

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Por E. Jiménez Pineda, C. Quesada Alcalá, M. E. Salamanca Aguado, E. M. Rubio Fernández y J. J. Laso Pérez y A. D. Arrufat Cardava,

Coordinada por E. M. Rubio Fernández*

SUMARIO:

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 10 DE ABRIL DE 2019 EN EL CASO M/V NORSTAR (PANAMÁ c. ITALIA)

POR E. JIMÉNEZ PINEDApp. 2-5

¿UN FRACASO MÁS DE LA FISCALÍA DE LA CPI?: LA DECISIÓN DE LA SALA DE PRIMERA INSTANCIA I EN LA SITUACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COSTA DE MARFIL EN EL CASO DE LAURENT GBAGBO Y CHARLES BLÉ GOUDÉ, DE 15 DE ENERO DE 2019, Y LA SENTENCIA DE LA SALA DE APELACIONES, DE 1 DE FEBRERO DE 2019.

POR C. QUESADA ALCALÁpp. 6-12

LA SENTENCIA SOBRE UNA SATISFACCIÓN EQUITATIVA EN EL ASUNTO GEORGIA c. RUSIA (I) DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, DE 31 DE ENERO DE 2019

POR M. E. SALAMANCA AGUADO.....pp. 13-16

LA CONTRIBUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 46.4 A LA EFECTIVIDAD DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO ILGAR MAMMADOV c. AZERBAIYÁN, 2019)

POR E. M. RUBIO FERNÁNDEZ.....pp. 17-21

LOS LÍMITES A LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LA SOLICITUD DE ASILO EN FUNCIÓN DE UNA DECISIÓN FIRME DE EXTRADICIÓN (COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO –ADMINISTRATIVO, DE 29 DE ENERO DE 2019, NÚM. 78/2019, Y DE 30 DE ENERO DE 2019, NÚM. 93/2019)

POR J. J. LASO PÉREZpp. 22-27

SOBRE LA OBLIGACIÓN DE INICIAR, DE OFICIO, UN EXPEDIENTE DE DETERMINACIÓN DE LA APATRIDIA RECOMENDADO POR EL ACNUR: SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO DE LA AUDIENCIA NACIONAL AL RECURSO 1022/2017, DE 18 DE MARZO DE 2019

POR A. D. ARRUFAT CARDAVApp. 28-31

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

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 10 DE ABRIL DE 2019 EN EL CASO *M/V NORSTAR* (PANAMÁ C. ITALIA)

EDUARDO JIMÉNEZ PINEDA*

I. HECHOS

El 10 de abril de 2019, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM o Tribunal) dictó su sentencia en el caso *M/V Norstar* (Panamá c. Italia)¹. Esta controversia versaba, principalmente, sobre la inmovilización del *Norstar*, un buque que enarbolaba el pabellón de Panamá y que, entre 1994 y 1998, desarrollaba en el mar Mediterráneo labores de suministro de combustible (*bunkering*) a grandes yates (para.69). El 11 de agosto de 1998, la fiscalía italiana de Savona ordenó la inmovilización del *Norstar* como *corpus delicti*, en el marco de un proceso penal por supuesto contrabando de combustible y evasión fiscal, y envió una “solicitud de asistencia judicial en materia penal” a la fiscalía española de Mallorca (paras. 71-73). Dando cumplimiento a dicha solicitud, las autoridades españolas, el 25 de septiembre de 1998, retuvieron al *Norstar* en Palma de Mallorca (para. 75), cuya Autoridad Portuaria anunció el 25 de marzo de 2015 la subasta pública del buque en el *Boletín Oficial del Estado*, adquiriéndolo una compañía de gestión de residuos, que lo retiró del puerto en agosto de 2015 (para. 86).

Pues bien, el 17 de diciembre de 2015, cerca de 20 años después de la inmovilización del buque *Norstar* (1998), Panamá dedujo demanda ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar solicitándole que declarase la violación por parte de Italia de los artículos 33, 73.3, 73.4, 87, 111, 226 y 300 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar (CNUDM o Convención), así como la condena a una reparación por daños en una cuantía de 10 millones de dólares y la condena en costas (para. 63).

* Doctorando e investigador predoctoral FPU (ref. FPU 16/03446) en el área de Derecho Internacional Público de la Universidad de Córdoba. Las páginas webs han sido consultadas por última vez el 20 de noviembre de 2019 y las traducciones son del autor. La realización de este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Cuestiones recientes y pendientes en el marco de la ordenación jurídica internacional de mares y océanos” (PGC2018-098828-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

¹ *The M/V “Norstar” Case (Panama v. Italy)*, Judgment, ITLOS Reports 2019, en prensa, disponible en: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Judgment/C25_Judgment_10.04.pdf. La sentencia contó con cinco declaraciones (de los magistrados Jesus, Kelly, Gómez-Robledo, Kittichaisaree y *ad hoc* Treves), dos opiniones separadas (de los magistrados Ndiaye y Lucky) y una opinión disidente conjunta (de los magistrados Cot, Pawlak, Yanai, Hoffmann, Kolodkin, Lijnzaad y *ad hoc* Treves). Los documentos relativos a esta controversia pueden consultarse en: <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-25/>.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En la sentencia del TIDM de 10 de abril de 2019 se dilucidan, además de su jurisdicción, tres problemas jurídicos fundamentales. En primer lugar, y destacadamente, el de la libertad de la alta mar y la jurisdicción exclusiva que sobre el buque ejerce el Estado del pabellón. En segundo lugar, el de la buena fe y el abuso de derecho a los que hace referencia el artículo 300 de la Convención. En tercer lugar, el de la reparación debida por la violación de obligaciones internacionales. Además, la controversia suscita una cuestión procesal particularmente interesante (la conocida como *doctrina del oro amonedado*) con relación a la posición en el asunto de España (me remito al respecto al parágrafo 120 de la sentencia).

Respecto a la jurisdicción para conocer de la controversia sobre la interpretación o aplicación del artículo 300 de la Convención, relativo a la “buena fe y abuso de derecho”, el Tribunal, tras traer a colación su jurisprudencia en los casos *M/V “Louisa”* y *M/V “Virginia G”*, así como su sentencia sobre excepciones preliminares dictada en el mismo caso *Norstar*, reafirmó su competencia para conocer de “la supuesta violación del artículo 300 en relación con el artículo 87 de la Convención” (para. 129).

En aras de resolver si el decreto de inmovilización del *Norstar*, la solicitud de su ejecución y, efectivamente, la retención del buque constituyeron una violación del artículo 87 de la Convención, que proclama las libertades de la alta mar, el Tribunal analizó el decreto de inmovilización del *Norstar* y dedujo que la segunda de las actividades del buque perseguidas por el decreto, consistente en el suministro de combustible a grandes yates “fuera del mar territorial de Italia”, se refería, evidentemente, a actividades “fuera del mar territorial de Italia, esto es, en la alta mar” (para.166). Por consiguiente, el Tribunal entendió que el artículo 87 -que establece la libertad de la alta mar y la obligación de observancia debida (*due regard*) de los intereses de otros Estados en su ejercicio (para. 214)- era de aplicación. Según el criterio del Tribunal de Hamburgo, ninguna parte de la alta mar está sujeta a la soberanía de un Estado “(*no part thereof is subject to the sovereignty of any State*)” (para. 215).

A juicio del Tribunal, como corolario del status abierto y libre de la alta mar “salvo en casos excepcionales, ningún Estado puede ejercer jurisdicción sobre un buque extranjero en la alta mar” (para. 216); a mayor abundamiento, “la libertad de navegación sería ilusoria si un buque -el medio por excelencia para ejercer la libertad de navegación- pudiera estar sujeto a la jurisdicción *de otros Estados* en alta mar” (para. 216). En este sentido, el Tribunal declaró que las actividades de *bunkering* en alta mar forman parte de la libertad de navegación, que debe ejercerse conforme a las condiciones establecidas en la Convención y en otras reglas de Derecho internacional. Por tanto, concluyó que el *bunkering* de buques de recreo llevado a cabo por el *Norstar* en alta mar estaba comprendido en la libertad de navegación prevista en el artículo 87 de la CNUDM (para. 219). Comoquiera que ningún Estado puede ejercer jurisdicción sobre buques extranjeros en alta mar, a juicio del Tribunal “cualquier acto de interferencia en la navegación de buques extranjeros o cualquier ejercicio de jurisdicción sobre dichos buques en alta mar constituye una violación de la libertad de navegación, a menos que esté justificado por la

Convención u otros tratados internacionales” (para. 222). Por todo ello, el Tribunal -por 15 votos a favor y 7 en contra- concluyó que Italia, “extendiendo su legislación penal y fiscal a la alta mar, dictando el decreto de inmovilización y solicitando a las autoridades españolas que lo ejecutaran”, había infringido la libertad de navegación prevista en el artículo 87.1 de la Convención, que asistía a Panamá como Estado del pabellón del *Norstar* (paras. 226 y 469).

El segundo problema jurídico principal de esta controversia consistía en la posible violación del artículo 300 de la Convención relativo a la buena fe y al abuso de derecho. Según el Tribunal, la inmovilización del *Norstar* en un puerto español “no puede *per se* ser considerada como una violación de la buena fe prevista en el artículo 300 de la Convención” (para. 258), no habiendo en todo caso demostrado Panamá “la existencia de un vínculo entre esta pretensión y el artículo 87 de la Convención” (para. 265). Por ello, descartó la violación de este artículo en lo relativo a la buena fe. Con relación al abuso de derecho, el Tribunal afirmó que “este segundo elemento del artículo 300 de la Convención, i.e. el abuso de derecho, está estrechamente relacionado con la buena fe”, descartando su aplicabilidad al presente caso (paras. 303 y 307). A la luz de estos argumentos, el Tribunal -por 20 votos contra 2- rechazó, por insuficiencia en la prueba, las supuestas violaciones por parte de Italia de la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de la Convención y concluyó que Italia no infringió el artículo 300 de la Convención (para. 469).

Como consecuencia de su conclusión sobre la violación por Italia del párrafo primero del artículo 87 de la Convención, el Tribunal, en la última parte de la sentencia, abordó la cuestión relativa a la reparación (paras. 309 y ss.). Partiendo de su jurisprudencia previa y aludiendo al Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, el Tribunal, tras concluir que la restitución del *Norstar* era materialmente imposible (para. 320), declaró que Italia “como Estado responsable por un hecho internacionalmente ilícito tiene la obligación de compensar el daño causado por su violación del artículo 87, párrafo 1, de la Convención” (para. 321). En consecuencia, el Tribunal concluyó -por 15 votos a favor y 7 en contra- que la “pérdida del *Norstar* fue directamente causada por el hecho ilícito de Italia”, fijando la cantidad de 285.000 dólares -cifra notablemente inferior a la solicitada por Panamá- como indemnización por el valor del buque (para. 469). Por otro lado, el Tribunal estimó que no había lugar a compensación por los otros conceptos alegados por Panamá ni tampoco a la condena en costas (para. 468).

III. CONSIDERACIONES FINALES

Este comentario ha pretendido poner de manifiesto la interpretación sumamente amplia, prácticamente absoluta, de la libertad de la alta mar, prevista en el artículo 87.1 de la Convención, realizada por el Tribunal de Hamburgo en el asunto *Norstar*. Del mismo modo, la interpretación del TIDM del principio de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón sobre un buque en alta mar, ha sido igualmente amplia, considerando este principio como “un componente inherente de la libertad de navegación prevista en el

artículo 87 de la Convención” (para. 225). En mi opinión, la acogida por el Tribunal de buena parte de los planteamientos de Panamá, afirmando tan ampliamente la libertad de la alta mar sin más límites que los establecidos por “la Convención y otros tratados internacionales”, puede resultar arriesgado, con independencia de que, aunque no se plantee en el caso, los Estados puedan inferir una suerte de *carta blanca* para otorgar su pabellón a buques sobre los que no ejercen una jurisdicción efectiva.

Como he escrito en otro lugar, la principal aportación de esta sentencia es la reafirmación por el Tribunal del principio de libertad de la alta mar y de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón. Sin embargo, la interpretación de estos principios, previstos en los artículos 87.1 y 92.1 de la CNUDM, resulta al mismo tiempo bastante controvertida por cuanto el Tribunal, insistimos, ha interpretado muy ampliamente, de manera casi absoluta, sendos principios, aunque debamos reconocer que esta interpretación *amplísima* se alinea con la práctica mayoritaria de los Estados². En fin, probablemente como consecuencia de esta aproximación arriesgada, la opinión disidente conjunta, suscrita por siete magistrados, sea tan crítica con el *dictum* del Tribunal, dado que, según su criterio, “incluso si Italia ejerció su competencia normativa en materia penal respecto de esta conducta en alta mar, ésta fue ejercida respecto de una parte integral de un supuesto delito (evasión fiscal), que comenzó en su territorio (compra de combustible para propósitos falsamente declarados en puertos italianos), fue completada en su territorio (reintroducción de combustible no declarado en las aguas interiores italianas) y tuvo efectos en el territorio italiano (daños financieros por la ausencia de pago de impuestos). Comoquiera que el supuesto delito fue iniciado y completado en territorio italiano, no hay duda de que su localización fue Italia y no la alta mar” (para. 32).

² JIMÉNEZ PINEDA, E., "La Libertad de la alta mar según la interpretación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en la controversia M/V Norstar (Panamá c. Italia)", SOBRINO HEREDIA, J. M., (dir.), *Retos presentes y futuros de la política marítima integrada de la Unión Europea*, Editorial Bosch, La Coruña, 2019, pp. 717-742.

¿UN FRACASO MÁS DE LA FISCALÍA DE LA CPI?: LA DECISIÓN DE LA SALA DE PRIMERA INSTANCIA I EN LA SITUACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COSTA DE MARFIL EN EL CASO DE LAURENT GBAGBO Y CHARLES BLÉ GOUDÉ, DE 15 DE ENERO DE 2019, Y LA SENTENCIA DE LA SALA DE APELACIONES, DE 1 DE FEBRERO DE 2019.

CARMEN QUESADA ALCALÁ*

I. HECHOS

En 2010, en Costa de Marfil, la violencia estalló en los cinco meses posteriores a la disputada elección presidencial del país. En efecto, el Presidente en ese momento, Laurent Gbagbo, cuestionó el resultado que daba por ganador a su rival Allasane Ouattara y se negó a ceder el poder. La violencia resultante generó al menos 3.000 muertos, varios miles de heridos, desaparecidos y personas violadas, y más de 100.000 desplazados¹. Dicha violencia marcó, en definitiva, la reanudación de la guerra civil del país, que ya lo había asolado durante el período 2002-2007. Dicha guerra se caracterizaba por tensiones étnicas entre los rebeldes en el norte del país y el sur controlado por el gobierno, incluida la capital Abiyán. El conflicto finalizó tras la intervención de las fuerzas militares internacionales, lideradas por Francia, y Ouattara asumió la presidencia en abril de 2011.

La apertura de un examen preliminar de la situación de Costa de Marfil en el año 2003 por presuntos crímenes de la Corte Penal Internacional (CPI) fue posible gracias a la aceptación competencia de la Corte por un Estado no Parte, que permite el art.12 (3) del Estatuto de Roma. De hecho, esta fue la primera vez que éste se puso en práctica, de modo que dicha declaración fue originalmente presentada por el Presidente Laurent Gbagbo y reafirmada por Allasane Ouattara al asumir la presidencia en 2011. El 3 de octubre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares III aceptó la solicitud del Fiscal de abrir una investigación *motu proprio* sobre la situación en Costa de Marfil, con respecto a presuntos delitos dentro de la jurisdicción de la Corte, cometidos desde el 28 de noviembre de 2010, así como con respecto a los delitos que pudieran cometerse en el futuro en el contexto de esta situación. El 22 de febrero de 2012, la Sala de Cuestiones Preliminares III decidió ampliar su autorización para la investigación en Costa de Marfil con el fin de incluir crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte presuntamente cometidos entre el 19 de septiembre de 2002 y el 28 de noviembre de 2010². En definitiva, la CPI podía ejercer su jurisdicción sobre crímenes enumerados en el Estatuto de Roma cometidos en el territorio de Costa de Marfil o por sus nacionales desde el 19 de septiembre de 2002 en adelante.

Conviene señalar que, finalmente, Costa de Marfil ratificó el Estatuto de Roma el 15 de

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

¹ Véase UN, HUMAN RIGHTS COUNCIL, Resolución A/HRC/16/25, 25th March 2011.

² Véase <https://www.icc-cpi.int/cdi>, consultado por última vez el 18 de noviembre de 2019.

febrero de 2013. Dicha ratificación fue posible gracias a una década de un incansable activismo de la sociedad civil coordinada por la Coalición Marfileña por la CPI. En 2014 se implementaron parcialmente los crímenes de la CPI en las leyes nacionales.

II. EL COMPLEJO ITINERARIO PROCESAL: LA SENTENCIA DE ABSOLUCIÓN DE LAURENT GBAGBO Y CHARLES BLÉ GOUDÉ Y SUS VAIVENES

1.-La sentencia de absolución: una decisión oral

El 15 de enero de 2019, la Sala de Primera Instancia I de la Corte Penal Internacional (CPI) decidió, de forma mayoritaria, absolver al Sr. Laurent Gbagbo y el Sr. Charles Blé Goudé de los cargos por crímenes de lesa humanidad. Recordemos que la Fiscal de la CPI había acusado al ex-presidente de Costa de Marfil, el Sr. Gbagbo, y a los miembros de su círculo íntimo, incluyendo al ex-líder de la juventud, el Sr. Blé Goudé, de crear y ejecutar un plan común para permanecer en el poder, tras perder las elecciones presidenciales del país en 2010, promoviendo ataques contra los defensores de su candidato rival, el Sr. Alassane Ouattara. Tanto Gbagbo como Blé Goudé fueron acusados con cuatro cargos por crímenes de lesa humanidad en este contexto.

La mayoría de los jueces, presididos por Cuno Tarfusser y el Juez Geoffrey Henderson, concluyeron en una decisión oral³ que la Fiscal no había logrado satisfacer la carga de la prueba de acuerdo con el Artículo 66 del Estatuto de Roma. En particular, expresaron que la Fiscalía no había cumplido con dicha carga, puesto que no habían demostrado la existencia de un plan común para lograr que el Sr. Gbagbo conservara el poder, así como la práctica de una política deliberada de atacar a la población civil. De acuerdo con la opinión de los magistrados, la Fiscalía también falló en probar que los acusados ofrecieron discursos públicos para incitar a la comisión de los presuntos crímenes. Las reacciones a dicha sentencia absolutoria por parte de la sociedad civil no se hicieron esperar⁴.

Así, por ejemplo, al opinar sobre la absolución, *Journalists For Justice* destacó la

³ ICC, Trial Chamber I, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, 15 January 2019, véase <https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=GalfbXBXN5I&feature=youtu.be>, consultado por última vez el 4 de noviembre de 2019.

⁴ La Sra. Fanta Doumbia, Coordinadora Ejecutiva de la Coalición Nacional Marfileña por la CPI respondió, "Esta absolución no debe hacernos olvidar a las miles de víctimas de la crisis de Costa de Marfil que necesitan justicia y reparaciones" (<http://www.coalitionfortheicc.org/document/press-release-ivorian-coalition-gbagbo-and-ble-goude-acquittals>, consultado por última vez el 4 de noviembre de 2019). El Sr. Ali Ouattara, Presidente de la Junta de la Coalición de Costa de Marfil, agregó, "La CPI se beneficiará de no dar falsas esperanzas a las víctimas de los delitos más graves. Debe dar confianza a las víctimas a través de investigaciones creíbles y decisiones que tengan en cuenta sus intereses. Además, también debe investigar a todas las partes involucradas en el conflicto de Costa de Marfil para que la impunidad de hoy no se convierta en el crimen del mañana" (<http://www.coalitionfortheicc.org/document/press-release-ivorian-coalition-gbagbo-and-ble-goude-acquittals>, consultado por última vez el 4 de noviembre de 2019).

decepción de las víctimas tras la absolución de Gbagbo/Blé Goudé⁵. Con todo, es evidente que sucedieron hechos terribles en Costa de Marfil durante la violencia post-electoral de 2010/11. Así se lo recordaron los jueces a la audiencia en su decisión de absolución. Sin embargo, el problema radicaba en que la Fiscalía presentó una serie de pruebas que resultaban excepcionalmente débiles, como declaró el Presidente de la Sala de Primera Instancia I, Cuno Tarfusser. De esta manera, no se pudo establecer un vínculo relevante, entre las atrocidades cometidas y los acusados. Falló la prueba del umbral de los crímenes contra la humanidad, al no demostrarse un plan común para atacar civiles de manera generalizada o sistemática, o como parte de una política estatal u organizativa⁶.

En su opinión escrita disidente⁷, la Jueza Herrera Carbuccia mostró su oposición a la decisión de la mayoría y expresó que la prueba ofrecida por la Fiscal era suficiente para que "una Sala de Primera Instancia razonable condenara a los acusados". También cuestionó la presentación oral de la decisión final de la mayoría, y afirmó que debería presentarse una justificación escrita completa sobre dicha decisión. La Jueza Carbuccia expresó que el resumen oral de la mayoría se oponía al Artículo 74(5) del Estatuto de Roma, que obliga a los magistrados a emitir una "declaración fundamentada" de los fallos de la Sala por escrito. Por su parte, la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, respondió que las investigaciones en Costa de Marfil continuaban, al tiempo que mostraba su compromiso con el mandato recibido de acuerdo con el Estatuto de Roma, teniendo en cuenta y siempre presente principalmente el sufrimiento de las víctimas de Costa de Marfil⁸.

Es de destacar que, como resultado de la decisión de la mayoría, la Sala ordenó la liberación inmediata del Sr. Gbagbo y el Sr. Blé Goudé. En respuesta, la Fiscalía presentó una petición urgente ante la Sala para suspender la orden de liberación⁹, alegando circunstancias excepcionales que justificarían que los acusados continuasen detenidos a

⁵ <http://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20190122/costa-de-marfil-laurent-gbagbo-y-charles-ble-goude-absueltos-por-la-cpi>, consultado por última vez el 4 de noviembre de 2019.

⁶ Tras la absolución, la defensa alegó que ésta era una victoria para la CPI, porque se había demostrado que contaba con jueces independientes y profesionales que analizaban los hechos. Sin embargo, esta argumentación no nos consuela del perjuicio que se ocasiona a las víctimas de dichos crímenes contra la humanidad. De hecho, el Coordinador de la *African Network on International Criminal Justice* (ANICJ), el Sr Chino Obiagwu, expresó su preocupación sobre la reparación de las víctimas de crímenes de lesa humanidad en Costa de Marfil: "El sistema del Estatuto de Roma, de acuerdo con el artículo 75 (1), vincula las reparaciones a las condenas y cuando se retiran los cargos contra los acusados o estos son absueltos queda en duda la suerte de las víctimas. Es necesario alentar el establecimiento, fortalecimientos y la expansión de fondos nacionales de compensación para las víctimas. De ser apropiado, deben establecerse otros fondos bilaterales y multilaterales para este propósito" (<http://africannetworkforicj.org/acquittal-of-laurent-gbagbo-and-blegoud-is-justice-a-one-way-traffic/>, consultado por última vez el 4 de noviembre de 2019).

⁷ ICC, Dissenting Opinion to the Chamber's Oral Decision of 15 January 2019, Trial Chamber I, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, 15 January 2019.

⁸ <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=190115-otp-stat-gbagbo>, consultado por última vez el 4 de noviembre de 2019.

⁹ Urgent Prosecution's request pursuant to article 81(3)(c)(i) of the Statute, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, 15 January 2019.

la espera de nuevos procedimientos judiciales. Al explicar las circunstancias excepcionales, la Fiscalía afirmó que existía "un riesgo concreto de que el acusado no se presente para continuar el juicio" en caso de que se aprobara una apelación de la decisión, y subrayó que el Sr. Gbagbo y el Sr. Blé Goudé disponían de medios y del apoyo suficiente para evitar presentarse nuevamente ante el Tribunal. La solicitud también destacaba la ausencia de una declaración totalmente razonada de la mayoría sobre su decisión. El representante legal de las víctimas apoyó las declaraciones de la Fiscalía, y exigió la imposición de condiciones estrictas en el caso de una liberación inmediata con el objetivo de reducir el riesgo de fuga para el Sr. Gbagbo y el Sr. Blé Goudé, como su traslado a un Estado Parte que no sea Costa de Marfil.

2. El complejo itinerario procesal de una sentencia discutible

El 16 de enero de 2019, en otra decisión mayoritaria, la Sala de Primera Instancia I rechazó la petición de la Fiscalía y de la representante legal de las víctimas para que los acusados permanecieran detenidos, afirmando que no consideraba que las supuestas circunstancias pudieran considerarse excepcionales¹⁰. La mayoría de los jueces exigió garantías escritas y firmadas de que los acusados y sus abogados comparecerían ante la Corte si así lo solicitara, y decidió liberar al Sr. Gbagbo y al Sr. Blé Goudé.

La Fiscalía presentó una apelación contra la decisión de la Sala de liberar al Sr. Gbagbo y al Sr. Blé Goudé, y solicitó a la Sala de Apelaciones que suspendiera sus efectos¹¹. El 18 de enero de 2019, la Sala de Apelaciones, por mayoría, suspendió la decisión de la Sala de Primera Instancia I de liberar al Sr. Gbagbo y al Sr. Blé Goudé, programó una audiencia para el 1 de febrero de 2019 y ordenó a los acusados regresar a su lugar de detención¹². Sin embargo, este complicado proceso aún no ha acabado. De hecho, la Fiscalía ha hecho uso en octubre de 2019 del artículo 83 (2) (a) del ER, recurriendo a la Sala de Apelaciones. Dicha disposición permite que la Sala de Apelaciones revoque o enmiende la sentencia o pena, si decidiera que las actuaciones habían sido injustas y que ello afectaba a la regularidad de la sentencia o pena. De este modo, considerando la Fiscalía que en este caso la decisión poseía errores legales y de procedimiento, solicita a la Sala de Apelaciones que revoque la decisión y declare el juicio nulo, lo que dejaría en manos de la Fiscalía la posibilidad de decidir sobre el curso que ha de tomar el caso y la mejor manera de hacer justicia¹³.

¹⁰ ICC-02/11-01/15-T-234-ENG ET WT 16-01-2019 1-6 SZ T, ICC-02/11-01/15-T-234-ENG, 16 January 2019 | Trial Chamber I | Transcript (<https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/11-01/15-T-234-ENG>).

¹¹ Prosecution's Appeal pursuant to article 81(3)(c)(ii) of the Statute and urgent request for suspensive effect, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, 16 January 2019.

¹² Decision on the Prosecutor's request for suspensive effect of her appeal under article 81(3)(c)(ii) of the Statute and directions on the conduct of the appeal proceedings, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, 18 January 2019.

¹³ ICC, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Public redacted version of "Prosecution Document in Support of Appeal", ICC02/11-01/15-1277-Conf, 15 October 2019, párr. 266.

En el primero de los dos motivos de apelación, la Fiscalía afirma que, al absolver a Gbagbo, los jueces de primera instancia violaron los requisitos del artículo 74 (5) del ER, que exige que el fallo ha de constar por escrito y debe incluir una exposición fundada y completa de la evaluación de las pruebas y las conclusiones. Recordemos que, en este sentido, los jueces emitieron una decisión de absolución oral el 15 de enero de 2019 y solo transmitieron los motivos de esa decisión seis meses después. La Fiscalía argumenta que la mayoría de la Sala violó el artículo 74 del ER, ya que emitió una decisión oral pero no pudo proporcionar una declaración completa y razonada de la evaluación de las pruebas de la mayoría. Igualmente, los jueces tampoco proporcionaron un resumen de los motivos de la absolución en audiencia pública.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS: LA DIFICULTAD DE PROBAR EL UMBRAL DE LOS CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Con independencia de las consideraciones procesales anteriormente apuntadas, es preciso realizar una reflexión sobre los elementos materiales de la sentencia, y, en particular, sobre los crímenes contra la humanidad y su umbral. En primer lugar, conviene destacar que, en un estadio previo, la Sala de Cuestiones Preliminares III de la CPI tomó nota de la intención del Fiscal de investigar tanto las acciones de las fuerzas pro-Gbagbo, como las de las pro-Ouattara. El Fiscal afirmó que los ataques dirigidos contra la población civil en Costa de Marfil fueron generalizados y sistemáticos, e incluyeron, por ejemplo, redadas realizadas contra el cuartel general del partido contrario, uso excesivo de la fuerza en zonas muy pobladas para dispersar a los manifestantes y militares. Igualmente, se establecieron bloqueos de carreteras y puestos de control, en los cuales supuestamente ocurrieron asesinatos. El Fiscal afirmó que los actos fueron a gran escala y que aproximadamente 1 millón de personas fueron desplazadas. El Fiscal también indicó la existencia de varias fosas comunes en Abidjan, y aportó documentación relacionada con detenciones arbitrarias generalizadas, desapariciones forzadas y violaciones¹⁴. En consecuencia, y a juicio de la Fiscalía, se trataba de crímenes contra la humanidad, que cumplían con el umbral requerido. Sin embargo, el resultado final demuestra cómo finalmente no se tomaron en consideración las tesis de la Fiscalía.

En este sentido, hay que recordar que el artículo 7.1 del Estatuto de Roma establece un umbral, conforme al cual se concebirán como crímenes contra la humanidad aquellos cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”¹⁵. Así, la definición del umbral en estos términos

¹⁴ Véase <https://www.icc-cpi.int/cdi>, consultado por última vez el 20 de noviembre de 2019.

¹⁵ Paralelamente, en los Elementos de los Crímenes, se requiere como requisito previo que inspira la definición de cada uno de los crímenes de lesa humanidad, que los actos constitutivos de esos crímenes tengan lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil, y que el autor de los mismos haya tenido conocimiento de que “la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo” (*Elementos de los Crímenes*, Registros Oficiales de la Asamblea de los Estados partes del Estatuto de la CPI de la Corte Penal Internacional, Primera Sesión, Nueva York, 3-10 de septiembre de 2002).

permite cumplir dos funciones primordiales¹⁶. En primer lugar, el establecimiento de un régimen jurisdiccional bajo el cual los crímenes de particular gravedad conciernen a la Comunidad Internacional en su conjunto. Y, en segundo lugar, el enunciado de un elemento espiritual en el umbral que permite elevar la culpabilidad del acusado de la simple comisión de un crimen ordinario tipificado según el Derecho nacional a la comisión de un auténtico crimen internacional, estableciéndose una clara distinción entre un acto inhumano que afecte a las jurisdicciones nacionales y un crimen internacional.

En las razones escritas a la decisión oral de 15 de enero de 2019, la Sala de Primera Instancia I consideró que la Fiscalía había fallado a la hora de demostrar que existía un “plan común” para mantener al Sr. Gbagbo en el poder, que incluía la comisión de crímenes contra civiles. Igualmente, estimó que había fracasado al demostrar la existencia de una política de atacar a la población civil sobre la base de determinados patrones de violencia, y había fallado al demostrar que dichos crímenes fueron cometidos de acuerdo con una política del Estado o de una organización con el fin de atacar a la población civil. A su juicio, tampoco había probado que el discurso público de los acusados había inducido a la comisión de crímenes¹⁷.

De este modo, falla la prueba por la Fiscalía de que se hubieran dado los requisitos exigidos para demostrar la existencia de crímenes contra la humanidad, en particular de su umbral. En efecto, habremos de tener en cuenta que el ataque ha de cometerse contra una población civil, de tal manera que en el contexto de los elementos anteriormente apuntados “se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque”. Esta expresión ha de interpretarse como comprensiva de dos tipos de elementos: han de ser actos dirigidos contra no combatientes y han de dirigirse dichos actos contra un gran número de víctimas¹⁸. El uso del término “población” implica la naturaleza colectiva de los crímenes contra la humanidad y la necesaria exclusión de los actos aislados¹⁹, y el uso del determinante “una” significa que se trata de una población civil cualquiera, incluyendo cualquier nacionalidad. El calificativo de “civil” refleja, por tanto, el Derecho Internacional consuetudinario en la materia²⁰. En definitiva, el resultado de aplicar el elemento del ataque contra la población civil es el primer paso del umbral²¹,

¹⁶ McAULIFFE DE GUZMAN, M., “The Road from Rome: The Developing Law of Crimes Against Humanity”, *Human Rights Quarterly*, vol. 22, n° 2, p.337.

¹⁷ Reasons for oral decision of 15 January 2019 on the Requête de la Défense de Laurent Gbagbo afin qu'un jugement d'acquittement portant sur toutes les charges soit prononcé en faveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberté immédiate soit ordonnée, and on the Blé Goudé Defence no case to answer motion, *Situation in the Republic of Côte d'Ivoire in the case of the Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15, 16 July 2019, p.7.

¹⁸ VON HEBEL, H. & ROBINSON, D., “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en LEE, R. (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues. Negotiations. Results*, Kluwer The Hague/London/Boston, 1999, pp. 96-97.

¹⁹ *Prosecutor v. Tadic, Opinion and Judgment*, Case N°IT-94-1-T, 7 May 1997, párrs. 637-638; *Prosecutor v. Akayesu*, Case N°ICTR-96-4-T, 2 Sep.1998, para. 582.

²⁰ *Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgment*, N°IT-94-1-T, 7 May 1997, párr. 643; *Prosecutor v. Akayesu*, Case N°ICTR-96-4-T, 2 Sep.1998, para. 582.

²¹ Case Matrix Network, *Crímenes de Lesa Humanidad*, 2017 (<https://www.legal->

que en este caso la Sala de Primera Instancia considera que no se cumple.

Las reacciones no se hicieron de esperar. La Sra. Amal Nassar, Representante de la Federación Internacional de Derechos Humanos ante la Corte Penal Internacional, declaró que "la CPI en su conjunto debería aprender de sus dificultades para condenar a los (ex) líderes políticos que tienen la mayor responsabilidad en la comisión de delitos y revisar adecuadamente sus políticas"²². En efecto, nos encontramos, una vez más, ante el problema de la prueba en relación con los crímenes de competencia de la CPI, tal y como ya se había puesto de manifiesto en el caso Bemba²³. Mientras que en el caso Bemba, no se pudo probar de modo suficiente la autoría, en los casos de Costa de Marfil, no se ha podido probar el umbral de los crímenes contra la humanidad. Esta situación nos hace reflexionar sobre el papel que está jugando la Fiscalía en relación con la eficacia en la actuación de la CPI. Un papel que resulta discutible, y sobre el que se están alzando voces críticas en el propio seno de la Corte.

[tools.org/doc/66bb47/pdf/](https://www.ohchr.org/doc/66bb47/pdf/)), consultado por última vez el 4 de noviembre de 2019.

²² <http://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20190122/costa-de-marfil-laurent-gbagbo-y-charles-blegoude-absueltos-por-la-cpi>, consultado por última vez el 4 de noviembre de 2019.

²³ Véase QUESADA ALCALÁ, C., "La labor de la Corte Penal Internacional sometida a revisión: Sentencia de Apelación en el caso Jean Pierre Bemba Gombo de 8 de junio de 2018", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 36, pp. 2-10.

LA SENTENCIA SOBRE UNA SATISFACCIÓN EQUITATIVA EN EL ASUNTO GEORGIA c. RUSIA (I) DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, DE 31 DE ENERO DE 2019

M. ESTHER SALAMANCA AGUADO*

I. HECHOS

A finales del verano de 2006 las tensiones políticas entre la Federación de Rusia y Georgia llegaron a su punto culminante con el arresto el 27 de septiembre de 2006 de cuatro oficiales rusos en Tbilisi (Georgia) y la suspensión por parte de la Federación de Rusia el 3 de octubre de 2006 de todas las rutas aéreas, marítimas, ferroviarias, postales y financieras con Georgia. Asimismo, varios informes de organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales certificaron la expulsión de nacionales georgianos residentes en territorio ruso¹. La sentencia del 3 de julio de 2014 sobre el fondo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (el Tribunal) sostuvo que dicha política de arrestos, detenciones y expulsiones de nacionales georgianos llevada a cabo por Rusia en el otoño de 2006 supuso la violación del artículo 4 del Protocolo 4 (“prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros”); de los artículos 5.1 y 5.4 del Convenio (“derecho a la libertad y a la seguridad”); del artículo 3 (“prohibición de la tortura”) y del artículo 13 en relación con los artículo 5.1 y artículo 3 (“derecho a un recurso efectivo”)².

Sin embargo, la Sala no se pronunció sobre la aplicación del artículo 41 (“satisfacción equitativa”) indicando que dicha cuestión no estaba lista para su examen, e invitando a las partes a que presentaran por escrito, en un plazo de doce meses a partir de la fecha de comunicación de la sentencia, sus observaciones sobre el asunto y, en particular, que notificaran al Tribunal cualquier acuerdo que se alcanzara al respecto³. No habiéndose alcanzado dicho acuerdo entre las partes, el 1 de julio de 2015 Georgia presentó una demanda contra Rusia reclamando una satisfacción equitativa al amparo del artículo 41 del Convenio. Se trata del primer asunto, después de la sentencia dictada en 1974 en el asunto *Chipre contra Turquía*⁴, en el que el Tribunal se pronuncia sobre la cuestión de la aplicación del artículo 41 del Convenio en un supuesto de demanda interestatal⁵.

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

¹ Véase el Informe de 22 de enero de 2007 del *Monitoring Committee of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe* (PACE) “Current tensions between Georgia and Russia”, AS/Mon(2006)40 rev; el Informe de octubre de 2007 de *Human Rights Watch* (HRW), “Singled Out. Russia’s detention and expulsion of Georgians” y el Informe de abril de 2007 de *International Federation for Human Rights* (FIDH) “Migrants in Russia”, no. 472.

² ECHR, Grand Chamber, *Case of Georgia v. Russia (I), Judgment (Merits)*, 3 July 2014, paras. 178, 187, 188, 205 y 216.

³ *Ibid.*, para. 240

⁴ ECHR, Grand Chamber, *Case of Cyprus v. Turkey (IV)* (no. 25781/94), Judgment (Merits), 10 May 2001.

⁵ ECHR, Grand Chamber, *Case of Georgia v. Russia (I)* (no. 13255/07), Judgment (Just satisfaction), 31 January 2019.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1. La aplicación del artículo 41 del Convenio a los supuestos de demandas interestatales.

Para enmarcar el análisis de esta cuestión es necesario recordar la distinción entre normas primarias y normas secundarias en el derecho internacional. Las normas primarias regulan las relaciones sustantivas o materiales entre sus destinatarios, en este caso referidas a los derechos reconocidos en el Convenio y sus Protocolos cuya violación genera responsabilidad internacional por parte del Estado violador, que se regula por las normas secundarias. En efecto, en el *asunto Chipre c. Turquía* el Tribunal aclaró que la obligación de pagar una satisfacción equitativa a la parte perjudicada, contenida en el artículo 41 del Convenio, deriva de los principios del derecho internacional sobre responsabilidad de los Estados (normas secundarias), es decir, de la obligación de reparar según ha sido interpretada por el Tribunal Internacional de Justicia⁶ e incorporada por la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de artículos de 2001⁷. En este sentido, el Tribunal entendió que el artículo 41 es *lex specialis* en relación con las normas generales de responsabilidad de los Estados y que se aplica igualmente a los supuestos de demandas interestatales. La redacción de la Regla 60.1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, de valor jerárquico inferior al Convenio, y más restrictiva, obedece exclusivamente al hecho de que la mayoría de los asuntos que se presentan ante el Tribunal son demandas individuales (para. 42).

Se trata, por tanto, de una cuestión muy relevante en el ámbito del sistema regional de derechos humanos. En el supuesto en el que un Estado parte en el Convenio demanda a otro Estado parte por la violación de los derechos humanos en él reconocidos, ¿debe o no el Estado declarado violador pagar una satisfacción equitativa al Estado demandante? ¿Quién es en última instancia el beneficiario de la satisfacción equitativa? En el asunto ya citado *Chipre contra Turquía*, el Tribunal entendió que la aplicación del artículo 41 a las demandas interestatales requiere un análisis caso por caso, debiendo tener en cuenta tres criterios: a) el tipo de demanda presentada por el Estado parte; b) si es posible identificar individualmente a las víctimas; c) el principal objetivo de demanda presentada. Es decir, existe la posibilidad de que un Estado parte presente una demanda denunciando violaciones sistémicas o estructurales de los derechos humanos en otro Estado parte. En estos casos, el Tribunal considera que el objetivo principal del Estado demandante es reivindicar el orden público de Europa en el marco de la responsabilidad colectiva en virtud del Convenio; entendiendo que, en estas circunstancias, puede no ser apropiado otorgar una satisfacción equitativa. Por el contrario, pueden existir otros supuestos en los que el Estado demandante denuncia violaciones de los derechos humanos de sus nacionales (u otras víctimas). Estas demandas son similares a la figura de la protección diplomática según ha sido definida por la Comisión de Derecho Internacional en su

⁶ PCIJ, *Factory at Chorzów* (jurisdiction), Judgment No. 8, 1927, Series A, no. 9, p. 21; ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Reports 1997, p. 81, para. 152; ICJ, *Fisheries Jurisdiction Case (Federal Republic of Germany v. Iceland)* (merits), ICJ Reports 1974, pp. 203-05, paras. 71-76).

⁷ Véase el artículo 31 del *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, AG/RES/56/83, 12 de diciembre de 2001.

proyecto de artículos de 2006⁸. En esos casos la concesión de una satisfacción equitativa puede ser adecuada, aunque siempre hay que tener en cuenta, a juicio del Tribunal, que es el individuo y no el Estado, quien se ve perjudicado directa o indirectamente y principalmente lesionado por una violación de uno o varios derechos del Convenio. Por lo tanto, la concesión de una satisfacción equitativa en estos supuestos de demandas interestatales siempre debe hacerse en beneficio de las víctimas individuales (paras. 43-45).

Por tanto, en el presente asunto el Tribunal examina si se satisfacen los tres criterios mencionados *supra*. Es decir, si Georgia demandó a Rusia por la violación de ciertos derechos de sus nacionales; si a requerimiento de la Sala presentó una lista de víctimas; y si como Estado demandante no reclamó una satisfacción equitativa para compensar la violación de sus derechos, sino en beneficio de las víctimas (paras. 23-26). Habiendo considerado que se cumplen dichos criterios, el Tribunal entiende que Georgia tiene derecho a presentar una demanda de conformidad con el artículo 41 del Convenio (para. 27).

2. La necesidad de identificar de forma precisa y objetiva el grupo de víctimas

Una vez establecido el derecho de Georgia a solicitar una satisfacción equitativa, la aplicación del artículo 41 exige la identificación de las víctimas individualmente afectadas (para. 55). La falta de certeza en cuanto al número exacto de nacionales georgianos que fueron víctimas de las medidas de represión por las autoridades rusas y su identidad impidió que la Sala se pronunciase al respecto en su sentencia sobre el fondo. En el presente asunto el Tribunal apela al deber de cooperar de los Estados – demandante y demandado – para facilitar dicha información a la Sala en aplicación del artículo 38 del Convenio y la Regla 44A del Reglamento de Procedimiento. Ante las dificultades derivadas de la falta de cooperación por parte de Rusia para suministrar dicha información, el Tribunal considera que la carga de la prueba recae en el Estado demandado, de forma que deberá demostrar que las personas que figuran en la lista presentada por Georgia no fueron víctimas de las medidas administrativas adoptadas. En consecuencia, entiende el Tribunal que cuando concluya satisfactoriamente que una persona ha sido víctima de una o más violaciones del Convenio y Rusia no demuestre que la persona en cuestión no tenía la condición de víctima, esa persona será incluida en la lista definitiva con el propósito de determinar la suma total que se otorgará de forma equitativa (para. 69). Por tanto, a los efectos de determinar dicha suma el Tribunal estimó que al menos 1500 nacionales georgianos fueron víctimas de una política coordinada de arrestos, detenciones y expulsiones por parte de la Federación de Rusia (para. 71).

3. Criterios para la determinación de una satisfacción equitativa por daños inmateriales

El Convenio no contiene disposiciones relativas al pago de una satisfacción equitativa por

⁸ Véase el artículo 1 del *Proyecto de artículos sobre protección diplomática*, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 58 período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006) (A/61/10).

daños inmateriales, sino que el Tribunal ha ido desarrollando en su jurisprudencia unos criterios guiados por el principio de equidad, que sobre todo implica flexibilidad y una consideración objetiva de lo que es justo y razonable atendiendo a las circunstancias del caso (para. 73). En el presente asunto el Tribunal aprecia que las víctimas sufrieron traumas y experimentaron sentimientos de angustia, ansiedad y humillación durante ese período y decide otorgar una satisfacción por daños inmateriales, para lo que el Tribunal goza de discrecionalidad teniendo en cuenta lo que considera equitativo (paras. 74-75). Finalmente, considera razonable conceder a Georgia la suma de diez millones de euros que deberán ser distribuidos entre las víctimas mediante un mecanismo efectivo que será supervisado por el Comité de Ministros (paras. 76-79).

III. CONSIDERACIONES FINALES

La mayor parte de las demandas presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son demandas individuales en las que las víctimas denuncian la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio y sus Protocolos. Pero también se prevé la posibilidad, escasamente utilizada, de que un Estado parte demande a otro Estado parte por vulnerar los derechos humanos allí reconocidos. En esta sentencia que hemos comentado se arroja luz a algunas cuestiones relevantes en los supuestos de demandas interestatales. En primer lugar, se reitera que el artículo 41 resulta aplicable a dichos supuestos y se confirman los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar su aplicación. En segundo lugar, se sigue una metodología novedosa a la hora de identificar a las víctimas beneficiarias de la satisfacción equitativa, recayendo la carga de la prueba sobre el Estado demandado, quién deberá probar que un determinado individuo carece de la condición de víctima. En tercer lugar, se confirma la discrecionalidad del Tribunal para apreciar, en aplicación del principio de equidad, una satisfacción equitativa por daños inmateriales.

LA CONTRIBUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 46.4 A LA EFECTIVIDAD DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *ILGAR MAMMADOV c. AZERBAIYÁN*, 2019)

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ*

I. HECHOS

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaba, el 29 de mayo de 2019, su primera sentencia en virtud del procedimiento por incumplimiento establecido en el artículo 46.4 del Convenio Europeo para la protección y salvaguardia de los derechos humanos y libertades fundamentales (el Convenio), en la que declaraba unánimemente que Azerbaiyán había incumplido su obligación de acatar la conocida como “primera sentencia Mammadov”, de 22 de mayo de 2014¹.

En virtud de esta, se declaró que Azerbaiyán había violado el Convenio al mantener desde el 4 de febrero de 2013 en prisión provisional a Ilgar Mammadov, activista político de la oposición que hizo una denuncia de la versión oficial de los disturbios de Ismayilli de 23 de enero de 2013 (violación de los artículos 5.1 c), 5.4, 6.2 y el artículo 18 en relación con el artículo 5 del Convenio, con fijación de satisfacción equitativa) De acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), su arresto y puesta bajo custodia tuvo lugar en ausencia de toda sospecha razonable y la revisión judicial de las decisiones correspondientes fue inexistente al haberse limitado a su respaldo automático, todo con el propósito de silenciar o castigar al demandante por criticar al gobierno e intentar difundir informaciones que creía veraces y que este intentaba ocultar.

En el tramo final de la supervisión de su ejecución se ha tenido también en cuenta la “segunda sentencia Mammadov”, dictada el 16 de diciembre de 2017, a resultados del juicio y condena del demandante, donde, tras aplicar un alto nivel de escrutinio de los hechos dadas las conclusiones alcanzadas en la primera sentencia, el órgano judicial declaró la violación del artículo 6.1 del Convenio por la ausencia de una sentencia razonada y las decisiones habidas alrededor de la prueba solicitada por la defensa, también con fijación de satisfacción equitativa.

Calificado como necesitado del procedimiento intensificado (“enhanced”) de supervisión, al requerir medidas individuales urgentes y suponer un problema complejo, el Consejo de Ministros (y Ministras) (el Comité), en su primera reunión cuatrimestral de Derechos Humanos, tras la sentencia definitiva y la presentación del Plan de Acción Nacional de

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

¹ Véase Sentencia de la Gran Sala, [*Proceedings under article 46§4 in the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan*](#), App. no. 15172/13, de 29 de mayo de 2019 (Definitiva, el 13 de octubre de 2014).

Azerbaiyán el 26 de noviembre de 2014, solicitó a este: 1) la relación de medidas a adoptar para eliminar todas las consecuencias de la violación declarada durante el proceso penal que entonces se estaba desarrollando; y, 2) ante la gravedad de los hechos determinados por el Tribunal, la solicitud, como primera medida importante de carácter prioritario, de la puesta en libertad del acusado sin dilación, conforme a su derecho interno (para. 45).

Comienza, así un largo proceso de supervisión, con reiterados llamamientos del Comité al cumplimiento (tantos en sus reuniones cuatrimestrales de Derechos Humanos, como, a partir de junio de 2016, en sus reuniones regulares), con activación de otros mecanismos previstos en el Convenio² y diversas acciones de presión política. Las principales medidas adoptadas por Azerbaiyán se ubicaron en el campo de las medidas generales y las remisiones y tomas en consideración de la primera sentencia del Tribunal fueron parciales y desafiaron la propia autoridad del órgano judicial europeo, considerando infundadas sus conclusiones sobre la violación del artículo 5.1 c) y derivando en la confirmación de las decisiones nacionales emitidas tanto respecto de la prisión preventiva como del procesamiento y condena del demandante (paras. 46-73).

El Comité, por mayoría de tres cuartos, decidía el 25 de octubre de 2017 notificar formalmente su intención de iniciar este procedimiento, fijando un plazo para la presentación de observaciones del Estado Parte³ y, el 5 de diciembre de 2017, en la fecha anunciada en la notificación, adoptaba la resolución provisional para iniciarlo (para. 3 y Anexos). Recogía así por primera vez las peticiones institucionales sobre su activación, habidas ante el elevado nivel de incumplimiento de las sentencias del Tribunal⁴, superando así la estimación de este artículo 46.4 como simbólico o letra muerta⁵.

Tras la segunda sentencia Mammadov y ya activado el artículo 46.4 del Convenio, a nivel nacional, las evoluciones judiciales condujeron, el 14 de agosto de 2018, a la puesta en libertad condicionada del demandante, por circunstancias personales y comportamiento en la cárcel y, ulteriormente, a la reducción de su condena al tiempo efectivamente pasado en prisión.

Resulta interesante señalar que el discurso de inauguración del año judicial 2018 pronunciado por el presidente del Tribunal, provocó la objeción del gobierno azerbaiyano

² En diciembre de 2015, la Secretaría General del Consejo de Europa abrió indagaciones (artículo 52 del Convenio), sobre la aplicación del Convenio por el derecho azerbaiyano, con expresa petición de explicaciones sobre el cumplimiento de esta sentencia (para. 59).

³ En este su primer ejercicio, el plazo entre la notificación y la remisión se ha regido por la excepción, en lugar de por la regla general (seis meses), de acuerdo con la regla 11, apartado 2, del [Reglamento](#) del Comité sobre la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos del arreglo amistoso, consultado por última vez el 18 de noviembre de 2019.

⁴ *Vid.* la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2079 (2015), de 30 de septiembre, apartado 1.1 (disponible en <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=22005&lang=EN>) y el [discurso](#) pronunciado en igual fecha por el presidente del TEDH, Dean Spielmann, consultados por última vez el 7 de noviembre de 2019.

⁵ Véase KELLER, H., y C. MARTI, “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgements”, *European Journal of International Law*, vol. 26, n°4, 2015, pp. 829-850, p. 849.

alrededor de su falta de imparcialidad (regla 28.2 d) del Reglamento del Tribunal). Aunque se consideró infundado, el presidente se retiró, lo que provocó la recomposición de la Gran Sala. La alegación azerbaiyana de falta de imparcialidad de la totalidad de la Gran Sala, también se estimó infundada y fue rechazada.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Entre las cuestiones abordadas por el Tribunal han estado la reafirmación de los perfiles de su afirmación convencional, la puesta de relieve de su finalidad y la determinación de cuestiones procesales y sustantivas en su ejercicio, donde el objeto del recurso ha tenido significado protagonismo.

Así, el Tribunal ha insistido en el carácter excepcional de este recurso⁶, establecido desde la comprensión de que su sola previsión y amenaza de interposición serviría de incentivo al cumplimiento⁷ y cuyo desenlace queda limitado a la afirmación de la (no) violación de la obligación establecida en el artículo 46.1 del Convenio (paras. 158-159).

También, ha reiterado que, siendo la finalidad primera de esta vía el incremento de la eficiencia del proceso de ejecución, su finalidad es la garantía del principio de efectividad del propio sistema de supervisión y control establecido en el Convenio, que se basa en la obligatoriedad de sus sentencias (art. 46.1), en su ejecución rápida y plena, de buena fe y en forma compatible con sus “conclusiones y espíritu”, y en la obligación colectiva de los Estados Parte de preservar la autoridad del Tribunal si el Comité considera que un Estado ha incumplido, total o parcialmente, una de sus sentencias (paras. 144, 149 y 159).

En cuanto a las cuestiones procesales y sustantivas del procedimiento, declarada la viabilidad del desistimiento, aún ante su imprevisión convencional (paras. 143-146), el Tribunal, sobre su grado de vinculación por las conclusiones del Comité, aclara que tomará en consideración las indicaciones y conclusiones del Comité, la posición del Estado concernido y las aportaciones de la víctima de la violación declarada, así como la identificación de las obligaciones legales derivadas de su sentencia y sus conclusiones y espíritu (paras. 166-168). Alrededor del marco temporal relevante para la valoración del alegado incumplimiento de la sentencia, el TEDH ha fijado el momento de remisión del caso a su foro como punto inicial de su examen (paras. 170-171).

En lo relativo a la determinación de su objeto para el caso concreto, el Tribunal concluyó que, a pesar de que su formulación genérica, claramente inspirada en la redacción del artículo 46.4 del Convenio, este quedaba limitado a las medidas individuales relacionadas con la violación del artículo 18 en relación con el artículo 5 (paras. 173-180). Aunque, sobre la cuestión, el Tribunal ha ido más allá, pues la distribución de funciones en el sistema europeo de derechos humanos, tanto en la letra del Convenio como en la práctica

⁶ *Vid. Explanatory Report to Protocol No. 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention Council of Europe Treaties Series No. 194, de 13 de mayo de 2004, para. 99.*

⁷ *Ibíd.*, parágrafo 100.

de las instituciones concernidas, ha estado presente en gran parte del razonamiento de la sentencia comentada.

Consciente de la incidencia que ha tenido en este supuesto la problemática derivada de la evolución experimentada en el ejercicio de sus funciones, el Tribunal ha confirmado el equilibrio entre sus competencias y las del Comité, así como el papel que corresponde a los Estados en el proceso de ejecución de sus sentencias, intentando clarificar y pertrechar sus contornos. Así, ha reiterado el carácter esencialmente declarativo de sus sentencias, correspondiendo a los Estados (principio de subsidiariedad) la determinación de buena fe de los medios para alienar su acción a las conclusiones y espíritu de lo concluido por el Tribunal, y al Comité, la supervisión de su adopción y puesta en marcha (para. 149), dejando a salvo la competencia del Comité para indicar medidas específicas y conminar a su adopción (para. 183). Igualmente, ha insistido en la base de su competencia para indicar ocasionalmente en sus *dicta* de medidas concretas, individuales o generales, apuntando que su finalidad es fomentar su efectividad y la del sistema de ejecución y, en ningún caso, limitar la flexibilidad necesitada por la función supervisora del Comité y la adopción de medidas viables, oportunas, adecuadas y suficientes (paras. 153, 182 y 184).

El Tribunal ha señalado que el objeto en este caso era examinar la compatibilidad de las medidas adoptadas por Azerbaiyán con las conclusiones y espíritu de su sentencia, no si en el incumplimiento ha sido decisiva su decisión de no indicar medidas concretas en este caso (paras. 176 y 186), opción que justifica desde la complejidad de su doble pronunciamiento en el mismo (para. 185). Ello porque, tanto de la posición estatal mantenida, como de los pronunciamientos de parte de la composición de la Gran Sala⁸, se deduce que la cuestión nuclear del caso ha sido la posible actuación *ultra vires* del Comité por su determinación de la medida individual (puesta en libertad del Sr. Mammadov, evolutiva en sus adjetivos) y el inicio de este procedimiento ante su reiterada falta de ejecución.

Partiendo del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hecho internacionalmente ilícito, el Tribunal se ha centrado en la obligación de reparación y, principalmente, en la modalidad de la *restitutio in integrum*. Dada la mala fe de las autoridades nacionales al perseguir la privación de libertad del demandante propósitos diferentes a su puesta a disposición judicial por sospecha razonable de comisión de un delito, el Tribunal ha afirmado que la violación declarada del artículo 18 en relación con el artículo 5 viciaba toda acción derivada de dichos cargos (paras. 189 y 208), sin que ninguna de las decisiones en el proceso penal posterior derivase en la eliminación de las consecuencias de dichos cargos, incluida su puesta en libertad, tal y como la *restitutio in integrum* habría requerido, ni existiese ningún impedimento legal en el ordenamiento azerbaiyano que hubiera limitado total o parcialmente esta (paras. 190-194, 205, 209-212, 214-215 y 217). Por lo que, y ante el carácter posterior al inicio de este procedimiento de las sentencias que derivaron en la puesta en libertad del demandante, respaldó la actuación del Comité y declaró la

⁸ Opiniones concurrentes (parcialmente disidentes) conjunta de los jueces y juezas G. Yudkivska, P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtyczek, Dmitry Dedov, I.A. Motoc, A. Poláčeková, y L. Hüseyinov; del juez K. Wojtyczek; y, de la jueza I.A. Motoc.

violación del art. 46.1 del Convenio.

III.- CONSIDERACIONES FINALES

En este caso, este procedimiento no ha servido para promover el pleno cumplimiento de la sentencia. Aun habiéndose liberado al demandante, no se han anulado las actuaciones judiciales en su contra, ni se le ha indemnizado plenamente por su privación de libertad, ni se han levantado las restricciones a sus derechos políticos. El Comité continúa su labor de supervisión de ejecución, aunque solo en sus reuniones de Derechos Humanos y, aunque sigue disponible la exploración del artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa (suspensión de sus derechos de participación, invitación a la retirada de la organización o expulsión de esta), cabe coincidir en que sería contraproducente en este caso⁹. A su vez, la clarificación y fundamentación de las respectivas competencias en el sistema de ejecución no han resultado especialmente exitosas, y el respaldo a la acción del Comité ha supuesto la puesta en duda de la legitimidad de ambos órganos desde dentro del propio órgano judicial, lo que puede fomentar las actitudes díscolas de otros Estados Parte en el Convenio. Se impone, pues, una reflexión cuyo análisis excede el fin de este comentario.

⁹ *Vid. Explanatory Report..., ibidem*, para. 100.

LOS LÍMITES A LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LA SOLICITUD DE ASILO EN FUNCIÓN DE UNA DECISIÓN FIRME DE EXTRADICIÓN (COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO, DE 29 DE ENERO DE 2019, NÚM. 78/2019, Y DE 30 DE ENERO DE 2019, NÚM. 93/2019)

JAVIER LASO PÉREZ*

I. HECHOS

Las decisiones del Tribunal Supremo (TS) objeto del presente comentario, a través de las cuales ha sentado doctrina, clarifican las relaciones entre los procedimientos de asilo y extradición; en concreto, en el supuesto de un solicitante de protección internacional haya sido objeto de un procedimiento de extradición proveniente del mismo Estado frente al que eventualmente sufre el riesgo de persecución.

Según lo dispuesto en estos pronunciamientos, cuando se haya acordado la entrega de una persona, a través de una decisión que haya adquirido firmeza jurídica, no sería posible que, en el marco de la revisión jurisdiccional de la solicitud de protección internacional, se pueda acceder al derecho de asilo por los mismos hechos tomados en consideración durante el procedimiento de extradición.

El TS destaca la necesidad de proteger la seguridad jurídica, evitando que tribunales distintos puedan adoptar decisiones contradictorias sobre los mismos hechos. Sólo podrían valorarse hechos nuevos, que no hubieran sido tenidos en cuenta en el momento de examinar la extradición, para poder llegar a una decisión distinta.

En esta decisión se pone de relieve la interrelación entre procedimientos de extradición y asilo, así como el acercamiento entre los criterios vinculados con el respeto de los derechos humanos que se aplican en ambas materias

¹. En última instancia, resulta difícil alcanzar un adecuado equilibrio entre las distintas finalidades que subyacen en la regulación de estas materias: la necesidad de facilitar una cooperación rápida y efectiva en el ámbito penal, necesaria para luchar contra la impunidad, al tiempo que se respetan las exigencias derivadas de la protección internacional.

El TS resuelve en estos asuntos dos recursos de casación, interpuestos por la Abogacía del Estado, contra Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso, Sección 2ª de la

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

¹ CHETAİL, V., se refiere tanto a los puntos de convergencia como a las relaciones densa y complejas entre ambos, “Les relations entre le droit de l’extradition et le droit des réfugiés: étude de l’article 1 F(B) de la convention de Genève du 28 juillet 1951”, en CHETAİL, V., y LALY-CHEVALIER, C., (Eds.), *Asile et extradition. Théorie et pratique de l’exclusion du statut de réfugié*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 65-91.

Audiencia Nacional (AN), en las que se había aceptado un recurso de apelación contra las decisiones denegatorias de protección internacional adoptadas en el ámbito administrativo², otorgando el estatuto de refugiado al recurrente. Las decisiones de la AN son idénticas, aunque resueltas de forma separada al responder a dos peticiones consecutivas de asilo.

El solicitante había sido condenado en su país de origen por un delito de fraude, en el marco de un conflicto privado, vinculado con el abuso de confianza en el ámbito de un contrato civil; y realizó con posterioridad a la sentencia penal manifestaciones críticas en distintos medios de comunicación respecto de la corrupción en su país, especialmente dentro de los miembros de sistema jurisdiccional.

La AN consideró que las críticas le situaban en una situación de riesgo real de sufrir persecución por motivos políticos, en el sentido de que le podían suponer medidas de la restricción de la libertad tanto física como volitiva. La existencia de un procedimiento paralelo de extradición, en el que ya se habían debatido estas situaciones, no se consideró un impedimento para alcanzar este pronunciamiento. Se trataría de un procedimiento autónomo, con un objeto y naturaleza distinta, que no impediría la sustanciación de un recurso relativo a la solicitud de asilo³.

La Abogacía del Estado interpuso recurso de casación contra estas decisiones, dirigidos a aclarar la relación entre los procedimientos de extradición y asilo⁴. Los autos en los que se aceptan los recursos de casación⁵, aceptaron la existencia de un interés casacional objetivo, en particular, debido a la existencia de pronunciamientos diversos⁶.

² Sentencias de la AN (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª), de 18 de julio de 2017, núm. 345/2016, y de 20 de julio de 2017, núm. 175/2017.

³ La opinión disidente discrepaba del razonamiento mayoritario, en la medida que la eventual persecución se habría producido como consecuencia de actos iniciados después conocer la sentencia condenatoria. En su opinión, esta secuenciación habría debido conducir a una decisión diversa a la adoptada, pues el momento en el que realizó las actividades vendría a sembrar dudas sobre la intención con la cual se habrían llevado a cabo estas manifestaciones públicas (Sentencias de la AN (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª), de 18 de julio de 2017, núm. 345/2016; y de 20 de julio de 2017, núm. 175/2017).

⁴ Según el recurso planteado por la Abogacía del Estado la disposición aplicable sería el Art. 1 F de la Convención de Ginebra: “de haberse aplicado, no se habría otorgado el asilo al estar pendiente de ejecución la extradición concedida por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”.

⁵ Autos del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 6 de abril de 2018, núm. 4835/2017, y de 11 julio 2018, núm. 4848/2017.

⁶ Los elementos de abuso de derecho o fraude no aparecían de forma evidente en los asuntos objeto del presente comentario. La limitación derivada del ejercicio abusivo de un derecho, realizado con una finalidad ilegítima, se ha hecho explícita en el ámbito de decisiones relativas a la expulsión, en las que aplica en la solución del recurso de casación elementos derivados de la prohibición del abuso del derecho. En el supuesto de una solicitud de expulsión realizada en el CIE de Madrid, cinco meses después de la entrada en España, en un momento en el que se planteaba de forma inmediata su expulsión el Tribunal desestima el recurso, que califica como un abuso de derecho, al suponer el grosero uso fraudulento de la ley de asilo para evitar expulsiones (Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso- Administrativo Sección 5ª), de 29 de octubre de 2019, núm. 1059/2018).

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1. La necesidad de coherencia entre las decisiones adoptadas en el procedimiento de extradición y asilo

El TS concede gran relevancia en su argumentación, por encima de los motivos de exclusión, a los elementos en comunes, o puntos de contacto, entre los procedimientos de asilo y de extradición: ambos estarían vinculados por la obligación común de respetar los derechos fundamentales.

El elemento fundamental en el que descansa la argumentación del TS tiene una base fáctica: los motivos que se invocan por parte de la AN para conceder el estatuto de refugiado ya habrían sido tomados en consideración (y desestimados) por una decisión firme relativa al procedimiento de extradición, en una decisión que habría adquirido firmeza, donde también se habrían tomado en consideración el respeto de los derechos fundamentales.

El Tribunal destaca la incongruencia que podría darse si en el marco de un procedimiento de asilo un tribunal decidiera, con respecto a un procedimiento de extradición, sobre los mismos hechos de forma opuesta (o distinta) sobre la existencia de este riesgo de persecución. Así, debido a que el procedimiento de extradición había terminado con la adopción de un acto firme, según señala el TS, volver a examinar en el marco del procedimiento de asilo los mismos hechos que se habrían tenido en cuenta en el procedimiento previo podría conllevar el riesgo de decisiones contradictorias.

De esta forma, la decisión adoptada en un procedimiento de asilo sólo podría ser diversa a la que se hubiera adoptado previamente en un procedimiento de extradición, siempre que se cumpla una condición: si se toman en consideración hechos nuevos, no examinados previamente. A esta precisión, quizá hubiera que añadir que también se debería permitir una nueva decisión si las circunstancias del país de origen hubieran cambiado sustancialmente.

En última instancia, con esta argumentación, se habría trasladado la garantía jurisdiccional en el ámbito del procedimiento de protección internacional al control jurisdiccional previsto en el procedimiento de extradición⁷.

2. Las garantías de respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del procedimiento de extradición

La aplicación de los criterios expuestos descansa, de forma implícita, en la garantía de los derechos fundamentales en el marco de los procedimientos de extradición. El examen del Auto de la AN que autorizó la entrega pone de relieve las dificultades de esta

⁷ El Tribunal pone de relieve las dificultades para poder suspender la entrega de una persona, sobre todo, por cuanto exigen una difícil prueba individualizada, aún en supuestos tan extremos como los que se encuentran en algunos procedimientos de extradición (Auto de la AN, Sala de lo Penal, de 12 de diciembre de 2018, núm. 276/2018, FJ 3).

protección.

En la opinión disidente de este Auto de extradición, elaborada por el magistrado que fue ponente en un primer momento, se rechazó de forma contundente la solicitud de entrega, debido a los problemas derivados de la situación de los derechos fundamentales (sería un Estado que no habría ratificado Convenios básicos en materia de derechos fundamentales, y en los que su efectividad estaría cuestionada por reiterados informes elaborados por ONG u Organizaciones Internacionales)⁸.

El Auto de extradición, finalmente, con una fórmula cuestionable acordó rechazar estas argumentaciones aludiendo a la “honorabilidad” del Estado, al tiempo que se negó a examinar documentos que se aportaron sin formalizar.

De forma general, en el procedimiento de extradición debe descartarse, en el ámbito que ahora interesa, que la solicitud de extradición no sea más que un instrumento para la persecución del refugiado, de forma que responda en realidad a una instrumentalización de la justicia.

Por otra parte, aun cuando el procedimiento iniciado responda a elementos que no planteen este riesgo, no podría autorizarse cuando la entrega ponga en peligro los derechos fundamentales (por ej., riesgo individualizado de sufrir tortura o tratos inhumanos o degradantes en las condiciones de detención).

La jurisprudencia del TEDH ha enfatizado la obligación de realizar un examen detallado de las condiciones vinculadas con el respeto de los derechos fundamentales, sin conformarse con un análisis ritualista o genérico⁹.

El elemento relativo a una eventual persecución o las limitaciones derivadas de los derechos fundamentales, no deben diluirse en el examen de los problemas jurídicos complejos propios de esta institución. En este marco, afectado con frecuencia de importantes connotaciones políticas, existe el riesgo de que las alegaciones se valoren de forma rutinaria, y puedan aparecer como un elemento secundario y accesorio a problemas específicos de la extradición.

3. La falta de análisis sobre el Art. 1. B de la Convención de Ginebra

En la argumentación del TS no se encuentra un examen jurídico de los requisitos o criterios (respecto de la naturaleza del delito, circunstancias que pueden referirse a estos delitos, posibilidad de ponderación entre la gravedad del delito y el riesgo en el país de origen...)¹⁰.

⁸ Auto de la AN, Sala de lo Penal, de 12 de julio de 2016, núm. 48/2016. En el voto particular, emitido por D. R. Sáez Valcárcel, se exponen con detalle argumentos contrarios a la extradición.

⁹ TEDH, caso *S.S. and B.Z. v Russia*, App. núm. 35332/17 y 79223/17, de 11 de junio de 2019.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, las indicaciones que se habrían propuesto como guías para la aplicación jurisprudencial por parte de la EASO (*European Asylum Support Service, Exclusión*): Artículos 12 y 17 de la Directiva de reconocimiento (2011/95/UE) Análisis judicial, enero 2016, en concreto, sobre la exclusión

Esta cláusula se aplica a varios supuestos que pueden agruparse en dos grandes categorías: por una parte, aquellos solicitantes que han realizado actividades de extrema gravedad, que los convierten en indignos de esta protección (crímenes internacionales...). Por otra parte, como se ha visto, se encuentran excluidos a quien se les acuse de graves crímenes de derecho común, de forma que la institución del asilo no se convirtiera en un escudo que eximiera a los solicitantes de sus responsabilidades penales.

La decisión del TS parece dar por presupuesto que la gravedad del delito implícita en un procedimiento de extradición sería suficiente para excluir de la condición de beneficiario de protección internacional a su autor.

Con todo, a pesar de las frecuentes coincidencias, se trataría de conceptos autónomos. Las directrices elaboradas por el ACNUR, ponen de relieve que las cláusulas de exclusión previstas en la Convención de Ginebra deben interpretarse de forma restrictiva, como corresponde a las limitaciones de los derechos fundamentales; entiende, además, que se trata de una enumeración exhaustiva¹¹.

La gravedad del delito ha sido objeto en la jurisprudencia del TJUE de una interpretación propia, en la que se destaca que deben tenerse en cuenta el conjunto de elementos que rodean a la actuación del solicitante de protección¹². Además, según ha puesto de relieve el TJUE, con respecto de los solicitantes excluidos, siguen aplicándose las obligaciones derivadas en el ámbito de los derechos fundamentales; no sólo se beneficiarían del principio de no devolución sino de ciertos derechos, aunque no se aplique el conjunto de los derechos asociados al estatuto protector que otorga la condición de refugiado¹³.

IV. CONCLUSIONES

Las decisiones adoptadas en los asuntos objeto del presente comentario muestran la dificultad de resolver las posibles incoherencias en la aplicación de los procedimientos de protección internacional y de extradición.

La aplicación de los criterios, al privilegiar la decisión adoptada en el marco del procedimiento de extradición, podría en cierta medida debilitar el alcance del recurso jurisdiccional en el procedimiento de protección internacional.

El acercamiento normativo entre estas instituciones es incuestionable, pero puede dudarse

en el marco de los delitos graves, p. 51 y ss.

¹¹ UNHCR, *Guidance note on extradition and international refugee protection*, Ginebra, abril 2008, disponible en <https://www.refworld.org/pdfid/481ec7d92.pdf>.

¹² TJUE, 13 de septiembre de 2018, *Shajin Ahmed* (C-369/17).

¹³ TJUE, 14 de mayo de 2019, *M. Ministerstvo vnitra*, (C-391/16) y *X* (C-77/17), *X* (C-78/17) *c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*. Sobre la situación problemática a la que se enfrentan en el ámbito de sus necesidades básicas y la gran diversidad de situaciones que están dentro de estas materias, véase REIJVER, J., y WIJK, J. V., "Caught in limbo: how alleged perpetrators of international crimes who applied for asylum in the Netherlands are affected by a fundamental system error in international law", *International Journal of Refugee Law*, vol. 26, 2014, pp. 248-271.

que la solución sea compatible con a las exigencias de carácter procedimental impuestas por la necesidad de un recurso jurisdiccional pleno.

En última instancia, con objeto de evitar posibles consecuencias negativas, sería necesario regular, desde una perspectiva legislativa, la interacción entre ambos procedimientos. Es decir, se podrían desarrollar de forma paralela, aunque garantizando la confidencialidad de los datos, y podría reforzarse el acceso a informaciones básicas en los expedientes y un intercambio activo de información.

SOBRE LA OBLIGACIÓN DE INICIAR, DE OFICIO, UN EXPEDIENTE DE DETERMINACIÓN DE LA APATRIDIA RECOMENDADO POR EL ACNUR: SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO DE LA AUDIENCIA NACIONAL AL RECURSO 1022/2017, DE 18 DE MARZO DE 2019

ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA*

I. HECHOS

La sentencia dictada por Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 18 de marzo de 2019¹ resuelve el recurso presentado contra las resoluciones dictadas por el Ministerio del interior contra el actor donde se le denegaba la solicitud de asilo y la protección subsidiaria al solicitante.

La Audiencia Nacional confirma parcialmente la posición sostenida en instancia administrativa, pero declara no ajustada a Derecho la actuación de la autoridad española al no declarar, de oficio, el inicio del procedimiento para la determinación de la apatridia propuesto desde la Oficina Española del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

En octubre de 2017, a su llegada al Aeropuerto de Barajas procedente de La Habana - donde residía en condición de estudiante-, el recurrente -procedente del no reconocido Sáhara- solicitó protección internacional alegando su temor al ser encarcelado a su regreso a Tinduf.

El actor basaba dicho temor en la existencia de unas investigaciones policiales desarrolladas a propósito de un robo perpetrado en un almacén donde el Estado guardaba alimentos. El actor sostiene que la policía le considera responsable del mismo pues la policía había encontrado un abrigo con su documentación en el lugar del robo. Sin embargo, afirmaba que dicha acusación era falsa pues fue perpetrado por un amigo suyo que, en ese momento, tenía la documentación del recurrente en uno de sus bolsillos y que huyó a Mauritania; mientras, él, se encontraba en Argelia. Dado que su amigo no le informó de estar en posesión de su documentación en el momento de cometer el delito y que disponía de un billete de avión de regreso a La Habana, se traslada a Cuba sin acudir a las autoridades para señalar el error. A su llegada es informado, por el amigo, de su condición de sospechoso de la comisión del robo.

Finalizado su periodo de estancia en Cuba decide venir a España a fin de solicitar asilo político. El recurrente “teme enfrentarse a un juicio injusto pues no dispone de un apellido fuerte que le permita acceder a un juicio con garantías en el campamento de El Aiun”.

* 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 AN (Sala Contencioso), de 18 de marzo de 2019, núm. 1022/2017, disponible [aquí](#) (todos los enlaces en este comentario fueron consultados por última vez el 20 de noviembre de 2019).

El relato parece sostenerse en la precaria situación que padecen los saharauis en los campamentos del Sahara argelino de Tinduf agravada por las tensiones que, sobre aquellos mas disidentes con la posición oficial, ejercen las autoridades del Frente Polisario que, contando con el apoyo de Argelia, constituye el principal opositor a las pretensiones marroquíes según relatan algunas Organizaciones no gubernamentales.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO

1. En relación con la denegación de la solicitud de protección internacional o subsidiaria.

La Audiencia Nacional motiva la falta de adecuación del caso a los requisitos legalmente establecidos para el reconocimiento de asilo reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo: su consideración como una decisión no arbitraria ni graciable; la necesidad verificar la existencia de una situación de persecución respecto del solicitante, por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social; que le infunda temor, de suerte que no pueda o, a causa de dicho temor, no quiera, acogerse a la protección del país de su nacionalidad, o, si es apátrida, de su residencia; la gravedad de los actos de la persecución y; finalmente, la exigibilidad de, al menos, indicios de los que racionalmente pueda deducirse que la persecución existe.

La pretensión de sostener el derecho de asilo sobre el temor a ser perseguido por el robo en un almacén de alimentos y a no disponer de un juicio justo se manifiesta insuficiente a los efectos previstos en el artículo 3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria².

La Audiencia Nacional se apoya en los informes de Human Rights Watch para negar la falta de indicios de persecución grave en los campamentos de Tinduf pues a juicio de la ONG “el Frente Polisario margina a quienes cuestionan directamente su liderazgo o su orientación política general, aunque no los encarcela”. Permite que los residentes abandonen los campamentos a través de Mauritania “si bien, el temor y la presión social hacen que los que planean reasentarse en el Sahara Occidental no se atrevan a contarlo antes de irse”. Sostiene la Organización – y en ello se apoya la Audiencia Nacional- que en los campamentos no se producen “detenciones por motivos políticos en los campamentos de refugiados. Los saharauis pueden criticar a los líderes del Frente Polisario por cuestiones relacionadas con la gestión de los asuntos cotidianos o la lucha nacional”. Si bien, “en los campamentos no hay disidentes, manifestaciones, medios de comunicación u organizaciones con cierta relevancia que cuestionen abiertamente la legitimidad del Frente; (...) la situación se vuelve complicada para los que se oponen al Frente Polisario en cuestiones fundamentales”.³

² Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, 31/10/2009, disponible [aquí](#).

³ HRW. Informe: “Los derechos humanos en el Sahara Occidental y los campos de refugiados de Tinduf”, 2008, disponible [aquí](#).

De todo ello, deriva el Tribunal que no existe pues una persecución que afecta a los derechos fundamentales en los campamentos de Tinduf, aunque existe discriminación respecto a personas que se oponen a las políticas seguidas por el Frente Polisario, pero la misma, no reviste la suficiente gravedad para integrar el concepto de "persecución" que necesariamente, ha de poner en riesgo alguno o algunos de los derechos fundamentales.

Mas allá del carácter inequívoco de lo manifestado en el informe de la ONG, resulta llamativo el carácter pacífico con el que el Tribunal acepta su contenido pese a indicar expresamente que "la única organización no gubernamental de derechos humanos que opera en los campamentos (...), no hace un seguimiento de las violaciones dentro de los campamentos, sino que se concentra más bien en defender a las víctimas saharauis de abusos cometidos por Marruecos".⁴

Desvirtuada la posibilidad del asilo, la Audiencia Nacional confirma igualmente la denegación de la concesión de protección subsidiaria al no poder verificarse el riesgo objetivo de sufrir daños graves en su persona. La pena prevista para el delito de robo -en el caso de que llegase a juzgarse- no prevé la pena de muerte; tampoco se verifica en los informes la práctica de torturas o tratos inhumanos o degradantes para casos como el suyo, ni una amenaza grave de violencia indiscriminada contra su persona.

2. En relación con el deber de iniciar, de oficio, un expediente de apatridia.

Estima la Audiencia Nacional que tampoco se dan en el recurrente la condición de vulnerabilidad necesaria para concederle, según la Ley 12/2009⁵, la autorización de permanencia en España por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, en atención a que había realizado estudios en Cuba y tenía experiencia de campo.

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, a la que España se adhirió el 24 de abril de 1997⁶ exigió el establecimiento de un procedimiento para la determinación del Estatuto de apátrida. Dicho procedimiento se encuentra contenido en el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de reconocimiento del Estatuto de apátrida.⁷ La Oficina en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados emitió sendos informes desfavorables a la concesión de la protección internacional pero señaló la pertinencia de aplicar el artículo 2.2 del mencionado Real Decreto dados los indicios que se desprendían del formulario de solicitud.

⁴ HRW. Informe: "Off the Radar", 2014, disponible [aquí](#).

⁵ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE, núm. 263, 31/10/2009. Texto accesible [aquí](#).

⁶ Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 28 septiembre 1954, United Nations, Treaty Series, vol. 360, p. 117, que entró en vigor el 6 de junio 1960 (disponible [aquí](#)), e Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954. BOE, núm. 159, 4/7/1997, disponible [aquí](#).

⁷ Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida. BOE núm. 174, de 21 de julio de 2001, disponible [aquí](#).

Pese al importante papel que la Ley reconoce a la Oficina del ACNUR, el Ministerio del Interior no atendió la recomendación. El caso resulta extraño pues la mayoría de los expedientes para la determinación del Estatuto de apátrida corresponden a personas – del no reconocido Sáhara y que no disponen de otra nacionalidad- que deciden venir a España porque no pueden acceder a la nacionalidad de Argelia, y rechazan convertirse en marroquíes.

La Audiencia confirma que la resolución emitida por el Ministerio obvió el deber del Estado de iniciar de oficio un procedimiento de apátrida cuando la Oficina de Asilo y Refugio disponía de informaciones -remitidas por la Oficina del ACNUR- que indicaban la posible concurrencia de las circunstancias determinantes del estatuto de apátrida.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La sentencia merece una valoración global favorable pues el tribunal determina la falta de concurrencia de las condiciones previstas en los artículos 3 y 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Resulta, además, congruente con pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo y del TJUE matizando la Directiva 2011/95/UE de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

La denegación de protección internacional reincide en evidenciar el valor creciente que la jurisprudencia española viene otorgando, de unos años a ahora, a los informes de ONG; la estimación parcial emitida por la Audiencia Nacional enfatiza que, en los casos de apátrida, la obligación de aseverar dicho Estatuto recae sobre el Estado y, de paso, acentúa la relevancia de la Oficina del ACNUR en el procedimiento contenido en RD 865/2001.