Como señaló, un Estado no puede invocar el artículo 19 para impugnar la competencia de la Corte hasta que se haya emitido una orden de detención o una citación para un sospechoso en particular (para. 17).

III. CONCLUSIONES

En todo caso, desestimadas las impugnaciones, las órdenes de arresto ya se han emitido, por lo que Israel ahora puede volver a presentar sus impugnaciones de jurisdicción y admisibili-

15 ICJ, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, Advisory Opinion*, 19 July 2024, Separate Opinion of Judge Gómez Robledo, para. 9.

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

17 Solicitud del profesor William Schabas para presentar observaciones *amicus curiae*, ICC-01/18-186-SE-CRET, ExpAnx. ICC-01/18-257 30-07-2024 3/12 PT, N.º ICC-01/18 4/12, p.5.

18 ICC, *Situation in Palestine*, Decision on the Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court’s territorial jurisdiction in Palestine, 5 February 2021, N.º ICC-01/18, para. 125.

19 ICC, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2004, p. 136.

dad. De hecho, ambas decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares han sido apeladas²⁰. Mientras tanto, somos conscientes de que la Sala de Cuestiones Preliminares I, ha autorizado la emisión de las órdenes de arresto de Netanyahu y Gallant, solicitadas por la Fiscalía. Con todo, nada hace presagiar su efectividad, pese a que 124 Estados Parte en el Estatuto de Roma de la CPI tienen la obligación de entrega de dichas personas ante la CPI. La falta de cooperación con la CPI de Mongolia, Estado Parte, en relación con la entrega de Putin no hace sino confirmar nuestros peores presagios, también en relación con la situación de Palestina...

20 ICC, *Situation in Palestine*, Appeals Chamber, Decision on the Presiding Judge of the Appeals Chamber in the appeal of the State of Israel against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on Israel’s request for an order to the Prosecution to give an Article 18(1) notice”, 29 November 2024, N.º ICC-01/18-389; ICC, *Situation in Palestine*, Appeals Chamber, Decision on the Presiding Judge of the Appeals Chamber in the appeal of the State of Israel against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on Israel’s challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2) of the Rome Statute, 29 November 2024, N.º ICC-01/18-390.

COMENTARIO A LA DECISIÓN DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES II DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE 24 DE OCTUBRE DE 2024 (*SITUATION IN UKRAINE*)

NIEVES IRENE CABALLERO PÉREZ*

I. ANTECEDENTES

La Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución de fecha 2 de marzo de 2022, condenó la operación militar especial realizada por la Federación de Rusia en Ucrania negándole legitimidad a cualquier ocupación territorial y mostrando preocupación por el nivel operativo del armamento nuclear y el deterioro de la situación humanitaria, así como la repercusión en la inseguridad alimentaria global¹.

Ante la ausencia de consenso por parte de los miembros del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en la adopción de medida coactiva o sancionadora conforme al artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, el Estado ucraniano, ante la agresión sufrida², insta de la Corte Internacional de Justicia demanda por incumplimiento de las obligaciones internacionales en relación a la vulneración de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948³, a la vez que denuncia la responsabilidad de los dirigentes de la Federación

* Doctora en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (nievescab90@gmail.com). Profesora Sustituta del Área de Ciencia Política y de la Administración de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

1 ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. “Agresión contra Ucrania”. Resolución de 2 de marzo de 2022, 1.ª Sesión Plenaria, N.º de referencia A/RES/ES-11/1. Disponible en: <https://docs.un.org/es/A/RES/ES-11/1>. Consultado el día 20 de abril de 2025.

2 La disgregación territorial de la Unión de República Socialista Soviética tras el Tratado de Belavezha del 8 de diciembre de 1991 estableció una Comunidad de Estados Independientes, que en el caso de Ucrania y la Federación rusa concluye con el Tratado de Amistad, Cooperación y Asociación de 31 de mayo de 1997 que determinaba el respeto a las fronteras.

La invasión de la península de Crimea por parte de la Federación rusa el 20 de febrero de 2014 y el apoyo militar a los grupos prosoviéticos de la zona del Donbas en el mes de abril del mismo año, así como los cambios políticos acontecidos en la presidencia ucraniana determinaron un nuevo marco en las relaciones entre ambos países que conllevó la expiración de Tratado de Amistad el 31 de marzo de 2019.

El conflicto territorial adquiere una nueva dimensión cuando en la denominada “Operación Relámpago”, el presidente de la Federación rusa Vladimir Putin ordena a su ejército la invasión y ocupación del territorio de Ucrania, dando con ello inicio al conflicto bélico que persiste en la actualidad.

3 En la exigibilidad de responsabilidad al Estado ruso, la Corte Internacional de Justicia decretó mediante Orden de 16 de marzo de 2022 la suspensión inmediata de las operaciones militares en territorio ucraniano, determinando por Sentencia de 2 de febrero de 2024 su competencia para resolver sobre la vulneración del Derecho internacional por parte de Rusia, continuándose la tramitación de dicho procedimiento (*Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*

rusa por la comisión de crímenes internacionales cometidos en su territorio por la ocupación del mismo.

La Fiscalía de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), ampliando las informaciones recabadas previamente desde el año 2014, anunció con fecha 2 de marzo de 2022 el inicio de las investigaciones por la comisión de crímenes de guerra, de genocidio o de lesa humanidad a instancia de varios Estados Partes del Tratado de Roma⁴.

A su solicitud, la Sala de Cuestiones Preliminares II, en su Decisión de 17 de marzo de 2023, dicta Orden de detención contra el Presidente Vladimir Putin y la Comisaria para los Derechos del Niño de la Oficina del Presidente Alekseyevna Lvova-Belova, al estimarlos responsables de desplazamiento forzado y deportación de menores de edad en el contexto de un crimen de agresión⁵, siendo ampliadas posteriormente en fechas de 5 de marzo de 2024 y de 25 de junio del mismo año dicha Decisión de detención contra el Teniente General de las Fuerzas Armadas Sergei Ivanovich Kobylash, al Almirante de la Marina Viktor Nikolayevich Sokolov, al Ministro de Defensa Sergei Kuzhugetovich Shoigu y a la Jefa del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas Valery Vasilyevich Gerasimov por la comisión de crímenes de guerra contra la población civil⁶.

Con motivo de la visita oficial prevista de Vladimir Putin al Estado mongol para conmemorar el 85.^a Aniversario de la *Batalla de Jaljin Gol*, la Corte de oficio notifica a las autoridades de Mongolia requiriéndole para que le informe sobre la visita y recordándole el cumplimiento de la Decisión dictada. Ante ello Mongolia, invocando las facultades previstas en el artículo 97 del Estatuto de la CPI, solicita que le indique la forma de proceder ante el incumplimiento de sus obligaciones internacionales que conllevaría la detención de un jefe de Estado extranjero ajeno al Tratado de Roma en su territorio, al que no le vincula las obligaciones con respecto a la Corte y su inmunidad viene amparada por norma consuetudinaria de Derecho internacional. La Sala comunicó, con fecha 2 de septiembre de 2024, que la inmunidad personal de los jefes de Estados extranjeros no es oponible a su cumplimiento de las obligaciones internacionales con respecto a la Corte⁷.

(*Ukraine v. Russian Federation*), *Provisional Measures, Order of 16 March 2022*, I.C.J. Reports 2022; y *Preliminary Objections, Judgment of 2 February 2024*).

- 4 Ucrania había suscrito el Tratado de Roma el 20 de enero de 2000, siendo depositado el instrumento de ratificación el 25 de octubre de 2024. No obstante, y con anterioridad a su ratificación, el Estado Ucraniano había enviado una declaración en fecha 9 de abril de 2014 y otra posterior de fecha 8 de septiembre de 2015 aceptando la competencia de la Corte.
- 5 OFFICE OF THE PROSECUTOR. “Annual Report of the Office of the Prosecutor”, of 6th of December 2023. Disponible en <https://www.icc-cpi.int/news/annual-report-office-prosecutor-2023>. Consultado el día 15 de abril de 2025: pp. 27-28.
- 6 OFFICE OF THE PROSECUTOR. “Annual Report of the Office of the Prosecutor”, of 4th of December 2024. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-annual-report-2024>. Consultado el día 15 de abril de 2025: pp. 22-24.
- 7 “Situation in Ukraine. Finding under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Mongolia with the request by the Court to cooperate in the arrest and surrender of Vladimir Vladimirovich Putin and referral to the Assembly of States Parties”, Pre-Trial Chamber II, 24th of October 2024, No. ICC-01/22-90, pp. 3-5.

Mediante Decisión de 24 de octubre de 2024, la Sala de Cuestiones Preliminares II constata el incumplimiento del Estado mongol de sus obligaciones con respecto a la Corte trasladando dicho incumplimiento a la Asamblea de los Estados Partes conforme a lo establecido en la Norma 109.4 del Reglamento de la Corte⁸.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La Decisión adoptada por la CPI reitera el deber de cumplimiento de Mongolia como Estado Parte del Estatuto señalando que resulta irrelevante al caso que la Orden de detención haya sido acordada frente a un Alto Cargo o funcionario de un Estado no Parte del Tratado de Roma, así como la irrelevancia de las inmunidades personales o materiales con respecto a la Corte al no poder ser oponibles al ejercicio de su jurisdicción.

Al tratarse la Orden de detención dada de un Alto Cargo de un Estado no Parte (Jefe de Estado), Mongolia alega en su consulta que el cumplimiento de la Orden sería contrario a sus obligaciones internacionales al ser la inmunidad personal de los Jefes de Estado una excepción al ejercicio de la jurisdicción de los tribunales, por lo que su detención conllevaría la vulneración de sus obligaciones en los términos establecidos en el art. 98.2 del Estatuto⁹. La Sala, dando contestación a la consulta, comunica con fecha 2 de septiembre de 2024 que la misma no afecta a la validez de la Orden de detención acordada, ni suspende la misma. A pesar del requerimiento de cumplimiento, Mongolia no procede a la detención del Sr. Putin y la Sala de Cuestiones Preliminares II, en su Decisión de 24 de octubre de 2024, declaró el incumplimiento del deber de colaboración de Mongolia como Estado Parte del Estatuto y remite comunicación a la Asamblea de los Estados Partes para la adopción de medidas sancionadoras contra Mongolia¹⁰.

En su Resolución, al interpretar la aplicación del artículo 87 de su Estatuto, la Sala señala que le corresponde analizar dos cuestiones acumulativas: la constatación del incumplimiento de la solicitud de cooperación como Estado Parte, y si con ello se impide de forma grave el ejercicio de sus funciones.

8 “Situation in Ukraine. Finding under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Mongolia with the request by the Court to cooperate in the arrest and surrender of Vladimir Vladimirovich Putin and referral to the Assembly of States Parties”, Pre-Trial Chamber II, 24th of October 2024, No. ICC-01/22-90, p. 17; y Asamblea de los Estados Partes, “Informe de la Mesa sobre la falta de cooperación”, 23.º periodo de sesiones, del 2 al 7 de diciembre de 2024, núm.. de referencia ICC-ASP/23/31. Disponible en: <https://asp.icc-cpi.int/non-cooperation>. Consultado el día 16 de abril de 2025.

9 “Situation in Ukraine. Finding under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Mongolia with the request by the Court to cooperate in the arrest and surrender of Vladimir Vladimirovich Putin and referral to the Assembly of States Parties”, Pre-Trial Chamber II, 24th of October 2024, No. ICC-01/22-90, pp. 7-8.

10 “Situation in Ukraine. Finding under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Mongolia with the request by the Court to cooperate in the arrest and surrender of Vladimir Vladimirovich Putin and referral to the Assembly of States Parties”, Pre-Trial Chamber II, 24th of October 2024, No. ICC-01/22-90, p. 17.

En su Decisión estima irrelevante los argumentos de Mongolia sobre la inmunidad de los Jefes de Estados conforme al Derecho internacional consuetudinario frente a un tribunal internacional, que tiene la competencia de exigir responsabilidad personal por la comisión de crímenes internacionales y reitera que la Decisión no impone obligación alguna de colaboración a los Estados no Partes que no han suscrito el Tratado de Roma, pero con relación a los Estados Partes y a aquellos que hayan aceptado la competencia de la Corte según el artículo 12.3 del Estatuto, estos tienen la obligación de ejecutar la orden de detención según el artículo 27 del citado texto normativo.

En la interpretación dada por la Sala, la obligación bilateral que pudiera tener Mongolia con la Federación rusa de respetar la inmunidad no puede sustituir su obligación con respecto a la CPI, encargada de ejercer su jurisdicción sobre crímenes internacionales que amenazan la paz y seguridad de los Estados, concluyendo que la redacción y contexto del artículo 98 del Estatuto se refiere en sí mismo a la inmunidad del Estado y no a las inmunidades personales, pues dicha interpretación no puede ser contraria a lo dispuesto en el artículo 27. Por ello Mongolia actuó de forma incompatible con el cumplimiento de sus obligaciones establecidas en el Derecho internacional.

La Decisión concluye señalando que, al ser la presencia del sospechoso necesaria para la celebración de un juicio, cualquier impedimento de una ejecución a la orden de arresto inevitablemente conlleva la paralización de un proceso privando a la CPI de su capacidad de enjuiciamiento, fundamentando así la gravedad de la falta de cooperación de Mongolia.

Dictada la Decisión y comunicada a la Asamblea de los Estados Partes, Mongolia solicitó de la Sala de Cuestiones Preliminares II reconsiderar el fallo de esta Decisión, que fue desestimada por Resolución de fecha 18 de marzo de 2025, al considerar, en consonancia con las alegaciones formuladas por la Fiscalía, su insuficiencia y la falta de nuevos argumentos que justifique el incumplimiento, desestimando su petición de revisión¹¹.

III. CONCLUSIONES

La Resolución de incumplimiento dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares II incide en la cuestión de si en el marco del Derecho internacional resulta vinculante para los Estados lo acordado en un Tratado del que no han sido parte. Aunque la Sala en su Decisión estime irrelevante para su resolución este hecho, ciertamente afecta a la eficacia del Derecho declarado.

Conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los tratados no crean ni obligaciones ni derechos a los que no los suscriben (atendiendo al Principio General del Derecho *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*), y por ello la obligación de cooperar con la CPI es diferente según sean Estados que hayan suscrito o no el Tratado de Roma.

11 “Situation in Ukraine. Decision on Mongolia’s request for reconsideration”, Pre-Trial Chamber II, 18th of March 2025, No. ICC-01/22-123.

Esta diferencia se ve claramente establecida en los artículos 86 y 87 del Estatuto de la Corte atendiendo a los principios y normas generales del Derecho internacional convencional. Aunque pueda plantearse el carácter imperativo de la cooperación de los Estados no Partes con la CPI al reconocerse la categorización de los crímenes internacionales establecidos en los artículos 5 a 8 bis del Estatuto como *ultima ratio* de protección de normas con carácter de *ius cogens*, y en su virtud generadora de obligaciones *erga omnes* para los Estados con respecto a la comunidad internacional, en el plano del ejercicio de la jurisdicción y de la competencia propia de los tribunales internacionales, al ser ésta una manifestación sustantiva de la potestad soberana de los Estados, la cuestión no ha suscitado la formación de una doctrina uniforme en la práctica de los Estados para la cristalización de una norma consuetudinaria que determine la convicción de que la cooperación con la CPI tenga naturaleza imperativa para todos los Estados¹².

Los argumentos jurídicos utilizados por la CPI se fundamentan en el precedente judicial dictado en el asunto de *Omar Al-Bashir*, en cuya Sentencia dictada por la Sala de Apelaciones de 6 de mayo de 2019, afirmaba que el Estado jordano debió proceder a la detención y entrega del Sr. Al-Bashir, entonces presidente de Sudán, al carecer de reconocimiento de inmunidad¹³, si bien a diferencia del presente asunto, y revocando por error de juicio la Sentencia dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares I, decretó dejar sin efecto la comunicación del incumplimiento a la Asamblea de los Estados Partes, así como al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, al no haber atendido la Sala la consulta solicitada por el Estado jordano y haber sido resuelta la misma de forma extemporánea¹⁴, lo que le diferencia de lo acontecido en este supuesto¹⁵.

En todo caso, la competencia coactiva de la Asamblea de los Estados Partes es meramente simbólica, por lo que sin un desarrollo normativo que vincule a los Estados no Partes en su colaboración con la CPI, se seguirá obstaculizando la eficacia del cumplimiento de las órdenes de detención como medida cautelar para poner a disposición de la Corte a los investigados responsables de la comisión de crímenes internacionales, impidiendo con ello la efectividad de su enjuiciamiento.

12 Así, al tratar de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, véase *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 y el asunto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre *Las Madres Sticking de Srebrenica / Países Bajos*, Sentencia (dec.) de 11 de junio de 2013, no. 65542/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212.

13 “(...) breaches of *jus cogens* bring about the removal of claims of State immunity, so that justice can be done” (“Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09-397-Anx1-Corr, p. 88).

14 Sobre el citado asunto, véase “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Pre-Trial Chamber I, 4th of March 2009, No. ICC-02/05-01/09; “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir. Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Pre-Trial Chamber I, 12th of July 2010, No. ICC-02/05-01/09; y “Situation in Darfur, Sudan. In the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Judgment, Appeals Chamber, 6th of May 2019, No. ICC-02/05-01/09 OA2.

15 “Situation in Ukraine. Finding under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Mongolia with the request by the Court to cooperate in the arrest and surrender of Vladimir Vladimirovich Putin and referral to the Assembly of States Parties”, Pre-Trial Chamber II, 24th of October 2024, No. ICC-01/22-90, pp. 3-5.

SENTENCIA DE OBJECIONES PRELIMINARES EN EL ASUNTO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (*ARMENIA C. AZERBAIJAN*), DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2024

MARÍA GARCÍA CASAS*

I. HECHOS

La Corte Internacional de Justicia resolvió el 12 de noviembre de 2024 las dos objeciones preliminares planteadas por la República de Azerbaiyán ante la demanda presentada por la República de Armenia en septiembre de 2021, por supuestas vulneraciones de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante, CERD). El procedimiento se inició tras el episodio del año 2020 del largo conflicto entre ambos países.

Armenia solicitó a la Corte que declarara la vulneración, por parte de Azerbaiyán, de numerosos artículos de la CERD mediante los siguientes actos dirigidos contra las personas de etnia armenia: la comisión de numerosos y generalizados actos de discriminación racial; asesinatos, torturas y tratos inhumanos; la exaltación y connivencia del Estado con estos actos; desapariciones forzadas; la incitación y tolerancia de los discursos de odio; no garantizar sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluyendo la destrucción de su patrimonio cultural; no tomar medidas efectivas para eliminar la discriminación racial contra ellos; impidiendo la actuación de individuos y organizaciones que combaten la discriminación racial; no proporcionando una protección efectiva ni reparación por los daños causados por la discriminación racial. Además, alegó también el incumplimiento por parte de Azerbaiyán de las medidas provisionales ordenadas por la Corte en diciembre de 2021 y, de nuevo, en septiembre de 2022¹. Junto con el cese de todos estos comportamientos y las garantías de no repetición, Armenia solicitaba medidas de restitución y compensación.

Azerbaiyán formuló dos objeciones preliminares frente a la jurisdicción de la Corte. Las dos se basan en el incumplimiento de la cláusula compromisoria incorporada en la CERD a través

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

1 Las medidas ordenadas consistían en proteger de la violencia y el daño físico a todos los detenidos en relación con el conflicto y las hostilidades del año 2020, prevenir la incitación a la discriminación racial, prevenir y castigar los actos de vandalismo y profanación contra el patrimonio cultural armenio y abstenerse de agravar la disputa.

de su artículo 22, por no haberse satisfecho la precondition de la negociación previa y porque algunas de las alegaciones de Armenia exceden el límite material de la convención.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La primera objeción a la jurisdicción de la Corte que plantea Azerbaiyán se refiere al incumplimiento de la condición necesaria para poder plantear una disputa ante la Corte, de acuerdo con el artículo 22 de la CERD: haber tratado de negociar una solución previamente sin éxito. De acuerdo con Azerbaiyán, Armenia había declarado de forma unilateral el fracaso de las negociaciones tras sólo dos rondas de encuentros y, en menos de 24 horas, registraron la demanda ante la Corte. Argumenta que no era previsible que pudiera resolverse la disputa en tan poco tiempo de negociaciones y que algunas de las medidas reclamadas en la demanda ante la Corte se habían ofrecido por su parte en una propuesta. Sin embargo, Armenia recordó que en el momento de presentación de la demanda ya se habían intercambiado más de 40 piezas de correspondencia y habían participado en siete rondas de encuentros bilaterales. Durante el transcurso de estos encuentros, Azerbaiyán continuaba vulnerando la CERD. Con respecto a las acciones propuestas por Azerbaiyán, Armenia indicó que no se asemejaban a sus reclamos ante la Corte y que negaban las vulneraciones de la CERD, no ofrecían garantías de no repetición ni de reparación.

La Corte recuerda en su sentencia lo indicado en ocasiones previas acerca del término “negociación” del artículo 22 de la CERD, que requiere, como mínimo, un intento genuino de alguna de las partes en la disputa por entablar discusiones con la otra, con el objetivo de resolver la controversia, sin necesidad de haber alcanzado un acuerdo. El contenido material de esas discusiones debe ser equiparable al motivo de la disputa y este, a su vez, debe referirse a las obligaciones materiales presentes en el tratado. La condición se cumple cuando las negociaciones han fracasado, se han bloqueado o devenido inútiles. En la disputa en concreto, la Corte observa que las partes realizaron múltiples intercambios y dos rondas de encuentros acerca del contenido material de las vulneraciones de la CERD alegadas. Entiende que las acciones propuestas por Azerbaiyán no tenían la capacidad de resolver la disputa en torno a la CERD, por lo que no coincide con el Estado demandado en que las negociaciones podrían haber llevado a un acuerdo. Por el contrario, estima que Armenia llevó a cabo un intento genuino de negociar y que las posiciones de las partes se habían mantenido inalteradas entre finales de 2020 y septiembre de 2021, cuando se planteó la demanda. Por todo ello, rechaza la primera objeción preliminar planteada por Azerbaiyán, con el único voto en contra del juez ad hoc.

La segunda objeción guarda relación con el sustrato material de algunos de los motivos de la demanda y los límites del contenido de la CERD, por lo que la Corte tuvo que pronunciarse acerca del ámbito de aplicación de la CERD en contextos de conflicto armado. A este respecto, la Corte recuerda que la protección de las convenciones de derechos humanos no cesa en casos de conflicto armado y que las partes en la CERD entienden que la aplicación del Derecho internacional humanitario (DIH), por estar en un conflicto armado, no impide la aplicación

de la CERD. Por eso, y como ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia reciente², un determinado acto puede implicar la vulneración de la CERD y de normas de DIH, pues son complementarias.

En este punto, la sentencia anuncia el análisis de esos hechos, con el fin de evaluar si son capaces de constituir un acto de discriminación racial prohibido por la CERD. Sin embargo, el análisis de la Corte es llamativamente escaso. Con respecto a los asesinatos, torturas y tratos inhumanos, Azerbaiyán sostuvo que los cometidos contra las fuerzas armadas armenias, en el contexto de “hostilidades activas”³, no pueden constituir actos de discriminación racial. Sólo sería posible considerar como tal los dirigidos contra los civiles, si hubiera pruebas suficientes de discriminación racial. Además, las conductas referidas por Armenia no reflejan una hostilidad basada en el origen étnico de los armenios. Por el contrario, manifiestan una enemistad generalizada entre los nacionales de dos Estados, envueltos en un conflicto armado, que, si acaso, podría implicar vulneraciones del DIH. Su diferente origen étnico, sigue el argumento, no basta para invocar una vulneración de la CERD y Armenia debería probar el *animus* necesario para entender que se ha producido discriminación racial, más allá de un supuesto sentimiento anti-armenio generalizado. Para Armenia las pruebas de esa discriminación racial son abrumadoras y recuerda que un mismo acto puede ser considerado simultáneamente una vulneración de DIH y de la CERD. La Corte se limitó a señalar que la CERD no distingue entre combatientes y civiles, por lo que las conductas frente a todos podrían considerarse dentro de los límites materiales de esta norma, y que los hechos del caso podrían constituir actos de discriminación racial, teniendo en cuenta el estándar probatorio que requiere esta fase del procedimiento.

Por lo que se refiere a las detenciones arbitrarias y desapariciones forzosas que, de acuerdo con Armenia, se produjeron contra nacionales armenios por su origen, Azerbaiyán argumentó que las detenciones se debieron a que esos nacionales de un “Estado hostil ocupante” del territorio de Nagorno-Karabaj, cruzaron ilegalmente al territorio controlado por Azerbaiyán. Asimismo, alegó que las detenciones no fueron arbitrarias, pues todos los que permanecían detenidos habían sido juzgados de acuerdo con las normas del debido proceso, y que la CERD no regula las desapariciones forzadas, en ausencia de pruebas de un trato diferente basado en el origen étnico. De acuerdo con Armenia hay pruebas suficientes de que los detenidos de origen armenio han sido sometidos a torturas y otros abusos y que los armenios han sido objeto de un trato discriminatorio en el sistema judicial, como prueban las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los informes de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia

2 La orden de medidas provisionales de octubre de 2008 en el asunto sobre la Aplicación de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa) y la sentencia de 2019 sobre objeciones preliminares en el asunto sobre la Aplicación de la Convención para la Supresión de la Financiación del Terrorismo y de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Ucrania c. Federación Rusa).

3 Este término recuerda, necesariamente, al de “fase activa de las hostilidades”, empleado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del asunto Georgia c. Rusia (II) —sentencia de 21 de enero de 2021— para distinguir cuándo un Estado puede ejercer el control efectivo necesario para afirmar su jurisdicción en territorio extranjero y, con ella, la aplicabilidad de las obligaciones derivadas de la Convención Europea de Derechos Humanos.

y el Departamento de Estado de Estados Unidos, entre otros. Además, alegó que el Comité CERD ya había solicitado a Azerbaiyán que condujera investigaciones efectivas de las desapariciones forzosas cometidas por las fuerzas armadas azerbaiyanas. De nuevo, la Corte entiende que son hechos susceptibles de constituir trato discriminatorio a causa del origen étnico, pero no aporta más razones e indica que sería posible una explicación alternativa, pero que en esta fase es suficiente con comprobar su capacidad para ser vulneraciones de la CERD.

Esta segunda objeción preliminar fue, por tanto, desestimada por la Corte, pero en este caso por quince votos frente a dos, el del juez ad hoc Koroma y el juez Yusuf. Para el juez ad hoc Koroma, la disputa real que subyace a esta demanda no tiene que ver con el contenido de la CERD, sino con el conflicto territorial y el estatus de la región de Nagorno-Karabaj. La opinión disidente que formula el juez Yusuf señala que la sentencia no ha aplicado ni considerado el estándar de comparación fundamental en la CERD. No se ha comprobado que se hiciera una distinción entre individuos o grupos de individuos —de acuerdo con las causas por las que no puede discriminarse según la CERD— ni que esa distinción tuviera la finalidad de impedir el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales por parte de esos individuos en condiciones de igualdad con el resto. Ningún tipo de evaluación se realiza en la sentencia para poder concluir que los hechos denunciados pueden ser considerados como actos de discriminación racial. De esta forma, continúa la opinión disidente, la sentencia abre las puertas de la CERD a todo tipo de demandas desvinculadas de las disposiciones, el objeto y el propósito de la convención. Por su parte, el juez Iwasawa emitió una opinión separada en la que contextualiza, en la jurisprudencia anterior de la Corte, la expresión tantas veces repetida en esta sentencia – los hechos son capaces de ser considerados como los prohibidos por la CERD. Explica que con estos términos no quiere decir que la Corte tenga jurisdicción mientras exista la mínima posibilidad de que los hechos pueden constituir vulneraciones de las obligaciones del tratado, sino que debe haber una conexión razonable entre el tratado y las reclamaciones del demandante. En todo caso, no se indica qué es lo que conecta de forma razonable a estos hechos con las disposiciones de la CERD.

III. CONCLUSIONES

En los párrafos de la sentencia, no logra encontrarse la valoración que hace la Corte de la capacidad de los hechos denunciados de considerarse discriminatorios por razón de raza o etnia. No hay siquiera reflexiones sobre qué hace a los argumentos de Armenia estimables. Aunque pueda haber motivos de sobra razonables, no se indican y, por tanto, es difícil no coincidir con la opinión formulada por el juez Yusuf. Es cierto que se reitera la complementariedad entre el DIH y los tratados de derechos humanos, en este caso la CERD, pero este es únicamente el punto de partida. No se aporta ninguna explicación que permita entender qué elementos son los que establecen una conexión razonable entre el contenido del tratado y los hechos alegados. En la sentencia que se emita sobre el fondo, la Corte tendrá que valorar no la conexión razonable, sino la existencia de unas determinadas vulneraciones que se denuncian. En todo caso, eso sólo ocurrirá si no se llega a firmar el acuerdo de paz acordado el 13 de marzo de 2025, en el que parece haberse consensuado la retirada mutua de todas las demandas ante instancias internacionales, junto con el compromiso de no iniciar otras nuevas.

EL AUTO DE MEDIDAS CAUTELARES DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 27 DE JULIO DE 2024 EN EL ASUNTO *ZHENG HE* (LUXEMBURGO C. MÉXICO)

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA
DANIELA GONZÁLEZ GRECO*

I. HECHOS

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), en su formación plenaria, dictó el 27 de julio de 2024 auto de medidas cautelares en el asunto “*Zheng He*”¹. El nombre del asunto obedece al buque de dragado del mismo nombre, el *Zheng He*, operado por una empresa luxemburguesa denominada *European Dredging Company SA* (en adelante, el armador), que, de manera relevante, enarbola el pabellón de Luxemburgo (para. 44). El 5 de octubre de 2023, la embarcación zarpó del puerto de Freeport, en Las Bahamas y, en esa misma fecha, la nave fue “despachada” (*cleared*) con destino a Tampico, México (para. 44). Mientras la embarcación se encontraba en tránsito, el 9 de octubre de 2023, el agente local del armador remitió a la Aduana Marítima de Tampico un “aviso de arribo de una embarcación de alta mar” (para. 44).

Más tarde, el 10 de octubre de 2023, la Capitanía de Puerto de Tampico autorizó la llegada de la embarcación y, mientras el buque permanecía en la zona de fondeo, el armador solicitó a las autoridades portuarias mexicanas, el 17 de octubre de 2023, autorización para atracar en el muelle 3 de la Administración del Sistema Portuario Nacional por un período aproximado de 3 a 4 semanas con objeto de “esperar instrucciones y, en el ínterin, realizar el avituallamiento, el relevo de la tripulación y la eliminación de residuos y lodos” (para. 45). Posteriormente, la autoridad portuaria autorizó a la embarcación, el 21 de octubre de 2023, realizar el amarre, confirmando Luxemburgo que el buque atracó en dicha fecha (para. 45). Días más tarde, la autoridad portuaria impuso, según México, un “crédito fiscal” (*tax credit*) o, según Luxemburgo, una “deuda tributaria” (*tax debt*) arguyendo que “es evidente que la embarcación ‘ZHENG HE’, procedente de tráfico de altura y sujeta a un procedimiento de importación temporal, atracó en zonas no autorizadas para dichas actividades” (para. 46).

* Profesor Permanente Laboral (acreditado a Profesor Titular) (eduardo.jimenez.pineda@uco.es) y Profesora Colaboradora Honoraria (danigonzailezgreco@gmail.com) del área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Córdoba.

1 “*Zheng He*” (*Luxembourg v. Mexico*), *Provisional Measures, Order of 27 July 2024*, *ITLOS Reports 2024*, en prensa. El auto y los documentos relativos a este asunto pueden consultarse en: <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/the-zheng-he-case-luxembourg-v-mexico/>, última consulta 08/04/2025. Todas las traducciones son de los autores.

En este asunto intervinieron como magistrados *ad hoc* Alberto Székely y Sánchez (nominado por México) y Marcelo Gustavo Kohen (nominado por Luxemburgo) (paras. 7, 11).

Además, la autoridad portuaria mexicana realizó una inspección a bordo del buque y, finalmente, un arresto provisional del mismo, argumentando México que, durante la inspección a bordo, ni el propietario de la embarcación ni su agente “presentaron documentación aduanera que acreditara la importación legal, estancia y posesión de la ‘Zheng He’ en territorio nacional, en contravención de la Ley Aduanera de México” (para. 47). Como resultado de este arresto, el armador interpuso un “amparo indirecto 1240/2023” ante el tribunal competente (el Juzgado de Distrito de Tampico), dictando por su parte la autoridad portuaria una resolución, el 15 de febrero de 2024, fijando la cantidad presuntamente adeudada y disponiendo la confiscación del buque (paras. 48-49).

Finalmente, el 22 de marzo de 2024, el tribunal competente dictó sentencia, respecto de cuya interpretación hay discrepancias entre las partes, entendiendo Luxemburgo que el tribunal “resolvió que el procedimiento aduanero contra la ‘Zheng He’ era nulo y sin efectos jurídicos..., privando así de validez la visita a bordo, los informes de multa y la expropiación de la embarcación”, mientras que México consideró que “[l]os efectos de la sentencia fueron la nulidad de: (i) la orden de visita de inspección de 31 de octubre; (ii) el inicio del procedimiento administrativo en materia aduanera; y (iii) el embargo precautorio de la embarcación ‘Zheng He’” (para. 50). A mayor abundamiento, con relación a esta sentencia, el 17 de abril de 2024, el Juzgado de Distrito de Tampico constató que “las partes no interpusieron recurso de revisión contra la sentencia dictada en este procedimiento dentro del plazo legalmente establecido” y declaró que la sentencia tenía carácter de cosa juzgada” (para. 50).

De este modo, Luxemburgo sostiene que “quedó así establecido que la decisión que anuló el procedimiento aduanero adquirió firmeza”, mientras que México considera “la situación jurídica de la [‘Zheng He’] es actualmente objeto de litigio ante instancias superiores del Poder Judicial de la Federación”, al haberse interpuesto un recurso contra dicha sentencia que, por ende, no sería definitiva y habría que esperar a la resolución del mismo (paras. 50-51).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El primer problema jurídico analizado por el Tribunal fue la determinación de su jurisdicción *prima facie*². De acuerdo con el apartado primero del artículo 290 de la Convención, al tratarse de una solicitud de medidas cautelares, el Tribunal debía comprobar si, en principio, tenía jurisdicción sobre la controversia relativa al buque Zheng He, sin tener que comprobar su jurisdicción sobre el fondo del asunto ni tampoco decretar necesariamente medidas cautelares (para. 57). Al considerar la existencia de una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convención en el sentido de su artículo 288, el Tribunal puso de manifiesto el intercambio de notas verbales remitidas por Luxemburgo a México requiriendo una solución a la situación de arresto del buque en el marco del Derecho Internacional (para. 80). Aunque

2 Sobre esta cuestión he reflexionado en un trabajo previo: JIMÉNEZ PINEDA, E., “La adopción de medidas provisionales por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, en CARBALLO PIÑEIRO, L. (coord.), *Retos presentes y futuros de la Política Marítima Integrada de la Unión Europea*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp. 539-559.

México no respondió directamente a la afirmación de derechos hecha por Luxemburgo en virtud de la Convención en relación con la detención del buque antes de que se iniciaran los procedimientos, la postura de México sobre esta cuestión puede inferirse de su conducta, por lo que el Tribunal consideró que, *prima facie*, existía una controversia entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación de la Convención en la fecha de interposición de la demanda sobre el fondo del asunto (paras. 84-85).

A continuación, el Tribunal determinó si se cumplían los requisitos del artículo 283 de la Convención relativos a la obligación de intercambio de opiniones y señaló que Luxemburgo había realizado numerosos intentos de intercambiar opiniones con México con relación al buque Zheng He (para. 96). Así, el Tribunal consideró que la remisión hecha por México únicamente a los medios jurídicos disponibles para Luxemburgo conforme al derecho interno de México podría razonablemente llevar a Luxemburgo a concluir que se habían agotado todas las posibilidades de alcanzar un acuerdo y concluyó que se habían cumplido los requisitos del artículo 283 de la Convención (paras. 100-101). En fin, Luxemburgo y México discrepaban en cuanto a la aplicabilidad y al cumplimiento de los requisitos relativos al agotamiento de los recursos internos conforme al artículo 295 de la Convención, determinando el Tribunal que esta cuestión sería examinada en una etapa posterior del procedimiento (paras. 102-105). Por todo ello, el Tribunal concluyó que, *prima facie*, tenía jurisdicción sobre esta controversia (para. 106).

Por otro lado, la prescripción de medidas provisionales en virtud del apartado primero del artículo 290, párrafo 1, de la Convención tiene por objeto la preservación de los respectivos derechos de las partes en la controversia en tanto se dicta la decisión definitiva, sin deber el Tribunal pronunciarse sobre las pretensiones de las partes, sino tan solamente constatar que los derechos que Luxemburgo procura proteger son, al menos, verosímiles (para. 107). Pues bien, el Tribunal, al analizar si los derechos alegados por Luxemburgo en relación con el artículo 131 de la Convención eran verosímiles, señaló que “las Partes no han tenido la oportunidad suficiente para presentar la totalidad de las pruebas necesarias para sustentar plenamente sus argumentos” y decidió que los derechos invocados por Luxemburgo eran factibles (paras. 120-125).

Por último, con relación a la urgencia de la situación, esto es, al riesgo real e inminente de que se pueda causar un perjuicio irreparable para los derechos de las partes, a la luz de la información fáctica y de los argumentos jurídicos presentados por las Partes (en particular, las garantías dadas por México en las audiencias celebradas en julio de 2024), el Tribunal consideró que no concurría dicha situación de urgencia, de modo que no existía un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable a los derechos invocados por Luxemburgo (paras. 126, 143-144).

Ahora bien, el Tribunal recordó que cualquier acción u omisión por parte de cualquiera de las partes, destinada a evitar la agravación o extensión de la controversia, no deberá en modo alguno interpretarse como una renuncia a cualquiera de sus pretensiones ni como una admisión de las pretensiones de la otra parte en la controversia y que, de conformidad con el artículo 92 de su Reglamento, la denegación de una solicitud de prescripción de medidas provisionales no impedirá a la parte que la haya formulado presentar una nueva solicitud en el mismo caso basada en hechos nuevos (paras. 146-147). A mayor abundamiento, el Tribunal aclaró que su auto no prejuzga en modo alguno la cuestión relativa a la competencia del Tribunal para cono-

cer del fondo del asunto ni cualquier cuestión relacionada con la admisibilidad de la demanda o con el fondo de la controversia (para. 148).

A la luz de las consideraciones previas, el Tribunal decidió por 22 votos contra 1 que las circunstancias existentes no son tales para requerir el ejercicio de su competencia para prescribir medidas provisionales en virtud del artículo 290, apartado primero de la Convención (para. 149)³.

III. CONSIDERACIONES FINALES

El caso comentado supone una constatación del empleo del procedimiento de solicitud de medidas cautelares en lugar del más apropiado recurso al procedimiento de pronta liberación de buques y de sus tripulaciones, contemplados ambos en la Sección 2 (procedimientos obligatorios conducentes a decisiones obligatorias) de la Parte XV de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. En efecto, ante la inmovilización del buque Zheng He por parte de las autoridades mexicanas, Luxemburgo, en tanto que Estado del pabellón y de acuerdo con el artículo 292 de la Convención, podría haber incoado un procedimiento de pronta liberación de dicho buque, si bien, como previamente había aclarado el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, “considerando el objetivo del artículo 292 de la Convención, corresponde al Estado del pabellón actuar de manera oportuna. Dicho objetivo solo puede alcanzarse si tanto el propietario del buque como el Estado del pabellón adoptan medidas dentro de un plazo razonable, ya sea para recurrir al sistema judicial nacional del Estado que detiene o para iniciar el procedimiento de pronta liberación previsto en el artículo 292 de la Convención”⁴.

Como resultado del transcurso de ese plazo razonable y del recurso al sistema judicial nacional mexicano, Luxemburgo únicamente ha podido recurrir al sometimiento de una controversia sobre la retención del buque presuntamente contraria al Derecho Internacional por parte de México, solicitando al mismo tiempo la adopción de medidas cautelares por parte del Tribunal de Hamburgo de conformidad con el artículo 290 de la Convención. El Tribunal, con razón y probablemente consciente de esta realidad procesal, ha descartado por medio del auto comentado la existencia de la urgencia necesaria en el asunto para la fijación de las medidas solicitadas. Habrá que esperar, por tanto, a la resolución del fondo del asunto Zheng He, que se encuentra actualmente en un estado incipiente del procedimiento ante el propio Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

3 La sentencia contó con la declaración del magistrado Kittichaisaree, la declaración conjunta de los magistrados Infante Caffi y Kamga, la opinión separada del magistrado Kulyk y la opinión disidente del magistrado *ad hoc* Kohen, quien emitió el único voto en contra del fallo del Tribunal.

4 “*Tomimaru*” (*Japan v. Russian Federation*), *Prompt Release, Judgment, ITLOS Reports 2005-2007*, p. 97, para. 77. Véase GODIO, L., “La pronta liberación de buques en la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, Número 9, 2012, pp. 61-79.

EL FORTALECIMIENTO DEL MARCO INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN FRENTE AL RACISMO INSTITUCIONAL Y LA DISCRIMINACIÓN INTERSECCIONAL: LA SENTENCIA EN EL CASO *DOS SANTOS NASCIMENTO Y FERREIRA GOMES C. BRASIL*, DE 7 DE OCTUBRE DE 2024

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ*

I. HECHOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) dictó la Sentencia de 7 de octubre de 2024 (Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas), notificada el 20 de febrero de 2025, en el caso *Dos Santos Nascimento y Ferreira Gomes c. Brasil*¹, calificado por uno de sus integrantes como el “primer precedente en el que se analiza la discriminación sufrida por las víctimas desde un *enfoque diferencial racial*”² y cuya duración ha sido de más de veintiún años en sede interamericana³, y, en cómputo total, desde el acaecimiento y denuncia de sus hechos, de más de veintiséis años y medio.

El 26 de marzo de 1998, N. dos Santos Nascimento y G. A. Ferreira Gomes, de 27 y 22 años, respectivamente, acuden a una oferta pública de empleo para puestos de investigación de la compañía de seguros NIPOMED en la ciudad de San Pablo. Son recibidas por un reclutador (M.T.) que les dice que los puestos ya están ocupados, sin entrevistarlas, ni darles la ficha de solicitud. Por la tarde, una amiga suya, I.C.L., de piel blanca, es contratada inmediatamente con la petición de difusión de la oferta de empleo “a más personas como ella”. Al día siguiente, G. A. Ferreira Gomes vuelve y otro reclutador le confirma que quedan vacantes y le permite cumplimentar la solicitud, anunciándole que se la contactaría posteriormente, lo cual no se produjo. Las tres tenían el mismo nivel educativo y similar experiencia laboral. El 27 de marzo de 1998, las peticionarias denunciarían a M. T. por delito de racismo ante la policía (paras. 65-69).

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

1 El texto de la sentencia, con el voto concurrente de la presidenta N. Hernández López, el voto concurrente y parcialmente disidente del juez E. Ferrer Mac-Gregor Poisot, el voto concurrente, disidente y parcialmente disidente de la jueza P. Pérez Goldberg, los votos parcialmente disidentes de los jueces H. A. Sierra Porto y R. C. Pérez Manrique, y, la opinión separada de la jueza V. Gómez, se puede consultar en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_539_esp.pdf. A su vez, la transmisión del acto de notificación se encuentra en: <https://www.youtube.com/watch?v=y6CSD4jkFSc>.

2 Voto del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, para. 3.

3 De ellos, más de 17 fueron en sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo cual la Corte recibió con preocupación (para. 3), si bien la jueza Gómez efectuó una explicación, con perfiles de descargo, sobre la duración del proceso interamericano en su opinión separada (paras. 14-25).

La sentencia del 24.º Juzgado Criminal del Foro Central de la Capital San Pablo, de 27 de octubre, fue absolutoria. En Sentencia de apelación, de 11 de agosto de 2004, la Quinta Sala Penal Extraordinaria del Tribunal de Justicia de San Pablo, condenaría a M.T., aunque apreciaría de oficio la prescripción de la pena, lo que motivaría el recurso de la Fiscalía por estar establecida en la Constitución brasileña la imprescriptibilidad del delito de racismo (art. XLII). La citada Sala Penal Extraordinaria acogería el recurso, en sentencia de 22 de septiembre de 2005, si bien condenaría al cumplimiento de la pena en régimen semiabierto. Esta sentencia se publicaría el 7 de abril de 2006, adquiriendo firmeza el 8 de junio y la orden de detención se emitiría el 25 de octubre. M. T. interpondría dos *habeas corpus*, teniendo como resultado el segundo de ellos la autorización para que el cumplimiento de la pena fuese en régimen abierto. A su vez, la revisión por atribución de su conducta a sus superiores, planteada por M. T., sería acogida en fecha de 1 de julio de 2009 al apreciarse insuficiencia de pruebas. El 23 de octubre de 2020, se certificó el deceso de M.T., sin que se informase de la fecha de su fallecimiento (paras. 70-81). Por su parte, la Sra. Dos Santos Nascimento interpuso acción civil de reparación de daños que fue rechazada el 5 de diciembre de 2007⁴.

Tras decidir la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) la admisibilidad de la petición presentada el 8 de diciembre de 2003 por el Instituto de la Mujer Negra (“Geledés”), en representación de las dos mujeres afectadas⁵, y notificarse el Informe de Fondo, el 29 de julio de 2020⁶, se concederían tres prórrogas a Brasil para presentar información sobre el cumplimiento. Su silencio motivaría la falta de acogimiento de la solicitud de una cuarta prórroga y el sometimiento del asunto ante la Corte el 29 de julio de 2021 (paras. 1-4).

Sobre el proceso ante esta, cabe apuntar que la defensa de la posición de las afectadas no contó con el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, al estimarse improcedente la fuerza mayor como justificación a su no presentación (se alegó que las comunicaciones, electrónicas, de la Corte se fueron a la bandeja de Spam) (para. 6)⁷, así como que se presentaron ocho escritos de *amicus curiae* (para. 10).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Si bien Brasil reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana (paras. 15-16), la Corte estimó que dicho reconocimien-

4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa núm. 213/21, de 16 de agosto de 2021, en: <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/213.asp>.

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 84/06, petición 1068-03, admisibilidad, de 21 de octubre de 2006, disponible en: <https://cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Brasil1068.03sp.htm>. Ante la Corte, se sumaría a dicha representación el Instituto de Raça, Igualdade e Direitos Humanos (para. 3).

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo núm. 5/20, de 3 de marzo de 2020, no disponible aún en abierto. Una indicación de las recomendaciones efectuadas al Estado brasileño se hizo en el Comunicado de prensa núm. 213/21, *op. cit.*

7 El funcionamiento del procedimiento ante la Corte, el alcance del art. 40 de su Reglamento y los mecanismos previstos para poder superar el impacto de la ausencia de este escrito en la defensa de las afectadas fueron objeto de parte de la opinión separada de la jueza V. Gómez (paras. 2-13).

to solo se había producido alrededor de la violación de la garantía del plazo razonable en el proceso penal, manteniéndose la controversia sobre la posible violación de las garantías y protección judiciales (arts. 8.1 y 25.1, en relación con los arts. 1.1, 24 y 26 de dicho tratado) y sobre las medidas de reparación (paras. 22-27).

De las seis excepciones preliminares planteadas por el Estado, la Corte estimó la renuncia expresa a una de ellas por el citado reconocimiento (falta de agotamiento de los recursos internos)⁸, la superación de otra por haberse producido la intervención de la Sra. Ferreira Gomes en la audiencia pública (irregularidad en la representación procesal de una de las presuntas víctimas) y la transformación en consideración previa de la relativa al abandono de la causa por parte de la representación de las presuntas víctimas y a la inseguridad jurídica y el perjuicio para la defensa del Estado (para. 29). Esta última sería rechazada al estimarse que las alegaciones de la Comisión sobre la violación de los arts. 24 y 26 de la Convención Americana, hechas en plazo y forma, delimitarían el alcance del fallo, y ser posible la participación de la otra parte en ciertas actuaciones (paras. 48-50).

Como era previsible por su jurisprudencia reiterada⁹, la Corte denegaría la excepción preliminar sobre la falta de competencia *ratione temporis* por el tenor de la declaración brasileña de aceptación de su competencia contenciosa, de 10 de diciembre de 1998, y entender, en línea con la Comisión, que se trataba de dilucidar las posibles violaciones “específicas y autónomas de denegación de justicia” con patrones de discriminación racial acaecidas con posterioridad a dicha fecha (paras. 33-37 y 125). Tampoco se apartaría de sus precedentes a favor de la afirmación de competencia *ratione materiae* para enjuiciar la violación del artículo 26 de la Convención Americana en relación con su artículo 1.1, evocando la consolidada interpretación “literal, sistemática, teleológica y evolutiva” efectuada al respecto (paras. 40-41)¹⁰, ni sobre los existentes alrededor de la excepción preliminar de cuarta instancia (paras. 44-47).

8 Esta estrategia de interposición y renuncia por reconocimiento parcial de su responsabilidad por ausencia de plazo razonable y celeridad del proceso la encontramos en otros casos brasileños: *Leite de Souza y otros* (Sentencia de 4 de julio de 2024, paras. 15 y 25), *Muniz da Silva y otros* (Sentencia de 14 de noviembre de 2024, paras. 13 y 23); *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (Sentencia de 21 de noviembre de 2024, paras. 18 y 41); *Da Silva y otros* (Sentencia de 27 de noviembre de 2024, paras. 13 y 18).

9 También respecto de Brasil en los casos: *Garibaldi* (Sentencia de 23 de septiembre de 2009, paras. 20 y 23); *Gomes Lund y otros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) (Sentencia de 24 de noviembre de 2010, paras. 15-16 y 18); *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde* (Sentencia de 20 de octubre de 2016, paras. 63-64); *Favela Nova Brasilia* (Sentencia de 16 de febrero de 2017, para. 49); *Pueblo indígena Xucuru y sus miembros* (Sentencia de 5 de febrero de 2018, para. 31); *Herzog y otros* (Sentencia de 15 de marzo de 2018, paras. 27-28); *Barbosa de Souza y otros* (Sentencia de 7 de septiembre de 2021, paras. 19-21), y *Leite de Souza y otros* (para. 30). Con posterioridad al caso estudiado, en términos similares y casos brasileños, encontramos esta posición de la Corte en: *Muniz da Silva y otros* (para. 28); *Comunidades Quilombolas de Alcântara* (paras. 47 y 50) y *Da Silva y otros* (para. 30).

10 También reiterarían su profundo desacuerdo con esta interpretación la jueza Pérez Goldberg (paras. 1-5) y el juez Sierra Porto (paras. 1-4 y 8), que añadió el reproche al poco esfuerzo argumental para explicitar el nexo entre el art. 26 y el resto de las violaciones apreciadas en el marco de la actuación judicial (para.7).

La Corte comenzaría por ahondar en sus pronunciamientos previos sobre las personas afrodescendientes¹¹ mediante la contextualización, fáctica y jurídica, de la discriminación racial estructural o sistémica y el racismo institucional en Brasil, expresada especialmente de forma indirecta (la discriminación “por denegación”, señalada por la experta Th. Pires) (paras. 56-64). A continuación, procedería a recordar el marco de protección del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (racial), de carácter cogente, ofrecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con referencias a la Convención Internacional de la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR) (1965) y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (CIRDRI) (2013), de las cuales Brasil es Parte (paras. 91-103), resaltando alrededor de la discriminación estructural que sufren las personas afrodescendientes la obligación gubernamental de “diseñar e implementar políticas que tengan por objetivo el trato equitativo y la generación de igualdad de oportunidades para todas las personas, entre ellas, medidas de carácter laboral” y los estándares internacionales establecidos en materia de acceso a la justicia sin discriminación por raza (paras. 104-106). Y, con la mirada ya sita en la población afrodescendiente, señalará los perfiles del marco de protección de la igualdad y la prohibición de discriminación en el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente el derecho al trabajo, aplicable también a las relaciones privadas, brindado por la Convención Americana, la CIEDR y el Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo, (paras. 107-114).

Sin embargo, dada la limitación de su competencia *ratione temporis*, las consideraciones con mayor proyección en su fallo serán las efectuadas sobre la obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar las conductas incompatibles, públicas o privadas, con la protección de la igualdad y la prohibición de la discriminación (paras. 115-117), de conformidad con el deber de diligencia debida reforzada, cuyo estándar fue desgranado por la Corte en nueve comportamientos debidos, entre otros aspectos (paras. 118-120). Diligencia debida reforzada que sería también examinada, de conformidad con los estándares interamericanos e internacionales, respecto de la obligación de recopilación y valoración de la prueba en dicha investigación y enjuiciamiento (paras. 121-124).

Así, la Corte llegó a la conclusión de que se había vulnerado la obligación de diligencia debida reforzada puesto que, en el proceso, se había trasladado “a las víctimas la responsabilidad total por la producción de pruebas, sin adjudicar rol alguno al aparato estatal en el esclarecimiento de lo sucedido en caso de discriminación racial” (paras. 127-129), y se había incurrido en error manifiesto en los hechos “probados” de la sentencia de primera instancia (para. 131). También se incumplió cuando la Fiscalía no recurrió en apelación (para. 132); se apreció la prescripción a pesar del mandato constitucional o se expresó por un magistrado la mayor “simpatía” por el fallo absolutorio que por aquel en el que se había apreciado la existencia de discriminación (paras. 133, 135); se produjo la inactividad judicial en sede de apelación y en la emisión de la

11 La afirmación de la discriminación que experimentan como constante histórica vino en los casos brasileños *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Sonto Antônio de Jesus y sus familiares* (Sentencia de 15 de julio de 2020, para. 193) y *Leite de Souza y otros* (para. 167) y de la existencia de una situación de racismo estructural, en el segundo de los casos citados (para. 172)

orden de prisión (para. 134); y, se omitió la notificación de los hechos a la Fiscalía de Trabajo, lo cual, por ende, había supuesto la violación de la obligación de reparación integral del daño a las presuntas víctimas de esta discriminación (para. 136).

Apreciadas en su conjunto, para la Corte era evidente el impacto incrementado de las violaciones de los derechos al acceso a la justicia y al recurso efectivo derivado de la discriminación racial estructural y racismo institucional, a lo que había que adicionar la confluencia de otras desventajas estructurales y comparativas como el género o la situación económica precaria, volviéndose a incrementar el impacto de la violación del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación (interseccionalidad). Brasil era, así, responsable internacionalmente por la violación de los arts. 8.1, 24 y 25.1 en relación con el art. 1.1 y el art. 26 de la Convención Americana (paras. 137-142).

Corresponde añadir que, habiendo apuntado que la situación discriminatoria por raza y color de las personas afrodescendientes es especialmente acuciada cuando de mujeres se habla (paras. 61-64, 139) y siendo mujeres las víctimas del caso¹², llama la atención que las referencias relacionadas expresas hayan sido residuales (paras. 106, 110, 139-140 y 147 y 152), así como que ninguna cita se efectuase a los arts. 4 a 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o a la Convención Internacional para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer o siquiera a la Recomendación General de su Comité núm. 33 *sobre el acceso de las mujeres a la justicia* (2015). De hecho, las citas más específicas se ciñen a la Observación General del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad núm. 3 *sobre las mujeres y las niñas con discapacidad* (2016) (para. 56, en nota al pie) y a los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (2011) y las Directrices sobre género y empresas, adoptadas por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales y otras Empresas (2019) (para. 114). Unas omisiones que causan cierta extrañeza tratándose de este tribunal, y que podrían haber influido en que no se apreciara que en el proceso nacional de primera instancia se negó todo valor probatorio al testimonio de una mujer de piel blanca (I.C.L.) para sí concedérselo a los de dos trabajadores afrodescendientes, siendo solo la relación directa/indirecta con los hechos lo que llevaría a la Corte a apuntar la discordancia de esta decisión con la obligación de diligencia debida reforzada (para. 130).

Ahora bien, el impacto del racismo institucional y la discriminación racial interseccional en las mujeres afrodescendientes sí que fue mejor evidenciado por la Corte en sus consideraciones sobre el proyecto de vida donde su acertada incorporación de los extractos de sus intervenciones en las audiencias públicas aumentó la visibilidad de la conexión entre la actuación judicial y su “intenso sentimiento de injusticia e impotencia e inseguridad al punto de afectar sus aspiraciones, expectativas y proyectos laborales” y potenció el efecto reparador de la propia sentencia (paras. 147-153).

12 De hecho, la acuñación del término interseccional viene estrechamente ligado a las mujeres (Véase CRENSHAW, K., “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 1989-1, pp. 139-167).

Finalmente, siquiera en apunte, corresponde indicar que, más allá de que existiera consenso acerca de la importancia y trascendencia de los efectos de estas violaciones sobre el proyecto de vida de las víctimas, este caso ha supuesto un episodio más del vivo debate que está habiendo en la composición de la Corte sobre el reconocimiento de este como derecho y su carácter autónomo¹³.

III. CONCLUSIONES

Con esta sentencia la Corte ha buscado dotar al ámbito interamericano de una mejor herramienta para el abordaje de la compleja erradicación de la discriminación racial estructural y el racismo institucional de perfiles interseccionales que sufren las personas afrodescendientes. Sabedora de sus limitaciones competenciales en este caso, ha optado por una sistemática, a la postre clara, que, aun partiendo de conexiones no exentas de controversia, le ha permitido engarzar la transmisión del conjunto obligacional relativo al principio de igualdad y la prohibición de discriminación interseccional sistémica en relación con los derechos laborales (y no solo ellos), con el correspondiente al deber de diligencia debida reforzada en la investigación, enjuiciamiento y sanción de las posibles violaciones por parte de la estructura estatal, ratificando, por lo demás, en ambos los fundamentos de las acciones positivas. Siendo ello imperioso cabe lamentar que, siendo el sexo el factor confluyente que mayoritariamente suma al resto en la discriminación interseccional, este quedara difuminado frente a los de la raza y color en esta delimitación jurisprudencial y que ello pueda derivar en que las correspondientes medidas y actuaciones nacionales debidas a título de diligencia debida reforzada, sitas en tendencias seculares, antiguas o remozadas, de capciosa salvaguarda del masculino bivalente, no consigan poner punto final a las conductas vinculadas al colonialismo, la sumisión y la esclavitud respecto de las mujeres afrodescendientes.

13 Para la presidenta Hernández López, el juez Sierra Porto (paras. 9-10) y la jueza Pérez Goldberg (paras. 26-29), este viene ligado al daño, al resarcimiento y, por tanto, a la reparación integral, mientras que para el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot (paras. 50-61), el juez Pérez Manrique (paras. 6-51) y la jueza Gómez (paras. 26-34) constituye un derecho autónomo. Téngase presente que el juez brasileño Mudrovitsch, ausente en la deliberación y firma de esta Sentencia (art. 19 1 y 2 Reglamento), participa de este segundo grupo y que los jueces Sierra Porto y Ferrer Mac-Gregor Poisot han dejado de formar parte de la Corte.

GADEA MANTILLA C. NICARAGUA: INTEGRIDAD ELECTORAL, ESTADO DE DERECHO Y EL DERECHO A LA DEMOCRACIA SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 2024

ECAB AMOR VÁZQUEZ*

I. CONTEXTO Y HECHOS

Desde los albores del siglo XXI (1999), Nicaragua ha vivido un proceso de progresivo debilitamiento de su institucionalidad democrática a raíz de una serie de reformas legales y constitucionales, impulsadas por el bipartidismo *de facto* instaurado por la alianza entre el Frente Sandinista de Liberación Nacional, liderado por Daniel Ortega, y el Partido Liberal Constitucionalista, liderado por Arnoldo Alemán (el pacto Alemán-Ortega), que han permitido “el control y la subordinación de los demás poderes del Estado”¹ – avivando el espectro de aquellas dictaduras que marcaron la historia del país durante el siglo XX. Se trata de otro ejemplo más de *constitucionalismo abusivo*² que se intensificó en 2007 cuando Daniel Ortega comenzó su segundo mandato como presidente³ y se profundizaron las reformas constitucionales con el objetivo de instaurar un “modelo de control absoluto”;⁴ cosa que, además, tuvo consecuencias desastrosas para el espacio cívico nicaragüense. Es en este contexto, de represión política, captura de instituciones y debilitamiento democrático, en el que se celebraron las elecciones de 2011 y se suscitaron los hechos motivo de la decimosegunda sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (‘Corte IDH’, ‘la Corte’, ‘San José’) a propósito de Nicaragua: *Gadea Mantilla vs. Nicaragua*.⁵

Tras dar cuenta del contexto de erosión democrática, la Corte comienza con un recuento de los antecedentes a la elección de 2011, destacando cómo en 2009, aun existiendo en su momento una disposición constitucional que establecía una limitación a la posibilidad de reelección presidencial (de dos periodos máximo), el entonces presidente Ortega y otros interpusieron recursos con el objeto de que se les permitiera participar en las elecciones. En octubre de 2009,

* Doctorando en la Universidad Autónoma de Madrid con la Tesis “El Derecho a la Democracia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (ecab.amor@estudiante.uam.es).

1 CIDH, “Nicaragua: Concentración del Poder y Debilitamiento del Estado de Derecho”, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 288, Oct. 2021, para. 33-34.

2 Véase LANDAU, D., “Abusive Constitutionalism”, *U.C Davis Law Review*, vol. 47, núm. 1, 2013, pp. 189-260, pp. 195-200.

3 Habiendo ocupado el alto cargo entre 1985 y 1990.

4 CIDH, “Nicaragua: Concentración del Poder y Debilitamiento del Estado de Derecho”, *supra*, para. 48; véase DÍAZ GONZÁLEZ, J. et al., “Aproximaciones al populismo en Daniel Ortega, Rafael Correa y Nayib Bukele”, *Revista Rupturas*, vol. 12, núm. 1, 2022, pp. 22-52, pp. 31-32 y 38-39.

5 Corte IDH, Caso Gadea Mantilla Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de octubre de 2024. Serie C No. 543.

la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia ('SCJ') declaró admisible el amparo promovido, la inaplicabilidad de la disposición impugnada y consideró a los recurrentes aptos para participar en las elecciones de 2011 y 2012. El siguiente año el Pleno de la SCJ avaló el criterio de la Sala, declarando la inaplicabilidad de las limitaciones a la reelección presidencial por violentar, *inter alia*, "el Derecho a Elegir y Ser Electo", previsto en el artículo 23 de la Convención Americana ('CADH'). El Sr. Gadea Mantilla y otros candidatos denunciaron la inscripción de la candidatura del presidente Ortega ante el Consejo Supremo Electoral ('CSE'), quien declaró sin lugar al recurso al no existir recurso alguno en materia electoral. Durante esta odisea judicial, el presidente Ortega prorrogó los cargos de los magistrados de la SCJ y del CSE mediante el Decreto Ejecutivo 3-2010: facultad que correspondía originariamente al legislador. Dos de los magistrados beneficiarios del Decreto participaron en la integración de la SCJ que avaló el criterio de la Sala, y todos los magistrados del CSE tuvieron sus cargos extendidos por este acto. El desarrollo de las elecciones, según observadores internacionales, estuvo plagado de irregularidades estructurales atribuibles a la falta de independencia e imparcialidad del CSE; situación especialmente visible en la composición monocolor (oficialista) de los Consejos regionales y las Juntas receptoras de votos. Al concluir el proceso electoral resultó vencedor Daniel Ortega con un 62.46% de los votos (paras. 18-57).

II. CONSIDERACIÓN PREVIA

Antes de abordar el marco fáctico, la Corte estimó pertinente destacar el abierto repudio al Sistema Interamericano ('SIDH') que el Estado había demostrado a lo largo del proceso: Nicaragua no presentó escrito alguno contestando a los argumentos y solicitudes presentados en el proceso y, en cambio, manifestó su rechazo a las actuaciones de la Comisión y de la Corte IDH mediante un total de seis notas en las cuales denunció la "vergonzosa complicidad" de los organismos del SIDH con la "política intervencionista de los Estados Unidos de América". Ante la incomparecencia del Estado en el proceso, la Corte recordó que en virtud del artículo 41.3 del Reglamento se "podrá[n] considerar como aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas", siempre que de las pruebas presentadas se puedan inferir conclusiones consistentes (paras. 10-13). Para ello, la Corte empleó fuentes diversas para reconstruir un marco contextual en el cual se pudieran enmarcar los hechos para derivar dichas conclusiones. Se trata de una herramienta probatoria, la *prueba contextual*,¹ que la Corte ha empleado para abordar situaciones particularmente complejas en las que macro-fenómenos sociales, institucionales y políticos impactan en la naturaleza misma de las violaciones alegadas por las presuntas víctimas.²

En el caso de *Gadea Mantilla*, la Corte IDH tomó en especial consideración los informes de organismos internacionales, los reportes de organizaciones de derechos humanos, las medidas

1 El tema fue abordado de manera extensa en el Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor con ocasión del caso *Gadea Mantilla v. Nicaragua*, paras. 6-30.

2 Ej. Corte IDH, Caso Miembros del Sindicato Único de Trabajadores de ECASA (SUTECASA) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de junio de 2024. Serie C No. 526, para. 170

provisionales de la Corte en relación con el Estado y los pronunciamientos de organismos internacionales de observación electoral (paras. 26-32). Acreditando, con ello, la existencia de un proceso vivo de *retroceso democrático*, detallado *supra*, que informó el análisis de los actos de los diversos entes estatales. El caso puso de manifiesto la utilidad del *contexto* en el análisis de procesos especialmente complejos (como las contiendas electorales), toda vez que las violaciones a los derechos humanos en éstos tienden a ser producto de *patrones, afectaciones sistémicas y/o actitudes estatales*, cuyas consecuencias son tanto la violación puntual de derechos humanos como la erosión del sistema de democracia representativa como tal.

III. FONDO

El artículo 23 de la CADH es la principal disposición que protege los derechos políticos en el SIDH.³ Dicho esto, *Gadea Mantilla* es de los primeros casos en los que la Corte pudo abordar la vertiente pasiva del derecho al sufragio: el derecho a ser elegido en elecciones periódicas auténticas – *elemento esencial* de la democracia en según el art. 3 de la Carta Democrática Interamericana (‘CDI’). La primera ocasión que la Corte IDH tuvo para abordar el tema fue el caso de *Capriles vs. Venezuela*,⁴ en el cual la Corte fue presentada con un contexto de deterioro de la separación de poderes en el Estado y de falta de independencia de las autoridades electorales y judiciales encargadas de custodiar la integridad de los comicios de 2013. En su resolución del caso, la Corte destacó que el derecho y la oportunidad de ser elegido implica la existencia de elecciones auténticas: elecciones *íntegras* que reflejen la libre expresión de un pueblo. Además, la Corte destacó que el derecho a ser elegido no solo tiene una vertiente individual, sino que se trata de un derecho colectivo de los electores a manifestar su voluntad y escoger a sus representantes. Asimismo, vinculando el art. 23 con el contenido del art. 24 CADH (igualdad ante la ley), la Corte entendió que la CADH protege la *equidad en la contienda electoral*, cosa que exige la neutralidad e imparcialidad de las autoridades estatales a lo largo del proceso electoral de manera que exista una posibilidad real de que un candidato resulte vencedor si obtiene los votos necesarios para ello (paras. 99-105). En este sentido, San José consideró que la preservación de la *integridad del proceso electoral*⁵ requiere la existencia de una serie de garantías mínimas: a) transparencia; b) oportunidad de difusión; c) evitar el uso abusivo del aparato del Estado; c) imparcialidad, independencia y transparencia de las instituciones organizadoras; y e) la existencia de recursos judiciales o administrativos idóneos para hacer frente a hechos que afecten integridad electoral (paras. 106-110).

Gadea no solo fue la primera vez que se aplicaron los estándares instaurados en *Capriles*, sino que fue el primer caso contencioso en el que resultaron directamente aplicables los

3 Véase DALLA VIA, A., “Los Derechos políticos en el Sistema Interamericano de derechos Humanos”, *Revista Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 8, 2011, pp. 15-79.

4 Corte IDH. Caso Capriles Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2024. Serie C No. 541.

5 Vid, NORRIS, P., *Why Electoral Integrity Matters*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014; GÓMEZ, E., “La Integridad Electoral como garantía de las Elecciones”, *Pensar en Derecho UBA*, a. 12, no. 22, 2023, pp. 21-31.

criterios establecidos por la Corte en su Opinión Consultiva no. 28 sobre la reelección presidencial indefinida.⁶ En particular, la Corte recordó que el ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye “una obligación jurídica internacional a la que han soberanamente consentido y, en virtud de ello, ha dejado de ser únicamente asunto de su jurisdicción doméstica.” En *Gadea*, la Corte clarificó que si bien la CADH no exige un sistema electoral específico, sí exige que las regulaciones que implanten los Estados sean compatibles tanto con la Convención como con los principios de la democracia representativa que subyacen el SIDH contemplados en la CDI (paras. 67-68 y 86). Es decir, se exige que el sistema domestico sea *coherente con sus obligaciones internacionales* (coherencia sistémica).⁷ Asimismo, la Corte recordó que la CADH no reconoce un derecho autónomo a la reelección presidencial indefinida, al ser ésta una práctica que permite la perpetuación en el poder de un gobernante o partido, obstaculiza la alternancia política, erosiona la separación de poderes y, en definitiva, afecta a la vigencia de la democracia representativa; las limitaciones instauradas para prevenir estos resultados siendo, por ende, compatibles con la CADH (paras. 92-97).

A la luz de lo anterior, la Corte consideró que lo decidido por la SCJ constituyó un abuso jurisdiccional especialmente grave, desvelando su falta de imparcialidad e independencia al haber inaplicado una disposición constitucional, que expresamente limitaba la reelección presidencial, con el argumento de que ésta violentaba el artículo 23 CADH y favoreciendo, con ello, al presidente Ortega. Se trata de un *uso abusivo* del control de convencionalidad⁸ en el cual, lejos de buscar compatibilizar el sistema nacional con estándares interamericanos o buscar una protección más extensa a los derechos humanos, se empleó un precepto de la CADH para crear un velo de legitimidad a servicio del poder en turno (paras. 106-109). Aunado a lo anterior, la Corte constató que la conformación del CSE fue producto de un decreto ejecutivo que abiertamente violentó el principio de separación de poderes: arrogando al presidente una competencia que le correspondía originariamente al legislador. Esto, en criterio de la Corte, afectó el balance institucional necesario para la garantía de los derechos humanos, teniendo como resultado la abierta parcialidad del órgano rector de las elecciones, la generación de un clima normativo que favoreció al candidato oficialista, y, en definitiva, la difuminación de la incertidumbre que debe existir en cuanto a los resultados de la elección (paras. 110-117). Por lo anterior, la Corte consideró que, *en el contexto que se dieron*, las acciones/omisiones del Estado fueron de tal magnitud que comprometieron la integridad de las elecciones al desvelar un *uso abusivo del aparato estatal* para favorecer al candidato

6 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28.

7 La coherencia sistémica es la aplicación supranacional del principio de coherencia interna esbozada por ROALES: una pauta hermenéutica para identificar aquellas actuaciones que rompen con presupuestos axiomáticos del sistema constitucional, o en este caso internacional de protección de derechos humanos, y, por tanto, son incompatibles con él. ROALES BUJÁN, O., *Constituciones Inconstitucionales, Soberanos Limitados*, Athenaica Ediciones, Sevilla, 2023, pp. 16-22.

8 Sobre el concepto y funcionamiento del control de convencionalidad *vid* FERRER MAC-GREGOR, E., “Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, pp. 531-622; *vid*, asimismo, Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

oficialista en abierta contradicción con estándares convencionales, violando, así, el derecho del Sr. Mantilla a ser electo en una elección autentica, *ex. arts. 23.1.a y b CADH*, y a competir en condiciones generales de igualdad para el cargo de presidente, *ex. arts. 23.1.c y 24 CADH*, en relación con los arts. 8.1 y 1.1 del mismo instrumento. Asimismo, en virtud de la erosión de la separación de poderes, la abierta parcialidad de la SCJ y del CSE, y la falta de un recurso efectivo para revisar decisiones en materia electoral, la Corte determinó que se habían violado los artículos 8.1 y 25.1 en relación con los art. 1.1 y 2 de la CADH (paras. 118 y 136).

Sumado a lo anterior, un aspecto particularmente interesante de la sentencia tiene que ver con las reparaciones ordenadas por la Corte en virtud del art. 63 CADH. En concreto, al momento de determinar la parte lesionada el tribunal recordó que *declaró una afectación a los derechos políticos de los electores*: es decir, *se identificó a la sociedad Nicaragüense en general como víctima de las violaciones declaradas* (paras. 117 y 142). Si bien esta consideración no viene reflejada en los puntos resolutive de la sentencia, sí tuvo como resultado la orden de una medida de reparación poco vista en la jurisprudencia interamericana: el llamado a la comunidad internacional, y en particular a la OEA y los demás miembros del SIDH, a aplicar la “garantía colectiva”, cooperando y coadyuvando para asegurar el cumplimiento de la Sentencia (paras. 154-159). A criterio de este comentario, esta medida de reparación se justifica reconociendo la magnitud y dimensión de las violaciones constatadas que no únicamente reflejaron una instancia puntual de violación a los derechos humanos, sino un proceso de disolución del estado de derecho y de la democracia representativa como tal. Así, la Corte empleó la *garantía colectiva* como mecanismo de tutela a la democracia representativa, presupuesto de la existencia y vigencia de los derechos humanos.

IV. CONCLUSIÓN: ¿EL DERECHO A LA DEMOCRACIA?

La Constitución nicaragüense fue reformada en 2014, eliminando la prohibición constitucional de reelección indefinida: hasta la fecha el presidente Ortega ha ejercido el poder de forma ininterrumpida. Hoy, la democracia se encuentra en tela de juicio en diversas latitudes y no a causa de actores externos al sistema democrático; los cimientos del sistema de democracia representativa se desdibujan por actores políticos (individuos, partidos, movimientos) que emplean las *reglas del juego* de la democracia o, por lo menos, buscan dar un velo de legitimidad a sus actuaciones. De ahí que la sentencia de *Gadea Mantilla* resulta sumamente importante para la preservación del orden público interamericano y la democracia representativa. En particular, *la sentencia hizo mención explícita al derecho a la democracia* consagrado en el artículo 1.º de la CDI (para. 78), reiterando la importancia internacional de la democracia en el SIDH; partió del contexto de declive democrático para caracterizar hechos particularmente complejos, haciendo operantes estándares creados para preservar uno de *los elementos esenciales de la democracia* (las elecciones); y ordenó reparaciones orientadas a tutelar al sistema democrático, y proteger a la sociedad nicaragüense, por vía de la *garantía colectiva*. En definitiva, *Gadea* ha trazado una hoja de ruta para la protección del sistema democrático como tal; cosa especialmente relevante a la luz de la reciente solicitud de Opinión Consultiva sobre democracia y su protección ante el SIDH, presentada por la República de Guatemala este 2025.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *PINDO MULLA C. ESPAÑA*: EL RESPETO A LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE EN EL ÁMBITO SANITARIO.

MARÍA ESTHER SALAMANCA AGUADO*

I. HECHOS

El 17 de septiembre de 2024, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “Tribunal”) dictó sentencia en el caso *Pindo Mulla c. España*¹, tras inhibirse la Sala competente en su favor debido a la relevancia del asunto. La sentencia se ocupa de una demanda interpuesta por una paciente Testigo de Jehová a la que se le administraron transfusiones en contra de su voluntad durante una intervención quirúrgica realizada en virtud de una autorización judicial. La demandante consideró que se había producido una injerencia en su derecho al respeto de su vida privada, en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “Convenio”). La demandante también denunció una violación de su derecho a la libertad de conciencia y de religión, en virtud del artículo 9 del Convenio, ya que el rechazo de las transfusiones de sangre formaba parte de sus creencias religiosas fundamentales, que constituían su identidad personal y conformaban su conciencia.

Los hechos relatados en la sentencia se refieren, por un lado, al tratamiento médico recibido entre mayo de 2017 y junio de 2018 (apartados 9-35) y, por otro, al proceso judicial iniciado posteriormente por la demandante, que culminó el 9 de octubre de 2019 con la sentencia del Tribunal Constitucional que rechazó el recurso de amparo (apartados 36-53). A continuación, destacamos los hechos más relevantes para el análisis de la sentencia.

La demandante fue trasladada del hospital de Soria al hospital de La Paz de Madrid para ser intervenida quirúrgicamente sin necesidad de realizar transfusiones de sangre, ya que la paciente había presentado un documento de instrucciones previas y una declaración de voluntades anticipadas, de conformidad con la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica². En ellos expresaba su negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos. Durante el traslado, el juez de guardia del Juzgado de Instrucción n.º 9 de Madrid dictó un auto en el que se autorizaba al equipo médico a tratar a la paciente con las medidas médicas o quirúrgicas necesarias para salvaguardar su vida e integridad física. A su llegada a La Paz, los médicos de-

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

1 Sentencia de 17 de septiembre de 2024, *Pindo Mulla c. España*, núm. 15541/20. ECLI:CE:ECHR:2024:-0917JUD001554120

2 BOE núm. 274, de 15/11/2002.

terminaron que existía un riesgo inminente para su vida que requería una intervención quirúrgica inmediata. Según describe la sentencia, la demandante no aportó ningún documento en el que constara su negativa a la transfusión de sangre ni se refirió a su documento de voluntades anticipadas, que, en cualquier caso, no formaba parte del expediente médico enviado con ella desde Soria. Tampoco se consultó el Registro Nacional de Voluntades Médicas Anticipadas, donde también constaba su voluntad. Durante la operación se produjo una hemorragia importante que requirió tres transfusiones de sangre.

Una vez informada de lo sucedido, la paciente solicitó la anulación del auto e interpuso un recurso de apelación. La Audiencia Provincial dictó sentencia el 15 de octubre de 2018 desestimando el recurso, ya que consideró que el Auto era conforme a Derecho, puesto que no existían pruebas fehacientes de que la demandante se hubiera negado a recibir tratamiento médico y, como constaba en el dictamen del médico forense, su vida corría un grave peligro. La demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando, en particular, que se había vulnerado su derecho a la integridad física (artículo 15 CE), su derecho a la libertad religiosa (artículo 16.1 CE) y su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). El Tribunal Constitucional declaró la inadmisibilidad del recurso el 9 de octubre de 2019.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En virtud del artículo 8 del Convenio, “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. El Tribunal ha dictaminado que la vida privada incluye la integridad física y psicológica de una persona³; y que el derecho al respeto de la vida privada contiene el respeto a la autonomía personal⁴. En sus observaciones preliminares, el Tribunal indica que el presente asunto difiere de algunos anteriores en los que también se planteaban las cuestiones del respeto a la autonomía personal y del rechazo a un tratamiento médico para poner fin a la propia vida⁵. También difiere el contexto en el que resulta aplicable el respeto a la autonomía personal, ya que este asunto se enmarca en el sistema general de salud pública y no en el tratamiento de personas privadas de libertad bajo el control y la responsabilidad del Estado⁶ (apartados 125–127).

Antes de entrar en el análisis de la pretensión de la demandante, el Tribunal aclara que su función en este caso no es cuestionar la evaluación de la salud de la demandante por parte

3 Sentencia de 26 de marzo de 1985, *X e Y c. los Países Bajos*, núm. 8978/80 (apdo. 22); Sentencia de 25 de marzo de 1993, *Costello-Roberts c. el Reino Unido*, núm. 13134/87 (apdo. 36); Sentencia de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, núm. 2346/02 (apdo. 61).

4 Sentencia de 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, núm. 2346/02 (apdos. 61 y 66). Véase el estudio publicado por N. R. Koffeman, “(The right to) personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights”, Leiden: Leiden University (Extraído de <https://hdl.handle.net/1887/15890>).

5 Sentencia de 5 de junio de 2015, *Lambert and Others c. Francia*, núm. 46043/14; Sentencia de 4 de octubre de 2022, *Mortier c. Bélgica*, núm. 78017/17; Sentencia de 29 de julio de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, núm. 2346/02; Sentencia de 20 de enero de 2011, *Haas c. Suiza*, núm. 31322/07; Sentencia de 19 de julio de 2012, *Koch c. Alemania*, no. 497/09.

6 Sentencia de 7 de octubre de 2008, *Bogumil c. Portugal*, núm. 35228/03; Sentencia de 15 de septiembre de 2020, *Aggerholm c. Dinamarca*, núm. 45439/18.

de los profesionales médicos ni sus decisiones sobre el tratamiento que debía administrarse, sino determinar si el proceso de toma de decisiones había mostrado suficiente respeto por su autonomía. Por tanto, examina cómo se había puesto en marcha, dirigido y revisado el proceso de toma de decisiones y si se había respetado la autonomía de la demandante en virtud del artículo 8 del Convenio (apartados 90–130). El Tribunal interpreta este derecho fundamental teniendo en cuenta las disposiciones relevantes del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (Convenio de Oviedo), de 4 de abril de 1997, del que España es parte (véase el apartado 128)⁷.

Para valorar si la injerencia en su vida privada estuvo justificada, el Tribunal comprueba, como es habitual, si la injerencia sufrida estaba legalmente prevista, respondía a un objetivo legítimo y era necesaria. No tiene dudas de que la injerencia era conforme al derecho nacional y que perseguía un fin legítimo: la protección de la salud. Por ende, el Tribunal se centra en justificar la *necesidad* de la injerencia en el ámbito de la asistencia sanitaria, y para ello, recuerda una serie de principios generales establecidos en su jurisprudencia: i) que en el ámbito de la asistencia sanitaria el respeto de la autonomía personal es un principio general y fundamental salvaguardado por la norma del consentimiento libre e informado⁸; ii) que en virtud del artículo 2, los Estados Partes tienen la obligación positiva de promulgar normas que obliguen a los hospitales públicos y privados a adoptar medidas adecuadas para la protección de la vida de los pacientes⁹ y su integridad física¹⁰; iii) que deben existir sólidas salvaguardias jurídicas e institucionales en el proceso decisorio pertinente para garantizar que una decisión que afecta a la autonomía personal sea explícita, inequívoca, libre e informada¹¹; iv) que se garantice que la persona afectada ha participado suficientemente en el proceso de toma de decisiones, considerado en su conjunto, para que sus intereses gocen de la protección necesaria¹² (apartados 131-153).

Esta sentencia es novedosa ya que es la primera vez que el Tribunal tiene la oportunidad de examinar cómo deben conciliarse la autonomía del paciente y la protección del derecho a la vida en una situación de emergencia. A juicio del Tribunal, la decisión de rechazar un tratamiento para salvar la vida debe ser clara, específica e inequívoca. Si hay motivos razonables para dudar de alguno de estos aspectos, los profesionales sanitarios deben hacer todo lo posible para determinar la voluntad del paciente. Si, a pesar de esos esfuerzos, el médico o un tribunal nacional no logra determinarlo con claridad, su deber es proteger la vida del paciente prestándole los cuidados esenciales. Esta posición está en plena armonía con el artículo 9 del Convenio de Oviedo, que permite, en una situación de emergencia, una excepción a la regla general del consentimiento, que debe interpretarse restrictivamente. Ahora bien, el Tribunal estima que el principio de atribución de efectos jurídicos vinculantes a las voluntades antici-

7 BOE, núm. 251, de 20 de octubre de 1999, pp. 36825 a 36830.

8 Sentencia de 10 de junio de 2010, *Testigos de Jehová de Moscú y otros c. Rusia*, núm. 302/02, (apdo. 136); Sentencia de 7 de junio de 2024, *Taganrog y otros c. Rusia*, núm. 32401/10, (apdo. 168).

9 Sentencia de 19 de diciembre de 2017, *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*, núm. 56080/13 (apdos. 166 y 186).

10 Sentencia de 13 de abril de 2023, *Mayboroda c. Ukraine*, núm. 14709/07 (apdo. 51).

11 Sentencia de 4 de octubre de 2022, *Mortier c. Bélgica*, núm. 78017/17 (apdos. 139 y 146).

12 Sentencia de 28 de noviembre de 2011, *R.R. c. Polonia*, núm. 27617/04 (apdo. 191).

padas y las modalidades formales y prácticas conexas entran dentro del margen de apreciación de los Estados Partes (apartados 146-153).

En el presente caso, el Estado demandado (Reino de España) optó por dar efecto vinculante a las voluntades médicas anticipadas y adoptó disposiciones prácticas específicas con el fin de garantizar que las instrucciones dadas por los pacientes fueran conocidas y seguidas en todo el sistema nacional de asistencia sanitaria. El Tribunal subraya que, cuando se ha establecido un sistema de este tipo, que es una elección que entra dentro del margen de apreciación del Estado y en el que confían los pacientes que han hecho uso de él correctamente, es importante que funcione eficazmente para lograr su finalidad (apartado 156). Al valorar el proceso de toma de decisiones de conformidad con el marco jurídico establecido a nivel nacional, reconoce que el marco nacional para garantizar el respeto a la autonomía del paciente en el sistema sanitario español está bien desarrollado y representa un equilibrio juicioso entre los derechos fundamentales de los pacientes, los correspondientes deberes del Estado y el interés público. De hecho, el Tribunal constata que la demandante se basó en dicho marco y adoptó las medidas pertinentes para manifestar su negativa a las transfusiones de sangre, ya que para ella era una cuestión de profunda importancia religiosa (apartado 172).

Sin embargo, en la práctica, el sistema sanitario español no cumplió con esos criterios. El Tribunal estima que la autorización del juez de guardia para proceder a cualquier tratamiento que se considerara necesario fue el resultado de un proceso de toma de decisiones que se vio afectado por la *omisión de información esencial* sobre la documentación de los deseos de la demandante, que esta había expresado de diversas formas y en diversos momentos por escrito. Al parecer, los médicos del Hospital de La Paz que se pusieron en contacto con el juez de guardia para preguntarle cómo proceder no conocían ni la negativa escrita a una transfusión de sangre, firmada en el hospital de Soria el día anterior al traslado de la demandante, ni su documento de voluntades anticipadas. En consecuencia, la base fáctica sobre la que el juez de guardia debía pronunciarse era *incompleta* (apartados 175 y 177). Además, esta cuestión y la de su capacidad para adoptar una decisión no se abordaron de manera adecuada en el procedimiento posterior. A la luz de esto, el Tribunal juzga que no puede decirse que el sistema sanitario español respondiera adecuadamente a la queja de la demandante por la denegación de sus deseos. Por tanto, el Tribunal concluye que, debido a una serie de deficiencias, la injerencia denunciada fue el resultado de un proceso de toma de decisiones que no respetó suficientemente la autonomía de la demandante, protegida por el artículo 8, que deseaba ejercer para observar una importante enseñanza de su religión. De ello se deduce una violación de su derecho al respeto de la vida privada, en virtud del artículo 8 del Convenio, interpretado a la luz del artículo 9 (apartados 182-184).

En consecuencia, el Tribunal declaró que España debe pagar a la demandante 12.000 euros por daños morales. Esta resolución no contó con el apoyo de ocho de los diecisiete jueces que componen la Gran Sala, que encontraron razones convincentes para concluir que la constatación de una violación constituía en sí misma una satisfacción equitativa suficiente y que no debía concederse ninguna indemnización por daños morales¹³.

13 Véanse los argumentos en *Partly Concurring and Partly Dissenting Opinion of Judge Seibert-fohr, joined by judges Kucsko-Stadlmayer, Pastor Vilanova, Ravarani, Kūris, Lubarda, Koskelo and Bormann*, pp. 78-81.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La Constitución española (CE) establece que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de asistencia sanitaria¹⁴. Así lo han hecho todas las Comunidades Autónomas, incluidas Castilla y León y Madrid. No obstante, el Estado mantiene la competencia exclusiva en materia de coordinación general de la sanidad, es decir, la fijación de los niveles mínimos que deben cumplir los servicios públicos de salud, el establecimiento de los medios y sistemas que faciliten el intercambio de información y la coordinación de las autoridades sanitarias estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas funciones. En este asunto, se ha puesto de manifiesto que la falta de coordinación e información entre administraciones sanitarias puede dar lugar a la violación de derechos fundamentales. En su opinión concurrente, la jueza de nacionalidad española, María Elósegui, destaca algunos de los elementos derivados de la sentencia que considera importantes para evitar que estas violaciones se repitan en España. En particular, afirma que España ha promulgado leyes y reglamentos sobre el consentimiento informado y el uso de las voluntades médicas anticipadas. En la práctica, sería deseable una mejor coordinación entre los hospitales de las distintas Comunidades Autónomas. Como se desprende de la sentencia, la demandante utilizó todas las vías que la ley le ofrecía, pero, a pesar de ello, su voluntad, plasmada en los documentos firmados por ella, fue ignorada, como consecuencia de diversos errores imputables a las autoridades que intervinieron en su caso. La jueza Elósegui añade que “las autoridades nacionales, así como los médicos y jueces implicados, no pueden escudarse en los errores cometidos por otros, y mucho menos acusar a la demandante de incumplir sus obligaciones; hay que aprender las lecciones para el futuro”¹⁵.

14 Constitución Española, artículo 148 (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

15 *Concurring Opinion of Judge Elósegui*, p. 69.

LA SENTENCIA DEL TEDH DEL 10 DE OCTUBRE DE 2024 EN EL CASO *T.V. c. ESPAÑA*: LA PRIMERA CONDENA INTERNACIONAL DE ESPAÑA EN MATERIA DE TRATA DE SERES HUMANOS, CENTRADA EN EL DEBER DE INVESTIGAR

VALENTINA MILANO*

I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

El 10 de octubre de 2024, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictó la primera sentencia europea —e internacional— que condena a España por incumplir sus obligaciones internacionales en la lucha contra la trata de personas¹. La acción de España frente a la trata —ya sea con fines de la explotación sexual, laboral, delincuencia forzada u otros motivos—, presenta deficiencias importantes, tal como ha subrayado el Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la trata del Consejo de Europa (GRETA)². Estas lagunas se ven reforzadas por la falta de una ley sobre la trata de personas en nuestro país. En este contexto, la sentencia *T.V. c. España* constituye un importante toque de atención a las autoridades españolas, que señala las deficiencias del Estado en la investigación y enjuiciamiento de la trata.

El asunto *T.V.* aborda la situación de una mujer que en 2003 fue víctima de trata de personas desde Benín City, en Nigeria, cuando tenía 14 años. Una conocida de la familia, C., se había ofrecido a llevarla a trabajar a España a cambio de 70.000 euros, que se devolverían con el salario que ganara allí. Fue sometida a un “ritual vudú” en el que tuvo que prometer que no denunciaría a C. a la policía española, sino “el vudú la mataría”. T.V. viajó a España vía París con un pasaporte falso que la identificaba como adulta y fue recibida por C., quien la llevó a una casa en Arahál (Sevilla), donde U., la pareja de C., la agredió sexualmente y ambos la sometieron a amenazas. A partir de este momento, T.V. fue obligada a ejercer la prostitución y permaneció bajo el control de C. hasta 2007, cuando logró escapar. Posteriormente, ejerció la prostitución en diversas regiones de España. Continuó recibiendo mensajes de C. que le exigía pagar la deuda, mientras que su padre en Nigeria sufrió la destrucción de su negocio y una agresión a manos de la familia de C. En 2010, comenzó a recibir asistencia y atención médica de la Fundación Apip-Acam. Este apoyo la animó a presentar una denuncia penal en junio de 2011.

* Profesora Titular (Laboral) de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de las Illes Balears (valentina.milano@uib.es). Comentario realizado al amparo del proyecto de investigación I+D+i PID2019-108253RB-C32, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033).

1 TEDH, *T.V. c. España*, n.º 22512/21, del 10 de octubre de 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:1010JUD002251221.

2 Véase GRETA, Primer, Segundo y Tercer Informe de evaluación relativo a España, de 2013 (GRETA (2013)16), 2018 (GRETA (2018)7) y 2023 (GRETA (2023)10) respectivamente.

Las autoridades abrieron inmediatamente una investigación y le otorgaron la condición de testigo protegida. Sin embargo, fue solo en 2013 cuando dos directivos de uno de los clubs en el que fue explotada fueron interrogados y, sin que se llevaran a cabo más diligencias, el caso fue sobreseído provisionalmente por falta de pruebas. El fiscal interpuso recurso de apelación. En 2017, la Audiencia Provincial sobreseyó el caso al determinar que, según los informes de determinación de edad, habría sido demasiado joven en 2003 para entrar en España con la apariencia de una adulta. Posteriormente, el Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo al considerar que no se había vulnerado ningún derecho fundamental.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En primer lugar, el Tribunal recuerda que, a pesar de que el artículo 4 del CEDH —que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado— no incluya una referencia expresa a la trata de personas, su doctrina del Convenio como instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales le ha llevado a determinar que la trata debe entenderse como comprendida en el ámbito de aplicación de este artículo. Así lo estableció por primera vez en *Rantsev*³ y lo fue reiterando posteriormente aportando distintos argumentos, a veces relativos al encaje de la trata en el artículo 4, en general, y otras especificando su encaje con una de las conductas —como en *Chowdury* donde estableció la vulneración del artículo 4(2) por trata con fines de trabajo forzado⁴—. Estos argumentos cambiantes y faltos de claridad no han quedado exentos de críticas⁵, hasta que en la decisión *S.M.* de 2020, la Gran Sala ha aportado algo más de claridad al respecto. En esta, estableció que cualquier forma de trata que cumpla con los tres elementos (acción, medio y fin) de la definición internacional y europea de la trata⁶ está cubierta por el artículo 4 de la Convención⁷, y que “Existen buenas razones para aceptar la afirmación de *Rantsev* de que el fenómeno mundial de la trata de seres humanos contradice el espíritu y la finalidad del artículo 4 y, por lo tanto, cae dentro del ámbito de las garantías que ofrece dicha disposición”⁸, sin necesidad de relacionarlo con una de las tres conductas.

3 TEDH, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, n.º 25965/04, de 7 de enero de 2010, para. 277-278.

4 TEDH, *Chowdury y otros c. Grecia*, n.º 21884/15, de 30 de marzo de 2017. Al respecto, véase MILANO, V., “Uncovering labour exploitation: lights and shadows of the latest European Court of Human Rights’ case law on human trafficking”, *Spanish Yearbook of International Law*, 2018, vol. 21, pp. 106-108.

5 Véase PIOTROWICZ, R., “States’s Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 26(2), 2012, pp. 181-201; HUGUES, K., “Human Trafficking, SM v Croatia and the Conceptual Evolution of Article 4 ECHR”, *The Modern Law Review*, vol. 85(4), 2022, pp. 1044-1061; MILANO, V., “Uncovering labour exploitation: ...”, op. cit., pp. 86-94; y MILANO, V., “The European Court of Human Rights’ Case Law on Human Trafficking in Light of *L.E. v Greece*: a Disturbing Setback?”, *Human Rights Law Review*, 2017, vol. 17(4), pp. 701-727, pp. 706-707.

6 Art. 3 del Protocolo de la ONU para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2000) y el art. 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005).

7 TEDH, *S.M. c. Croacia* [GS], n.º 60561/14, del 25 de junio de 2020, para. 296.

8 *Ibidem*, para. 292.

A la luz de lo anterior, el TEDH determina que la situación de la demandante se ajusta a la definición internacional de la trata de personas, y considera asimismo que la demandante ha presentado una reclamación defendible, respaldada por pruebas prima facie, de que fue sometida a trata de personas. Aplica así el criterio de admisibilidad menos estricto establecido en *S.M.[GS]*, en contraposición con el de los “indicios creíbles” exigidos en *Rantsev* o *S.M.[Sala]*, lo que resulta más acorde con la Convención europea, que exige que se active el deber de protección —y por tanto de investigación— a partir del momento en que existan “motivos razonables para creer”⁹ que la persona pueda haber sido objeto de trata.

A continuación, el TEDH reitera que el marco general de las obligaciones positivas en virtud del artículo 4 incluye: (1) el deber de establecer un marco legislativo y administrativo para prohibir y sancionar la trata de personas; (2) el deber de adoptar medidas operativas para proteger a las víctimas de la trata; y (3) la obligación procesal de investigar situaciones de posible trata (para. 80)¹⁰. En cuanto a las dos primeras categorías, el Tribunal no ha podido pronunciarse sobre estas en este asunto ya que declaró la demanda inadmisibile respecto de las mismas por falta de agotamiento de los recursos internos por parte de la demandante (paras. 83-84). En consecuencia, el Tribunal tuvo que limitar su análisis a la tercera dimensión de las obligaciones estatales: el deber de investigar y enjuiciar.

En relación con este aspecto, el Tribunal concluyó por unanimidad que el Estado español violó el artículo 4 de la Convención en su vertiente procedimental, al no haber investigado de forma diligente las alegaciones de trata y explotación sexual. El TEDH identificó deficiencias sustanciales en el curso de la investigación penal, que se manifestaron esencialmente en relación con tres aspectos: la inacción de los tribunales en una primera fase del procedimiento, el carácter limitado y superficial de la investigación que se llevó a cabo, y la insuficiente motivación de la decisión de sobreseimiento.

En relación con el primer aspecto, el TEDH determina que hubo una inacción injustificada de las autoridades judiciales durante los primeros dos años, que impactó negativamente tanto en la investigación como en la salud de la demandante —se le diagnostican problemas de salud mental relacionados con el trauma sufrido que le generaron una discapacidad del 70%—. En efecto, las autoridades abrieron inmediatamente una investigación formal en junio de 2011 y le otorgaron a la Sra. T.V. la condición de testigo protegida. Sin embargo, no fue hasta enero de 2013 cuando se dieron las primeras actuaciones, que sin embargo se limitaron a entrevistar a dos directivos del club R. A continuación, se desestimó provisionalmente el caso por falta de pruebas, sin que se diera ningún intento de identificar a los presuntos autores, que permanecían en su lugar de residencia. Por tanto, el TEDH concluye que las autoridades judiciales fueron negligentes en la primera fase de la investigación (paras. 98-101).

9 Artículo 10(2). Véase también la Directiva 2011/36/UE, artículo 11(2) y (4).

10 Sobre estas tres categorías de obligaciones en la jurisprudencia del TEDH sobre la trata, véase MILANO, V., *The Human Rights-Based Approach to Human Trafficking in International Law: an Analysis from a Victim Protection Perspective*, Marcial Pons, 2020; y MILANO, V., “Uncovering labour exploitation ...”, *op. cit.*, pp. 83-117.

En cuanto al segundo aspecto, el TEDH observa que, a pesar de que la demandante proporcionó una descripción detallada de los hechos, incluidas las circunstancias de su llegada a España y su explotación en la prostitución en varios clubes, la investigación fue limitada, superficial y centrada en solo uno de los clubes. Las autoridades ignoraron también otros elementos clave, como los informes de las ONGs que la atendieron y la identificación formal como víctima por las autoridades. Tampoco se indagó sobre su proceso de captación, tránsito o situación en Nigeria, ni se solicitó información a las autoridades francesas sobre su entrada al espacio Schengen, en virtud de la obligación de los Estados, identificada por el TEDH en los casos de trata transfronteriza, de cooperar con las autoridades de otros Estados en la investigación de hechos ocurridos fuera de su territorio (paras. 102-108)¹¹.

Estos aspectos confirman una deficiencia estructural en la investigación de casos de trata: el hecho de que los procedimientos judiciales se basan principal o exclusivamente en el testimonio de la víctima, lo que acaba ejerciendo una presión excesiva sobre ella, al mismo tiempo que debilita el procedimiento. Las víctimas de trata se encuentran en una situación de vulnerabilidad debido al trauma sufrido, por lo que sus declaraciones pueden tener incoherencias. Además, fundamentar la acusación únicamente en el testimonio de la víctima aumenta el riesgo de amenazas por parte de los tratantes, que a menudo consiguen que ellas retiren su testimonio, logrando que su delito quede impune. Así lo señala GRETA:

“One of the purposes of the Convention is to ensure the effective investigation and prosecution of THB. Article 27(1) of the Convention establishes that the investigation or prosecution of THB offences must not depend on victims’ reports. The aim is to avoid traffickers’ subjecting victims to pressure and threats in attempts to deter them from complaining to the authorities”¹²

Por tanto, es esencial que las autoridades cumplan con su obligación de investigar este delito de forma proactiva y exhaustiva, recabando un amplio abanico de pruebas. Esta obligación, que se reafirma en casos como *Rantsev*, *L.E. c. Grecia*¹³, *Chowdury*¹⁴ y *S.M.[GS]*¹⁵, fue reiteradamente desatendida por las autoridades españolas en este caso, que “no siguieron líneas de investigación obvias para reunir la evidencia disponible” (para. 108).

Finalmente, el TEDH aborda una cuestión bastante espinosa en España y en otros países de nuestro entorno: los procedimientos de determinación de la edad. Pero lo hace solo de forma tangencial. A pesar de las críticas unánimes que reciben los procedimientos basados en pruebas óseas —utilizados sistemáticamente en países como España o Francia—, el TEDH no entra a valorar directamente si estos métodos cumplen con los estándares de derechos humanos. Más bien, se limita a establecer si hubo deficiencias significativas en los procedimientos y procesos de toma de decisiones, de acuerdo con la línea adoptada en su jurisprudencia en ma-

11 Véase también *Rantsev*, para. 289.

12 GRETA, Tercer Informe de evaluación relativo a España, 2023, para. 101.

13 Para un análisis de cómo se interpreta esta obligación en *Rantsev* y en *L.E. c. Grecia*, véase MILANO, V., “The European Court of Human Rights’ Case Law ...”, *op. cit.*, pp. 722-725.

14 Véase MILANO, V., “Uncovering labour exploitation: ...”, *op. cit.*, pp. 106-108.

15 *S.M. c. Croacia [GS]*, cit., paras. 316, 336 y 343.

teria de menores extranjeros no acompañados en situación fronteriza¹⁶. Sin embargo, en *T.V.* el TEDH sí deja constancia de los estándares internacionales en la materia, refiriéndose a que dos Comités de la ONU han instado a los Estados a “abstenerse de utilizar métodos médicos basados, entre otras cosas, en análisis de los huesos y de los dientes, que pueden ser imprecisos, con amplios márgenes de error” (para. 73)¹⁷. También menciona pronunciamientos dirigidos específicamente a España: la abundante jurisprudencia del Comité de los Derechos del Niño en la que “reiteró, en particular, la inexactitud de las determinaciones de edad mediante rayos X y destacó varios defectos en el procedimiento de determinación de la edad” (para. 74), y las recomendaciones de GRETA que solicitó a España revisar su procedimiento de determinación de la edad para que no se fundamente únicamente en pruebas médicas sino en una valoración holística (paras. 76 y 88)¹⁸.

Dicho esto, en *T.V.* el Alto tribunal identifica una serie de carencias que le llevan a concluir que las decisiones de sobreseimiento fueron superficiales y poco motivadas y que se basaron exclusivamente en conclusiones mal fundamentadas sobre la edad. En efecto, la Audiencia Provincial interpretó erróneamente el informe forense de 2015 que determinaba que T.V. tenía “al menos 18 años” en el momento de los exámenes —tratándose de su edad mínima y no su edad exacta—, para establecer que tenía exactamente 18 en aquel momento y que, por tanto, tenía solo 6 años cuando entró en España en 2003, lo que quitaba toda credibilidad a su relato. A pesar de los argumentos contrarios presentados en apelación, la Audiencia no contrastó su valoración con otras pruebas que sugerían que la demandante fue tratada como adulta por diversas autoridades entre 2005 y 2010: por la policía en 2005 o 2009, cuando fue detenida por infracciones de la legislación de inmigración o cuando se emitieron órdenes de deportación en su contra, por los médicos del hospital de Zaragoza que le atendieron en 2010 y 2011, y por la Fundación Apip Acam, que elaboró un informe detallado sobre ella. En ningún momento se la consideró menor de edad ni se activaron los mecanismos de protección infantil (paras. 111-114). Sin embargo, esta interpretación errónea sobre la edad de la demandante fue el único elemento que fundamentó la decisión de sobreseimiento de la Audiencia Provincial, sin que se hiciera referencia alguna a las demás pruebas relativas a las alegaciones serias y detalladas de trata de seres humanos presentadas.

A la luz de las tres razones mencionadas, el TEDH concluye que España ha vulnerado el artículo 4 de la Convención en su vertiente procedimental, ya que la actuación de las autoridades judiciales en este caso demostró un “fragrante desprecio por su obligación de investigar” la trata de personas, a pesar de tratarse de un delito con “consecuencias devastadoras para sus

16 Sobre las críticas relativas la utilización de estas pruebas y la jurisprudencia europea y del Comité de los Derechos del Niño al respecto, véase MILANO, V., *Los derechos de los menores extranjeros no acompañados en la frontera: Normativa internacional y práctica española a la luz de la jurisprudencia del Comité de los Derechos del Niño y de los tribunales europeos*, Ed. Dykinson, 2025, pp. 45-89.

17 En referencia a la *Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares* y *núm. 23 del Comité de los Derechos del Niño (2017)*, sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito y retorno, CMW/C/GC/4 – CRC/C/GC/23, para. 4.

18 Véase también GRETA, Tercer Informe de evaluación relativo a España, 2023, paras. 207-210 y 217.

víctimas” (para. 118)¹⁹. Condena a España a pagar a T.V. 15.000 euros por los daños morales sufridos y 15.000 euros en concepto de costas y gastos.

III. CONCLUSIONES

Este caso presenta todos los elementos típicos de la trata de mujeres y niñas nigerianas: una menor de edad proveniente de Benín City —ciudad ampliamente reconocida como uno de los principales centros de captación de víctimas para la trata con fines de explotación sexual a nivel mundial—, sometida a un ritual vudú para aterrorizarla y obligarle a devolver una “deuda” exorbitante, y que, una vez llegada a Europa, es agredida sexualmente, amenazada y explotada en varias ciudades del país, siempre bajo el control de su *madame*²⁰. Resulta chocante que, siendo además Nigeria, junto con Rumanía, el país de origen de la mayoría de las víctimas de trata en España en aquellos años, la investigación de este caso se tomó tan a la ligera.

T.V. soportó años de explotación, que le provocaron daños psiquiátricos graves, y, a pesar de encontrar la fuerza de denunciar a sus tratantes, fue defraudada por el sistema judicial. Esta decisión del Tribunal europeo es, por tanto, muy oportuna. El TEDH denuncia sin ambages la inacción investigadora de España y reclama al Estado que tome en serio su obligación de investigar la trata desde el momento en que existan motivos razonables para creer que una persona pueda haber sido víctima de este delito. Además, le requiere que dicha investigación se lleve a cabo con diligencia, que las decisiones adoptadas estén debidamente fundamentadas y que se exploren todas las líneas de investigación razonables, con el fin de evitar, por todos los medios, que el peso de la investigación recaiga exclusivamente en el testimonio de la víctima.

¹⁹ *Ibidem*, para. 118.

²⁰ Véase CARLING, J., “Migration, Human Smuggling and Trafficking from Nigeria to Europe”, IOM Publisher, 2006; y *Women’s Link Worldwide*, “La trata de mujeres y niñas nigerianas: esclavitud entre fronteras y prejuicio”, 2014.

LA POSICIÓN DEL TEDH A PROPÓSITO DE LA EXCEPCIÓN A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN POR VULNERACIÓN DE NORMAS DE IUS COGENS: LA DECISIÓN DE 15 DE OCTUBRE DE 2024 EN EL ASUNTO *SASSI Y BENCHELLALI C. FRANCIA*

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA *

I. CONTEXTO

En 2001, los franceses Nizar Sassi (1979) y Mourad Benchellali (1981) viajaron a Afganistán, estando acreditada su presencia en los campamentos de entrenamiento de terroristas de AlQaeda. Tras la caída del régimen talibán, huyendo del país fueron interceptados por la policía pakistaní en la frontera y entregados a las tropas estadounidenses¹. Trasladados al X Ray Camp de Guantánamo en 2001 permanecieron allí recluidos hasta el 26 de julio de 2004 cuando fueron entregados a la policía francesa; una vez en Francia fueron nuevamente encarcelados acusados de conspiración criminal para preparar actos de terrorismo. Tras un largo proceso judicial —que se extendió desde 2004 hasta 2006—, fueron liberados dado que ninguna de las pruebas aportadas por la acusación superó el filtro de licitud del tribunal francés².

Defensores acérrimos del carácter fortuito —y luego forzado— de su presencia en los campamentos de entrenamiento, de su cambio progresivo de percepción sobre las intenciones del entrenamiento del grupo armado, de su falta de motivación terrorista y de no haber estado nunca directamente involucrados en ninguna acción armada, siempre han mantenido su inocencia. Su caso se enmarca en el conjunto de asuntos relativos a ciudadanos europeos que, atraídos por la radicalización islamista, viajan desde principios de siglo fuera del territorio europeo para incorporarse a grupos armados que, amparados en la *yihad*, perpetran acciones terroristas y que, de un modo u otro, han acabado encarcelados en alguno de los *black sites* bajo control estadounidense: centros de detención extraterritorial creados en el marco de la Guerra contra el Terror tras el 11S y señalados por diversos organismos internacionales debido a la práctica sistemática de torturas.

El 14 de noviembre de 2002, los demandantes presentaron una demanda civil ante el tribunal judicial de Lyon por violación de la libertad personal consistente en detención durante más de

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

** Todos los enlaces electrónicos a los recursos citados han sido verificados por última vez el 15/05/2025.

1 Véase *Mourad Benchellali et al. v. USA*, Working Group on Arbitrary Detention, UN. Doc. E/CN.4/2004/3/Add.1 at 33 (2003). Acceso disponible [aquí](#).

2 STEDH *Sassi and ors, Cassation appeal*, Pourvoi No 03-84652; ILDC 776 (FR 2005). *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*. Acceso disponible [aquí](#).

siete días, omisión deliberada de poner fin a la privación de libertad y confinamiento ilegal. Tres meses más tarde, el juez de instrucción designado para investigar las denuncias se negó a facilitar información basándose en que los hechos denunciados eran imputables a un Estado “cuyos agentes en sus actos oficiales y funcionarios ejecutivos en el ejercicio de su poder ejecutivo no pueden ser procesados ante los tribunales penales de un Estado extranjero, con la excepción de ciertos crímenes internacionales no relacionados con la presente denuncia”. No obstante, posteriormente la *Cour de cassation* anuló la sentencia del Tribunal de Apelación de Lyon al “haber resuelto basándose únicamente en un examen abstracto de la denuncia, sin investigar ni valorar si las condiciones de detención de los denunciantes cumplían las condiciones del Tercer Convenio de Ginebra de 1949 ni los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966”. En 2005, la Sala de Instrucción del Tribunal de Apelación de París revocó el auto y ordenó que continuara la investigación judicial.

A partir de entonces, los jueces de instrucción franceses interesaron las actuaciones realizadas por los Ministerios de Asuntos Exteriores, Defensa, Interior y Justicia a propósito del campo estadounidense de Guantánamo y la situación de los nacionales franceses allí internados. En 2006, los abogados instaron la comparecencia de autoridades militares estadounidenses directamente conectadas con el campo de reclusión. Finalmente, el 6 de octubre de 2009, el fiscal dictó un auto de procesamiento complementario por tortura y actos de barbarie. Un peritaje judicial constató que los agentes que llevaron a cabo los interrogatorios no serían perseguidos por la Administración estadounidense³; además, se solicitó del Comité Internacional de la Cruz Roja que remitiera los expedientes compilados para los demandantes y todos los documentos relativos a los mismos.

En 2012, los jueces enviaron una comisión rogatoria internacional a las autoridades judiciales estadounidenses solicitando que se les permitiera viajar a para colaborar en la investigación; EE.UU. no dio curso a la solicitud. Tampoco a una solicitud de asistencia internacional en la que citaba como testigos a varios representantes del Gobierno estadounidense —entre ellos, nuevamente al mismo militar—, debido a que podría perjudicar la soberanía, la seguridad, el orden público u otros intereses esenciales estadounidenses.

En abril de 2017, el juez notificó el fin de la instrucción; meses después, desestimó el caso basándose en la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros. En sentencia de 19 de diciembre de 2019, la Sala de Instrucción del Tribunal de Apelación de París confirmó la orden de sobreseimiento.

El presente comentario versa sobre la Decisión acumulada adoptada por el TEDH⁴ a propósito de los recursos presentados por Nizar Sassi y Mourad Benchellali⁵ por vulneración del

3 Gallagher, K.. Center for Constitutional Rights (CCR), New York. Acceso disponible [aquí](#).

4 STEDH (2024, 15 octubre). *Sassi et Benchellali c. France*, décision d’irrecevabilité). <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-238090> (ECLI:CE:ECHR:2024:1015DEC003588421).

5 STEDH (2022, 13 junio). *Sassi c. France et 1 autre affaire* (requêtes nos 35884/21 & 35886/21, affaire communiquée). <https://hudoc.echr.coe.int/y35886/21>. También, Cour européenne des droits de l’homme. (2022, 13 junio). *Sassi c. France et 1 autre affaire* (affaires communiquées, requêtes nos 35884/21 & 35886/21). <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218373>.

artículo 6 del CEDH⁶. La cuestión es relevante por plantear la legalidad de una restricción del derecho a un proceso equitativo en casos dirigidos contra personas sospechosas de haber infringido una norma de *ius cogens*.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

No es la primera vez que el TEDH se pronuncia a propósito de asuntos donde la inmunidad soberana de los Estados se muestra como un obstáculo procesal al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales nacionales⁷ ante demandas basadas en vulneraciones de derechos humanos reconocidos en los ordenamientos internos o, incluso, ratificados en instrumentos internacionales⁸. De hecho, el propio Tribunal había reconocido con anterioridad el derecho de las víctimas de tortura a obtener una reparación civil por el daño sufrido⁹. La jurisdicción penal de ámbito universal francesa¹⁰ permite entablar una acción civil para reparar los daños producidos por actos de tortura, incluidos los cometidos en el extranjero; esto convierte a la reclamación en real y sería siguiendo los criterios de exigibilidad establecidos por el TEDH para la aplicación del artículo 6 CEDH¹¹.

El TEDH en diversas ocasiones ha remarcado que si bien el derecho a un juicio justo debe interpretarse bajo las reglas del estado de Derecho constituyéndose como un recurso judicial efectivo que permita hacer valer los derechos reclamados¹², éste no puede considerarse un derecho absoluto. Dichas limitaciones entran dentro del margen de apreciación de los estados siempre y cuando persigan un objetivo legítimo y exista proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida sin restringir el acceso al derecho hasta el punto de afectar a su misma esencia¹³. Veamos ambas cuestiones. La inmunidad soberana es un principio general del derecho asentado en la Comunidad Internacional por lo que resulta difícil sostener una ilegitimidad de base de la restricción; sin embargo, cabe preguntarse si la misma debe prevalecer, incluso, cuando se trata de violaciones graves de derechos humanos. La sensibilidad de los Estados en torno a la cuestión provocó que fuera omitida en la Convención de las Na-

6 Art. 6 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, de 4 de noviembre de 1950. Accesible [aquí](#).

7 STEDH de 21 de noviembre de 2001, *McElhinney c. Ireland* [GS], requête no. 31253/96, *Reports of Judgments and Decisions 2001-XI*. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-59887> (ECLI:CE:ECHR:2001:-1121JUD003125396).

8 Art. 14 *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Adoptada el 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor el 26 de junio de 1987. Accesible [aquí](#).

9 STEDH de 15 de marzo de 2018, *Naït-Liman c. Suisse* [GC], requête no. 51357/07. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-11861>.

10 STEDH de 3 de noviembre de 2022, *M.M. et Z.M. c. Ukraine*, requête no 4669/20 (arrêt sur le fond et la satisfaction équitable), para. 69. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-220366> (ECLI:CE:ECHR:2022:-1103JUD000466920).

11 STEDH *M.M.*, antes citada.

12 STEDH de 21 de junio de 2016, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* [GC], requête no 5809/08, (arrêt sur le fond et satisfaction équitable). *Reports of Judgments and Decisions 2016*. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-164664> (ECLI:CE:ECHR:2016:0621JUD000580908).

13 *Ibidem*

ciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004. No obstante, la jurisprudencia internacional ha reiterado la naturaleza de la inmunidad como un instrumento base para el respeto mutuo y la estabilidad de las relaciones internacionales. En el asunto *Al-Adsani*, el TEDH sostuvo la imposibilidad de exigir que un Estado tenga la obligación de garantizar un recurso efectivo en el orden civil ante sus tribunales internos respecto de los actos de tortura cometidos por las autoridades de terceros Estados¹⁴. Sin embargo, esta visión también fue matizada por opiniones disidentes posteriores. Por ejemplo, en *McElhinney vs Irlanda*, el TEDH consideró que no hubo violación del 6.1 del CEDH —pero algunos jueces manifestaron la imposibilidad de limitar una norma *ius cogens* mediante otra norma material inferior¹⁵. Sin embargo, en 2012, en el asunto *Jones*¹⁶ —citando al TIJ en el asunto “*Alemania vs. Italia*”¹⁷— nuevamente el TEDH constató que no se había producido un cambio suficientemente sustancial en el Derecho internacional público que permitiese negar la prevalencia de la inmunidad jurisdiccional cuando se enjuician vulneraciones de normas de *ius cogens*. En la sentencia analizada, a propósito de Sassi y Benchellali, aplicando la misma lógica el Tribunal sostiene que dicho paradigma no ha variado desde 2012.

En relación con el juicio de proporcionalidad, el Tribunal recuerda el margen de apreciación del que disponen los Estados; señala que, en ningún caso, se impidió la presentación de las denuncias ante los tribunales nacionales e, incluso, se exigió una fundamentación más amplia en la resolución que estableció la denegación de información. Finalmente, dado que tampoco constata la ausencia de interés en investigar durante la fase de instrucción, no aprecia arbitrariedad en la actuación de los tribunales franceses.

Por todo ello, la sentencia concluye manifestando infundada la pretensión e inadmite el recurso.

III. CONCLUSIONES.

La sentencia analizada refuerza el papel del principio *par in parem non habet imperium* como fundamento regulador de las relaciones internacionales y preserva el marco jurídico internacional relativo a la inmunidad jurisdiccional *ratione materiae*. Una institución jurídica necesaria y escasamente evolucionada que, desde finales del siglo pasado, se halla inmersa en

14 SÁNCHEZ LEGIDO, A., «*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto *Al-Adsani* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDI*, vol. LIII, 2001, núm.1, pp. 313-330, pp. 320-321.

15 FERRER LLORET, J. «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos», *REDI*, vol. LIX, 2007, núm. 1, pp. 29-63; también, FERRER LLORET, J. «La inmunidad de jurisdicción del Estado ante el TEDH: la alargada sombra del Derecho Internacional Consuetudinario», *REEI*, núm. 34, 2017, 56 p. doi:10.17103/reei.34.06.

16 STEDH de 14 de enero 2014, *Jones et autres c. Royaume-Uni*, requêtes nos 34356/06 et 40528/06 (arrêt sur le fond et la satisfaction équitable). *Reports of Judgments and Decisions 2014*. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140005> (ECLI:CE:ECHR:2014:0114JUD003435606)

17 Véase Corte Internacional de Justicia, Sentencia en el asunto sobre *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia)*, de 3 de febrero de 2012. <https://www.icj-cij.org/case/143>

la búsqueda de un equilibrio, en ocasiones imposible, entre el deseable respeto mutuo entre Estados y el acceso a la justicia de sus propias víctimas.

La Decisión sin resultar criticable a luz de lo manifestado por la CDI en su resolución relativa a la inmunidad de jurisdicción parece no percibir el reverdecimiento que, desde hace unos años, experimentan los tribunales y fiscalías de varios Estados en relación con el ejercicio de la justicia universal, el cuestionamiento de la impunidad y la persecución de la responsabilidad (penal) internacional de alcance individual; tampoco las sanciones de tercera generación impuestas a individuos señalados como responsables de acciones contra el Derecho internacional. Una sentencia que, en esencia, termina respaldando otra que afirma que, más allá de la naturaleza delictiva de los hechos reconocida, la inmunidad debe primar sobre actos “cometidos en el marco de la política de lucha contra el terrorismo decidida al más alto nivel gubernamental en el ejercicio de la soberanía del Estado”. Una apreciación ésta última que puede resultar peligrosa a la luz de los calificativos con los que algunos gobiernos, en el momento actual y en otras latitudes, otorgan a sus operaciones armadas en el exterior.

LA SENTENCIA 142/2024 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2024, SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL MAR MENOR

ROSA M. FERNÁNDEZ EGEA*

I. HECHOS

Mediante la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, se confiere personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca¹, convirtiéndolo en la primera laguna en Europa en recibir este reconocimiento. Esta normativa permite que el ecosistema del Mar Menor sea sujeto de derechos, lo que facilita su protección y recuperación. De hecho, la ley surge como respuesta a la grave crisis ambiental que ha afectado a la laguna en las últimas décadas, buscando garantizar su preservación para las generaciones futuras.

Cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados interpusieron un recurso de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC) contra la totalidad de la Ley 19/2022, así como a algunos de sus preceptos específicos. En concreto, alegaban que la Ley es inconstitucional por vulnerar el sistema de reparto de competencias recogido en la Constitución española (CE). También consideran que el reconocimiento de personalidad jurídica plasma un régimen jurídico de protección del Mar Menor que desvirtúa la noción de personalidad jurídica. Por último, sostienen que algunas de las disposiciones adolecen de problemas de seguridad jurídica y de imprecisión del régimen sancionador previsto.

La Sentencia 142/2024 del Tribunal Constitucional (TC), de 20 de noviembre de 2024, objeto de este comentario, es precisamente la resolución del citado recurso de inconstitucionalidad, que concluyó avalando la constitucionalidad de la Ley 19/2022, como veremos. Este pronunciamiento viene acompañado de un voto particular de cinco magistrados que acogen los argumentos de los reclamantes.

A continuación, se resumirán los argumentos alegados para sostener la inconstitucionalidad de la Ley, así como su consideración por el TC. El comentario terminará con una valoración personal.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid (rosamaria.fernandez@uam.es)

1 Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca (BOE, n.º 237, de 3 de octubre de 2022; disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/09/30/19>).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En primer lugar, se cuestiona la constitucionalidad de la Ley 19/2022 por vulnerar el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas. En concreto, se alega que se vulneran los artículos 148.1.9 y 149.1.23 CE al invadir competencias autonómicas en materia de medio ambiente. Los recurrentes cuestionan el hecho de que se regule mediante una ley estatal un espacio natural protegido circunscrito a un área determinada del territorio español, sin que, en su opinión, pueda sostenerse la existencia de un interés supraterritorial que justifique la necesidad de la normativa estatal. Constituye, por tanto, una extralimitación de las competencias estatales en detrimento de las autonómicas, en este caso, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El Tribunal Constitucional, no obstante, considera que la ley se enmarca dentro de la competencia estatal sobre legislación básica de protección del medio ambiente, tal y como se explicita en la Disposición final segunda de la propia Ley, dedicada al “Título competencial”. En opinión del TC, la potestad del Estado de dictar legislación básica en materia de protección del medio ambiente, en virtud del artículo 149.1.23 CE, engloba la posibilidad de adoptar regulaciones específicas en zonas concretas, si se justifican en razones de interés general. De hecho, existen precedentes en los que se ha reconocido la constitucionalidad de normas estatales que regulan espacios protegidos de manera singular, como es el caso de los parques nacionales (STC 102/1995, de 26 de junio) o de protección de especies comprendidas en una sola Comunidad Autónoma (STC 146/2013, de 11 de julio). La noción de marco básico de ordenación ambiental no implica necesariamente que sea una ordenación uniforme e igual para todas las áreas geográficas del territorio nacional.

De esta forma, el TC desestima este argumento de inconstitucionalidad que afectaba a la totalidad de la Ley, concluyendo que la Ley 19/2022 no invade competencias autonómicas porque su regulación se enmarca en la legislación básica ambiental.

En segundo lugar, se impugnan los artículos 1, 2 y 6 de la Ley, argumentando que la naturaleza o un recurso natural no puede ser sujeto de derechos y que otorgar personalidad jurídica a una entidad natural y reconocerle derechos vulnera la dignidad humana y los derechos reservados a las personas.

El TC procede a analizar si conceder personalidad jurídica al Mar Menor infringe los artículos 10.1 CE (dignidad de la persona), 24.1 CE (tutela judicial efectiva), así como el artículo 45 CE (protección del medio ambiente). En su opinión, la Ley introduce un modelo jurídico innovador, pero no incompatible con la Constitución por diversos motivos. La personalidad jurídica es una construcción legal utilizada con fines de interés general, sin que ello implique otorgarle derechos humanos a la laguna. De hecho, la noción de “persona jurídica”, no deja de ser una ficción que también se aplica a entidades que no son personas físicas.

Es más, según el TC, el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor, lejos de ser “propósito de relativizar la dignidad de la persona”, que es un valor jurídico fundamental, es un intento de reforzarla. Y ello porque conecta el artículo 10 con los artículos 15 y 45 de la Constitución, tal y como se desprende también de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Efectivamente, la protección del medio ambiente tiene como fin último la

salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas. Por otro lado, la legitimación procesal de cualquier persona para defender el Mar Menor prevista en el artículo 6 de la Ley, en realidad, refuerza su protección ambiental y no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Ciertamente se produce con este pronunciamiento, y el propio TC es consciente, un cambio de paradigma, de una aproximación exclusivamente antropocéntrica a otra ecocéntrica moderada, lo que es criticado por los magistrados discrepantes al considerar que ésta última no tiene respaldo en la Constitución Española. Según estos magistrados, un ecosistema no puede tener personalidad jurídica ni puede equiparse a sujetos de derecho tradicionales.

Sin embargo, el TC afirma en su sentencia que no cabe realizar necesariamente una lectura “antropocéntrica” del artículo 45 CE. Este precepto recoge un mandato a los poderes públicos de protección del medio ambiente, pero lo hace de manera lo suficientemente abierta como para albergar perspectivas y enfoques diversos. En un apartado de “consideraciones generales” para determinar el marco constitucional, como cuestión previa a la consideración de las alegaciones de inconstitucionalidad, el TC se hace eco de la normativa internacional de protección ambiental, que recoge obligaciones para España, como es el caso del Convenio de Ramsar de 1971 de protección de los humedales. Pero también hace referencia a la última jurisprudencia en el ámbito comparado (casos de Holanda, Alemania e Italia), así como de la última jurisprudencia del TEDH (asunto *Verein KlimaSeniorinnen c. Suiza*, de 9 de abril de 2024), en la que se vincula la protección del medio ambiente con la salvaguarda de los derechos fundamentales. Y ello para afirmar que el mandato del apartado 2 del artículo 45 CE no ha de entenderse como una mera obligación de “preservar el *statu quo* de preservación medioambiental, sino como una obligación de solidaridad intergeneracional llamada a conservar y mejorar el entorno natural de cara las futuras generaciones tengan la oportunidad de disfrutar de su propio derecho a la vida, la integridad físicas y moral y el desarrollo de sus proyectos vitales en condiciones equivalente a aquellas de las que disponemos en la actualidad”.

El TC también refuerza este cambio de paradigma aludiendo a los cada vez más numerosos ejemplos en el panorama internacional de reconocimiento de derechos a la naturaleza asentados en algunas normativas estatales (Ecuador, Bolivia, Brasil o California) o en relación con ciertos recursos naturales, como ríos (Nueva Zelanda o Australia, entre otros).

En definitiva, tras todas estas consideraciones, el TC sostiene que la atribución de personalidad jurídica al Mar Menor no vulnera la dignidad humana ni los derechos fundamentales, ya que se trata de una ficción jurídica destinada a proteger el medio ambiente que tiene cabida en nuestra Constitución.

En tercer lugar, según los recurrentes, la Ley plantea problemas de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad contrarios al artículo 9.3 CE debido a la vaguedad de los derechos reconocidos en su artículo 2. Pero también porque su Disposición derogatoria única, que establece la invalidez de toda disposición contraria a la misma, crea incertidumbre normativa al no especificar qué normas quedan sin efecto.

El TC rebate estos argumentos al considerar que la Ley impugnada se integra en un marco regulatorio complementario a la normativa preexistente (ya existe numerosa normativa estatal y autonómica aplicable), por lo que no genera un vacío normativo ni inseguridad jurídica. Por

otro lado, la Disposición derogatoria única sigue el modelo del artículo 2.2 del Código Civil, ajustándose a los principios de interpretación ordinarios en Derecho. No existe, por tanto, vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

En cuarto y último lugar, los recurrentes afirman que la Ley vulnera los principios de legalidad sancionadora, tipicidad y taxatividad. En concreto, consideran que los artículos 4 y 5 establecen sanciones sin especificar las conductas concretas que constituyen infracciones, lo que puede derivar en un uso arbitrario de la normativa y supone una vulneración del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

Sin embargo, el TC aclara que el objetivo de la Ley no es tipificar infracciones, sino que se remite a las normas existentes en este particular. Tampoco introduce, a su juicio un régimen sancionador nuevo, sino que refuerza la aplicabilidad de la normativa vigente. Así, el Tribunal descarta la vulneración de los principios de legalidad sancionadora, tipicidad y taxatividad, ya que la ley no tipifica nuevas infracciones ni sanciones específicas.

En definitiva, en el fallo, el Tribunal Constitucional desestima íntegramente el recurso de inconstitucionalidad, declarando la constitucionalidad de la Ley 19/2022, que otorga personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca.

III. VALORACIÓN FINAL

La valoración que me merece este fallo del TC es muy positiva, por varios motivos. Por un lado, supone un reconocimiento a la necesidad de un cambio de paradigma de una concepción antropocéntrica de la protección medioambiental a otra ecocéntrica, aunque sea moderada. Es más, realiza una lectura abierta y evolutiva del artículo 45 CE al considerar que ambas aproximaciones tienen cabida en nuestra Constitución y que, dependiendo de la gravedad del problema ambiental, se podrá emplear una u otra, sin que un reconocimiento tal suponga la vulneración de otros preceptos constitucionales que recogen derechos o principios fundamentales.

Por otro lado, y estrechamente conectado con lo anterior, este pronunciamiento supone un apoyo al reconocimiento a la existencia de los “derechos de la naturaleza”. Esta noción, relativamente nueva, surge en respuesta a la creciente preocupación por el impacto humano en los ecosistemas y la biodiversidad ambiental, que busca su protección a través del reconocimiento de derechos propios y conferir un valor intrínseco a la naturaleza. El enfoque antropocentrista de la protección ambiental nacional e internacional, empleado tradicionalmente, concibe a los seres humanos exclusivamente como titulares de derechos, pero no de responsabilidades para con el resto de seres vivos y no vivos que conforman el mundo natural en el que vivimos. La consecuencia ha sido sumir a ciertos ecosistemas, como ha sido el caso del Mar Menor, en una situación desastrosa.

La complejidad de los desafíos ecológicos actuales requiere elaborar nuevos instrumentos y métodos de protección, como es el reconocimiento de personalidad jurídica y ciertos derechos. En realidad, tampoco es descabellado reconocerles un derecho a existir, a evolucionar naturalmente, y a su protección, conservación y restauración, como hace la Ley impugnada. Se trata de derechos bastante básicos, que no hubieran necesitado ser explicitados de no haber llegado a la condición tan precaria en la que se encuentra actualmente el Mar Menor.

Con este pronunciamiento, nuestro Alto Tribunal se sitúa entre los tribunales internacionales e instancias judiciales de otros Estados que están afirmando que existe un vínculo innegable entre la protección del medio ambiente y de los derechos humanos. De hecho, el propio TC menciona esta jurisprudencia en su sentencia, como ya se ha apuntado, poniendo de manifiesto que el contexto constitucional español no se encuentra aislado de lo que acontece en el panorama comparado e internacional. La consideración de las obligaciones y jurisprudencia internacional constituye otro de los motivos para afirmar que se trata de un fallo más que loable, a la par que necesario.

