

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, E.
JIMÉNEZ PINEDA, J. LASO PÉREZ, C. QUESADA
ALCALÁ, M. GARCÍA CASAS, M. E. SALAMANCA
AGUADO, M. C. MUÑOZ RODRÍGUEZ, F. PASCUAL-
VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA Y A. D. ARRUFAT
CARDAVA,**

COORDINADA POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ*

SUMARIO:

LA CIJ FRENTE AL GENOCIDIO DE LOS ROHINGYA (ORDEN DE 23 DE ENERO DE 2020 EN EL ASUNTO DE LA APLICACIÓN Y LA REPRESIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO-GAMBIA c. MYANMAR)
POR S. TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO..... pp. 3-6

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA (EXCEPCIONES PRELIMINARES) DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2019 EN EL ASUNTO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO Y DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (UCRANIA c. FEDERACIÓN DE RUSIA)
POR E. JIMÉNEZ PINEDA..... pp. 7-10

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 17 DE JULIO DE 2019, ASUNTO JADVAV (INDIA C. PAKISTÁN)
POR J. LASO PÉREZ..... pp. 11-15

UNA OPORTUNIDAD PARA PALESTINA: PETICIÓN DE LA FISCALÍA A LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES I DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE UNA DECISIÓN ACERCA DE LA JURISDICCIÓN TERRITORIAL DE LA CORTE SOBRE PALESTINA, DE 22 DE ENERO DE 2020
POR C. QUESADA ALCALÁ..... pp. 16-19

DECISIÓN DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES III DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL AUTORIZANDO LA APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN EN BANGLADESH/ MYANMAR
POR M. GARCÍA CASAS..... pp. 20-23

LOS “RECHAZOS EN FRONTERA” Y LA “CONDUCTA DEL

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

INTERESADO” SEGÚN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, DE 13 DE FEBRERO DE 2020, EN EL ASUNTO N.D. Y N.T. c. ESPAÑA

POR M. E. SALAMANCA AGUADO..... pp. 24-27

ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LA CRUCIAL APORTACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 9 DE JULIO DE 2019 EN EL CASO ROMEO CASTAÑO c. BÉLGICA

POR M. CARMEN MUÑOZ RODRÍGUEZ..... pp. 28-31

LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS A UNA RENTABILIDAD RAZONABLE Y PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD (STADTWERKE Y BAYWA c. ESPAÑA)

POR F. PASCUAL-VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA..... pp. 32-36

DELIMITANDO LA DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA: UN ANÁLISIS A PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL CASO COUSO

POR A. D. ARRUFAT CARDAVA..... pp. 37-41

LA CIJ FRENTE AL GENOCIDIO DE LOS ROHINGYA (ORDEN DE 23 DE ENERO DE 2020 EN EL ASUNTO DE LA APLICACIÓN Y LA REPRESIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO -GAMBIA C. MYANMAR-)

SOLEDAD TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO*

I. HECHOS

La situación en la que intenta sobrevivir el grupo rohingya, grupo étnico, racial y religioso residente en el territorio de la República de la Unión de Myanmar resulta sobradamente conocida por los informes realizados por distintos órganos y organismos de Naciones Unidas, especialmente el Consejo de Derechos Humanos¹. En ellos se indica que los miembros de este grupo humano han sido víctimas de comportamientos constitutivos de tortura, actos crueles o degradantes infligidos por el ejército, así como de operaciones de limpieza étnica realizados en una situación que permitía “inferir que había habido intención genocida y que esos ataques se habían planeado de antemano y demostraban que había una política bien definida y respaldada por el Estado”².

Aunque los datos son inciertos, se calcula que esta situación ha provocado la huida de más de 900.000 rohingyas buscando refugio en Bangladesh³ y más de 25.000 muertos como consecuencia de los ataques sufridos. Se trata de una situación muy grave cuya jurisdicción y competencia ha sido respondida favorablemente por la Sala de cuestiones preliminares I de la Corte Penal Internacional⁴.

Conocidos los hechos, sorprendía que el 11 de noviembre de 2019 Gambia registrara en la Secretaría de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) una demanda contra Myanmar, de conformidad con el artículo 40.1 del Estatuto, originada en la atribución directa o indirecta (por su realización o tolerancia) a este Estado de los comportamientos constitutivos de genocidio, proscritos por la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 1948, de los que son víctimas las personas rohingya, de conformidad con lo establecido en la mencionada disposición.

* Soledad Torrecuadrada García-Lozano es Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (s.torrecuadrada@uam.es). Realizado en el marco del Proyecto titulado “Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia como mecanismo de solución de controversias internacionales” (PGC2018-093668-B-I00).

¹ Véase, por ejemplo, el Informe de la misión de expertos independientes enviada por el Consejo de Derechos Humanos a Myanmar (A/HRC/42/CRP.4, 5 y 6, de 16 de septiembre de 2019), disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/236/77/PDF/G1923677.pdf?OpenElement>; hay múltiples informaciones de UNICEF, entre otras: <https://www.unicef.es/causas/emergencias/ninos-rohingya-bangladesh>

² El texto se encuentra en el párrafo 23, p. 6, del Informe de la misión de expertos ..., *op. cit.*, nota 1.

³ La información puede verse en: <https://eacnur.org/es/labor/emergencias/emergencia-rohingya>

⁴ La decisión puede verse en: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06955.PDF

A su introducción en la instancia adjuntaba Gambia una solicitud de las medidas cautelares adecuadas para alcanzar los propósitos que contempla el artículo 41 del Estatuto. Es decir: que el demandante finalizase los actos contrarios a la Convención sobre el genocidio y acomodase su comportamiento a este texto convencional; que sean juzgadas las personas que pudieran estar implicadas en los actos de genocidio; procediese a reparar a las víctimas, que el demandado garantizase la no repetición de los hechos; y, por último, que el demandado no destruyera las pruebas de los hechos que fundamentan su demanda, así como que ambos, demandado y demandante, adoptasen todas las medidas necesarias para evitar el agravamiento de la situación y que dirijan a la Corte sendos informes con el propósito de informar a la Corte de las acciones con las que han procurado dar cumplimiento a la Orden en la que se proceda a la indicación de medidas cautelares.

La respuesta de Myanmar a la demanda de Gambia fue la negación de la existencia de controversia alguna con el demandado, por lo que no había lugar a que la Corte accediera a la solicitud de Gambia (para. 13).

II. CUESTIONES JURÍDICAS

La Corte adopta dos Ordenes el día 23 de enero de 2020, una en la que se indican los plazos para que el demandante y el demandado presenten respectivamente su memoria y contramemoria⁵; y otra, que es objeto de esta crónica, en la que se indican medidas cautelares⁶. Es necesario comenzar indicando que las medidas cautelares carecen de particularidades cuando se solicitan en un conflicto que tiene su origen en la vulneración de la Convención de 1948 contra el Genocidio. Por tanto, la particularidad de la Orden que es objeto de este comentario no deriva de este elemento.

Sí resulta novedosa la situación del demandante que se encuentra a 11.500km del lugar en el que se producen los comportamientos genocidas que originan la demanda, sin que el demandante sufra las consecuencias directas de estos hechos⁷. Por otra parte, hemos de observar dos aspectos respecto de las medidas cautelares: primero, debido a la urgencia y necesidad de su adopción, realiza tan solo un examen *prima facie* de su competencia para conocer del fondo del asunto, y solo de existir esta apariencia de competencia adoptará las medidas cautelares que considere oportunas; segundo, que la respuesta de la Corte se refiere a las cuestiones derivadas de las particularidades de cada caso concreto, puestas de relieve por las partes en la controversia. Una de ellas, respecto de las medidas cautelares en el caso que nos ocupa es el planteamiento de la “question of the standing of the Gambia”. La Corte resolvió esta duda debido a la alegación del demandado acerca de que Gambia no había sido víctima de las violaciones que fundamentan la demanda (para. 39). En consecuencia, siguiendo el argumento de Myanmar, el único que podría hacerlo

⁵ Cuyo contenido puede leerse íntegramente en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-ORD-02-00-EN.pdf>

⁶ Que puede descargarse: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf>

⁷ Gambia interpone la demanda en nombre de la Organización de Cooperación Islámica. Es la conexión musulmana que lo explica (<https://news.un.org/en/story/2020/01/1055841>) y la misma alegación de Myanmar a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por Gambia, en la Orden que es objeto de este comentario.

sería Bangladesh, territorio en el que encuentran refugio los rohingya.

La Corte supera fácilmente la argumentación de Myanmar, acudiendo a la naturaleza imperativa de la prohibición del genocidio, aunque la CIJ, como en ocasiones anteriores, apela a la categoría de obligaciones *erga omnes*. Consideración que permite a cualquier Estado parte en la Convención exigir responsabilidad a otro por el incumplimiento de la prohibición que tiene una dual materialización: consuetudinaria y convencional. Lo que nos conduce a la existencia *prima facie* de un vínculo jurisdiccional aplicable al caso: el artículo IX de la Convención contra el genocidio, texto convencional en el que los dos Estados cuentan con el estatuto de parte, sin reservas al citado precepto por los implicados.

Resueltos favorablemente los aspectos anteriores, la Corte comprueba la relación entre los derechos objeto de protección en el caso en presencia y las medidas solicitadas por la parte demandante, junto con la urgencia y necesidad de su adopción. En relación con el primer punto recién indicado, se advierte la relación existente entre las tres primeras medidas solicitadas por el demandante, debido a su naturaleza claramente protectora del grupo humano que, de acuerdo con los datos que obran en su poder, requiere ser protegido.

Acerca de la necesidad de su adopción, recordemos que el artículo 41 del Estatuto tan solo capacita a la Corte para indicar medidas cautelares si su ausencia pudiera provocar un riesgo de perjuicio irreparable sobre los derechos en causa en el procedimiento. La jurisprudencia evidencia que la Corte solo las indica en presencia de un riesgo sea real e inminente. En este caso, Myanmar arguye que la eficacia del plan de retorno de los rohingya a su territorio originario que ha puesto en práctica se vería comprometido de indicarse las medidas cautelares en discusión. La Corte, teniendo en cuenta los informes de los órganos y organismos de Naciones Unidas, advierte la necesidad de adoptar medidas protectoras sobre las personas rohingyas, que siguen huyendo de Myanmar. Ello es así por entender que en defecto de su adopción la alta vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros del grupo humano se mantendría, por lo que alcanza la convicción de la urgencia y necesidad de la adopción de las medidas cautelares en el caso concreto.

Tras todo ello, la Corte procede a indicar por unanimidad (incluso con los votos de los dos jueces *ad hoc* designados por los Estados parte en la controversia) las medidas indicadas por Gambia, aunque se limita a Myanmar la obligación de informar acerca de la aplicación de las medidas protectoras indicadas.

III. ¿Y AHORA QUÉ?

Aunque el futuro resulta incierto, es de esperar que durante el plazo establecido para que Myanmar presente su memoria interponga una excepción preliminar con el propósito de evitar que la Corte entre a conocer del fondo del asunto, por los motivos que ya se han vislumbrado en la respuesta a la solicitud de medidas cautelares y, eventualmente, otros añadidos. Si la Corte rechazara las excepciones preliminares, el horizonte continua

resultando imprevisible. Podría darse el caso de que la Corte resolviera la existencia de genocidio o no. Recordemos que en la Sentencia en el caso que enfrentó a Bosnia-Herzegovina y Yugoslavia⁸, contábamos con la ayuda probatoria de los hechos sucedidos en aquel territorio, con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, de la que carecemos en el asunto que nos interesa. Incluso en aquel supuesto comprobamos la dificultad probatoria del dolo especial o intención de destruir⁹.

Por otra parte, una vez constatada la existencia objetiva del genocidio respecto del grupo rohingya quedaría la cuestión de su atribución fehaciente de los comportamientos constitutivos de genocidio al Estado de Myanmar. En este caso parece más clara que en el supuesto Yugoslavo esa relación debido a que, según los informes de los órganos y organismos de Naciones Unidas publicados, fueron realizados por miembros del ejército y las llamadas al odio por miembros de la administración del Estado. Por ello resulta muy importante la aplicación de las medidas cautelares y muy especialmente, la que solicita al demandado la conservación de estos elementos probatorios, aunque podamos dudar de la eficacia precisamente de esta última.

Todo lo anterior nos hace aplaudir la Orden que es objeto de esta crónica, a pesar de la imprevisibilidad respecto del resultado final de la demanda formulada por Gambia. Pese a todo, confiemos que la Corte establezca su competencia para conocer del fondo del asunto y lo haga de modo responsable. Como la esperanza es lo último que se pierde, esperemos que la acción decidida de la Corte en este caso contribuya a evitar que estos comportamientos se reproduzcan. Por último, la senda abierta por Gambia también es una esperanza para esos pueblos atrapados dentro de las fronteras del Estado que no tienen quien les ampare ante la práctica de estas manifestaciones de genocidio. Esperemos confiados que la Corte, una vez más, no nos defraude.

Por último, hemos de considerar que quizá la Corte arriesga mucho más que esta esperanza en el caso que nos ocupa, pues tras algunas decisiones controvertidas y cuestionadas, puede que esta sea la prueba definitiva que nos permita observar si la Corte realmente es un instrumento de solución de controversias territoriales y de establecimiento de fronteras, o tiene la utilidad para la que se concibió. Esperemos cuando deba adoptar las decisiones en este caso, sea consciente y responsable de todos los elementos que están en juego respecto de su papel de cara al futuro.

⁸ Se trata de la Sentencia de 26 de febrero de 2007, en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio, puede verse en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-BI.pdf>

⁹ Sobre el dolo especial puede verse K. Ambos, “¿Qué significa la ‘intención de destruir’ en el delito de genocidio?”, en *Revista Penal* n° 26, julio 2010, pp. 46 y ss.

**LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA
(EXCEPCIONES PRELIMINARES) DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2019
EN EL ASUNTO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN
INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LA FINANCIACIÓN
DEL TERRORISMO Y DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL
SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE
DISCRIMINACIÓN RACIAL (UCRANIA C. FEDERACIÓN DE
RUSIA)**

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA*

I. HECHOS

La Corte Internacional de Justicia, mediante sentencia sobre excepciones preliminares de 8 de noviembre de 2019, afirmó su jurisdicción para conocer de la demanda deducida por Ucrania, el 16 de enero de 2017, contra la Federación de Rusia y aceptó la admisibilidad de aquella demanda¹.

Debido a la situación que se provocó a partir de la primavera de 2014 en la península de Crimea, Ucrania solicitó a la Corte que dictara medidas cautelares (así lo hizo en su auto de 19 de abril de 2017) y declarara la violación por Rusia de sus obligaciones en virtud de las Convenciones Internacionales para la Represión de la Financiación del Terrorismo (CRFT, de 9 de diciembre de 1999) y sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CEDR, de 21 de diciembre de 1965) (paras. 9, 18)².

El 12 de septiembre de 2018, Rusia planteó excepciones preliminares a la jurisdicción de la Corte, solicitando que declarara su falta de competencia y declarara inadmisibile la demanda (para. 20). Por su parte, Ucrania solicitó a la Corte que, desestimando aquellas excepciones preliminares, afirmarse tanto su jurisdicción como la admisibilidad de la

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

¹ *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, CIJ Recueil 2019, en prensa. Esta sentencia contó con la declaración del magistrado Robinson, las opiniones separadas de los magistrados Tomka, Cançado Trindade y Donoghue y *ad hoc* Pocar, nominado por Ucrania, y las opiniones disidentes de la vicepresidenta Xue y del magistrado *ad hoc* Skotnikov, nominado por la Federación de Rusia. Este último Estado contaba con un magistrado de su nacionalidad en el tribunal quien “informó al presidente de la Corte que consideraba que no debía tomar partido en la decisión del caso” (para. 7), por lo que procedió al nombramiento del magistrado *ad hoc*. Los documentos del caso pueden consultarse en <https://www.icj-cij.org/en/case/166>, consultado por última vez el 1 de mayo de 2020. Las traducciones son del autor.

² Quizá como consecuencia de la demanda que Qatar interpuso ante la CIJ el 11 de junio de 2018 en virtud de la segunda de las cláusulas convencionales invocadas por Ucrania, aquel Estado solicitó que, con arreglo al artículo 53, parágrafo 1 del reglamento de la Corte, “se le entregaran copias de la demanda de Ucrania y de las excepciones preliminares planteadas por Rusia”, solicitud que la Corte decidió “no sería apropiado atender” (para. 15).

demanda y procediera a conocer del fondo de la controversia (para. 21).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Como fundamento de la jurisdicción de la Corte, Ucrania invocó las cláusulas de solución de controversias previstas en los artículos 24.1 de la CRFT y 22 de la CEDR, convenciones en las que ambos Estados son parte (paras. 34-35)³.

Con arreglo a la primera cláusula convencional, la Corte tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre “cualquier controversia entre dos o más Estados parte relativa a la interpretación o aplicación de la Convención” (para. 39)⁴. En este sentido, Rusia mantenía que Ucrania no había probado el suministro de armas por su parte y, más aún, que Ucrania “estaría también implicada en la comisión de venta indiscriminada [de armas] durante el mismo conflicto” (para. 42). En opinión de Ucrania, la Corte no debería realizar “una interpretación definitiva del artículo 2 de la CRFT, ni determinar la plausibilidad de los presuntos hechos”, sino “asumir provisionalmente que los hechos alegados por Ucrania son ciertos y, por tanto, aceptarlos *pro tempore*” (para. 47).

Pues bien, la Corte interpretó que, aunque “la financiación por un Estado de actos de terrorismo no está prevista en la CRFT” y, por tanto, “está fuera del ámbito de la Convención” (para. 59), ello no significa que dicha financiación “sea lícita conforme al derecho internacional”, recordando que, en su resolución 1373 (2001), el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas decidió que todos los Estados deben “abstenerse de proporcionar cualquier forma de apoyo, activo o pasivo, a entidades o personas involucradas en actos terroristas” (para. 60). Asimismo, declaró que “los Estados parte en la CRFT tienen la obligación de tomar medidas apropiadas y de cooperar en la prevención y represión de delitos de financiación del terrorismo. Si un Estado incumpliera esa obligación, su responsabilidad surgiría conforme al Convenio” (para. 61). Por ello, la Corte concluyó, por trece votos contra tres, que la excepción a su competencia *ratione materiae* en virtud de la CRFT “no puede ser mantenida” (paras. 63, 64, 133).

De la interpretación del artículo 24.1 de esta convención, la Corte dedujo que era exigible al Estado, como condición procesal para su jurisdicción, que hubiera “verdaderamente intentado negociar para arreglar la controversia con el otro Estado concernido” (para. 69). Tras comprobar que “poco progreso fue conseguido por las partes durante sus negociaciones”, la Corte concluyó que “la controversia no pudo ser arreglada por medio de negociación en un tiempo razonable y que el primer requisito, en consecuencia, se cumplía” (para. 70). Por tanto, al haber transcurrido el periodo requerido de seis meses sin que ambas partes acordaran la celebración del arbitraje (para. 76), la Corte, por trece

³ Véase CASADO RAIGÓN, R., *La jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1985, pp. 61 y ss.

⁴ Dicho artículo establece: “Las controversias que surjan entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación del presente Convenio y que no puedan resolverse mediante negociaciones dentro de un plazo razonable serán sometidas a arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma de organizarlo, cualquiera de ellas podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte”.

votos contra tres, declaró que las condiciones procesales del artículo 24.1 de la CRFT se reunían y afirmó su jurisdicción para conocer las pretensiones relativas a su interpretación o aplicación (paras. 77, 133).

Admitido el primer título de jurisdicción, la Corte examinó las excepciones preliminares a su competencia *ratione materiae* en virtud de la CEDR y las condiciones procesales de su artículo 22 (para. 78).

A juicio de Rusia, la verdadera controversia no guardaba relación con la discriminación racial, sino con el estatus de Crimea (para. 79), llegando a afirmar que Ucrania trataba de “impugnar la aplicación de las leyes rusas en Crimea, supuestamente en virtud de la CEDR, pero, en realidad, por referencia a ciertas normas del derecho internacional humanitario” (para. 86). Ucrania, por su parte, alegaba que Rusia “ha implementado una “política de discriminación en los asuntos civiles y políticos” y una “campana de limpieza cultural” contra los tártaros y las etnias ucranianas en Crimea” (para. 88) y que “el derecho a no ser deportado del propio país por una “potencia ocupante” es un derecho humano o libertad fundamental, cuya denegación por motivos raciales o étnicos constituye una violación de la CEDR” (para. 90). En ese sentido, la Corte declaró que, para determinar si tenía jurisdicción *ratione materiae*, no necesitaba verificar que las medidas que Ucrania alegó constituyeran una “discriminación racial” (para. 94), afirmando que éstas “son capaces de tener un efecto adverso en el disfrute de ciertos derechos protegidos por la CEDR”, de modo que “están dentro de las disposiciones del Convenio” (paras. 96-97) y, por quince votos contra uno, rechazó esta excepción preliminar formulada por Rusia (para. 133).

En cuanto a las dos condiciones procesales del artículo 22 de la CEDR⁵, Rusia las consideraba requisitos cumulativos y no alternativos (para. 99), mientras que para Ucrania “la lectura más natural” sería que la conjunción “o” expresa que “negociación” y “los procedimientos expresamente previstos en esta Convención” “son dos opciones alternativas para resolver una controversia antes de acudir a la Corte” (para. 102). A este respecto, la Corte declaró que “el artículo 22 de la CEDR debe ser interpretado en su contexto” (para. 108), del cual se deduce que “no sería razonable requerir a dos Estados parte, que ya han fracasado en alcanzar un arreglo mediante negociaciones, que entablen unas negociaciones adicionales” (para. 110). Además, “el objetivo de los Estados parte es erradicar todas las formas de discriminación racial efectivamente y con prontitud”, cuya consecución sería “más difícil si los requisitos procesales del artículo 22 fueran cumulativos” (para. 111). Consecuentemente, concluyó que el artículo 22 “impone condiciones alternativas para la jurisdicción de la Corte” y, dado que ambos Estados no acudieron al Comité, la Corte únicamente examinó si “intentaron negociar un arreglo a su controversia” (para. 113).

⁵ Este artículo prevé: “Toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla”.

Tras relacionar las notas verbales enviadas por Ucrania y las negociaciones celebradas entre ambos Estados durante dos años (para. 118), la Corte concluyó que las negociaciones “habían devenido inútiles o entrado en punto muerto cuando Ucrania dedujo su demanda en virtud del artículo 22 de la CEDR”. Por todo ello, declaró cumplidos los requisitos procesales y, por quince votos contra uno, afirmó su jurisdicción para conocer las pretensiones ucranianas con arreglo a esta Convención (paras. 120, 133).

Por último, la Corte, por unanimidad, rechazó la excepción planteada por Rusia a la admisibilidad de la demanda como consecuencia de la falta de agotamiento previo de los recursos internos (para. 121). A propósito de esta excepción, la Corte recordó que “en virtud del Derecho internacional consuetudinario, los recursos internos deben agotarse previamente cuando un Estado haga valer una reclamación en nombre de (*au nom d'*) uno o varios de sus nacionales” (para. 129). A juicio de la Corte esta regla no se aplica en las circunstancias del presente caso, bien entendido que “Ucrania no adopta la causa de uno o más de sus nacionales, sino que reprocha a la Federación de Rusia, con arreglo a la CEDR, el comportamiento sistemático que ésta habría adoptado en el tratamiento de los tártaros de Crimea y de las comunidades ucranianas en Crimea” (para. 130).

III. CONSIDERACIONES FINALES

En la sentencia comentada, la Corte, mediante una acertada interpretación jurídica, rechazó las excepciones preliminares a su jurisdicción y a la admisibilidad de la demanda que Rusia había planteado con una débil fundamentación jurídica. En efecto, la demanda deducida por Ucrania, como consecuencia de los eventos ocurridos en Crimea desde 2014, está, al menos formalmente, debidamente fundada, de modo que las cláusulas de solución de controversias, establecidas en las dos convenciones que invocó para habilitar la jurisdicción de la Corte, resultan pertinentes. Aunque como en otros muchos asuntos esta controversia se incardina en un contexto más amplio, los distintos atentados que han tenido lugar en Crimea, destacando el cometido contra el avión de *Malaysia Airlines*, y el tratamiento a los tártaros de Crimea y a las minorías ucranianas se encuentran dentro del ámbito material de sendas convenciones. De ahí que la afirmación por la Corte de su jurisdicción y de la admisibilidad de la demanda ucraniana sea procedente y bienvenida al hacer posible el esclarecimiento, en la subsiguiente fase de fondo, de los hechos ocurridos en Crimea, que tanta preocupación suscitaron (y suscitan) en la comunidad internacional, y, en fin, al abrir la puerta al arreglo de esta controversia.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 17 DE JULIO DE 2019, ASUNTO JADHAV (INDIA C. PAKISTÁN)

JAVIER LASO PÉREZ*

I. HECHOS

El 17 de julio de 2019 la Corte Internacional de Justicia (CIJ) adoptó su decisión en el asunto *Jadhav*¹, en la que constata la violación por parte de Pakistán de las obligaciones derivadas del Art. 36. 1 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares (CV63). La decisión de la CIJ en este asunto se sitúa en la misma línea de una bien conocida serie de casos relativos a los derechos de asistencia consular².

En lo relativo a la demanda y las discrepancias de las partes, el Sr. Jadhav fue detenido por las autoridades pakistaníes el 3 de marzo de 2016, y posteriormente, juzgado y condenado a muerte por cargos de espionaje, sabotaje y terrorismo por un tribunal militar el 10 de abril de 2017.

El 8 de mayo de 2017 la India depositó en la Secretaría de la CIJ una demanda contra Pakistán, en la pedía que se declarasen las “graves violaciones” de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares cometidas con ocasión de la detención, encarcelamiento y condena a muerte impuesta por un Tribunal militar pakistaní del Sr. Jadhav, antiguo militar de la marina, al mismo tiempo que solicitaba la adopción de medidas provisionales³. En concreto, solicitaba la constatación de la violación del derecho a la información de sus derechos de asistencia consular; la falta de comunicación sin demora de esta detención, y la obstaculización de la comunicación consular. Además, pedía que la CIJ declarase la invalidez de la sentencia impuesta, en función de su incompatibilidad con los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento

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

¹ CIJ, Caso Jadhav (India c. Pakistán), 17 de julio de 2019, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20190717-JUD-01-00-EN.pdf>. Pueden consultarse los documentos relativos a este asunto en <https://www.icj-cij.org/en/case/168>. En general, V. KATTAN, “Jadhav Case (India v. Pakistan)”, *AJIL*, 2020, vol. 114, núm. 2, pp. 281-287; asimismo, F. BAETENS, *EJIL: Talk!*, disponible en <https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justice-renders-its-judgment-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan/>; R. SCHÄFER; K. BAGCHI, “Reflections on the International Court of Justice decision in the Jadhav case (India v. Pakistan) Part I; y II disponible en <http://opiniojuris.org/2019/07/25/reflections-on-the-international-court-of-justice-decision-in-the-jadhav-case-india-v-pakistan-part-i/>

² El asunto *Breard* quedó inconcluso tras el desistimiento y renuncia de Paraguay, después de la ejecución del condenado (CIJ, Paraguay c. Estados Unidos, medidas cautelares, ordenanza de 9 de abril de 1998). La CIJ se pronunció en la decisión *LaGrand*, (Alemania c. Estados Unidos, 27 de junio de 2001), así como en *Avena y otros nacionales mexicanos*, México c. Estados Unidos, 31 de marzo de 2004; y en una Sentencia interpretativa de 16 de julio de 2008 del Asunto *Avena*, *Vid.*, M. REQUENA CASANOVA, “De nuevo el asunto Avena ante la Corte Internacional de Justicia”, *AEDI*, vol. 25, 2009, pp. 263-295.

³ Según indicaba la India en su demanda, “for egregious violations of the Vienna Convention <https://www.icj-cij.org/files/case-related/168/168-20170508-APP-01-00-EN.pdf>

internacional, en concreto, en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (1966); y ordenara la liberación del detenido o, al menos, la reconsideración de su condena por los tribunales internos.

La jurisdicción de la CIJ se fundamentaba, al igual que había ocurrido en los asuntos anteriores, sobre la base del Art. I del Protocolo facultativo acerca del arreglo pacífico de las controversias de la CV 63, esto es, mediante una cláusula compromisoria. De esta forma, las excepciones formuladas en el momento de la aceptación de la jurisdicción mediante las Declaraciones unilaterales de los Estados formuladas, en función del art. 36. 2 del Estatuto de la CIJ, no tenían relevancia en este asunto.

Las partes mantenían posiciones encontradas sobre varias circunstancias fácticas. Pakistán acusaba al Sr. Jadhav de actividades de espionaje y terrorismo (para.21), mientras que el gobierno de la India alegaba que había sido detenido irregularmente en Irán mientras desempeñaba actividades comerciales y fue obligado a confesar.

Al margen de estas discrepancias, el Tribunal pudo constatar que las autoridades de la India conocieron la imposición de la pena de muerte por los medios de comunicación; y solicitaron a partir de ese momento reiteradamente (en 15 ocasiones), la comunicación con su nacional; estas peticiones fueron ignoradas y rechazadas por las autoridades pakistaníes, que invocaron la falta de colaboración de las autoridades indias con la investigación (para. 27).

Respecto a la petición de medidas provisionales, la CIJ las dictó el 1 de mayo de 2017, después de una rápida vista, en una ordenanza en la que se requería suspender la ejecución de la sentencia mientras se pronunciaba sobre el fondo del asunto. En concreto, ordenó que el Gobierno de Pakistán adoptara todas las medidas necesarias para la suspensión de la ejecución, aplicando los criterios bien asentados en su jurisprudencia: después de constatar que tenía en principio jurisdicción; existía una apariencia de buen derecho y, sobre todo, existía urgencia en su adopción, debida a la situación de incertidumbre sobre la imposición de la pena de muerte, que evidentemente tendría consecuencias irreversibles.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1. La admisibilidad de la jurisdicción

Pakistán planteó diversas objeciones a la admisibilidad de la demanda, en las que invocaba el abuso de procedimiento (paras. 44-50); el abuso de derecho (paras. 54-58) y, por último, la ilegalidad de las actividades del Gobierno de la República de la India (paras. 61-65). Frente a ello, la CIJ rechazó que la demanda debía considerarse inadmisibile debido a las ilegalidades cometidas por la India (doctrina de las “manos limpias”), como sería el haberle provisto con un pasaporte con nombre falso. De igual forma que hizo en el asunto “sobre ciertos activos iraníes (República del Irán c. Estados Unidos”, excepciones

preliminares de 13 de febrero de 2019)⁴, declaró que el comportamiento eventualmente ilícito del demandado no podría desvirtuar o cesar una base válida de jurisdicción del Tribunal, convirtiéndola en inadmisibile.

2. La aplicación del Art. 36 de la CV63 en los supuestos de terrorismo y espionaje

Después de rechazar las objeciones relativas a la admisibilidad del recurso, la CIJ se ocupó de forma detenida de las alegaciones relacionadas con las condiciones de aplicación del Art. 36, 1 de la CV63. Así, Pakistán consideraba que esta disposición no se aplicaría a aquellas personas que fueran un riesgo para su seguridad nacional. En sentido contrario, la Corte consideró que los derechos previstos en el Art. 36 de la CV63 se aplicaban también a aquellas personas acusadas de delitos de terrorismo o espionaje (párrafos 72-86).

En primer lugar, constató que en esta disposición no se hacía referencia expresa a esta cuestión y se sirvió de una interpretación sistemática, que tuviera en cuenta la finalidad de la CV63. Con objeto de identificar la voluntad de los Estados, se refirió a los debates en la Conferencia de Viena celebrada en 1963, así como en la CDI. La CIJ tuvo, además, en cuenta la situación que podría producirse si un Estado invocara esta situación para eludir el cumplimiento de sus obligaciones. También rechazó que existiera una obligación consuetudinaria que permitiera esta excepción, o que el Acuerdo bilateral sobre asistencia consular concluido entre las partes el 21 de mayo de 2008, en la misma materia que la CV63, fuera una *lex specialis* que pudiera excluir de la protección consular a aquellos acusados de estas actividades, en la medida en que se adoptó -según permite la CV63- para facilitar y no limitar la aplicación de la Convención (para. 97).

3. La violación de las obligaciones impuestas por el Art. 36. 1 de la CV63

Después de afirmar que el Art. 36, 1 de la CV resultaba aplicable a los supuestos que se examinaban en el presente asunto, la CIJ se ocupó de determinar si se habían infringido las obligaciones de asistencia consular impuestas por este precepto (paras. 99 y ss.). Para ello, la CIJ siguió un criterio de orden cronológico y concluyó, con la única excepción del voto en contra del Juez *ad hoc* Jallani, que podían constatarse diversas infracciones: las autoridades no habían informado al detenido del derecho de asistencia consular (art. 36, 1, b); posteriormente, la ausencia de notificación de inmediato de la detención al Estado del que era nacional (Art. 36,1 b) y, finalmente, por la obstaculización de los derechos de comunicación (Art. 36, 1, a) , c). Además, reconoció que el Estado receptor no podría justificar o condicionar su cumplimiento a exigencias vinculadas con la colaboración en la tramitación del proceso.

⁴ La opinión disidente del Juez *ad hoc* Jallani argumentaba, que la CIJ debería haber considerado la demanda inadmisibile, en aplicación del principio que prohíbe el abuso de derecho.

4. La interrelación entre los Derechos de asistencia consular y los Derechos fundamentales,

Como se sabe, la decisión de la CIJ en el asunto *LaGrand* estuvo precedida por la Opinión Consultiva Núm. 16, adoptada en 1999 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que consideró que los derechos de asistencia consular, en el contexto de las personas nacionales de otros Estados privadas de libertad, formarían parte del debido proceso. La CIJ reconoció en el asunto *LaGrand* que la Convención otorga derechos individuales, pero no afirmó su naturaleza de derechos humanos y tampoco hizo referencia a la Opinión de la Corte Interamericana. La opinión concurrente del Juez Cançado Trinidad destaca el carácter de precedente de la opinión de la CIDH. En un sentido todavía más abierto, la declaración del Juez Robinson, consideraba que existían una relación significativa entre el Art. 36 de la CV63 y el Art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁵. A pesar de que en otros ámbitos ya se refiere en sus fallos a los derechos fundamentales, la CIJ no se pronuncia sobre este carácter.

La decisión de la CIJ en cierta forma está limitada por el fundamento específico de su jurisdicción, aunque reconoce que la interpretación de las normas que examina puede verse influida por la evolución en otras ramas del Derecho internacional, en la medida en que no pueden interpretarse en el vacío (para. 36). Por otra parte, resulta también relevante examinar la influencia real que han tenido la violación de los derechos de asistencia consular en cada caso, si hubieran permitido conocer hechos relevantes, evitado la indefensión

5. La precisión relativa a la revisión y reconsideración de la sentencia

En las alegaciones de la India se afirmaba que habría que distinguir este caso de los precedentes, debido a la manifiesta insuficiencia desde un punto de vista de los derechos de defensa y apelación del sistema de justicia militar en Pakistán. Sin aceptar esta petición, la CIJ enfatizó la necesidad de alcanzar, a través de los medios que elija el Estado, una reconsideración efectiva de la situación del detenido (para. 139): una apelación ante un órgano militar, si no cumple los requisitos de publicidad y de garantía de los derechos, no sería un remedio eficaz. Por otra parte, la posibilidad de adoptar una modificación legislativa que permita una apelación ante los tribunales civiles tampoco parece fácil. Puede recordarse la dificultad que planteó en el sistema interno de Estados Unidos la aplicación de la regla de preclusión procesal, sin que todavía se haya adoptado una legislación interna que facilite esta revisión.

IV. CONCLUSIONES

Se trata de una decisión en la cual la CIJ reafirma y clarifica una serie de importantísimas sentencias anteriores que se han ocupado de los Derechos de asistencia consular. Desde esta perspectiva, resulta un pronunciamiento fundamentalmente continuista, donde se

⁵ E. W. PETIT DE GABRIEL, “Los derechos consulares” de los extranjeros detenidos: ¿nuevas cartas en la baraja de los derechos fundamentales?, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 33, 2017, pp. 1-67.

consolidan y aplican los criterios definidos en su importante e innovadora jurisprudencia anterior, si bien con ciertos elementos novedosos. En última instancia, el aspecto más complejo, como ocurrió con los anteriores casos, será garantizar la efectividad de la sentencia. A pesar de que se ha cumplido con la obligación de acceso y comunicación consular, no se han resuelto completamente los problemas que plantea la revisión de la condena, enmarcados dentro de una elevada tensión y fuerte sentimiento nacionalista entre ambos Estados.

UNA OPORTUNIDAD PARA PALESTINA: PETICIÓN DE LA FISCALÍA A LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES I DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE UNA DECISIÓN ACERCA DE LA JURISDICCIÓN TERRITORIAL DE LA CORTE SOBRE PALESTINA, DE 22 DE ENERO DE 2020

CARMEN QUESADA ALCALÁ*

I. ANTECEDENTES Y HECHOS

El 15 de mayo de 2018, el Estado de Palestina, de acuerdo con los artículos 13 a) y 14 del Estatuto de Roma remitió la situación de Palestina ante la Corte Penal Internacional¹. Es de destacar que, pese a las discrepancias sobre el estatus de Palestina como Estado, éste se permite reafirmar su consideración de Estado amparándose en los artículos que el Estatuto de Roma destina a los mismos. A estos efectos, Palestina precisa que su Estado comprendería el territorio palestino ocupado en 1967 por Israel, tal y como fue definido por la Línea de Armisticio de 1949, e incluiría Jerusalén Este y la franja de Gaza². En la remisión de la situación de Palestina, se pone el énfasis en la comisión de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma) por parte de agentes estatales de Israel. Para fundamentar que existe fundamento razonable para iniciar la investigación se basa en las múltiples resoluciones de las Naciones Unidas poniendo de relieve la ilicitud de la actuación de Israel, así como la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004.

Tras dicha remisión por parte de Palestina, hubo una declaración de la Fiscal Fatou Bensouda, en la que recordaba que desde el 16 de enero de 2015 la situación en Palestina estaba siendo sometida a un examen preliminar³. De hecho, Palestina ratificó el Estatuto de Roma el 2 de enero de 2015, habiendo entrado en vigor en dicho país el 1 de abril de 2015⁴. No obstante, ya antes de dicha ratificación (el 13 de junio de 2014), había aceptado la competencia de la CPI, conforme al art.12.3 del Estatuto. Esto es lo que Vacas Fernández había llamado “proceso de acercamiento” a la Corte Penal Internacional⁵. Palestina tenía claro que quería que su situación fuera objeto de examen por la CPI y

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

¹ *Referral by the State of Palestine Pursuant to Articles 13(a) and 14 of the Rome Statute*, 15-5-2018 (Ref: PAL-180515-Ref).

² *Ibidem*, p.5.

³ Press Release, *The Prosecutor of the International Criminal Court. Fatou Bensouda Opens a Preliminary Examination of the Situation in Palestine*, 16-1-2015, ICC-OTP-20150116-PR1083.

⁴ https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/asian%20states/Pages/Palestine.aspx, consultado por última vez el día 9 de mayo de 2020.

⁵ VACAS FERNÁNDEZ, F., “El reconocimiento de la jurisdicción y la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional por el Estado de Palestina: un proceso complejo con importantes consecuencias jurídicas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº30, 2015, pp.1-43, en particular p.3.

había dado todos los pasos necesarios para conseguirlo. La atención por parte de la Corte y el hecho de admitir su estatus de Estado no Parte primero, y posteriormente de Estado Parte juega un papel importante en sus pretensiones.

II. PETICIÓN DE LA FISCALÍA

El 20 de diciembre de 2019, la Fiscal anunció que después de una evaluación exhaustiva, independiente y objetiva de toda la información confiable disponible para su Oficina, el examen preliminar de la Situación en Palestina había concluido con la determinación de que se cumplían todos los criterios legales conforme al Estatuto de Roma para la apertura de una investigación. Sin embargo, dados los problemas legales y de hecho relacionados con esta situación, de conformidad con el artículo 19.3 del Estatuto de Roma⁶, el 22 de enero de 2020, el Fiscal solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I una resolución jurisdiccional sobre el alcance de la jurisdicción territorial de la Corte Penal Internacional en virtud del artículo 12 (2) (a) del Estatuto de Roma en Palestina.

Dicha petición ha generado la Orden de 28 de enero de 2020 de la Sala de Cuestiones Preliminares fijando el procedimiento y calendario para la presentación de observaciones y la Decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de 20 de febrero de 2020 sobre presentación de observaciones en virtud de la Regla 103 (*Amicus Curiae* y otras formas de presentar observaciones). Al examen y análisis de estos actos nos dedicaremos en las siguientes páginas.

En esta Orden, la Sala invitó a los Estados de Palestina e Israel, así como a las víctimas de la situación de Palestina, a presentar observaciones escritas sobre la Solicitud del Fiscal, a más tardar el 16 de marzo de 2020. Además, dicha Sala dictaminó que otros Estados, organizaciones y/o las personas pueden presentar solicitudes para presentar observaciones escritas. La Sala aclaró que "esas observaciones se limitarán a la cuestión de la jurisdicción establecida en el párrafo 220 de la Solicitud del Fiscal, a saber, el alcance de la jurisdicción territorial de la Corte en la situación de Palestina y "[si] el" territorio "sobre el cual la Corte puede ejercer su jurisdicción en virtud del artículo 12 (2) (a) comprende Cisjordania, incluyendo Jerusalén Este y Gaza. [...]. "La Sala también nombró a un abogado de la Oficina de Asesoría para Víctimas para representar a las víctimas en la situación en el Estado de Palestina que no tienen representación legal con el único propósito de presentar observaciones [...]" (p. 7, lit (b)).

El 23 de marzo de 2020, la Sala otorgó a la Fiscalía una solicitud de prórroga para la presentación de su respuesta consolidada a las observaciones presentadas en la situación de Palestina, hasta el 30 de abril de 2020. La Sala se halla deliberando sobre todas las presentaciones recibidas de víctimas y *amicus curiae*.

⁶ICC, *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine*, 22-1-2020, ICC-01/18-12. Recordemos que, conforme al art. 19.3 del Estatuto de Roma, "El Fiscal podrá pedir a la Corte que se pronuncie sobre una cuestión de competencia o de admisibilidad. En las actuaciones relativas a la competencia o la admisibilidad, podrán presentar asimismo observaciones a la Corte quienes hayan remitido la situación de conformidad con el artículo 13 y las víctimas".

III. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

El tema de la jurisdicción territorial de la Corte en la situación de Palestina es vital, puesto que cabe plantearse si una decisión de la CPI respecto a dicho territorio contribuiría a afianzar la posición de Palestina como Estado y la delimitación de su territorio estatal. A juicio de las víctimas, la Sala de Cuestiones Preliminares debería confirmar que la CPI tiene jurisdicción sobre el territorio del Estado de Palestina, como Estado Parte del Estatuto de Roma desde el 1 de abril de 2015. De esta manera, y en su opinión, dicho territorio reconocido por la comunidad internacional comprendería la Franja de Gaza y Cisjordania, incluida Jerusalén Oriental, es decir, el territorio ocupado por Israel desde junio de 1967 o "el territorio palestino ocupado"⁷. Con todo, los representantes de las víctimas afirman que nunca ha existido dicha petición antes la Sala de Cuestiones Preliminares en otras situaciones o investigaciones que hacían alusión a áreas bajo ocupación por un Estado no Parte en el Estatuto⁸. En particular se refieren a la situación de Georgia⁹, y aseguran que esta petición solo hace que enlentecer el procedimiento, cuando se podrían haber suscitado cuestiones relativas a la jurisdicción territorial en cualquier otro momento del proceso¹⁰.

Por lo tanto, para las víctimas es fundamental la apertura de una investigación sin demora por parte de la Fiscalía, para evitar causar daños irreparables. En este sentido, acuden a la situación de Bangladesh/Myanmar y los rohingyas, en la que también se planteaba una petición de la Fiscalía a la Corte sobre su competencia y admisibilidad, de modo que se ponía el énfasis en el profundo impacto que la lentitud de los procedimientos podría tener sobre el derecho de las víctimas a conocer la verdad, acceder a la justicia y a las reparaciones¹¹. En la situación de Palestina, y a juicio de las víctimas, esta problemática se agudiza puesto que constituiría una profunda injusticia que se alargaran las decisiones de la Corte mientras Israel continúa su ocupación beligerante y sus esfuerzos para anexionar Jerusalén Este¹².

En todo caso, en ambas situaciones, la de Palestina, y la de Bangladesh/Myanmar, se plantea una problemática de jurisdicción territorial. Conviene recordar, en este sentido, que en la última de las situaciones, el 14 de noviembre de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares III concluyó que la Corte puede ejercer jurisdicción sobre crímenes cuando parte de la conducta criminal se lleva a cabo en el territorio de un Estado Parte. De este modo, y si bien Myanmar no había ratificado el Estatuto de Roma, Bangladesh sí era Estado Parte desde 2010. En esta situación, la Sala determinó que existía base razonable para creer que se habían cometido crímenes de lesa humanidad de deportación a través de la frontera entre Myanmar y Bangladesh y que se había dado la persecución por

⁷ ICC, *Situation in the State of Palestina, Victims' Observations on the Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine*, 16-3-2020, ICC-01/18, para. 2.

⁸ *Ibidem*, n (6), para. 29.

⁹ Georgia Article 15 Decision, paras. 9-22, 27, 29-32, 41.

¹⁰ *Ibidem*, n (6), para. 29.

¹¹ *Decision on the Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, 6-9-2018, ICC-RoC46(3)-01/18-37 ("Bangladesh/Myanmar Jurisdictional Ruling"), paras. 86-88.

¹² *Ibidem*, n (6), para. 3.

motivos de etnia y / o religión contra la población rohingya¹³. En este supuesto, se dan crímenes con dimensiones transfronterizas, como pueden ser la deportación y la persecución, que afectan a dos Estados, uno Parte y otro no Parte.

En la situación de Palestina, la cuestión a valorar es si la determinación por parte de la CPI de cuál es el territorio de dicho Estado a efectos de ejercer su competencia, poseería consecuencias jurídicas sobre la configuración del elemento territorial del Estado palestino extramuros de la competencia de la Corte. No obstante, coincidimos con Vilanova cuando afirma que se “puede pensar que en esta situación Palestina va a obtener justicia, o la recuperación de su territorio histórico, o al menos un Estado plenamente reconocido por Naciones Unidas. No es así, o al menos no directamente”¹⁴.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

A expensas aún de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, podemos afirmar que dicha decisión va a ser extremadamente cuidadosa en los términos utilizados en relación con el territorio de Palestina. No obstante, y por mucho cuidado que ponga dicha Sala, el problema se plantea con el tipo de crímenes que están involucrados en esta situación y que responden a un contexto general de anexión territorial ilícita a todas luces. De hecho, para las víctimas, ellas están siendo objeto de crímenes especificados en el art. 5 del Estatuto de Roma, incluyendo la denegación del acceso a dicho territorio, que incluiría Jerusalén Oriental y la Franja de Gaza¹⁵. En consecuencia, nos preguntamos cómo es posible que la CPI se vaya a pronunciar sobre su competencia territorial y sustantiva en la situación de Palestina, sin hacer referencia a la cuestión de la disputa territorial en cuestión.

¹³ ICC, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, 14-11-2019, ICC-01/19-27.

¹⁴ VILANOVA, P., “Palestina en la Corte Penal Internacional: poco pero mucho”, *Opinión Mediterráneo y Oriente Medio*, nº323, Centro de Estudios y Documentación Internacionales de Barcelona, abril, 2015.

¹⁵ *Ibidem*, n (6), para. 5.

DECISIÓN DE LA SALA DE CUESTIONES PRELIMINARES III DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL AUTORIZANDO LA APERTURA DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN EN BANGLADESH/MYANMAR

MARÍA GARCÍA CASAS*

I. HECHOS

El 14 de noviembre de 2019, la Sala de Cuestiones Preliminares III de la Corte Penal Internacional respondió a la solicitud, realizada por la Fiscal, de la autorización necesaria para iniciar una investigación sobre la situación en Bangladesh/Myanmar. De acuerdo con el artículo 15 del Estatuto de Roma – que regula la capacidad del Fiscal de iniciar investigaciones *proprio motu*–, en este estadio del procedimiento, la Sala de Cuestiones Preliminares debe resolver, únicamente, si hay una base suficiente para iniciar la investigación, es decir, si los hechos revisten la suficiente gravedad como para constituir alguno de los crímenes tipificados en el Estatuto y si, aparentemente, figuran bajo su jurisdicción. Por tanto, el contenido de la Decisión gira en torno a estas dos cuestiones.

Por lo que se refiere a la competencia material, al encaje de los hechos en un tipo criminal, las declaraciones de un número significativo de víctimas, que fueron obligados a buscar refugio en Bangladesh tras los supuestos ataques contra los rohingya en Myanmar – cometidos principalmente en las oleadas de violencia ocurridas en 2016 y 2017–, confirmaron la información aportada por la Fiscal en su solicitud y, además, aportaron una valiosa información acerca del ámbito material que podría alcanzar de la posible investigación. En este sentido, relataron cómo las fuerzas armadas y otros cuerpos de seguridad del Estado les forzaron a abandonar Myanmar y asesinaron a familiares cercanos, a menudo de forma indiscriminada, incluyendo a niños. También alegaron detenciones masivas, agresiones sexuales y la destrucción de casas y propiedades. Todos esos actos violentos estaban motivados por razón de su etnicidad, rohingya, y de su religión, el islam. Las víctimas también se refirieron a la gravedad de los crímenes y al impacto que tuvieron, que se tradujo, principalmente, en la huida forzosa a Bangladesh.

A la vista de la información aportada por la Fiscal y de las declaraciones de las víctimas, la Sala decidió autorizar el inicio de la investigación por considerar que hay base suficiente para entender que se cometieron crímenes contra la humanidad y que la CPI tiene jurisdicción sobre ellos. Es importante señalar que la autorización permite que la investigación se extienda a otros crímenes contra la humanidad o a otros crímenes de competencia de la CPI, mientras se ajusten a los parámetros de la autorización – que analizamos en el siguiente epígrafe–, sin limitarse a los hechos en que se apoyaba la solicitud, en el entendido de que la información de que disponía la Fiscal en ese momento era limitada. También es reseñable la referencia de la Sala a los crímenes continuados,

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

autorizando a la Fiscal a extender su investigación incluso a hechos que tuvieron lugar antes de la fecha de entrada en vigor del Estatuto para el Estado de que se trate, si estos hechos pudieran constituir crímenes de carácter continuado.

No obstante, la aportación fundamental de esta decisión hace referencia a la competencia *ratione loci* de la CPI, en la medida en que se trata de unos hechos que en gran parte habían ocurrido en territorio de un Estado no parte del Estatuto. A los pronunciamientos de la CPI en relación con esta cuestión jurídica dedicaremos el próximo epígrafe.

II. PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA JURIDICION RATIONE LOCI DE LA CPI

Como ya hemos comentado, entre los elementos para determinar su competencia, la Sala desarrolla especialmente la justificación de su jurisdicción *ratione loci*. Este es el punto en el que más se detiene la fundamentación de la Decisión por la dificultad que presenta, pues la mayor parte de los hechos se produjeron en Myanmar, que no es parte del Estatuto de Roma. Por esta razón, la solicitud de la Fiscal se circunscribía a la autorización para investigar los crímenes que, al menos en parte, se hubieran cometido en el territorio de Bangladesh, que sí es un Estado parte del Estatuto de Roma. A la hora de enfrentarse a esta cuestión, esta Sala III contaba con el pronunciamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares I acerca de la jurisdicción de la CPI en esta situación, solicitado previamente por la Fiscal¹. La Decisión de la Sala III, que ahora nos ocupa, coincide con la decisión sobre jurisdicción emitida previamente y, por tanto, determina la existencia de jurisdicción, al considerar que al menos un elemento o parte del crimen se cometió en el territorio de un Estado parte del Estatuto.

Para sostener su postura, la Sala interpreta el artículo 12 del Estatuto de Roma de un modo más amplio de lo habitual, que había sido considerarlo una expresión del principio de territorialidad, puesto que las situaciones y los asuntos tenían lugar dentro de las fronteras de un único Estado. Este artículo establece las condiciones previas para el ejercicio de la competencia de la CPI y determina que, cuando es el Fiscal quien inicia la investigación, la Corte podrá ejercer su competencia si el Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta en que consiste el crimen, es parte en el Estatuto o ha aceptado la competencia de la Corte (entre otros supuestos). En este pronunciamiento, la Sala analiza cuál es el significado, en el precepto, del término conducta y si el Estatuto dispone que toda la conducta debe tener lugar en el territorio de un Estado parte o sometido a la competencia de la CPI.

Con respecto al término “conducta”, la Sala concluye que se refiere al comportamiento, sin valoración jurídica –a diferencia del término crimen, también empleado en el Estatuto y con evidente valoración jurídica–, por lo que el Estatuto declara la jurisdicción de la CPI cuando el comportamiento fáctico tiene lugar en el territorio de un Estado parte. Ese comportamiento fáctico se correspondería con el llamado *actus reus* propio del *common law* y con el elemento objetivo del tipo del derecho continental. Así, explica que en

¹ Pre-Trial Chamber I, *Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute*, 6-9-2018, ICC-RoC46(3)-01/18-1.

algunos casos –dependiendo de la naturaleza del crimen en cuestión– la conducta engloba también las consecuencias que ésta produzca y, para explicar este extremo, la Sala propone como ejemplo el delito de asesinato. Para constatar que se ha cometido un asesinato es necesario que se dé la conducta, el acto de asesinar, y su consecuencia, la muerte. Si no se produjera la consecuencia, la muerte, no se habría cometido el crimen. Trasladándolo a la situación que nos ocupa, la Sala indica que el crimen de deportación incluye la conducta de expulsar a los ciudadanos y su consecuencia, que es el traspaso de una frontera internacional. Si la consecuencia, que tiene lugar en Bangladesh, no se hubiera producido, solo estaríamos ante la tentativa de un crimen de deportación o ante un traslado forzoso, pero no ante la comisión de un crimen de deportación, constitutivo de crimen de lesa humanidad según el Estatuto de Roma, pues el crimen de deportación requiere que las víctimas, de hecho, abandonen el lugar que ocupaban de manera legal, cruzando una frontera internacional. Siguiendo este razonamiento, el crimen de deportación se completa con el traslado efectivo de las víctimas a Bangladesh.

Una vez analizado el significado del término conducta, la Sala tiene que resolver si el Estatuto requiere que la totalidad de la conducta tenga lugar en el territorio de un Estado parte, para declarar la jurisdicción de la CPI. La Sala se remite al contenido del principio de territorialidad según el Derecho internacional consuetudinario. Del análisis que hace, concluye que el principio de territorialidad no impide a los Estados ejercer su jurisdicción sobre actos cometidos fuera, mientras haya algún vínculo con su territorio. Analizando la práctica estatal, concluye que este vínculo se da cuando el crimen se ha iniciado en territorio extranjero, pero se completa en territorio del Estado o cuando los efectos del crimen se producen en territorio estatal, entre otros casos. Así, interpretando el principio de territorialidad a la luz del artículo 12 del Estatuto, la Sala no encuentra ningún límite adicional que los Estados quisieran imponer a la jurisdicción *ratione loci* de la CPI. En conclusión, considera que la presunta deportación se consuma con el cruce de la frontera de Bangladesh, por lo que cumple con la configuración consuetudinaria del principio de territorialidad y, por tanto, tiene jurisdicción sobre ese crimen.

Además, la interpretación del término conducta sirve también a la Sala para indicar que, aunque la CPI no pueda iniciar un procedimiento en relación con crímenes ajenos a su jurisdicción, la Fiscal podrá, en el curso de su investigación, considerar la información relativa a hechos que quedan fuera de su jurisdicción, si es necesaria para determinar si se produjeron crímenes de competencia de la CPI en Bangladesh. A fin de cuentas, con esta declaración, está autorizando a la Fiscal a investigar los crímenes cometidos en Myanmar que fueron el presupuesto para la consumación de la deportación en Bangladesh, pues los hechos que tienen lugar en Bangladesh son muy escasos y solo pueden confirmar las consecuencias de la conducta tipificada en el Estatuto de Roma.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque es loable el esfuerzo de la CPI de buscar de argumentos jurídicos que fundamenten adecuadamente su jurisdicción allá donde se produzcan los crímenes internacionales, considero que esta Decisión autoriza una investigación de escasa viabilidad. El hecho de que la mayor parte de los elementos de la conducta delictiva hayan

tenido lugar en el territorio de un Estado que no está obligado a cooperar con la CPI, debilita enormemente las perspectivas de alcanzar resultados con la investigación. Si bien es cierto que los terceros Estados pueden verse también obligados a colaborar con la CPI, esas circunstancias son muy limitadas y la actual falta de cooperación de Estados que sí son parte no plantea muchas expectativas en ese sentido. A mayor abundamiento, es fácil prever la falta de disposición del Estado de Myanmar a colaborar en la investigación de los hechos, teniendo en cuenta que ya han demostrado su rechazo al establecimiento de mecanismos independientes para ello y su disconformidad con el planteamiento de la investigación que propone la Fiscal y, en general, con la intromisión de la CPI en el asunto².

Por esta razón, considero que, autorizando esta investigación, la Sala ha querido demostrar la posición de la CPI en un contexto muy particular. En primer lugar, a esta Decisión le precedía otra, acerca de la jurisdicción de la CPI con respecto a estos mismos hechos, que se basaba en el mismo razonamiento para justificar la jurisdicción *ratione loci* y un segundo pronunciamiento asentaba la jurisprudencia de la CPI en esa concreta cuestión. En segundo lugar, los mismos acontecimientos que acepta investigar la CPI – las oleadas de violencia de 2016 y 2017– están siendo objeto de un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia, en el que Gambia reclama la responsabilidad de Myanmar por actos de genocidio contra los rohingya³. Gambia interpuso la demanda tres días antes de que la Sala autorizara la investigación y, tan solo un día antes de esa decisión, el 13 de noviembre, una organización de la sociedad civil dedicada a defender los derechos de los rohingya, interpuso una denuncia ante los tribunales argentinos por genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos en Myanmar, en virtud del principio de jurisdicción universal.

En estas circunstancias, haberse separado de la decisión previa sobre la jurisdicción *ratione loci* y no haber autorizado el inicio de la investigación, solo hubiera dado razones a quienes ponen en entredicho la determinación de la CPI en la lucha contra la impunidad, ya reforzados tras las absoluciones de Jean-Pierre Bemba y Laurent Gbagbo. Sin embargo, desafortunadamente, también pone de manifiesto que, al margen de la actuación del Consejo de Seguridad, la eficacia de sus decisiones es muy limitada y, por tanto, también lo es su papel en la lucha contra la impunidad.

² Las declaraciones del representante de Myanmar ante la Asamblea General de Naciones Unidas, en septiembre de 2019, al respecto son rotundas, véase United Nations General Assembly, 12th plenary meeting Saturday, 28-9-2019, A/74/PV.12, p. 24.

³ El 23 de enero de 2020, la Corte Internacional de Justicia adoptó una decisión imponiendo medidas provisionales a Myanmar.

LOS “RECHAZOS EN FRONTERA” Y LA “CONDUCTA DEL INTERESADO” SEGÚN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, DE 13 DE FEBRERO DE 2020, EN EL ASUNTO N.D. Y N.T. c. ESPAÑA

M. ESTHER SALAMANCA AGUADO*

I. HECHOS Y CONTEXTO

El 3 de octubre de 2017 la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal) declaró, por unanimidad, que los “rechazos en frontera” violaban el artículo 4 del Protocolo núm. 4 (“Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”) y el artículo 13 del Convenio (“Derecho a un recurso efectivo”)¹. En diciembre de 2017 el Gobierno español solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala, que fue aceptada, por tratarse de un asunto que plantea una cuestión grave sobre la interpretación o aplicación del Convenio o una cuestión grave de carácter general. El 13 de febrero de 2020 la Gran Sala declaró, también por unanimidad, que no se habían violado los derechos garantizados por el Convenio y su Protocolo².

Una vez rechazada la excepción de jurisdicción presentada por el Gobierno español³, el Tribunal se ocupa, por primera vez, de la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo núm. 4 al “retorno inmediato y forzado” de extranjeros que intentan entrar de manera ilegal y masiva a través de una frontera terrestre. Esta decisión ha sido fuertemente criticada y supone un giro jurisprudencial que tendrá importantes consecuencias en otros asuntos pendientes de resolución⁴.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional público. Universidad de Valladolid (Campus “María Zambrano”) (mariaesther.salamanca@uva.es).

¹ Véase el comentario a la Sentencia de 3 de octubre de 2017 en el *Asunto N.D. y N.T. c. España*, en M. Esther Salamanca Aguado, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 35, 2018

² Los demandantes reiteraron ante la Gran Sala haber sido objeto de una “expulsión colectiva”, sin examen individualizado de sus circunstancias, lo que, a su parecer, es el reflejo de una política sistemática de rechazo atípica, carente de toda base legal y en ausencia de toda asistencia jurídica. Pero además especificaron que las demandas no se referían al “derecho de entrar en el territorio de un Estado”, sino al “derecho a un procedimiento individual para poder impugnar una expulsión” (para. 123).

³ La Gran Sala entiende que “la naturaleza especial del contexto [masiva inmigración ilegal] no puede justificar un área fuera de la ley donde las personas no están cubiertas por ningún sistema legal capaz de brindarles el disfrute de los derechos y garantías protegidos por el Convenio” (para. 110). En tanto que instrumento constitucional del orden público europeo, “el Convenio no puede restringirse selectivamente a algunas partes del territorio de un Estado” lo que equivaldría a “dejar sin sentido la noción de protección efectiva de los derechos humanos que sustenta” (*ibidem*).

⁴ Véase, entre otros, CEAR, *Análisis de la Sentencia N.D. y N.T. contra España de 13 de febrero de 2020*, <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/03/Analisis-sentencia-TEDH-devoluciones-en-caliente.pdf>, consultado por última vez el 8 de mayo de 2020.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo nº 4

La Gran Sala afirma el derecho de los Estados parte a controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros, así como, su derecho a establecer sus propias políticas de inmigración. Ahora bien, también advierte que los problemas que los Estados pueden encontrar en la gestión de los flujos migratorios o en la recepción de los solicitantes de asilo no pueden justificar el recurso a “prácticas que no son compatibles con el Convenio o sus Protocolos” (para. 170). En concreto, entiende que las normas nacionales que rigen los controles fronterizos no pueden hacer “inoperantes o ineficaces” los derechos garantizados por el Convenio y sus Protocolos (para. 172).

A continuación, la Gran Sala verifica si el concepto de “expulsión” contenido en el artículo 4 del Protocolo núm. 4 abarca la “no admisión de extranjeros” en una frontera terrestre o, con respecto a los Estados pertenecientes al espacio Schengen, en un borde externo de esa área, según sea el caso. A este respecto el Tribunal coincide con el ACNUR y la CDI en que la prohibición del principio de *non-refoulement* incluye la protección de los solicitantes de asilo tanto en casos de no admisión como de “rechazo en frontera” (para. 178). Por tanto, interpreta el término “expulsión” en sentido genérico para referirse a cualquier expulsión forzosa de un extranjero del territorio de un Estado, independientemente de la legalidad de la estancia de la persona, el tiempo que haya pasado en el territorio, el lugar en el que fue detenida, su condición de migrante o solicitante de asilo y su conducta al cruzar la frontera (para. 185). No existe, a su juicio, razones para adoptar en el presente asunto una interpretación diferente a la mantenida en su jurisprudencia reciente sobre “rechazo en el mar”⁵ (para. 187).

En consecuencia, la Gran Sala concluye que no existen dudas de que los demandantes fueron retirados del territorio español y devueltos a Marruecos, en contra de su voluntad y esposados, por miembros de la Guardia Civil. Estos hechos constituyen una “expulsión” en el sentido del artículo 4 del Protocolo núm. 4, y, por lo tanto, esa disposición es aplicable en el presente caso (para. 191)⁶.

2. No violación del artículo 4 del Protocolo nº 4

Por un lado, el gobierno español cuestionó la naturaleza “colectiva” de la expulsión a la que presuntamente habían sido sometidos los demandantes porque el caso se refería solo a dos personas. El Tribunal rechaza este argumento y reitera su jurisprudencia según la cual el número de personas afectadas por una medida de expulsión es irrelevante para determinar si ha habido o no una violación. El criterio decisivo para que una expulsión se

⁵ Véanse los asuntos *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* (Application No. 27765/09); *Sharifi and Others v. Italy and Greece*, no. 16643/09, §§ 124-34, 21 October 2014; *Khlaifia and Others v. Italy* [GC] (no. 16483/12).

⁶ Véase la Opinión parcialmente disidente del Juez Kostelo, quién opina que “the position taken by the majority on the interpretation of the notion of “expulsion” makes the scope of application of this provision wider than is justified” (para. 1).

caracterice como "colectiva" es la ausencia de un examen razonable y objetivo del caso particular de cada extranjero individual del grupo (paras. 193 y 203).

Por otro lado, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal no existe violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4 si la falta de una decisión de expulsión individual puede atribuirse a la propia conducta del interesado (para. 200)⁷. En situaciones como la del presente caso⁸, la Gran Sala estima necesario tener en cuenta (i) si el Estado español proporcionó acceso genuino y efectivo a los procedimientos de entrada legal; (ii) en caso afirmativo, si existieron razones convincentes para no utilizarlos; (iii) y si esas razones estaban basadas en hechos objetivos de los cuales era responsable el Estado demandado (para. 201).

El Convenio exige a los Estados parte que controlan las fronteras exteriores del Espacio Schengen que dispongan de un “acceso genuino y efectivo a procedimientos de entrada legal” que garanticen el derecho a presentar una solicitud de protección internacional. Esta obligación no impide que los Estados exijan que se presenten las solicitudes en los pasos fronterizos existentes⁹, negando la entrada a su territorio a quienes, sin alegar “razones convincentes” no los utilizan (paras. 209-210). Los argumentos de los demandantes sobre la imposibilidad física de solicitar asilo en el puesto fronterizo de Beni Enzar no consiguieron convencer a la Gran Sala, quién terminó reconociendo que España cumplía con este requisito. Tampoco consideró conclusivos los informes presentados por el ACNUR y la Comisaria Europea de Derechos Humanos sobre la imposibilidad física de llegar al puesto fronterizo de Beni Enzar para las personas subsaharianas. Considerando, además, que el Estado español no es responsable de las dificultades que puedan existir en el territorio de Marruecos (paras. 211-218).

La Gran Sala no sólo concluye afirmando que no hubo violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4 (para. 222), sino que toma nota “de los esfuerzos realizados por España, en respuesta a los recientes flujos migratorios en sus fronteras, para aumentar el número de puntos de cruce fronterizos oficiales y mejorar el respeto efectivo del derecho de acceso a ellos, y así hacerlos más efectivos, en beneficio de quienes necesiten protección contra la devolución, la posibilidad de acceder a los procedimientos establecidos a tal efecto” (para. 232).

3. No violación del artículo 13 en relación con el artículo 4 del Protocolo núm. 4

⁷ El Gobierno español alegó la “conducta culpable” de los demandantes según se recoge en los asuntos *Berisha and Haljiti v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* (dec.), no. 18670/03 y *Dritsas and Others v. Italy* (dec.), no. 2344/02.

⁸ El Tribunal se refiere concretamente a “situations in which the conduct of persons who cross a land border in an unauthorised manner, deliberately take advantage of their large numbers and use force, is such as to create a clearly disruptive situation which is difficult to control and endangers public safety” (para. 201).

⁹ Según el artículo 4 (1) del Código de Fronteras Schengen: “1. Las fronteras exteriores solo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas. Las horas de apertura estarán indicadas claramente en todo paso fronterizo que no esté abierto las 24 horas del día. El Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 ha sido derogado y sustituido por el Reglamento (UE) 2016/339 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016 (DOUE L 77/1, de 23 de marzo de 2016).

La Gran Sala vuelve a insistir en el argumento de que los demandantes se colocaron en una “situación ilegal” al intentar entrar deliberadamente en territorio español cruzando las vallas fronterizas de Melilla y no utilizando los procedimientos legales que existían. Siendo la “propia conducta” de los demandantes la causa de la no existencia de un procedimiento individualizado para su expulsión, el Tribunal no considera responsable a España de no poner a su disposición un recurso legal contra esa misma expulsión (para. 242-244).

III. CONSIDERACIONES FINALES

Las organizaciones humanitarias y los expertos en derechos humanos llevan años denunciando que “los rechazos en frontera” representan una violación flagrante de los derechos humanos fundamentales y de los derechos de los solicitantes de asilo¹⁰. Sin embargo, con esta sentencia el Tribunal avala estas prácticas e impone la carga de la prueba a quienes pretenden entrar ilegalmente en el territorio de la Unión, debiendo demostrar, de forma convincente, que no han podido hacer uso de los pasos fronterizos habilitados o no han podido presentar una solicitud de asilo en los consulados o embajadas. El Tribunal pone límites a la aplicación extraterritorial del Convenio al afirmar que “no impone el deber general de un Estado parte de poner a las personas que están bajo la jurisdicción de otro Estado dentro de su propia jurisdicción” (para. 221)¹¹. El Tribunal lo ha dejado bien claro: quienes pretenden entrar ilegalmente en Europa, y son rechazados en la frontera, no se benefician de la protección de su sistema de derechos humanos.

¹⁰ Véase, entre otros, la Resolución 2299 (2019), de 28 de junio de 2019, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “Pushback policies and practice in Council of Europe member States”, disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=28074&lang=en> y ECCHR, *Case Report. The Spanish-Moroccan land border in Melilla – A lawless zone of automatic expulsions*, disponible en: https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/CaseReport_ECtHR_Melilla_EN_Jan2020.pdf, ambos consultados por última vez el 8 de mayo de 2020.

¹¹ El magistrado Pejchal es más explícito en su Opinión concurrente al afirmar que: *The application was lodged by citizens of two African States which are not amongst the member States of the Council of Europe and have not acceded to the Convention (and cannot do so as they are not European States). Accordingly, both applicants claimed protection of fundamental rights and freedoms that are guaranteed by a community of free citizens of other States on another continent [...]*.

ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LA CRUCIAL APORTACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 9 DE JULIO DE 2019 EN EL CASO *ROMEO CASTAÑO c. BÉLGICA*

M^a DEL CARMEN MUÑOZ RODRÍGUEZ*

I. HECHOS

La Sección Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) dicta el 9 de julio de 2019 una sentencia condenatoria contra Bélgica por violación del art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el CEDH). Además, el TEDH determina por unanimidad que Bélgica pague a cada uno de los hermanos Romeo Castaño una indemnización de 5,000 € por daños morales y, de manera conjunta, la cantidad de 7,260 € por gastos y costas (art. 41 CEDH)¹.

El teniente coronel R. Romeo Rotaeché fue asesinado el 19 de marzo de 1981 en Bilbao por un comando que afirmaba pertenecer a la organización terrorista ETA. En 2004, la Audiencia Nacional dirigió dos procedimientos penales para investigar diferentes hechos acaecidos en Bilbao entre marzo y junio de 1981². En el marco de dicha investigación, se dictaron, contra la ciudadana española N.J.E., instalada en Bélgica³, dos órdenes de detención europeas (ODE)⁴ para proseguir los procedimientos penales, por un lado, por participación en organización criminal, terrorismo, homicidio doloso, asalto y agresión grave y asesinato (marzo) y, por otro lado, por tentativa de asesinato y terrorismo (junio).

N.J.E. fue detenida en Gante (Bélgica) y el Tribunal de Primera Instancia, tras una deliberación a puerta cerrada, declaró las ODE ejecutables en octubre de 2013. N.J.E. recurrió dicha resolución; el Tribunal de Apelación estimó su pretensión y rechazó la ejecución de la ODE, por encontrar fundamentado que su entrega podría suponer una violación de sus derechos fundamentales⁵. La Fiscalía recurrió en casación, pero el recurso fue desestimado por el Tribunal de Casación en noviembre de 2013⁶.

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

¹ STEDH, asunto *Romeo Castaño c. Bélgica* (nº 8351/17). Esta sentencia es definitiva con fecha de 9 de octubre de 2019 (art. 44.2 CEDH). Existe un voto particular concurrente del juez R. Spano (Presidente de Sala), al que se adhiere el juez D. Pavli. La versión original francesa se rectifica el 26 de noviembre de 2019 (art. 81 Reglamento de Procedimiento).

² Por los que, finalmente, J.A. Borde Gaztelumendi, S. Echániz Alcorta y E. Letona Viteri (integrantes del *comando Vizcaya*) fueron condenados en 2005 por la Audiencia Nacional y en 2007 por el Tribunal Supremo.

³ Presuntamente pertenecía al *comando Vizcaya* de ETA y era sospechosa (entre otros) de haber disparado a quemarropa contra el citado teniente coronel.

⁴ Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13-6-2002.

⁵ Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura sobre la visita periódica a España de 2011.

⁶ El Presidente del Tribunal de Casación especificó que el incumplimiento en la ejecución de una OCE no

En mayo de 2015, la Audiencia Nacional emitió una nueva ODE contra N.J.E. en relación con los hechos cometidos en Bilbao en 1981. En junio de 2016, el Tribunal de Primera Instancia, tras deliberar a puerta cerrada, denegó la ejecución de la nueva ODE. Tras un recurso interpuesto por la Fiscalía, el Tribunal de Apelación confirmó el auto recurrido, al considerar que la nueva ODE no contenía elemento alguno que permitiera llegar a una conclusión diferente a la contenida en su decisión de 2013. La Fiscalía Federal recurrió en casación, recurso que fue nuevamente rechazado por el Tribunal de Casación en julio de 2016⁷.

Los/las señores/as J., M.P. M.C., M. y R. Romeo Castaño, -los cinco hijos/as del teniente coronel Romeo Rotaecche-, presentan su demanda antes el TEDH en fecha de 16 de enero de 2017, invocando el aspecto procesal del derecho a la vida (art. 2 CEDH) y alegando que el hecho de que las autoridades belgas se nieguen a ejecutar las ODE contra N.J.E., presuntamente implicada en la muerte de su padre, impide que sea enjuiciada por la justicia española⁸. Los/las demandantes y el gobierno belga presentan observaciones por escrito sobre la admisibilidad y el fondo del asunto (art. 54.2 Reglamento de Procedimiento)⁹.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

El gobierno belga considera que la demanda es inadmisibile, porque los/as demandantes no están sometidos a la jurisdicción de Bélgica (art. 1 CEDH); no cumplen la condición de víctima; no han agotado los recursos internos; y, finalmente, plantea una excepción basada en el plazo de seis meses. Sin embargo, el TEDH concluye que esta demanda es admisible, pues no puede ser rechazada por el motivo de estar manifiestamente mal fundada (art. 35.3. CEDH), ni por otros motivos de inadmisión (para. 32-65).

En cuanto a los argumentos sobre el fondo de las partes, los/as demandantes consideran que la negativa de Bélgica a ejecutar las ODE es injustificada y manifiestamente irrazonable (la evaluación arbitraria de una de las excepciones previstas para oponerse a la ejecución de una ODE haría imposible que la presunta autora del asesinato fuera juzgada), por lo que infringiría el art. 2 CEDH en su aspecto procesal (para 66-70). El gobierno belga concluye que, a la vista de la información de que disponían los tribunales belgas en el momento de adoptar sus decisiones y de las obligaciones derivadas del art. 3 CEDH (prohibición de tortura), actuaron con pleno cumplimiento de los compromisos

implicaba necesariamente la impunidad de la persona objeto de la misma; y añadió que: existen otros procedimientos que corresponde poner en marcha a la autoridad competente, llegado el caso, para permitir el enjuiciamiento de las personas sospechosas de haber cometido delitos y que ya no se encuentren en el territorio del Estado en el que presuntamente aquellos se cometieron.

⁷ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de 2015 al VI Informe periódico de España.

⁸ Los demandantes consideran también que se trata de un problema de tutela judicial efectiva (art. 6 CEDH); sin embargo, el TEDH, observando que las reclamaciones planteadas por los demandantes se solapan, considera que procede examinarlas únicamente a la vista del art. 2 CEDH.

⁹ El procedimiento también cuenta con la intervención de terceros: el gobierno español (ejerciendo el derecho previsto en los arts. 36.1 CEDH y 44.1.a) Reglamento de Procedimiento); N.J.E. y la asociación Colectivo de Víctimas del Terrorismo (autorizadas en virtud de los arts. 36.2 CEDH y 44.3 Reglamento de Procedimiento).

internacionales y no pueden ser acusados de haber infringido el art. 2 CEDH (para. 71-77).

En respuesta a estos planteamientos, la decisión del TEDH supone un hito de la relación entre los derechos fundamentales y el mecanismo de cooperación europea conocido como la ODE¹⁰. Para ello, el TEDH analiza dos cuestiones, a tenor de los principios establecidos en su jurisprudencia¹¹: a) si los órganos jurisdiccionales belgas han dado una respuesta adecuada a la solicitud de cooperación; y b) si la negativa a cooperar se basa en motivos legítimos (para. 79-92).

En lo que concierne a la primera cuestión, debe partirse de la idea de que el mecanismo de la ODE se basa en un alto grado de confianza entre los Estados miembros e implica una presunción de respeto de los derechos fundamentales por parte del Estado de emisión; por ello, la denegación de entrega debe estar justificada por pruebas pormenorizadas que indiquen un peligro claro para los derechos fundamentales de la persona de tal entidad que sean suficientes para destruir la presunción. En este sentido, recuerda que el Tribunal de Casación belga estimó en 2013 que se había justificado jurídicamente la decisión de denegación debido al riesgo de que, en caso de ser entregada a España, se vulneraran los derechos fundamentales de N.J.E. (en particular, el riesgo de ser detenida en condiciones contrarias al art. 3 CEDH); y, en 2016, la justicia belga invocó su jurisprudencia anterior, consideró que los nuevos elementos de la ODE no daban lugar a una evaluación diferente y se apoyó en las observaciones del Comité de Derechos Humanos de 2015, que pedía a España el cese de la detención incomunicada¹². Así, el TEDH constata que el enfoque seguido por la justicia belga se ajusta a los principios establecidos en su jurisprudencia según la cual, en el contexto de la ejecución de una ODE por parte de un Estado miembro de la UE, el mecanismo de reconocimiento mutuo no debe aplicarse de forma automática y mecánica en detrimento de los derechos fundamentales¹³. Por tanto, el TEDH concluye que los órganos jurisdiccionales belgas han dado una respuesta debidamente motivada a sus homólogos españoles.

Respecto a la segunda cuestión, el TEDH subraya que el riesgo de trato inhumano y degradante de la persona cuya entrega se solicita (art. 3 CEDH), debido a las condiciones de detención en España, puede constituir un motivo legítimo para denegar la ejecución de la ODE y, por tanto, para denegar la cooperación con España. Sin embargo, dada la presencia de derechos de terceros, la determinación de tal riesgo debe basarse en pruebas objetivas suficientes, cuya existencia se somete al escrutinio del TEDH. En primer lugar, el TEDH señala que la justicia belga se ha basado esencialmente en informes internacionales y en el contexto de “la historia política contemporánea de España”; en cambio, ha ignorado la información proporcionada en apoyo de la ODE emitida en 2015: el silencio al respecto de los informes posteriores del Comité Europeo para la Prevención

¹⁰ ZAMBONI, M.: “Romeo Castaño v. Belgium and the Duty to Cooperate under the ECHR”, *EJIL: Talk!* (www.ejiltalk.org/romeo-castano-v-belgium-and-the-duty-to-cooperate-under-the-echr/).

¹¹ STEDH (Gran Sala) de 29-1-2019, asunto *Güzelyurtlu y otros v. Chipre y Turquía* (nº 36925/07).

¹² Véase nota 7.

¹³ STEDH de 17.4.2018, asunto *Pirozzi v. Belgium* (nº 21055/11), que incorpora la metodología recomendada en la STEDH (Gran Sala) de 23-5-2016, asunto *Avotiņš v. Letonia* (nº 17502/07).

de la Tortura y la información detallada sobre la detención en régimen de incomunicación en España. Por ello, el TEDH considera que, en 2016, los tribunales belgas no han realizado un examen actualizado y pormenorizado de la situación acaecida, ni han intentado identificar un riesgo real e individualizable de violación de los derechos del CEDH en el caso de N.J.E. o de carencias estructurales en las condiciones de detención en España. En segundo lugar, el TEDH destaca que las autoridades belgas podrían haber solicitado información complementaria sobre la aplicación del régimen de detención en el caso de N.J.E., en especial por lo que se refiere al lugar y a las condiciones de detención, con el fin de verificar la existencia de un riesgo concreto y real de vulneración del CEDH en caso de entrega (art. 15 de la Ley belga sobre la ODE).

En suma, el TEDH determina que el examen realizado por los órganos jurisdiccionales belgas no es lo suficientemente completo como para considerar que el motivo invocado para denegar la entrega, en perjuicio de los derechos de los demandantes, se basa en una base objetiva suficiente. Por lo que, el TEDH llega a la conclusión de que Bélgica ha incumplido su obligación de cooperar en el marco del aspecto procesal del art. 2 CEDH, y, en consecuencia, ha violado dicha disposición¹⁴.

III. CONSIDERACIÓN FINAL

La importancia de esta decisión del TEDH reside en sus efectos sobre la ODE como mecanismo europeo de cooperación en materia penal, que queda sujeto al respeto de los derechos fundamentales del CEDH (en particular, la dimensión procesal del art. 2 y su relación con el art. 3). Además, la toma en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte del TEDH, en el marco de la interpretación de la ODE y de los procedimientos de entrega entre Estados miembros, se proyecta, de nuevo, como un paso más en una relación convergente entre ambos Tribunales¹⁵.

¹⁴ No obstante, el TEDH subraya que dicha constatación no implica necesariamente que Bélgica tenga la obligación de entregar a N.J.E. a España; en caso de que se produjera, Bélgica tiene la obligación de asegurarse que no corra el riesgo de recibir un trato contrario al art. 3. En febrero de 2020, la Audiencia Nacional considera extinguida la responsabilidad penal de N.J.E. en el procedimiento por los hechos sucedidos en junio de 1981, al haber transcurrido más de veinte años desde la fecha de la comisión de los hechos hasta el auto de procesamiento. En cambio, en diciembre de 2019, la Audiencia Nacional rechaza el sobreseimiento por preinscripción de los hechos acaecidos en marzo de 1981 y espera el pronunciamiento de Bélgica (www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1195226).

¹⁵ Lo que podría facilitar la superación de los obstáculos del Dictamen 2/13 a la adhesión de la UE al CEDH (SÁNCHEZ FRÍAS, A., “Convergencia de caminos entre el TEDH y el TJUE en cuanto al riesgo de vulneración de los derechos fundamentales como motivo de no ejecución de la euroorden. Un análisis de la STEDH de 9.7.2019, Romeo Castaño”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 65 (2000).

LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS A UNA RENTABILIDAD RAZONABLE Y PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD (*STADTWERKE Y BAYWA c. ESPAÑA*)

FRANCISCO PASCUAL-VIVES*

LAURA ARAGONÉS MOLINA**

I. HECHOS

Desde que se publicó nuestra última contribución a esta crónica¹, se han dictado nada menos que doce resoluciones en la saga de arbitrajes sobre las energías renovables iniciada contra España². Por razones de espacio hemos seleccionado dos que fueron publicadas el 2-12-2019, remitiéndonos a la “Crónica sobre la solución de controversias en materia de inversiones extranjeras: práctica española”³ para un examen más detallado del resto.

A pesar de las semejanzas existentes entre ambos litigios, su desenlace fue distinto y esa es precisamente la razón que justifica nuestro comentario. Mientras que en *Stadtwerke* (energía termosolar)⁴ la mayoría del órgano arbitral se pronunció a favor de España en el fondo de la controversia, en *BayWa* (energía eólica)⁵ se determinó la responsabilidad internacional del Estado en virtud del artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la

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

** Profesora Visitante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alcalá (laura.aragones@uah.es).

¹ Ver *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 35 (2018), pp. 19-28 (*Eiser*); n° 36 (2018), pp. 25-29 (*Novenergía, Masdar y Antin*); y n° 37 (2019), pp. 20-24 (*Foresight y RREEF*).

² *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/20, Laudo de 15-2-2019) (*Cube*); *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. España* (caso CIADI n° ARB/14/11, Laudo de 12-3-2019) (*NextEra*); *9Ren Holding S.à r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/15/15, Laudo de 31-5-2019) (*9Ren*); *SolEs Badajoz GmbH c. España* (caso CIADI n° ARB/13/36, Laudo de 31-7-2019) (*SolEs*); *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/14/12, Laudo de 2-8-2019) (*InfraRed*); *OperaFund Eco-Invest SICAV Plc y Schwab Holding AG c. España* (caso CIADI n° ARB/15/36, Laudo de 6-9-2019) (*OperaFund*); *Stadtwerke München GmbH y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/1, Laudo de 2-12-2019); *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH y BayWa r.e. Asset Holding GmbH c. España* (caso CIADI n° ARB/15/16, Decisión de 2-12-2019); *RWE Innogy GmbH y RWE Innogy Aersa S.A.U. c. España* (caso CIADI n° ARB/14/34, Decisión de 30-12-2019) (*RWE*); *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. España* (caso CIADI n° ARB/15/44, Laudo de 21-1-2020) (*Watkins*); *PV Investors c. España* (caso CPA n° 2012-14, Laudo de 28-2-2020) (*PV Investors*); e *Hydro Energy 1 S.à r.l. e Hydroxana Sweden A.B. c. España* (caso CIADI n° ARB/15/42, Decisión de 9-3-2020) (*Hydro*).

³ Ver *TDM*: n° 5 (2018), 99 pp.; y n° 2 (2020), 33 pp.

⁴ Administrado por el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Formado por J.W. Salacuse (estadounidense) como presidente, y por los árbitros K. Hobér (sueco) y Z. Douglas (australiano).

⁵ Administrado por el CIADI. Formado por J.R. Crawford (australiano) como presidente, y por los árbitros H.A. Grigera-Naón (argentino) y L. Malintoppi (italiana).

Energía⁶ (TCE), como consecuencia de las distintas medidas normativas adoptadas por España en el periodo 2012-2014.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS EN MATERIA DE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

La mayoría de las excepciones a la jurisdicción planteadas por España en la saga de arbitrajes sobre las energías renovables, en ocasiones con el apoyo expreso de la Comisión Europea mediante escritos de *amicus curiae*, no han persuadido a los órganos arbitrales. Estas excepciones se refieren a las relaciones entre el TCE y el Derecho de la Unión Europea (UE). Primero, mediante una interpretación textual del artículo 26.1 del TCE, los órganos arbitrales en *Stadtwerke* (para. 127) y *BayWa* (paras. 250-251) señalaron que este tratado internacional se aplica a las controversias iniciadas por los inversores de un Estado miembro de la UE contra otro Estado miembro. Segundo, descartaron que la discusión acerca de la primacía del Derecho de la UE sobre el TCE pudiera tener relevancia (paras. 144-146 y paras. 269-280, respectivamente). Tercero, ambos órganos arbitrales tampoco consideraron que la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en *Achmea*⁷ produjera efectos sobre su jurisdicción (paras. 141-143 y paras. 280-283, respectivamente). Y, cuarto, en *Stadtwerke* se rechazó la objeción planteada a propósito de la naturaleza pública de la entidad demandante que, según España, no le otorgaba la condición de inversor extranjero (paras. 134-135).

Las excepciones interpuestas por España relativas a la interpretación del artículo 21.1 del TCE, por el contrario, sí vienen siendo admitidas por los órganos arbitrales. Conforme a la exclusión prevista en este precepto, en ambos litigios se declaró que la discusión sobre las medidas establecidas por la Ley 15/2012⁸ no podía desarrollarse en la fase sobre el fondo de la controversia porque estas tenían una naturaleza tributaria (para. 171 y paras. 301-302, respectivamente) y, además, no fueron introducidas con mala fe (para. 174 y paras. 305-309, respectivamente).

III. PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO

En cuanto al fondo, en *BayWa* se examinó la conducta de España a la luz de los artículos 10 (trato justo y equitativo) y 13 (expropiación) del TCE, mientras que en *Stadtwerke* la discusión se centró únicamente en el primer precepto. La reclamación por expropiación en *BayWa*, como viene sucediendo en otros casos de la saga de arbitrajes sobre las energías renovables⁹, fue rechazada. Primero, porque los intereses indirectos de las demandantes en las empresas involucradas “are still intact and operating under the Claimants’ ultimate control and continued oversight, although their value is impaired”

⁶ BOE, de 17 de mayo de 1995.

⁷ Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

⁸ Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (BOE, de 28 de diciembre de 2012).

⁹ Además de *BayWa*: ver *Novenergia*; *Foresight*; *9Ren*; *InfraRed* e *Hydro*. En otros litigios, los órganos arbitrales no han ponderado el incumplimiento de este precepto por razones de economía procesal, tras haber declarado la violación del artículo 10.1 del TCE: véase *Eiser*; *Cube*; y *SolEs*.

(para. 430). Y, segundo, porque no se pudo concluir que la no distribución de dividendos a los accionistas hasta el año 2024 constituyese una expropiación *de facto*, en tanto que significaría “to confuse the financial impact of change in the subsidy regime with the taking of property” (para. 431).

Por lo que se refiere a la interpretación del artículo 10.1 del TCE (trato justo y equitativo), a pesar de que el resultado final en ambos litigios no es uniforme, existen varios puntos comunes que merecen nuestro comentario.

Primero, este precepto debe ser leído de manera conjunta. No puede derivarse una obligación autónoma de su primera frase, que se refiere a la creación de “condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones”, puesto que esta frase es “far too general to create enforceable definite rights of investors” (*Stadtwerke*, para. 198). Por lo tanto, la misma “does not give a general mandate to ECT tribunals to decide whether Government decisions affecting investments are ‘equitable’ or ‘favourable’, any more than the FET standard gives a general discretion to BIT tribunals to impose their own views as to ‘fairness’ and ‘equity’” (*BayWa*, para. 458). Asimismo, cuando el artículo 10.1 del TCE se refiere al deber de abstención de adoptar medidas “exorbitantes o discriminatorias”, este mandato debe entenderse como “embedded in the concept of FET” (*Stadtwerke*, para. 364 y, en el mismo sentido, *BayWa*, para. 532).

Segundo, tampoco puede aplicarse a estos litigios la cláusula de cobertura prevista en la parte final del artículo 10.1 del TCE, puesto que esta se refiere “only to contractual obligations and contractual-like obligations” (*Stadtwerke*, para. 384). No entrarían dentro de esta categoría las “obligations arising under the general law, including legislation, of the host State” (*BayWa*, para. 442). En este último litigio el órgano arbitral rechazó los argumentos de las demandantes, quienes alegaban que España habría contraído estas obligaciones mediante una especie de acto unilateral, acudiendo a la clásica distinción entre “actos de la práctica” y “actos unilaterales” (para. 449). En rigor, la legislación nacional controvertida es una manifestación de la primera categoría, pero no de la segunda.

Y, tercero, ambos órganos arbitrales apelaron a la debida diligencia del inversor extranjero al examinar la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo. En *Stadtwerke* se puso énfasis en la necesidad de realizar un proceso de debida diligencia “rigorous” (para. 264) y, tras examinar la conducta de las demandantes, se llegó a la conclusión de que esta no alcanzaba aquel estándar (paras. 264, 278, 285, 287, 290, 293, 295-296 y 307). Por su parte, en *BayWa* se recurrió a esta categoría jurídica simplemente para cuestionar que el inversor extranjero no hubiera tenido en cuenta el Derecho europeo de la competencia (para. 569.c).

En cuanto a la responsabilidad internacional del Estado, *Stadtwerke* constituye una de las cuatro¹⁰ victorias que hasta ahora ha obtenido España en esta saga. En efecto, la mayoría

¹⁰ Uno de estos litigios (*Solarpark*) finalizó por desistimiento de las demandantes.

del órgano arbitral advirtió que los cambios normativos introducidos por España obedecían a un interés público (paras. 259-261) y no se consideraban medidas desproporcionadas que, en términos absolutos o relativos, produjeran “a significant negative effect on the Claimants’ investment” (para. 354).

En cambio, *BayWa* resultó favorable al inversor extranjero. El importe de la indemnización está todavía pendiente de acordar por las partes¹¹ y, en su defecto (para. 615), será definido por el órgano arbitral¹². Como sucedió en *RREEF* (para. 470)¹³, otra controversia que afectaba parcialmente a la energía eólica, para determinar que se había vulnerado la obligación de brindar un trato justo y equitativo el órgano arbitral consideró que la única expectativa legítima de las demandantes era obtener “a ‘reasonable return’ in terms of Law 54/1997” (para. 498). Esta aproximación, que limita el contenido de las legítimas expectativas, difiere de la mantenida en otros litigios de la saga. Con arreglo a la misma, el órgano arbitral declaró que “the Disputed Measures took into account past remuneration under the previous regime and deducted them from future payments. This has the effect of clawing back remuneration to which the investor had a right at the time the payment was made” (para. 495). Así, al “claw back those profits on the basis of a subsequent judgment that they were ‘excessive’ was inconsistent with the principle of stability in Article 10.1 of the ECT” (para. 496).

En último lugar, ambas resoluciones contienen sendas opiniones disidentes. En *Stadtwerke, K. Hobér* (designado por las demandantes) entendió que los inversores tenían las legítimas expectativas no solo de obtener una rentabilidad razonable, sino de que el marco jurídico no sufriera cambios radicales y fundamentales. En *BayWa, H.A. Grigera-Naón* (designado por las demandantes) hizo constar que las demandantes deberían haber obtenido una indemnización completa, en lugar de la acordada por el órgano arbitral (limitada a los efectos retroactivos de las medidas controvertidas).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como se advirtió en nuestra anterior crónica, las circunstancias fácticas de cada caso y el tipo de sector energético afectado (termosolar, hidroeléctrico, eólico y/o fotovoltaico), entre otros factores, pueden ser elementos que singularicen la interpretación de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo en los litigios que componen la saga de arbitrajes sobre las energías renovables. Ello podría explicar las distintas conclusiones

¹¹ En *BayWa* las demandantes solicitan una indemnización de 70.734.037 euros. El único litigio enteramente dedicado a la energía eólica de la saga de arbitrajes sobre las energías renovables hasta ahora finalizado (en *RREEF* convivían el sector eólico y el termosolar) es *Watkins*. A modo orientativo, en *Watkins* el órgano arbitral concedió en concepto de indemnización 77.000.000 euros, esto es, el 62,15% de la cantidad solicitada por los inversores extranjeros (123.900.000 euros).

¹² Esta solución también se ha adoptado en *RREEF*; *RWE*; e *Hydro*.

¹³ En *RREEF* se concluyó que no existía responsabilidad internacional del Estado porque este habría asegurado un retorno razonable al inversor extranjero, al menos por lo que atañe a la energía eólica (en este litigio también se dirimía el impacto de las medidas controvertidas sobre otras inversiones realizadas en el sector termosolar). En cambio, sí se declaró la responsabilidad internacional al considerar que el carácter retroactivo de las medidas sobre las inversiones en el sector eólico habría supuesto una violación del artículo 10.1 del TCE (*RREEF*, para. 591).

alcanzadas en sede de responsabilidad internacional en los dos litigios examinados, así como la coherencia existente entre las decisiones dictadas en *RREEF* y *BayWa*.

DELIMITANDO LA DISCRECIONALIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA: UN ANÁLISIS A PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL CASO COUSO

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA*

I.- HECHOS

La sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 11 de diciembre de 2019¹ aborda la responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión de protección diplomática en favor de la familia de D. José Couso tras su fallecimiento mientras filmaba la entrada de las tropas en Bagdad como corresponsal de prensa acreditado. El proyectil que le alcanzó fue disparado desde un tanque estadounidense.

Conviene recordar que la sentencia analizada no es definitiva -pues el Estado anunció su intención de recurrirla²- y que se formuló de manera paralela a otra interpuesta por la familia³ que tenía por objeto determinar la responsabilidad penal de quienes acabaron con la vida de D. José Couso. Dicha causa principal, tras sufrir diferentes avatares, fue sobreseída en la Audiencia Nacional por la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificaba la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal⁴.

A propósito de la causa extinguida, la familia Couso ha presentado una demanda ante el TEDH frente a España alegando la vulneración de la CEDH; estando pendiente aún el pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo. El presente comentario se ciñe, exclusivamente, a la mencionada sentencia de responsabilidad patrimonial y, su contenido puede variar si el anunciado recurso tiene éxito.

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

¹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Contencioso) de 11 de diciembre de 2019, núm. 494/2005, disponible [aquí](#) (todos los enlaces en este comentario fueron consultados por última vez 11 de mayo de 2020).

² A fecha de publicación del presente comentario consta el anuncio de la presentación del recurso contra la Sentencia pero no el escrito por parte de la Abogacía del Estado.

³ El FJ 1º de la Sentencia recoge el tortuoso sendero que atravesó la demanda penal interpuesta por la familia Couso hasta su sobreseimiento definitivo en 2015 (Véase SAN 494/2005, disponible [aquí](#)).

⁴ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo (BOE núm. 63, de 14-3-2014), disponible [aquí](#).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Sobre la concurrencia de los elementos cuestionados para el ejercicio de la protección diplomática

Alrededor de la comisión de un ilícito internacional por parte de otro Estado contra un nacional, en el caso que nos ocupa, cabe efectuar las siguientes consideraciones. Como el propio juzgador indica, la demora en el pronunciamiento acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado –concretamente, 5.939 días, desde la interposición del recurso contencioso administrativo- es consecuencia de la compleja tramitación de las actuaciones seguidas en la causa penal sobre el fallecimiento del Sr. Couso⁵.

Inicialmente, la Audiencia Nacional estimó que la constatación de la comisión del delito contra la comunidad internacional del art. 611.1 del Código Penal -en relación con su artículo 608.3 y en concurso real con el delito de homicidio del artículo 138 del Código Penal- en el fallecimiento de D. José Couso resultaba relevante a la hora de determinar la posible responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión de la protección diplomática. Consecuencia de ello, el pronunciamiento quedó irremisiblemente conectado a la resolución de la demanda penal por parte de la Audiencia Nacional.

Sin embargo, el juzgador prescinde ahora de dicha exigencia y, en su lugar, afirma que no es necesaria dicha determinación judicial del tipo penal. Así, dando valor a las apreciaciones fácticas previas establecidas por las tribunales españoles -antes del sobreseimiento de la causa resultado de la novación legal- y, en atención a la revisión de la normativa internacional, considera suficiente la existencia de una apariencia de ilícito internacional imputable a las fuerzas de los Estados Unidos en aras al cual, el Estado, debiere haber actuado en protección de la parte actora.

Dicha “apariencia de ilicitud” operaría así en un doble nivel: por un lado, cumple con lo manifestado en el *Asunto Mavrommatis*⁶ al constatar la procedencia del ejercicio de la protección diplomática ante la comisión de un hecho contrario al Derecho Internacional contra uno de sus nacionales y; por otro, establece el parámetro de partida de la omisión estatal que da lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado.

Cabría preguntarse si el Tribunal podía haber resuelto en el mismo sentido, prescindiendo de la calificación del acto -con independencia de que su ilicitud no fue cuestionada por la Abogacía del Estado-. Al hacerlo, parece situar un *estándar mínimun* para el ejercicio de la protección diplomática en la apariencia de ilicitud -susceptible de interpretación autónoma-, ampliando notablemente las posibilidades de obtener del Estado una indemnización cuando, en ausencia de las medidas adecuadas de los poderes públicos -incluida la protección diplomática-, pudiera verificarse el nexo causal entre la omisión y el perjuicio causado al particular.

⁵ Véase FJ 1º SAN 494/2005, disponible [aquí](#).

⁶ CPJI, Sentencia en el asunto *Concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*, de 30 de agosto de 1924, series A, p. 131, disponible [aquí](#)

Consecuencia de lo anterior cabe anticipar un interesante incremento de los Dictámenes del Consejo de Estado sobre la pertinencia -o no- del ejercicio de la protección diplomática que el Ejecutivo deberá contemplar ciertamente puesto que, además de servir de elemento de consideración en la adopción de la decisión, constituirá una prueba -de notable relevancia- en una ulterior reclamación por omisión de la misma⁷. Incluso podría presumirse una revalorización del artículo 20 de la Ley del Consejo de Estado y del artículo 131 de su Reglamento a propósito de las mociones que podrá elevar al Gobierno, acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugieran⁸.

En lo relativo al agotamiento de los recursos internos, si bien es cierto que ni la viuda ni sus hijos menores del periodista se personaron ante los Tribunales estadounidense para reclamar la indemnización, el Tribunal adopta la doctrina dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional, a propósito del asunto del *Ferrocarril Panevezys-Saldutiskis*⁹ al considerar que la responsabilidad internacional del Estado frente a un individuo se completa cuando éste ha sufrido una denegación de justicia.

Dado que la doctrina de los “actos políticos” niega a los Tribunales federales estadounidenses jurisdicción para conocer de pretensiones indemnizatorias derivadas de daños causados por acciones bélicas, la Audiencia Nacional estima que hay agotamiento de los recursos internos precisamente porque no hay recursos internos que agotar. En este sentido, el asunto abordado no difiere del acontecido en 1989 a propósito de la protección diplomática dispensada en favor de la familia del periodista D. Juan A. Rodríguez Moreno, fallecido en Panamá por disparos de soldados estadounidenses; a propósito del cual, el Consejo de Estado sostuvo la conveniencia de ejercer la protección diplomática y, este sentido, tomaba en consideración el informe de un despacho de abogados estadounidense que manifestaba la indisponibilidad de recursos judiciales para la familia del fallecido¹⁰.

2. Sobre la delimitación de la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática

Pese a la existencia de una tendencia a considerar la protección diplomática como un derecho humano¹¹, la sentencia reconoce y reafirma la naturaleza de la protección diplomática como un derecho estatal para, a continuación, proceder a acotar la discrecionalidad en su ejercicio. El pronunciamiento de la Audiencia Nacional no es el primero que niega el carácter graciable de la protección diplomática por parte del Estado; lo novedoso en la Sentencia es que establece unos parámetros que explican el carácter

⁷ Artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980 del Consejo de Estado de 22 de abril (BOE, núm. 100, de 25-4-1980), disponible [aquí](#).

⁸ Artículo 131 del Reglamento del Consejo de Estado, Real Decreto 1674/1980 de 18 de julio (BOE, núm. 209, de 30-8-1980), disponible [aquí](#).

⁹ CPJI, asunto *Panevezys-Saldutiskis (Estonia c. Lituania)*, de 28 de febrero de 1939. Serie A/B, número 76, p. 18, disponible [aquí](#).

¹⁰ Dictamen Consejo de Estado 1496/1991, disponible [aquí](#).

¹¹ Véanse Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisiones de admisibilidad en los casos *Bertrand Russell Peace Foundation Ltd c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1978 y *G. Kapas c. Reino Unido*, de 9 de diciembre de 1987.

debido de la misma en el caso y la consecuente responsabilidad patrimonial por la omisión de su ejercicio.

De este modo, en primer lugar, el juzgador entiende que el Estado debería ejercitar la protección diplomática en aquellos casos en los que resulte evidente la necesidad de proteger los valores y principios constitucionales, integrados o interpretados con o desde los tratados internacionales. Así, en el caso de autos, la protección de la vida, el derecho a la familia y la defensa de la dimensión objetiva de la libertad de información exhortaban al Estado a ejercitar la protección diplomática¹².

En segundo lugar, las concretas circunstancias que envolvían el caso evidenciaban la conveniencia de abordar la cuestión desde una solución política. Un análisis general de la situación por parte del Ejecutivo habría advertido de la preferencia de los Estados Unidos por el tratamiento político y no judicial de los problemas aquí contemplados. El ejercicio de la protección diplomática hubiera supuesto únicamente cumplir con la opción escogida por el propio sistema constitucional de los Estados Unidos¹³; en su lugar, España habría adoptado una posición indolente que anuló la posibilidad de la familia de encontrar una vía que explorara la responsabilidad penal de los soldados y, la obtención de un resarcimiento.

En tercer lugar, al tratarse de violaciones graves de normas de *ius cogens* es razonable esperar que el Estado reaccione con la protección diplomática¹⁴. Lo contrario resultaría de una incongruencia feroz con la teleología de la institución del Derecho Internacional Público.

En cuarto lugar, la responsabilidad patrimonial de la Administración surge por el incumplimiento de su obligación de desarrollar una actividad a la que las circunstancias del caso compelían, pero con un resultado incierto.

En quinto lugar, el sentido de este fallo se deriva de la falta de motivación por parte del Gobierno de la denegación de protección diplomática. Cabe afirmar que la Administración tuvo oportunidad de ofrecer a la familia alguna explicación sobre su conducta y no lo hizo, hurtando con ello, el control jurisdiccional de la discrecionalidad¹⁵.

¹² Véase FJ 14º SAN 494/2005, disponible [aquí](#).

¹³ Véase, *supra* 10.

¹⁴ Véase FJ 12º SAN 494/2005, disponible [aquí](#).

¹⁵ Por el contrario, de haberla sustentado en el legítimo ejercicio de la política exterior (artículo 97 CE) -y del mantenimiento de las buenas relaciones con EEUU-, la responsabilidad patrimonial sería resultado del funcionamiento normal de la Administración y resultaría igualmente procedente por resultar incompatible con el principio de igualdad ante las cargas públicas Véase FJ 15º SAN 494/2005, disponible [aquí](#).

III. CONCLUSIONES FINALES

La Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia constituye un primer paso en la resolución definitiva del asunto relativo al fallecimiento del cámara de Telecinco mientras cubría la Guerra de Irak.

Pese a la imposibilidad de pronunciarse a propósito de la tipicidad penal de los hechos, la Sentencia utiliza los pronunciamientos previos a propósito del caso emitidos por Tribunales españoles como punto de partida para establecer unos parámetros que estarían acotando la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática y la consiguiente responsabilidad patrimonial por su omisión.