

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Por C. Quesada Alcalá, M.E. Salamanca Aguado,
F. Pascual Vives y L. Aragonés Molina,
E. Jiménez Pineda y C. Delpiano Lira

Coordinada por Eva María Rubio Fernández*

SUMARIO:

EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA Y LA DECONSTRUCCIÓN DEL GENOCIDIO: LA SENTENCIA MLADIC DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

POR C. QUESADA ALCALÁ..... pp. 2-10

“LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE” Y “LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS”. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TEDH, *ASUNTO N.D. Y N.T. C. ESPAÑA*, DE 3 DE OCTUBRE DE 2017

POR M.E. SALAMANCA AGUADO pp. 11-18

¿A LA TERCERA VA LA VENCIDA? (*EISER INFRASTRUCTURE Y ENERGÍA SOLAR C. ESPAÑA*, CASO CIADI N° ARB/13/36)

POR F. PASCUAL VIVES Y L. ARAGONÉS MOLINA pp. 19-28

DELIMITACIÓN MARÍTIMA ENTRE GHANA Y COSTA DE MARFIL (SENTENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2017, CASO NÚMERO 23)

POR E. JIMÉNEZ PINEDA pp. 29-37

LA RELACIÓN ENTRE MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS EN LA OPINIÓN CONSULTIVA N° 23 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

POR C. DELPIANO LIRA..... pp. 38-41

* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia.

EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EXYUGOSLAVIA Y LA DECONSTRUCCIÓN DEL GENOCIDIO: LA SENTENCIA MLADIC DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2017

Carmen Quesada Alcalá*

I.-HECHOS: LA DETENCIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO DE MLADIC

Tras 16 años prófugo, el 26 de mayo de 2011, el Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) celebraba la detención de Ratko Mladic¹, ex Comandante en Jefe del Estado Mayor del Ejército de la República Serbia de Bosnia-Herzegovina/República Srpska². Con posterioridad, en una sentencia del TPIY de 22 de noviembre de 2017, la Sala de Enjuiciamiento condenó a Ratko Mladic a la reclusión a perpetuidad, por haber cometido genocidio, crímenes contra la humanidad y violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. Dichos crímenes fueron cometidos por las fuerzas serbias durante el conflicto armado en Bosnia-Herzegovina desde 1992 hasta 1995³.

El veredicto de Mladic se basó en 592 testimonios y 10.000 piezas de acusación, incluidos los discursos de Mladic dirigidos al Parlamento de los serbios de Bosnia, conversaciones telefónicas, videos, las actas del Consejo Supremo de Defensa en Belgrado y los registros militares del ejército yugoslavo. Belgrado se resistió a abrir sus archivos durante mucho tiempo, pero finalmente acordó liberar parte de ellos si se mantenían en secreto, aunque algunos han sido destruidos, incluidos los relacionados con la masacre de Srebrenica. Así, se revelaba que el 90% de las municiones utilizadas por las tropas de Mladic durante toda la guerra fueron suministradas por Serbia. Igualmente, proporcionó armas, suministros y oficiales, pagados por Belgrado. Según los jueces, Mladic estaba en "contacto directo" con Slobodan Milosevic, presidente de lo que quedaba de Yugoslavia, con su Jefe de Inteligencia Jovica Stanisic, el Jefe del Ejército Momcilo Perisic y otros. Milosevic murió

*Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

¹ The Hague, 26 May 2011, OTP/1411e

² Se ponía, así, de manifiesto que había sido decisiva la cooperación de las autoridades serbias en la aprehensión de Mladic, con lo que quedaba abierta la puerta de la Unión Europea a la entrada de Serbia. Ver: KRASTEVA, I., "The Balkans and the EU after Mladic", *Survival*, N° 53 (4), 2011, pp. 13-18, en particular p.15, DOI: 10.1080/00396338.2011.603559, disponible en <https://doi.org/10.1080/00396338.2011.603559>

³ A semejanza de Karadzic, Mladic fue condenado por genocidio, persecución, exterminio, asesinato y desplazamiento forzoso en el área de Srebrenica en 1995; también por persecución, exterminio, asesinato, deportación y desplazamiento forzoso de los bosnios musulmanes y bosnios croatas durante la campaña para eliminar a personas del territorio bajo el control de la República Srpska; la campaña de terror, bombardeo y de francotiradores contra civiles en Sarajevo llevada a cabo por las fuerzas serbio bosnias bajo su mando y control, que ocasionó heridos y asesinados, incluidos mujeres y niños; y la toma de rehenes de observadores militares de la ONU y personal de las fuerzas de Paz durante los meses de mayo y junio de 1995. Fue, en cambio, absuelto del cargo de genocidio en varios municipios de Bosnia-Herzegovina en 1992, tal y como le ocurrió a Karadzic (*Prosecutor v. Rastko Mladic (Judgment) ICTY-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. I, II, III y IV*).

en su celda de la prisión en 2006, antes de que se completara su juicio. Los otros dos fueron absueltos en 2013 en sentencias que siguen siendo controvertidas. El caso Mladic era, pues, un asunto pendiente.

De este modo, ya al final del mandato del TPIY y con el pronunciamiento acerca de Mladic, se ponía de manifiesto que cuestiones cruciales sobre el alcance de la Convención para la Represión y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 aún estaban sin solventar, a pesar de los avances de la jurisprudencia del mencionado Tribunal⁴. Sin embargo, no podemos olvidar que algunos de los puntos más importantes en relación con el genocidio deberán ser solucionados por el Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales (MRICT), que ha de conocer de los recursos de apelación de Karadzic y también de Mladic.

A continuación, examinaremos la forma de participación de Mladic en los crímenes cometidos, así como los puntos más conflictivos relativos a la determinación del crimen de genocidio. Realizaremos dicho análisis sin olvidar el valor simbólico del caso Mladic como uno de los últimos y más importantes de la vida del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Con la condena de Mladic, este tribunal que ha juzgado a 161 personas por los crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia entre 1991 y 2001, ponía el broche de oro a esta ardua y, en ocasiones, incomprensible tarea.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1. La empresa criminal común en la etapa final de las actuaciones del TPIY

La Sala de Enjuiciamiento confirmó, pues, la acusación contra el General Ratko Mladic, que le imputaba como coautor⁵, debido a su intervención entre el 12 de mayo de 1992 y el 30 de noviembre de 1995 en varias empresas criminales comunes inter-relacionadas que tenían como objetivo la expulsión permanente de los bosnio-musulmanes y los bosnio-croatas del territorio reclamado por los serbo-bosnios en Bosnia y Herzegovina.

Entendemos por Empresa Criminal Común (ECC) o doctrina del propósito común, de acuerdo con la propia jurisprudencia del propio Tribunal Penal⁶ a aquella que pone el énfasis en la función central que desempeñan los dirigentes en el diseño y desarrollo de campañas de violencia sistemática y/o a gran escala, que son constitutivas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En el caso Mladic, a juicio del TPIY,

⁴ JARVIS, M. & TIEGER, A., “Applying the Genocide Convention at the ICTY. The Influence of Paradigms Past”, *Journal of International Criminal Justice*, nº 14 (2016), pp.857-877, en particular p. 860.

⁵ Mladic poseía el control efectivo sobre las fuerzas que participaron en los crímenes que se alegan, y se estima que él planeó, instigó y ordenó cada uno de dichos crímenes (art.7.1 Estatuto TPIY). E, igualmente, se considera que era responsable porque sabía o tenía razones para saber que sus subordinados iban a cometer esos actos y no tomó medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto fuera cometido o para castigar a los autores (art.7.3 Estatuto TPIY) (Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991 (S/ Res. 827 (1993), de 25 de mayo)).

⁶ *Prosecutor v. Milutinovic* (Decision on Draglojub Ojdanic’s Motion Challenging jurisdiction-Joint Criminal Enterprise) ICTY-99-37-AR72, 21 May 2003, párr.36.

dichas empresas criminales comunes eran cuatro: la empresa común global, Sarajevo, Sebrenica y la toma de rehenes.

Comenzando por la primera de las empresas criminales, constatamos cómo en la acusación figuraba Mladic junto con Radovan Karadzic, como miembros claves de una empresa criminal global⁷ destinada a eliminar a los bosnios musulmanes y bosnio croatas del territorio de Bosnia-Herzegovina, que era reclamado por los serbo-bosnios. Para conseguir la erradicación de la población elegida, la Sala de Enjuiciamiento constata que Mladic actuó en concierto con otros miembros de la empresa criminal común⁸. Cada una de estas personas, a través de sus propias acciones u omisiones, contribuyó a la consecución del objetivo común.

En efecto, el cuarto escrito de acusación contra Mladic alega la existencia de una empresa criminal común de composición idéntica a la alegada en el caso Karadzic⁹. Por lo tanto, coincidimos con OLÁSULO¹⁰ cuando afirma que si bien la Fiscalía parece basarse en el concepto tradicional de empresa criminal común, también amplía su significado en el nivel de liderazgo, al alegar que los autores materiales pueden no haber sido miembros de dicha empresa y, en cambio, haber sido utilizados por los miembros de la ECC para cometer los mencionados crímenes¹¹, todo con el propósito común de desplazar permanentemente a la población no serbia. En esta empresa criminal aparecen tanto miembros de diferentes ejércitos como miembros de partidos políticos, componentes de distintos órganos políticos y gubernamentales de los serbios de Bosnia en los diferentes niveles (nacional, regional, municipal, y local), así como líderes de Serbia y Fuerzas paramilitares serbias de Bosnia y unidades de voluntarios¹². Todos ellos fueron utilizados por los miembros de la empresa criminal conjunta con el propósito común mencionado.

La Sala no encontró pruebas que sustentaran que el crimen de genocidio formaba parte del objetivo de la empresa criminal común en relación con los hechos acaecidos en varias poblaciones de Bosnia-Herzegovina¹³, como examinaremos en el epígrafe posterior. En cambio, los jueces sí consideraron probado que Mladic habría contribuido significativamente a alcanzar el objetivo común de eliminar musulmanes y croatas del

⁷ *Prosecutor v. Rastko Mladic* (Fourth Amended Indictment) IT-09-92-PT, 16 December 2011, párrs.2-4.

⁸ Tales como: Radovan Karadzic, Momcilo Krajisnik, Biljana Plavsic, Nikola Koljevic, Bogdan Subotic, Moncilo Mandic y Mico Stanisic (*Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) ICTY-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. IV, párr.4216).

⁹ *Prosecutor v. Rastko Mladic* (Fourth Amended Indictment) IT-09-92-PT, 16 December 2011, párr.10.

¹⁰ OLÁSULO ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional. En Homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.418.

¹¹ De hecho, los delitos fueron cometidos materialmente por fuerzas de la Federación de la República de Yugoslavia (“FRY”) y de la auto-proclamada República Srpska, incluyendo a miembros del Ejército de la República Federal Socialista de Yugoslavia (“JNA”), el Ejército de la República Federal de Yugoslavia (“VJ”), el Ejército de la República Srpska (“VRS”), la defensa territorial serbo-bosnia (“TO”) y los líderes de las fuerzas paramilitares y las unidades voluntarias serbias y serbo-bosnias, que operaron bajo la autoridad, o con el conocimiento, del acusado (*Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) ICTY-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. IV, párrs.3575-3576).

¹² *Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) ICTY-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. IV, párrs.4216-4240.

¹³ *Ibidem*, párrs.5189.

territorio reclamado por Serbia en Bosnia-Herzegovina. En consecuencia, fue declarado culpable de persecución, exterminio, asesinato, deportación, actos inhumanos y desplazamiento forzoso (todos ellos crímenes contra la humanidad). Recordemos que la no retención de los cargos de genocidio en el caso de Karadzic, en un contexto similar, ya fue objeto de polémica¹⁴.

Por otro lado, en la empresa criminal común de Sarajevo, los miembros eran los militares serbo- bosnios y los líderes políticos¹⁵. Recordemos que no en vano los crímenes fueron cometidos por unidades del *Sarajevo Romanija Corps*. Durante este período, el Ejército de la República Srpska (VRS) bombardeó y atacó deliberadamente a la población civil de Sarajevo a diario, a menudo en lugares que tenían poco o ningún valor militar, lo que provocó la muerte y lesiones de miles de ciudadanos. Según los jueces, Mladić contribuyó significativamente a una empresa criminal común para diseñar y llevar a cabo una campaña de francotiradores y bombardeos, destinada a difundir el terror entre la población civil de Sarajevo¹⁶. De este modo, Mladic fue condenado por causar terror, y por ataque ilícito a civiles, en tanto que violaciones de las leyes y costumbres de la guerra.

En cuanto a la empresa criminal común de Srebrenica¹⁷, Mladic fue declarado culpable de genocidio, persecución, exterminio, asesinato y los actos inhumanos de traslados forzosos en el área de Srebrenica en 1995¹⁸. En los hechos acaecidos en Srebrenica nos detendremos con posterioridad, en relación con la determinación del genocidio y sus perfiles jurídicos.

Finalmente, en la empresa criminal conjunta de toma de rehenes, se estimó que los responsables eran los miembros principales del staff del Ejército de la República Srpska, los Comandantes de dicho Ejército, Radovan Karadžić y Nikola Koljević¹⁹. Quedó demostrada la existencia de una empresa criminal común con el objetivo de tomar como rehenes al personal de las Naciones Unidas²⁰, en aras de que la OTAN cesara en sus ataques aéreos contra objetivos serbios de Bosnia. En efecto, entre el 25 de mayo y el 24 de junio de 1995, personal de la ONU fue detenido por las Fuerzas serbias en Bosnia-Herzegovina, y trasladado por dicho territorio. Incluso algunos de los miembros de dicho personal fueron encadenados o esposados en lugares que no poseían relevancia militar.

¹⁴ Sobre dicha polémica, ver, en particular: DONIA, R.J., *Radovan Karadžić: Architect of the Bosnian Genocide*, Cambridge University Press, UK, 2014. KLINKNER, M., “Karadžić's guilty verdict and forensic evidence from Bosnia's mass graves”, *Science and Justice*, Vol. 56, 2016, pp.498–504.

¹⁵ Constanban como miembros de esa empresa criminal común: Radovan Karadžić; Stanislav Galić; Dragomir Milošević; Momčilo Krajišnik; Biljana Plavšić; and Nikola Koljević. Ver: *Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) ICTY-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. IV, párr.4690.

¹⁶ *Ibidem*, párr.5190.

¹⁷ La Sala de Primera Instancia consideró que a los efectos de establecer una pluralidad de personas, los siguientes participaron en la realización del objetivo delictivo común y la intención compartida a este respecto: Radovan Karadžić, Radislav Krstić, Vujadin Popović, Zdravko Tolimir, Ljubomir Borovčanin, Svetozar Kosorić, Radivoje Miletić, Radoslav Janković, Ljubiša Beara, Milenko Živanović, Vinko Pandurević y Vidoje Blagojević. Ver: *Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) ICTY-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. IV, párr.4988.

¹⁸ *Ibidem*, párr.5191.

¹⁹ *Ibidem*, párr.5132.

²⁰ *Ibidem*, párr.5192.

Mladic había manifestado su intención de detener a dicho personal, emitiendo amenazas contra ellos a fin de lograr, como ya se ha mencionado, el cese de los ataques aéreos. En definitiva, se concluyó que la contribución de Mladic a la empresa criminal común de la toma de rehenes fue fundamental, de modo que era culpable del crimen relativo a la toma de rehenes, como violación de las leyes y costumbres de la guerra.

Por lo tanto, coincidimos con OLÁSULO²¹ al señalar que los casos de Karadzic y Mladic son muy significativos y revelan la etapa final de las actuaciones del TPIY. En dicha etapa, la forma de responsabilidad que ha sido más frecuentemente invocada por la Fiscalía (tanto en sus escritos de acusación como en sus alegatos orales) ha sido la coautoría fundada en la empresa criminal común. Este tipo de responsabilidad se adecuaba perfectamente a los acontecimientos y formas de participación que se produjeron en el conflicto de la ex Yugoslavia y permitía ampliar el espectro de los responsables en las distintas esferas militar, político y social.

2. El genocidio o la dificultad de determinar la intención genocida en varios municipios distintos a Srebrenica

Por mayoría, la Sala de Enjuiciamiento del TPIY determinó que quedaba demostrado que los ataques físicos en varios municipios tenían como objetivo destruir a los bosnios musulmanes en dichos municipios como parte de un grupo protegido²². Sin embargo, los jueces concluyeron que los bosnios musulmanes que eran objetivos en cada municipio constituían una relativa pequeña parte y no eran una parte sustancial del grupo protegido. A su juicio, no quedaba demostrada la intención genocida, el intento de destruir *una parte sustancial* del grupo protegido de bosnios musulmanes²³.

Si atendemos a la propia Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, resulta obvio que no es necesario destruir un grupo por completo para ser

²¹ OLÁSULO ALONSO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. En Homenaje al Prof. Augusto Ramírez Ocampo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.427.

²² La jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, en cuanto la evidencia o prueba del *dolus specialis* del crimen de genocidio, señaló que es posible determinar este elemento a partir de prueba indirecta siempre que no exista un plan estatal que exprese la intención de destruir total o parcialmente el grupo afectado. Esta prueba indirecta debe consistir en una inferencia que se realiza a partir de la conducta de los perpetradores de los actos. En todo caso, cualquier inferencia que se realice de un patrón de conducta debe ser la única que razonablemente se puede extraer de los hechos en cuestión (International Court of Justice, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*). Reports, 2015, párrs. 209-295). Por otro lado, GIL GIL, A. plantea el problema de la intensidad volitiva del dolo genocida. Se pregunta si la intención de destruir un grupo ha de responder a un dolo directo o si basta el dolo eventual. De este modo, alude a casos en los que la destrucción total o parcial está relacionada con un objetivo diferente a la mera destrucción, pero ésta sería el efecto no totalmente improbable de las conductas desarrolladas (GIL GIL, A., *Derecho Penal internacional: especial consideración del delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999, p.232).

²³ Con la opinión disidente del Presidente de dicha Sala, el Juez Orić (*Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) ICTY-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. IV, párrs.5217-5317). Recordemos que la Sala de Enjuiciamiento I estaba compuesta por el Juez Alphons Orić (Presidente, Países Bajos), Juez Bakone Justice Moloto (Sudáfrica) y el juez Christoph Flüggé (Alemania). El juicio comenzó el 16 de mayo de 2012, y duró unos 530 días.

declarado culpable de genocidio, sino solo una parte²⁴. Sin embargo, no resulta tan evidente qué parte del grupo hay que destruir, para determinar dicha culpabilidad. La jurisprudencia del TPIY ha contribuido significativamente a esclarecer esta cuestión. Así, en el enjuiciamiento de Jelusic²⁵, que fue uno de los primeros casos de genocidio ante el Tribunal, éste admitió la existencia de una costumbre internacional que reconocía la existencia del genocidio incluso cuando la intención genocida se limitaba a una zona geográfica limitada. No fue hasta el caso Kristic, en relación con Sebrenica, que la Sala de Apelación detalló este punto. Para la Sala, “en parte” se refería a al menos una parte sustancial del grupo protegido²⁶, tal y como se confirmaría posteriormente en la sentencia del caso Mladic.

La interpretación de esa parte sustancial no ha sido, sin embargo, pacífica. Para la Sala de Apelaciones en el asunto Kristic, la “sustancialidad” no era una cuestión meramente numérica²⁷, de modo que, aun reconociendo que el tema numérico jugaba un papel importante como punto de partida, se mostró de acuerdo en que la destrucción de ciertas partes del grupo podría tener cierto impacto sobre el grupo en su conjunto. En consecuencia, se estimaría que una parte es sustancial si resulta emblemática para el grupo general o esencial para su supervivencia, aunque, en todo caso, habría que tenerse en cuenta las circunstancias particulares del caso²⁸.

Vemos cómo se sigue el rastro de la Sentencia de conformidad con la Regla 98bis en el caso Karadzic, que refleja una obstinación en valorar los factores individualizados del caso, yendo más allá de las consideraciones que pueden formularse conforme a la naturaleza y escala de los actos destructivos cometidos. Recordemos que la Sala de Primera Instancia ya había concluido en este asunto que no existían pruebas que demostrasen la intención genocida en los actos cometidos en algunas poblaciones de Bosnia y Herzegovina en 1992. De hecho, concluyó que la naturaleza, escala y contexto de estos actos, ya sea en todos los municipios cubiertos por la acusación o en los siete municipios en los que se alega específicamente el genocidio, no alcanzaban el nivel para inferir que fueron cometidos con intención genocida²⁹.

En definitiva, en el asunto Mladic, siguiendo los razonamientos del caso Kristic³⁰, y las circunstancias particulares de la situación, se estimó que en la consideración de la sustancialidad se debía valorar el número de las personas afectadas, la prominencia de la parte del grupo en el contexto global del mismo y el área de actividad y control de los perpetradores³¹. Ajustándose a esos criterios, y a juicio del Tribunal Penal Internacional, los hechos ocurridos en distintos municipios de Bosnia-Herzegovina, en 1992 quedaron

²⁴ Ibid n (4), p.861.

²⁵ *Prosecutor v. Jelusic* (Judgment) IT-95-10-T, Trial Chamber, 19 December 1999, párr. 83.

²⁶ *Judgment Kristic* (Appeal Judgment) IT-98-33-A, Appeals Chamber, 19 April 2004, párrs. 10-12.

²⁷ *Ibidem*, párr.12

²⁸ *Ibidem*, párr.14.

²⁹ Judgment, Karadzic Rule 98bis (IT-95-5/18-T), Trial Chamber, 28 June 2012, p. 28768, párrs.18-22.

³⁰ Ibid n (26), párrs.12-14.

³¹ *Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) IT-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. III, párr.3528.

excluidos de dicha calificación, puesto que no se estimó que habían sido ataques contra una parte sustancial del grupo, y la intención genocida de Mladic quedó, así, descartada³².

3. El genocidio en Srebrenica: la única certeza

Tras la irrupción del VRS en Srebrenica el 11 de julio de 1995, las mujeres, los niños y algunos bosnios musulmanes fueron sacados a la fuerza del enclave y trasladados a otros territorios. Los hombres bosnio-musulmanes que fueron extraídos de la base de las Naciones Unidas en Potočari fueron posteriormente retenidos en centros de detención temporal, para, finalmente, ser ejecutados en varias zonas de Srebrenica, Bratunac y Zvornik³³. De este modo, la VRS mató solo a parte del subgrupo, pero esta destrucción selectiva tendría necesariamente un gran impacto en el grupo entero³⁴ y sí se consideró genocidio.

En referencia a Srebrenica y desde el primer momento, la posición de Mladic como órgano jerárquico superior militar y la existencia de un plan genocida eran datos que quedaban comprobados, como lo demostraban sentencias anteriores del TPIY respecto de subordinados del General³⁵. La cuestión más dificultosa de determinar era si los 8000 hombres bosnios musulmanes víctimas de la masacre constituían una parte sustancial de los bosnios de Bosnia-Herzegovina, pero a esa cuestión ya había dado respuesta afirmativa el Tribunal en el asunto Krstic³⁶.

Con independencia de la cuestión numérica, se tuvo, pues, en cuenta la cuestión simbólica. Así, en cuanto a la población masacrada en Srebrenica, quedó claro que era un grupo emblemático, tal y como se aseguró en los casos precedentes, debido a la posición de dicho enclave como refugio final de los bosnios musulmanes orientales y como se ponía de manifiesto por las garantías de seguridad otorgadas por la Comunidad

³² *Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) IT-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. III, párr. 3536:” In conclusion, the Trial Chamber does not find, beyond reasonable doubt, that the physical perpetrators of prohibited acts against the Bosnian Muslims and Bosnian Croats in the Count 1 municipalities committed those prohibited acts, with the intent to destroy the Bosnian Muslims and Bosnian Croats as a substantial part of the protected groups in Bosnian-Herzegovina”.

³³ *Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) IT-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. IV, párr.4987.

³⁴ *Prosecutor v. Radislav Krstic*, (Judgement) IT-98-33-T, Trial Chamber, 2 August 2001, párr. 595.

³⁵ *Prosecutor v. Zdravko Tolimir*, (Judgement) IT-05-88/2-T, Trial Chamber, 12 December 2012, párr. 1165. *Prosecutor v. Vujadin Popovic et al.* (Judgement) IT-05-88-T, Trial Chamber, 10 June 2010, párrs. 856, 858, y 882.

³⁶ *Prosecutor v. Radislav Krstic*, (Judgement) IT-98-33-T, Trial Chamber, 2 August 2001, párr.560. Para confirmar esa idea, la Sala de Enjuiciamiento mencionó, entre otros datos, el hecho de que en 1982, la Asamblea General de la ONU resolvió que la masacre de cerca de 800 palestinos en los campos de Sabra y Shatila en Beirut constituía un acto de genocidio (UNGA, The situation in the Middle East, A/RES/37/123, 16 December 1982, en <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r123.htm>, consultado por última vez el 3 de mayo de 2018)

Internacional³⁷. En definitiva, la destrucción de Srebrenica constituía un ejemplo poderoso para todos los bosnios musulmanes de su propia vulnerabilidad e indefensión³⁸.

Por todas las razones anteriormente esgrimidas, una de las certezas para el TPIY en el caso Mladic fue la existencia de un crimen de genocidio, cometido por dichos mandos. La Sala de Enjuiciamiento concluyó que Mladic había participado en una empresa criminal conjunta para eliminar a los bosnios musulmanes de Srebrenica³⁹. Quedó probado que, en marzo de 1995 Mladić firmó órdenes para que se llevara a cabo una operación estratégica en el enclave. Dicha operación poseía como finalidad la erradicación de la zona de su población bosnia musulmana, con el objetivo de convertir dicho territorio en serbio. La misma finalidad era compartida por Karadzic.

La Sala declaró que, a su juicio, Mladic tenía la intención de llevar a cabo la empresa criminal conjunta de destruir a los bosnios musulmanes de Srebrenica, matando a los hombres y niños y sacando por la fuerza a las mujeres, niños y ancianos. Por lo tanto, declaró a Mladić culpable de genocidio, persecución, asesinato, exterminio y el acto inhumano de traslado forzoso por los hechos ocurridos en Srebrenica⁴⁰, tal y como había ocurrido en los casos de Karadzic y Kristic.

En consecuencia, el asunto Mladic continuó la estela del caso Karadzic, y de la Sala de Apelaciones en el caso Kristic, en lo referente a la toma de consideración de las circunstancias que hace que determinados hechos sean constitutivos o no de genocidio. De este modo, y en opinión de SOUTHWICK⁴¹ el TPIY no ha hecho sino ampliar la aplicación del término “genocidio”, aplicando un amplio estándar a la intención genocida, extendiendo el significado de “en parte” en referencia al grupo, y adoptando una interpretación figurativa del término “destruir”.

III. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, coincidimos con CLARK⁴² cuando afirma que la jurisprudencia del TPIY, también en el caso Mladic, ha contribuido a aclarar las complejidades del *dolus specialis* en relación con el crimen de genocidio. Sin embargo, comprobamos igualmente que, en ocasiones, dicha instancia judicial ha tratado el tema de modo confuso, puesto que ha realizado una deconstrucción del genocidio que conecta la interpretación de la comisión de este crimen con las circunstancias particulares del asunto en cuestión. Así, destacamos que la situación de Srebrenica siempre fue calificada de genocidio. Sin embargo, no fueron estimados como tal actos similares cometidos en otras poblaciones de Bosnia-

³⁷ JARVIS, M. & TIEGER, A., “Applying the Genocide Convention at the ICTY. The Influence of Paradigms Past”, *Journal of International Criminal Justice*, n° 14 (2016), p.861.

³⁸ *Judgment, Kristic* (Appeal Judgment), IT-98-33-A, Appeals Chamber, 19 April 2004, párr. 16.

³⁹ *Prosecutor v. Rastko Mladic* (Judgment) ICTY-09-92-T, Trial Chamber, 22 November 2017, Vol. IV, párr.5191.

⁴⁰ *Ibidem*, párr.4987.

⁴¹ SOUTHWICK, K.G., “Srebrenica as Genocide? The Krstić Decision and the Language of the Unspeakable”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 8, 2005, p.226.

⁴² CLARK, J.N., “Elucidating the Dolus Specialis: An Analysis of ICTY Jurisprudence on Genocidal Intent”, *Criminal Law Forum*, Vol. 26 (2015), p.531, DOI 10.1007/s10609-015-9260-5.

Herzegovina dirigidos contras sectores de la población con características diversas y que fueron acompañados de circunstancias diferentes.

Se ponía, así, de manifiesto que la prueba del *dolus specialis* en el genocidio no siempre ha sido fácil, puesto que el nivel de los hechos no siempre ha permitido inferir la existencia del mismo. De este modo, la intención de destruir total o parcialmente una parte sustancial del grupo ha sido objeto de polémica, puesto que la sustancialidad, tal y como ha puesto de relieve el TPIY, no es una cuestión meramente numérica. A juicio de esta instancia judicial, habría que tomar en consideración las circunstancias particulares del caso, tales como si dicha parte del grupo resulta emblemática para el grupo general o esencial para su supervivencia. El Tribunal realiza, así, una interpretación del crimen de genocidio, adaptándose a los perfiles de los conflictos actuales, pero algunas voces críticas consideran esta postura excesivamente expansiva y otros, en cambio, la califican de restrictiva.

En todo caso, con la relevancia del asunto Mladic, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia cierra sus puertas realizando importantes aportaciones que contribuyen a la determinación del significado de normas contenidas en la Convención para la Represión y Sanción del Crimen de Genocidio, de modo que ya forman parte del Derecho Internacional consuetudinario. Esta constatación resulta particularmente importante si tomamos en consideración el carácter especialmente lesivo del crimen de genocidio. En este sentido, finalizamos recordando las palabras de la Sala de Apelación en el caso *Kristic*, en relación con el genocidio:” [...] Este es un crimen contra toda la humanidad, su daño se hace sentir no solo por el grupo objeto de destrucción, sino por toda la humanidad”⁴³.

⁴³ La traducción es propia. Ver: *Prosecutor v. Kristic* (Kristic Appeal Judgment) IT-98-33-A, Appeals Chamber, 19 April 2004, párr.36.

“LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE” Y “LA PROHIBICIÓN DE LAS EXPULSIONES COLECTIVAS”. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TEDH, ASUNTO N.D. Y N.T. C. ESPAÑA, DE 3 DE OCTUBRE DE 2017

M. Esther Salamanca Aguado*

I. HECHOS

El 3 de octubre de 2017 la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Tribunal”) dictó sentencia condenatoria contra el Reino de España por violación del artículo 4 del Protocolo nº 4 (“Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”) y del artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (“Derecho a un recurso efectivo”) puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4. Asimismo, decidió que el Estado español debería abonar, en aplicación del artículo 44.2 del Convenio, 5.000 € a cada uno de los demandantes¹. La sentencia ha sido recurrida por el Gobierno español y el asunto remitido a la Gran Sala².

El presente asunto tiene su origen en dos demandas interpuestas ante el Tribunal por dos jóvenes subsaharianos que denunciaron haber sido objeto de una expulsión colectiva. Los hechos tuvieron lugar el 13 de agosto de 2014 cuando los demandantes trataron de entrar en España junto con un grupo de subsaharianos a través del puesto fronterizo de Melilla. Una vez que las fuerzas de seguridad españolas consiguieron bajar a los demandantes de la tercera valla que rodea el puesto fronterizo fueron detenidos y devueltos a Marruecos. Según denunciaron, en ningún momento fueron objeto de procedimiento de identificación alguno ni tuvieron posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos³.

Según el derecho internacional “todo Estado tiene el derecho de expulsar a un extranjero de su territorio”⁴, si se cumplen determinadas garantías: debe efectuarse en cumplimiento de una resolución adoptada conforme a la ley y debidamente motivada y de conformidad con el respeto a los derechos humanos⁵. Además, está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros, entendiéndose por tal “la expulsión de extranjeros como grupo”⁶. Esta prohibición no excluye la posibilidad de “expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la

¹ TEDH, *Asunto N.D. y N.T. c. España*, Sentencia de 3 de octubre de 2017 (nº 8675/15 y 8697/15)

² *Press Release*, Grand Chamber Panel’s decision, 30 January 2018

³ *Asunto N.D. y N.T. c. España*, párrs. 12 - 15

⁴ Artículo 1 del *Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros* aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2014⁴. Según la Comisión de Derecho Internacional, órgano encargado de su redacción, se trata de “un derecho inherente del Estado, que se desprende de su soberanía”. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 66º período de sesiones, A/69/10, Naciones Unidas, Nueva York, 2014, p. 25

⁵ Véanse los artículos 4, 5 y 13 del *Proyecto de artículos... cit.*

⁶ *Ibid.*, art. 9.

base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo”⁷. Se exige, por tanto, una valoración individual de las circunstancias de cada uno de los miembros que forman el grupo para que no se considere expulsión colectiva⁸. Conviene subrayar que el régimen jurídico al que hacemos referencia abarca tanto la expulsión de un extranjero legalmente presente en el territorio del Estado expulsor como la del extranjero presente ilegalmente en dicho territorio”⁹.

Las expulsiones colectivas se encuentran, a su vez, prohibidas por los tratados internacionales de derechos humanos¹⁰. En el ámbito europeo, por el artículo 4 del Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En el marco de la Unión Europea, el retorno de los extranjeros en situación irregular está regulado por la denominada “directiva de retorno”¹¹. Según la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, todo extranjero tiene “derecho a ser oído” antes de dictarse una decisión que pueda afectar a sus intereses, con el fin de garantizar que la autoridad competente esté en condiciones de tomar en consideración de forma precisa el conjunto de los elementos relevantes, prestando toda la atención necesaria a las alegaciones formuladas por el interesado y motivando su decisión de manera circunstanciada¹². Se exige que las “decisiones de retorno” así como las “decisiones de expulsión” se dicten por escrito y consignando los fundamentos de hecho y derecho, así como información sobre las vías de recurso de que dispone¹³.

En este contexto normativo se sitúa la Ley Orgánica 4/2015 de 30 de marzo de 2015 de protección de la seguridad ciudadana que modifica la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁴. En ella se establece un régimen especial de “detección y rechazo en frontera” de los inmigrantes que llegan a Ceuta y Melilla “a fin de impedir su entrada ilegal en España”

⁷ *Ibid.*

⁸ A/69/10, p. 38

⁹ A/69/10, p. 21

¹⁰ En el ámbito universal, la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* prohíbe expresamente la expulsión colectiva de dichas personas en el párrafo 1 de su artículo 22. Recordamos que España no ha ratificado dicho tratado. El artículo 13 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* no prohíbe expresamente la expulsión colectiva. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha expresado la opinión de que una expulsión de ese género sería contraria a las garantías procesales a que tiene derecho el extranjero objeto de expulsión. Véase la *Observación general Nº 15 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 11 de abril de 1986, párr. 10. En el ámbito regional véase el artículo 22. 9 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, el artículo 12.5 de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* y el artículo 26. 2 *in fine* de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

¹¹ *Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 respecto de las normas y procedimientos comunes aplicables en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, DOUE L 348/98, 24.12.2008

¹² TJUE, *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, asunto C-249/13, sentencia de 11 de diciembre de 2014, párrs. 37-38

¹³ Artículo 12 y 13 de la Directiva de retorno

¹⁴ BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015 (entrada en vigor: 1 de abril de 2015)

(Disposición adicional décima). Esta disposición vendría a “legalizar” la práctica conocida como devoluciones o “expulsiones en caliente” ampliamente criticada¹⁵.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS DE CARÁCTER PRELIMINAR

1. Jurisdicción extraterritorial

Según el Gobierno español la demanda se basa en hechos acaecidos fuera de la jurisdicción española, puesto que los demandantes no habían logrado entrar en territorio español¹⁶. Por su parte, los demandantes y terceros intervinientes se esforzaron en demostrar que la jurisdicción española se ejerce también sobre el terreno que se encuentra entre las vallas en el puesto fronterizo de Melilla y no sólo más allá del dispositivo de protección del puesto en cuestión¹⁷.

Como es sabido, el ejercicio de la jurisdicción es una condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser considerado responsable de los actos u omisiones imputables al mismo, que dan lugar a una denuncia de la violación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio¹⁸. En principio, la competencia jurisdiccional de un Estado (artículo 1) es territorial y sólo circunstancias excepcionales dan lugar al ejercicio de jurisdicción extraterritorial¹⁹. Dado su carácter excepcional dichas circunstancias deben ser determinadas con referencia a hechos particulares²⁰. La jurisdicción extraterritorial de un Estado se puede establecer sobre la base del poder o control realmente ejercido sobre la persona del solicitante (*ratione personae*) o sobre la base del control realmente ejercido sobre el territorio extranjero en cuestión (*ratione loci*)²¹. En el presente asunto, el Tribunal entiende que “no es necesario establecer si la valla fronteriza levantada entre Marruecos y España se sitúa o no en territorio de este

¹⁵ Véase el Informe Jurídico “Expulsiones en caliente”: cuando el Estado actúa al margen de la ley, 27 de junio de 2014, disponible en http://eprints.ucm.es/25993/1/INFORME%20%20EXPULSIONES%20EN%20CALIENTE.%2027_6_2014%20%281%29.pdf (última visita: 9 de mayo de 2018)

¹⁶ Recordamos que debido a la afluencia masiva de extranjeros (inmigrantes y/o solicitantes de asilo) que intentan entrar en territorio español por los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla, las autoridades españolas decidieron “que existía la necesidad objetiva de determinar cuando la entrada ilegal ha fracasado o cuando se ha producido”, de forma que “[n]o se considera que la entrada ha tenido lugar hasta que el inmigrante ha superado la citada valla interior, de modo que ha entrado en territorio nacional y que por tanto se le aplica el régimen relativo a los extranjeros”. *Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero* citado en *Asunto N.D. Y N.T. c. España*, p. 5.

¹⁷ *Asunto N.D. y N.T. c. España*, párrs. 45 - 48. Presentaron observaciones como terceros intervinientes el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, la CEAR y un grupo de ONGs (Centro AIRE, Amnistía Internacional, el Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados, la Comisión Internacional de Juristas)

¹⁸ Véase *Asunto Catan y otros contra la República de Moldavia y Rusia* (nos. 43370/04, 8252/05 y 18454/06), Sentencia de 19 de octubre de 2012, párr. 103

¹⁹ *Asunto Bankovic y otros contra Bélgica y Otros* (nº 52207/99), Sentencia de 12 de diciembre de 2001, párr. 67

²⁰ *Asunto Al-Skeini y otros contra Reino Unido* (nº 55721/07), Sentencia de 7 de julio de 2011, párr.132

²¹ Véase ECHR, *Guide on Article 1 of the Convention – Obligation to respect human rights – Concepts of “jurisdiction” and imputability*, Update on 31 December 2017 disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_ENG.pdf, (última visita: 25 de abril de 2018)

último Estado”. Se limita a recordar que “desde el momento en que hay un control sobre los demás, se trata en esos casos de un control *de jure* ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados, es decir, de un control efectivo de las autoridades de este Estado, ya se encuentren éstas en el interior del territorio del Estado o en sus fronteras terrestres”. Por tanto, “desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas se encontraron bajo el control continuo y exclusivo, al menos, *de facto*, de las autoridades españolas”²². En consecuencia, no duda de que los hechos que sustentan las alegadas violaciones estén bajo la jurisdicción de España con arreglo al artículo 1²³.

2. La condición de víctima y el agotamiento de los recursos internos

El Tribunal descartó las dos excepciones preliminares formuladas por el Gobierno español relativas a la falta de condición de víctima y al no agotamiento de las vías de recursos internos por parte de los demandantes²⁴.

En primer lugar, el Gobierno español alegó que los demandantes no podían pretender ser víctimas de los derechos alegados debido a que no habían sido debidamente identificados y que, en cualquier caso, habrían perdido la condición de víctima en la medida en que posteriormente habrían sido objeto de órdenes de expulsión acordadas en el marco de procedimientos dotados de todas las garantías. Los demandantes, por su parte, consideraron que los elementos de prueba presentados –vídeos del día del asalto, testimonios e informes de instituciones independientes - eran suficientes para demostrar que formaban parte del grupo que intentó entrar en España masivamente escalando la valla de Melilla el día 13 agosto de 2014 y que fueron devueltos de forma sumaria. Mantuvieron, además, que la falta de identificación obedecía al incumplimiento por el Gobierno español de los procedimientos de identificación y evaluación de las circunstancias individuales exigidas por el artículo 4 del Protocolo nº 4. El Tribunal estimó que el Gobierno español no podía escudarse tras la ausencia de identificación cuando él mismo era el responsable y que el hecho de que los demandantes hubieran accedido posteriormente al territorio español no les podía privar de la condición de víctimas en el presente asunto, en la medida en que no se había examinado ninguna posible violación del Convenio en el marco de los procedimientos posteriores²⁵.

En segundo lugar, el Gobierno español alegó el no agotamiento de las vías de recurso internas indicando que las órdenes de expulsión de N.T. y N.D. no habían sido impugnadas ante las jurisdicciones de lo contencioso-administrativo y que solamente N.D. había presentado una solicitud de asilo. Acertadamente, los demandantes subrayaron que sus demandas trataban de la expulsión sumaria del día 13 de agosto de 2014 y no de los procedimientos posteriores mencionados por el Gobierno y llevados a cabo por hechos distintos. Es por ello que el Tribunal recuerda y precisa que los demandantes no se quejaban de las órdenes de expulsión, sino de una expulsión colectiva anterior, de que las

²² *Asunto N.D. y N.T. c. España*, párr. 54

²³ *Ibíd.*, párr. 55

²⁴ *Asunto N.D. y N.T. c. España*, párr. 66

²⁵ *Ibíd.*, párrs. 56 - 61

Autoridades españolas habrían llevado a cabo sin haber seguido ningún procedimiento de identificación de los inmigrantes y sin haber recabado ninguna información respecto de sus circunstancias personales, y que no habría estado en absoluto documentada²⁶.

Descartadas las dos primeras excepciones preliminares, el Tribunal pasa a ocuparse del fondo del asunto junto con la excepción preliminar planteada por el Gobierno español relativa a la aplicabilidad *ratione materiae* del artículo 4 del Protocolo n. 4.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO

1. La prohibición de las expulsiones colectivas

En este asunto se plantean importantes cuestiones que afectan a las políticas de inmigración y asilo de los Estados partes en el Convenio y sus Protocolos. Los demandantes afirmaron haber sido víctimas de una expulsión colectiva, reflejo de una política sistemática de rechazo atípica, carente de base legal y en ausencia de toda base jurídica²⁷. En varios asuntos dilucidados ante el Tribunal, éste ha debido pronunciarse sobre qué debe entenderse por “expulsión colectiva”²⁸. Según su jurisprudencia es “toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que tal medida se toma al término y en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman el grupo”²⁹. El fin de su prohibición es “evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales y, por tanto, sin permitirles exponer sus argumentos que se oponen a la medida adoptada por la autoridad competente”³⁰.

Por su parte, el Gobierno español alegó la inaplicabilidad del artículo 4 del Protocolo nº 4 al entender que los hechos no constituyen una expulsión colectiva de extranjeros. En su opinión, para tal consideración, la víctima debe encontrarse en el territorio del Estado demandado en cuestión y la expulsión debe afectar a un grupo de extranjeros caracterizado por circunstancias comunes y específicas³¹. En consecuencia, el Tribunal debió analizar el alcance del término “expulsión” en el presente caso y, a continuación, determinar si la práctica de las “devoluciones en caliente” debe ser considerada o no una expulsión colectiva.

²⁶ *Ibíd.*, párrs. 62 - 65

²⁷ *Ibíd.*, párr. 67

²⁸ Véanse los asuntos *Čonka c. Bélgica*, (n. 51564/99), Sentencia de 5 de febrero de 2002; *Georgia c. Rusia* (I), (n. 13255/07), Sentencia de 3 de julio de 2014; *Shiashvili y otros c. Rusia*, (n. 19356/07), 20 de diciembre de 2016; *Berdzenishvili y otros c. Rusia*, (nos. 14594/07, 14597/07, 14976/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07, y 16706/07), 20 de diciembre de 2016; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (n. 27765/09), Sentencia de 23 de febrero de 2012; *Sharifi y otros c. Italia y Grecia* (n. 16643/09), Sentencia de 21 de octubre de 2014; y *Khlaifia y otros c. Italia* (n. 16483/12), Sentencia de 15 de diciembre de 2016.

²⁹ *Asunto N.D. y N.T. c. España*, párr. 98. Véase también *Asunto Khlaifia y otros*, párrs. 237 y siguientes y los asuntos allí citados.

³⁰ *Asunto N.D. y N.T. c. España*, párr. 99. Véase también *Asunto Hirsi Jamaa y otros*, párr. 177, y *Asunto Sharifi y otros*, párr. 210

³¹ *Asunto N.D. y N.T. c. España*, párr. 68.

Como ya se ha indicado, el Gobierno español insistía en que sólo quien ha conseguido entrar en territorio español tiene derecho a la tramitación de un procedimiento administrativo, susceptible de revisión jurisdiccional, con respecto a la legalidad de su estancia³². Y que, en ningún caso, el Tribunal puede por medio de una interpretación dinámica y evolutiva extraer del Convenio un nuevo derecho, como sería el derecho a entrar en el territorio español, no sometido a control y efectuado por cualquier punto de la frontera³³. Como veremos a continuación, el Tribunal no entra a valorar estas consideraciones. Ni siquiera resulta necesario, a su juicio, enjuiciar si los demandantes han sido expulsados después de haber entrado en territorio español o si fueron rechazados con anterioridad³⁴. El Tribunal se limita a recordar que “ni la redacción del artículo 4 del Protocolo n° 4 en sí, ni sus trabajos preparatorios, se oponen a la aplicación extraterritorial de esa disposición”³⁵. Por tanto, basta determinar que los demandantes se encontraban “bajo control continuado y exclusivo de las autoridades españolas” y que “han sido expulsados y devueltos a Marruecos, contra su voluntad, lo que constituye una expulsión con arreglo al artículo 4 del Protocolo n° 4”³⁶.

El segundo de los elementos de la prohibición - el carácter colectivo de la expulsión - es objeto, asimismo, de diferentes interpretaciones. Según el Gobierno español para que una expulsión sea considerada “colectiva” debe afectar a un grupo de extranjeros caracterizado por circunstancias comunes y específicas³⁷. Por el contrario, y según los demandantes, el punto crucial es “la cuestión de la individualización en el procedimiento de expulsión” considerando que “su expulsión constituye un ejemplo clásico de expulsión colectiva prohibida... en la medida en que habría afectado a un grupo de no nacionales expulsados del territorio nacional en ausencia de cualquier examen individualizado de sus solicitudes y con arreglo a una ley o política expresa”³⁸.

En el presente asunto el Tribunal se mantiene fiel al criterio seguido en el *asunto Čonka* donde entendió que con el fin de evaluar la existencia de una expulsión colectiva debía examinar las circunstancias del caso y comprobar si las decisiones de expulsión habían tomado en consideración las circunstancias particulares de los individuos afectados³⁹. Según este criterio, el Tribunal tiene en cuenta las circunstancias siguientes: que los demandantes formaban parte de un grupo de inmigrantes subsaharianos que intentaron entrar ilegalmente en España por el puesto fronterizo de Melilla, sin ahondar en los vínculos existentes entre ellos; y, que las medidas de expulsión han sido tomadas en

³² *Ibíd.*, párr. 76

³³ *Ibíd.*, párrs. 69 y 72. Según España tal decisión comportaría un “efecto llamada” no deseable, que generaría una crisis migratoria de catastróficas consecuencias para la protección de los derechos humanos.

³⁴ *Asunto N.D. y N.T. c. España*, párr. 104

³⁵ *Ibíd.*, párr. 103

³⁶ *Ibíd.*, párr. 104.

³⁷ *Ibíd.*, párr. 68

³⁸ *Ibíd.*, párr. 85. Así lo entiende también el ACNUR que, en su calidad de tercero interviniente, indicó en su escrito que “el carácter colectivo de la expulsión está en mayor medida determinada por la ausencia de un examen objetivo y razonable de cada caso individual, o por la existencia de un examen imprevisible, injusto, inadecuado y no respetuoso de las normas de derecho de estos casos, que por el número de los extranjeros expulsados”, párr. 90

³⁹ *Asunto Čonka contra Bélgica (no. 51564/99)*, párr. 63

ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa. Es decir, en ausencia de un procedimiento de identificación por parte de las autoridades españolas que permitiera un examen de las circunstancias individuales de los demandantes, no existe duda para el Tribunal del carácter colectivo de las expulsiones⁴⁰.

2. El derecho a un recurso con efecto suspensivo

Los demandantes invocaron, asimismo, el artículo 13 puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nº 4. Esta disposición garantiza que “[t]oda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional (...)” Los demandantes denunciaron la imposibilidad de impugnar ante las autoridades españolas, mediante un recurso efectivo suspensivo, su rechazo inmediato a Marruecos⁴¹. Por su parte, el Gobierno español sostuvo que siendo el derecho a un recurso interno efectivo un derecho procedimental y no existiendo – a su juicio - violación del artículo 4 del Protocolo nº 4, no podía concluirse que se hubiera producido vulneración del artículo 13. Asimismo, argumentó que los demandantes podían haber presentado una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo cuando se encontraban en territorio marroquí, lo que, según el Gobierno, les hubiera permitido disfrutar de los correspondientes procedimientos administrativos y jurisdiccionales⁴².

El Tribunal recuerda que el artículo 13 exige a los Estados partes un recurso interno que permita examinar el contenido de una “queja sostenible” fundada en el Convenio y ofrecer una reparación apropiada. Además, afirma que el alcance de esta obligación “varía en función de la naturaleza de la queja del demandante” y, que, como ya indicara en los asuntos *Hirsi Jamaa y otros* y *Khlaifia y otros*, el recurso exigido “deber ser efectivo en la práctica como en derecho”⁴³. Cuestión distinta es la exigencia del carácter suspensivo del recurso, sobre la cual el Tribunal ha alcanzado soluciones distintas teniendo en cuenta el riesgo potencialmente irreversible incurrido por los demandantes en el país de destino en caso de expulsión del territorio del Estado demandado⁴⁴. El Tribunal se apoya en el criterio seguido en la sentencia *Khlaifia y otros* en la que concluyó que la ausencia de efecto suspensivo de un recurso contra una decisión de expulsión no era por sí misma constitutiva de una vulneración del artículo 13 del Convenio cuando los demandantes no alegaban un riesgo real de violación de los derechos amparados por los artículos 2 y 3 en el país de destino⁴⁵.

A juicio del Tribunal, en el presente caso, la cuestión del carácter suspensivo de pleno derecho del recurso ni siquiera se plantea al no haber tenido acceso los demandantes, antes de su expulsión a Marruecos, a ningún procedimiento tendente a su identificación

⁴⁰ *Asunto N.D. y N.T. c. España*, párr. 107

⁴¹ *Ibíd.*, párr. 109

⁴² *Ibíd.*, párrs. 110 y 111

⁴³ *Ibíd.*, párr. 114. Véase también *Asunto Hirsi Jamaa y otros*, párr. 197, y *Asunto Khlaifia y otros*, párr. 268

⁴⁴ *Asunto N.D. y N.T. c. España*, párr. 115

⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 115

y a la comprobación de sus circunstancias personales⁴⁶. El Tribunal entiende que hay un vínculo evidente entre las expulsiones colectivas de las que han sido objeto los demandantes en la valla de Melilla y el hecho de que se les ha concretamente impedido acceder a ningún procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13⁴⁷. Por tanto, habida cuenta de las circunstancias del caso y del carácter inmediato de su expulsión *de facto*, el Tribunal juzga que a los demandantes se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución⁴⁸. Por consiguiente, estima que ha habido igualmente vulneración del artículo 13 puesto en relación con el artículo 4 du Protocole no 4 al Convenio⁴⁹.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Se puede concluir, por tanto, que según esta sentencia la práctica conocida como “devoluciones en caliente”, que fue legalizada en España en 2015, está prohibida por el artículo 4 del Protocolo nº 4. No es determinante el hecho de que las personas interceptadas al tratar de saltar la valla de Melilla se encuentren o no en territorio español según nuestro derecho interno, sino que lo que determina la aplicación de la prohibición es el control efectivo que sobre dichas personas ejercen las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el momento de la expulsión. Se exige, por tanto, la posibilidad de que exista un estudio individualizado de sus circunstancias personales que pueda dar lugar a la presentación de una solicitud de asilo y el derecho a un recurso efectivo.

Esta sentencia viene a reforzar las garantías de los extranjeros que intentan entrar en un Estado parte o que son susceptibles de ser expulsados. La presión migratoria que las fronteras exteriores de la Unión Europea sufren en la actualidad no puede suponer, en ningún caso, una excusa para rebajar el nivel de protección internacional a la que dichas personas tienen derecho. La solución no pasa por adoptar medidas represivas sino por una mejora en la gestión de la migración.

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 118

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 120

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 121

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 122

**¿A LA TERCERA VA LA VENCIDA?
(EISER INFRASTRUCTURE Y ENERGÍA SOLAR c. ESPAÑA,
CASO CIADI N° ARB/13/36)**

Francisco Pascual Vives*
Laura Aragonés Molina**

I. HECHOS

El 4-5-2017 un órgano arbitral constituido en el marco del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)¹ dictó un laudo declarando la responsabilidad internacional del Reino de España (España o el demandado) por el incumplimiento de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo prevista en el artículo 10.1 del Tratado sobre la Carta de la Energía² (TCE), imponiendo como medida de reparación una indemnización de 128 millones de euros, más intereses³. Este arbitraje de inversión, sustanciado conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI)⁴ y las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, tenía por objeto una controversia surgida a propósito de la inversión efectuada por *Eiser Infrastructure Limited* (constituida en el Reino Unido) y *Energía Solar Luxembourg S.à.r.l* (constituida en Luxemburgo) (*Eiser* o las demandantes) en España y, más concretamente, en el sector de las energías renovables.

Mediante una Directiva de la Unión Europea (UE)⁵ que establecía unos objetivos vinculantes para el desarrollo de las energías renovables, España adoptó una serie de medidas destinadas a promover la producción de energía solar concentrada y otras fuentes de energía renovables a través de la aprobación de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico⁶ y sucesivos reales decretos en 1998, 2002 y 2004. Tras varias revisiones normativas

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

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

¹ Formado por J.R. Crook (estadounidense), en calidad de Presidente, y por los árbitros S.A. Alexandrov (búlgaro) y C. McLachlan (neozelandés).

² *BOE*, núm. 117, de 17 de mayo de 1995.

³ Los intereses se fijaron sobre el monto de la indemnización y se calcularon desde el 20-6-2014 hasta el 4-5-2017 a una tasa de 2,07% compuesta mensualmente, y desde el 4-5-2017 hasta la fecha de pago a una tasa de 2,5% compuesta mensualmente: ver *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017, párr. 478).

⁴ *BOE*, núm. 219, de 13 de septiembre de 1994.

⁵ Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27-9-2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interno de la electricidad (*DO L 283*, de 27-10-2001).

⁶ Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (*BOE*, núm. 285, de 28 de noviembre de 1997).

encaminadas a brindar mayor certidumbre regulatoria, se aprobó el Real Decreto (RD) 661/2007⁷, norma en virtud de la cual las demandantes establecieron su inversión en España⁸. *Eiser*, ante los problemas de financiación sobrevenidos como consecuencia de la gran recesión económica, entró en negociaciones con una empresa española de ingeniería y construcción (*Elecnor*) para que esta última proporcionara las garantías adicionales exigidas por las entidades financieras que sustentaron su inversión en España, debido a los elevados costes iniciales que había supuesto su establecimiento (y que *Eiser* esperaba conjugar a largo plazo con las retribuciones a la generación de energía eléctrica procedente de fuentes renovables ofrecidas por el régimen regulatorio). En 2009, España promulgó un Real Decreto-ley (RDL)⁹ que introdujo un proceso de preinscripción para limitar el número de proyectos potencialmente elegibles para acogerse al régimen del RD 661/2007¹⁰. A pesar de lo anterior, *Eiser* valoró positivamente esta modificación al considerar que quedaba amparada por el régimen establecido en el RD 661/2007; tanto así, que sus tres plantas (ASTE 1A y 1B y ASTEXOL) fueron registradas y comenzaron a beneficiarse de lo dispuesto por el RD 661/2007¹¹.

La controversia surgió cuando en diciembre de 2012 las Cortes Generales adoptaron la Ley 15/2012¹² que estableció un impuesto del 7% sobre el valor total de toda la energía alimentada a la Red Eléctrica Nacional por los productores de energía y eliminó las primas para la electricidad generada con gas. Esta Ley supuso el inicio de una serie de reformas en el sector de la energía renovable que condujeron a la sustitución del régimen jurídico establecido por el RD 661/2007, entre las que destacan (sin ánimo exhaustivo) las introducidas por el RDL 2/2013¹³, el RDL 9/2013¹⁴, la Ley 24/2013¹⁵ y el RD 413/2014¹⁶. Como consecuencia de estas reformas legislativas¹⁷, las demandantes iniciaron un arbitraje de inversión resuelto mediante el laudo de 4-5-2017, que aborda

⁷ RD 661/2007, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (*BOE*, núm. 126, de 26 de mayo de 2007).

⁸ Son hechos probados que esta inversión ascendió a 126 millones de euros: ver *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI nº ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017, párr. 121).

⁹ RDL 6/2009, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social (*BOE*, núm. 111, de 7 de mayo de 2009).

¹⁰ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI nº ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017, párr. 124).

¹¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 2017, 666-676, pp. 667-669.

¹² Ley 15/2012, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (*BOE*, núm. 312, de 28 de diciembre de 2012).

¹³ RDL 2/2013, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero (*BOE*, núm. 29, de 2 de febrero de 2013).

¹⁴ RDL 9/2013, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (*BOE*, núm. 167, de 13 de julio de 2013).

¹⁵ Ley 24/2013, del Sector Eléctrico (*BOE*, núm. 310, de 27 de diciembre de 2013).

¹⁶ RD 413/2014, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (*BOE*, núm. 145, de 10 de junio de 2014).

¹⁷ LÓPEZ-ESCUADERO, M., “Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *España y la práctica del Derecho Internacional. LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*, Escuela Diplomática, Madrid, 2014, 223-265, pp. 224-237.

conjuntamente tanto las excepciones a la jurisdicción del órgano arbitral interpuestas por España como las cuestiones relacionadas con el fondo de la controversia.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS EN MATERIA DE JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

En línea con la posición que ha venido manteniendo sistemáticamente en otros arbitrajes de inversión¹⁸, España planteó varias excepciones a la jurisdicción del órgano arbitral, la mayoría de las cuales fueron rechazadas¹⁹.

En primer lugar, por lo que se refiere a la jurisdicción *ratione personae*, España arguyó que el TCE no se podía aplicar a las controversias relacionadas con inversiones realizadas dentro de la UE por inversores de otros Estados miembros, en tanto que al formar parte de una única entidad jurídica no podía considerarse a los primeros como inversores de otra parte contratante del TCE. Este argumento, que confunde el plano internacional (vínculo existente entre un inversor extranjero y su Estado de nacionalidad) con el europeo (estatuto de ciudadanía europea), no sedujo al órgano arbitral²⁰. Otro argumento vinculado con este aspecto de la jurisdicción que fue rechazado se basó en el principio de autonomía del Derecho de la UE. España defendió, conforme al artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), el carácter exclusivo de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) para conocer sobre las controversias que afectan a la interpretación de aquel ordenamiento jurídico, entre las que cabría incluir los arbitrajes de inversión que se refieren a la interpretación de acuerdos bilaterales celebrados por los Estados miembros de la UE. Sin embargo, como el arbitraje de inversión no se había desarrollado entre “Estados miembros de la UE”, presupuesto necesario para la aplicación del artículo 344 del TFUE, el órgano arbitral no dio pábulo a esta línea argumentativa²¹.

En segundo lugar, España alegó la falta de jurisdicción *ratione materiae*. En concreto, afirmando que los inversores no habían realizado una inversión en el sentido del TCE y del Convenio CIADI, en tanto que ambos tratados dispondrían la necesidad de que una inversión cumpliera, al menos, con tres requisitos objetivos: aportación de fondos, asunción de un riesgo y duración relativa. El órgano arbitral, a pesar de no valorar si este

¹⁸ REQUENA CASANOVA, M., “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (jurisdicción)”, *REDI*, vol. 68, nº 2, 2016, pp. 359-367.

¹⁹ Algunas de estas excepciones a la jurisdicción han sido también sostenidas en las intervenciones en calidad de *amicus curiae* que la Comisión Europea ha efectuado en los diversos arbitrajes de inversión iniciados contra España y otros Estados miembros de la UE: ver PASCUAL-VIVES, F., “*Amicus Curiae* Intervention in International Investment Law”, en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.) y ARONOVITZ, A. (ass. ed.), *New Developments in International Economic Law: From Relativism to Cooperation*, Schulthess Éditions Romandes, Ginebra/Zúrich 2018, 203-256, pp. 247-253. En el presente arbitraje, a pesar de que la Comisión Europea presentó una solicitud para intervenir en el procedimiento, el órgano arbitral no la admitió, al no haberse comprometido esta institución a hacerse cargo de los costos adicionales de representación legal en que habrían incurrido las partes para responder a esta intervención: ver *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI nº ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017, párrs. 65-66).

²⁰ *Ibidem*, párrs. 187-198.

²¹ *Ibidem*, párr. 204.

concepto objetivo de inversión debía aplicarse, confirmó que estos requisitos estaban presentes en esta controversia²².

También en lo tocante a la jurisdicción *ratione materiae*, en tercer lugar, España argumentó que el Derecho internacional económico no admite las reclamaciones presentadas por los accionistas frente a los supuestos daños sufridos por las sociedades en las que han invertido (reclamaciones indirectas), a pesar de reconocerle a estos individuos legitimación para iniciar un arbitraje de inversión por el perjuicio sufrido en el valor de sus acciones (reclamaciones directas). Al constatar que las demandantes basaron su solicitud de arbitraje en una reclamación directa, el órgano arbitral decidió rechazar esta objeción²³, sin necesidad de debatir en abstracto sobre el problema jurídico que plantea en este sector normativo la distinción entre reclamaciones directas e indirectas.

En cuarto lugar, según España el órgano arbitral tampoco tendría jurisdicción para conocer sobre las reclamaciones de las demandantes relativas a las supuestas violaciones del TCE, derivadas de la adopción del impuesto del 7% sobre el valor de la producción de energía eléctrica creado por la Ley 15/2012, ya que se trataría de una medida impositiva que quedaría excluida del arbitraje conforme al artículo 21.1 del TCE. Recordando el amplio margen de discreción que este tratado otorga a los Estados partes en materia impositiva y afirmando que estas medidas no podían encuadrarse “en un patrón de conducta dirigido a destruir a las demandantes”²⁴, circunstancia esta última que podría haber descartado la invocación del citado precepto²⁵, esta excepción sí fue aceptada por el órgano arbitral.

En quinto lugar, en relación con la reclamación de las demandantes sobre la supuesta expropiación ilícita de su inversión, en parte por medio de la aplicación del impuesto del 7% anteriormente citado, España alegó con éxito el incumplimiento de uno de los requisitos establecidos por el artículo 21.5.b) del TCE, que exige que las reclamaciones de expropiación relativas a medidas impositivas reciban una consideración preliminar por parte de las autoridades fiscales nacionales. El órgano arbitral concluyó que *Eiser* no había sometido ante la autoridad nacional competente su reclamación sobre la aplicación del impuesto con carácter previo a la presentación del arbitraje, como exige el TCE, por lo que esta parte de la demanda no podía someterse a su jurisdicción²⁶.

Por último, en sexto lugar, España alegó una excepción basada en que las demandantes no habrían intentado entablar negociaciones con el Estado en aras de alcanzar una solución amigable de la controversia y tampoco habrían respetado el plazo de tres meses antes de someterla a arbitraje, refiriéndose específicamente a las controversias surgidas

²² *Ibidem*, párr. 228.

²³ *Ibidem*, párrs. 245-248.

²⁴ *Ibidem*, párrs. 270-272.

²⁵ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Rusia* (caso CPA n° AA 227, Laudo de 18-7-2014, párr. 1407).

²⁶ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017, párrs. 282-290).

respecto de las últimas reformas normativas (Ley 24/2013²⁷, RD 413/2014²⁸ y Orden Ministerial IET/1045/2014²⁹), todo ello en contravención del artículo 26 del TCE. En este punto, el órgano arbitral entendió que la controversia había surgido a partir de un conjunto de medidas adoptadas por España, entre las que se incluían las citadas normas. Como las demandantes habían remitido tres cartas al Gobierno español durante el año 2013 notificando la existencia de la controversia, no resultaba necesario que realizaran nuevas notificaciones respecto de cada medida normativa adoptada con posterioridad a esa fecha en el marco de la misma controversia³⁰.

En suma, el órgano arbitral admitió únicamente las excepciones cuarta y quinta, entrando a conocer sobre el resto de los aspectos de la controversia relacionados con el fondo³¹.

III. PROBLEMAS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA

En cuanto al fondo, las demandantes alegaron que la conducta emprendida por las autoridades regulatorias al reemplazar el régimen establecido por el RD 661/2007 era contraria a las obligaciones que España había asumido en virtud del TCE y, en particular, constituía una expropiación de su inversión (artículo 13); la denegación de un trato justo y equitativo (artículo 10.1); el deterioro mediante el sometimiento de su inversión a medidas exorbitantes (artículo 10.1); y el incumplimiento de las obligaciones contraídas con las inversiones de las demandantes (artículo 10.1). Resulta crucial poner énfasis, por tanto, en que el régimen jurídico controvertido en este arbitraje, desarrollado fundamentalmente durante los años 2013 y 2014, es distinto³² al que sendos órganos arbitrales en *Charanne y Construction Investments c. España* e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. España*³³ consideraron conforme con el TCE mediante laudos dictados el 21-1-2016 y el 12-7-2016, respectivamente.

²⁷ Ley 24/2013, del Sector Eléctrico (BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 2013).

²⁸ Real Decreto 413/2014, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE, núm. 145, de 10 de junio de 2014).

²⁹ Orden IET/1045/2014, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (BOE, núm. 150, de 20 de junio de 2014).

³⁰ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI nº ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017, párrs. 318-320).

³¹ En su réplica sobre jurisdicción España introdujo una nueva defensa, según la cual no habría una inversión extranjera porque la potencia instalada en las plantas de *Eiser* superaba el máximo autorizado para acogerse al régimen de incentivos establecido por el RD 667/2007 (50 Megavatios). El órgano arbitral rechazó este argumento, presentado de forma muy precipitada y poco convincente por parte de España, al constatar que “las autoridades regulatorias españolas responsables inspeccionaron cada una de las tres plantas en el año 2013 y 2014 y determinaron que cumplían con los requisitos legales para el Régimen Especial”: ver *Ibidem*, párr. 342.

³² *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE nº 062/2012, Laudo de 21-1-2016, párrs. 452 y 542).

³³ En esta segunda controversia también fueron invocadas algunas de las medidas adoptadas con posterioridad al año 2010 (como la Ley 15/2012), si bien el órgano arbitral no se declaró competente para examinar el fondo de estas reclamaciones: ver *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. España* (caso CCE nº V2013/153, Laudo de 12-7-2016, párrs. 717-741).

Por razones de economía judicial³⁴, el órgano arbitral entendió que las reclamaciones de las demandantes se podían subsumir bajo el artículo 10.1 del TCE y, más en concreto, podían examinarse al calor de la obligación del demandado de conceder a las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo. En otras palabras, en vez de analizar cada uno de los presuntos incumplimientos del TCE por separado, el examen de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo resolvería por completo la reclamación³⁵.

A pesar de haber marcado muy bien las distancias con *Charanne y Construction Investments c. España* e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. España* en el plano sustantivo, a la hora de resolver sobre el fondo el órgano arbitral rechazó concebir esta controversia de manera estanca³⁶. En línea con lo expresado en *Charanne y Construction Investments c. España*, de hecho, el órgano arbitral confirmó que en “ausencia de compromisos explícitos directamente extendidos a los inversores [...] los tratados en materia de inversiones no eliminan el derecho de los Estados a modificar sus regímenes regulatorios para adaptarse a circunstancias y necesidades públicas cambiantes”³⁷ e incluso tomó prestados los parámetros plasmados en el laudo que resolvió aquel arbitraje para ponderar el cumplimiento de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo. Según estos criterios, “un inversor [...] tiene la expectativa legítima de que, al modificar la regulación existente con base en la cual se realizó la inversión, el Estado no actuará de manera irrazonable, contraria al interés público o desproporcionada”³⁸. Asimismo, inspirándose nuevamente en *Charanne y Construction Investments c. España*, declaró que una medida es proporcionada “siempre que los cambios no sean caprichosos o innecesarios, y que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente”³⁹.

Por su parte, el órgano arbitral se aproximó a la interpretación del contenido jurídico de la obligación de conceder un trato justo y equitativo examinando el contexto y el objeto y fin del TCE y concluyendo que “los regímenes regulatorios aplicables a las inversiones existentes no se pueden alterar radicalmente de manera tal que se prive a los inversores que invirtieron en base a dichos regímenes del valor de su inversión”⁴⁰. Así, al menos, es como el órgano arbitral comprende que esta obligación debe entenderse en el contexto

³⁴ Desmarcándose nuevamente de la posición adoptada en anteriores arbitrajes de inversión iniciados contra España: ver PASCUAL-VIVES, F., “El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el caso *Charanne y Construction Investments c. España* (fondo)”, *REDI*, vol. 68, n° 2, 2016, 369-377, pp. 370-375.

³⁵ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017, párrs. 353-356).

³⁶ En el momento de cerrar este trabajo, según los datos que constan en el sitio web de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, España tiene todavía pendientes un total de 35 arbitrajes de inversión que versan sobre el régimen de promoción de la producción de energía a través de fuentes renovables: ver <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/197?partyRole=2> (consultada el 4-5-2018).

³⁷ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017, párr. 362).

³⁸ *Ibidem*, párr. 370.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 382.

del TCE, sin perjuicio de que pueda presentar distintos matices en otros tratados bilaterales o multilaterales sobre protección de las inversiones.

Una vez fijados tanto el contenido jurídico de la obligación controvertida como los parámetros que debían utilizarse para ponderar su cumplimiento al calor del TCE, el órgano arbitral examinó qué impacto habían producido en la inversión las modificaciones normativas introducidas por España a partir del año 2013. Este nuevo régimen jurídico contemplaba una tasa de rentabilidad más reducida para los inversores extranjeros que, en consecuencia, incidía negativamente⁴¹ en los beneficios que estos habían estimado obtener conforme al RD 661/2007. Además de lo anterior, y aquí radica una de las principales razones que justifican que el laudo se decantara en contra de los intereses de España, el sistema de retribución que se aplicó retroactivamente a las demandantes se había diseñado teniendo en cuenta la rentabilidad que obtendría “una planta ‘eficiente’ hipotética”⁴², esto es, una instalación que no se correspondía con el tipo de planta que *Eiser* había establecido con el propósito de maximizar las oportunidades de rentabilidad que le ofrecía el RD 661/2007⁴³.

El nuevo sistema de retribución implementado por España, a juicio del órgano arbitral, fue introducido de manera drástica y abrupta⁴⁴ y no tuvo en cuenta “las características financieras y operativas específicas de las plantas [ya] existentes”⁴⁵, a pesar de que el regulador debió haber previsto que la instalación de estas últimas había requerido una “importante inversión de capital inicial y [que] contarían con un alto nivel de apalancamiento”⁴⁶. En consecuencia, la entrada en vigor del nuevo régimen regulatorio tuvo como efecto sobre las inversiones de las demandantes no sólo una disminución de la rentabilidad (algo que ya había sucedido en *Charanne y Construction Investments c. España*⁴⁷), sino que esta retribución se situaba incluso por debajo de los costes derivados de atender el servicio de la deuda incurrida por los inversores para establecerse, privándoles de “esencialmente todo el valor de su inversión”⁴⁸. Por todo lo anterior, se declaró la responsabilidad internacional de España por el incumplimiento de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo.

En lo tocante al cálculo de la indemnización, teniendo en cuenta que el TCE no establece un estándar aplicable a las indemnizaciones derivadas de un incumplimiento de la obligación de brindar un trato justo y equitativo (solo lo recoge para el caso de las expropiaciones), el órgano arbitral se esforzó por justificar la idoneidad del estándar

⁴¹ *Ibidem*, párrs. 389, 392 y 396.

⁴² *Ibidem*, párrs. 393 y 399.

⁴³ En el laudo se citan algunos informes de la Comisión Nacional de la Energía, del Consejo de Estado y de los empresarios del sector de las energías renovables en España donde se cuestionaba el impacto que podía tener el nuevo régimen retributivo implantado a partir del año 2013: ver *Ibidem*, párr. 407.

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 387.

⁴⁵ *Ibidem*, párrs. 400 y 413-414.

⁴⁶ *Ibidem*, párrs. 409.

⁴⁷ *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE n° 062/2012, Laudo de 21-1-2016, párr. 284).

⁴⁸ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI n° ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017, párr. 418).

utilizado, ante el elevado número de litigios todavía pendientes contra España que podrían invocar este laudo como referencia, que no como precedente.

En este ámbito, como habían solicitado las demandantes, aceptó determinar la indemnización calculando el valor presente de los flujos de caja futuros que se perdieron como consecuencia de las medidas controvertidas, cuyos efectos plenos se produjeron a partir de junio de 2014⁴⁹, excluyéndose del cálculo final algunos aspectos que las demandantes también habían solicitado⁵⁰. El órgano arbitral entendió que este método de valoración resultaba “apropiado y eficaz para obtener la valoración de un negocio que opera como empresa en funcionamiento antes de la adopción de acciones gubernamentales adversas”⁵¹, descartando las distintas objeciones planteadas por los peritos de España. Es más, con relación al peritaje el órgano arbitral añadió que “los informes de valoración de Brattle y su testimonio en la Audiencia fueron completos y profesionales, y el Demandado y sus peritos no abordaron los supuestos y cálculos específicos de los informes de manera que haga que el Tribunal cuestione las principales conclusiones a las que se arribó”⁵². Una afirmación que deja más que en evidencia⁵³ algunos de los argumentos sostenidos por los peritos y expertos contratados por España.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como ya se ha venido señalando en anteriores volúmenes de esta revista⁵⁴, los cambios normativos introducidos por España en el sector de las energías renovables durante los últimos años han dado lugar a una de las sagas más prolíficas en el arbitraje de inversión contemporáneo. A la fecha de cierre de este trabajo hay registrados (al menos de forma pública) un total de 40 arbitrajes de inversión contra España basados en las reformas legislativas adoptadas en este sector, de los que 5 ya han superado la fase sobre el fondo de la controversia o incluso han finalizado, con distintos resultados. En dos ocasiones los órganos arbitrales resolvieron a favor del Estado⁵⁵, mientras que otros dos arbitrajes han caído del lado de los inversores extranjeros⁵⁶ y en otro el inversor desistió de su demanda, después de haberla presentado⁵⁷.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 458.

⁵⁰ Entre los conceptos que el órgano arbitral entendió que no debían ser objeto de indemnización destacan una compensación porque la vida útil de las plantas ascendía (según *Eiser*) a 40 años (y no a 25 años como indicaba el informe de *due diligence* solicitado por las demandantes al establecer su inversión), la obtención de la indemnización neta de impuestos (es decir, incluyendo los impuestos que las demandantes deberían abonar cuando percibieran la indemnización) y las pérdidas sufridas antes de junio de 2014 (los denominados “daños históricos”): ver *Ibidem*, párrs. 445-446, 453-456 y 458-459, respectivamente.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 465.

⁵² *Ibidem*, párr. 472.

⁵³ En este orden de cosas: ver *Ibidem*, párrs. 390, 395 y 405.

⁵⁴ En la sección “Crónica sobre la solución de las controversias en materia de inversiones extranjeras”: ver nº 25, 2013, 1-90, p. 81; nº 27, 2014, 1-91, pp. 83-84; nº 29, 2015, 1-126, p. 125; nº 31, 2016, 1-192, p. 186; y nº 33, 2017, 1-230, pp. 224-225.

⁵⁵ *Charanne y Construction Investments c. España* (caso CCE nº 062/2012, Laudo de 21-1-2016); e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. España* (caso CCE nº V2013/153, Laudo de 12-7-2016).

⁵⁶ *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* (caso CIADI nº ARB/13/36, Laudo de 4-5-2017); y *Novenergia c. España* (caso CCE nº 063/2015, Laudo de 15-2-2018).

⁵⁷ *Solarpark Management GmbH & Co. Atum I KG c. España* (caso CCE nº 2015/163).

La decisión adoptada en *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España*, que en estos momentos está siendo examinada por una comisión *ad hoc* de anulación tras el recurso interpuesto por España⁵⁸, rompe la racha favorable a España que se había iniciado con *Charanne y Construction Investments c. España* e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. c. España*, si bien no es menos cierto que en los dos últimos casos los arbitrajes de inversión se plantearon sobre la base de las modificaciones normativas introducidas en el año 2010 y no en relación con las medidas adoptadas durante los años 2013 y 2014, precisamente las que fueron controvertidas en *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España*. Sabedor del impacto jurídico que este laudo puede tener sobre las reclamaciones todavía pendientes, el órgano arbitral hizo un “esfuerzo pedagógico” por explicar y justificar las razones que le llevaron tanto a concluir la responsabilidad internacional de España, como a seleccionar el método del valor presente de los flujos de caja futuros como el adecuado para calcular la indemnización que le correspondía a *Eiser*⁵⁹.

Para finalizar, interesa recordar que en este sector normativo del ordenamiento internacional no existe la “doctrina del precedente”⁶⁰, sin perjuicio de que el laudo dictado en *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. c. España* será, sin lugar a dudas, utilizado repetidamente como argumento de ambiente o atmósfera en los arbitrajes de inversión todavía pendientes contra España, su impacto en estos procedimientos no puede ser más que relativo⁶¹. Y ello no sólo porque no sienta un precedente jurisprudencial, en sentido estricto, sino porque, además, el órgano arbitral constató la violación de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo al concluir que los inversores extranjeros habían sido privados “esencialmente de todo el valor de su

⁵⁸ El 20-4-2018, tras la renuncia de uno de sus miembros, la comisión *ad hoc* de anulación fue reconstituida y está presidida por R. Ramírez Hernández (mexicano) y compuesta por D. Hascher (francés) y M. Ali Khan (pakistani). Esta comisión está llamada a examinar si concurren alguna de las causas de anulación previstas en el artículo 52 del Convenio CIADI, circunstancias de anulación que han sido concebidas de manera muy estricta en la práctica arbitral, dado que en ningún caso dan pie a plantear una apelación del laudo: ver *Daimler Financial Services A.G. c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/05/1, Decisión sobre anulación de 7-1-2015, párrs. 76, 186, 188, 189 y 277); y *Total S.A. c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/04/01, Decisión sobre anulación de 1-2-2016, párrs. 164-165).

⁵⁹ La demandante ha solicitado la ejecución del laudo ante los tribunales del Estado de Nueva York, que la están despachando de manera plenaria, es decir, emplazando formalmente al Estado en este procedimiento: ver *No. 17 Civ. 3808 (LAK), slip op. (S.D.N.Y. Nov. 13, 2017)*.

⁶⁰ Algunos órganos arbitrales del CIADI han declarado que no se encuentran vinculados por las decisiones arbitrales anteriores, si bien, han expresado la conveniencia de tomarlas en consideración: ver *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (caso CIADI nº ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párr. 119); y *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentina* (caso CIADI nº ARB/03/23, Decisión sobre anulación de 5-2-2016, párr. 295).

⁶¹ Por lo que se refiere a la parte del laudo relacionada con la jurisdicción, tras la sentencia dictada por el TJUE el 6-3-2018 donde confirma la autonomía del Derecho de la UE sobre los acuerdos bilaterales de protección de las inversiones celebrados entre los Estados miembros de la UE, cabe preguntarse hasta qué punto la posición uniforme mantenida por los órganos arbitrales hasta ahora, descartando sistemáticamente las excepciones a la jurisdicción planteadas por España basadas en la supuesta incompatibilidad de su jurisdicción con el artículo 344 del TFUE, puede variar si España (y/o la Comisión Europea en calidad de *amicus curiae*) invocan esta sentencia en los arbitrajes todavía pendientes: ver Sentencia de 6-3-2018, *República Eslovaca c. Achmea B.V.*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

inversión”. Este estándar (nada laxo) será el que deban demostrar otros inversores extranjeros.

Los próximos órganos encargados de dirimir arbitrajes de inversión relacionados con las reformas normativas emprendidas por España en el sector de las energías renovables tendrán que examinar las circunstancias particulares y originales en las que se efectuó y estableció la inversión para concluir el impacto que sobre ellas tuvo el nuevo régimen normativo implementado por España a partir de 2013 y, en su caso, declarar la responsabilidad internacional del Estado siempre que los inversores extranjeros demuestren que el impacto sufrido por su inversión como consecuencia de aquellas reformas fue, al menos, tan radical y dramático como el que experimentó *Eiser*.

DELIMITACIÓN MARÍTIMA ENTRE GHANA Y COSTA DE MARFIL (SENTENCIA DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2017, CASO NÚMERO 23)

Eduardo Jiménez Pineda*

I. HECHOS

El Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM), mediante Sentencia de 23 de septiembre de 2017¹ dictada por unanimidad por una Sala *ad hoc* (*Special Chamber*), constituida con arreglo al artículo 15 de su Estatuto y compuesta por cinco jueces², delimitó la frontera de todos los espacios marítimos entre Ghana y Costa de Marfil, incluida la plataforma continental situada más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base. En dicha sentencia se pueden destacar algunos aspectos jurisdiccionales, como la transferencia del asunto, a través de un compromiso, desde un arbitraje del Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) a una Sala *ad hoc* del TIDM, la declaración por la Sala de su competencia para establecer una línea fronteriza más allá de las 200 millas marinas, a pesar de no contar con las recomendaciones de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLCS, por sus siglas en inglés), así como la de su jurisdicción para conocer sobre la posible responsabilidad internacional de Ghana, aun cuando ésta no se recogía en el compromiso concluido entre ambos Estados para someter la controversia al TIDM. Igualmente, son dignos de consideración ciertos elementos característicos del fondo del asunto, a saber: el análisis de la Sala *ad hoc* sobre la alegación de la existencia de un acuerdo tácito en relación con el establecimiento de fronteras marítimas, el seguimiento del ya consolidado método de delimitación marítima de las tres etapas (línea provisional media o equidistante, circunstancias relevantes y test de proporcionalidad), la utilización de una línea única para delimitar la zona económica exclusiva (ZEE) y la plataforma continental, la interpretación del artículo 83 de la CNUDM y los pronunciamientos respecto a la posible existencia de responsabilidad internacional de Ghana por la realización y autorización de prospecciones petroleras en zonas de la plataforma continental no delimitadas y, además, disputadas entre dicho país y Costa de Marfil, responsabilidad internacional que la Sala *ad hoc* desestimó. Los pronunciamientos de la Sala relativos a esta responsabilidad internacional tendrán, previsiblemente,

* Becario de la Nippon Foundation en el Tribunal Internacional del Derecho del Mar 2017/2018. Doctorando y contratado predoctoral FPU de Derecho internacional público en la Universidad de Córdoba (eduardo.jimenez.pineda@uco.es). Los documentos relativos al caso comentado pueden consultarse en <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-23/#c2359>. Todas las páginas webs citadas han sido consultadas por última vez el 14 de mayo de 2018 y las traducciones son propias.

¹ *Delimitation of the maritime boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017*, en prensa.

² Los cinco jueces que integraron la Sala fueron los siguientes: Paik, Wolfrum, Bouguetaia (que actuó como Presidente de la misma), *ad hoc* Mensah (nominado por Ghana y nacional de dicho Estado) y *ad hoc* Abraham (nominado por Costa de Marfil y de nacionalidad francesa).

repercusiones importantes en relación con la realización o autorización unilateral por Estados de prospecciones petroleras y gasísticas en áreas marítimas objeto de controversia.

Ghana y Costa de Marfil son dos Estados vecinos con costas adyacentes en el Golfo de Guinea, en el Océano Atlántico, una zona con importantes reservas de hidrocarburos. En 2007 y, posteriormente, en 2009, Ghana descubrió grandes yacimientos de petróleo en un área de la plataforma continental limítrofe con Costa de Marfil³. Como reacción, este último Estado protestó en varias ocasiones durante 2009 las prospecciones petroleras que Ghana estaba desarrollando, por sí misma y por medio de un consorcio de empresas liderado por la compañía *Tullow Oil*, alegando que dichas “actividades invasivas” tenían lugar en el área marítima disputada⁴. Posteriormente, ambos Estados entablaron negociaciones bilaterales para llegar a un acuerdo sobre la delimitación de sus fronteras marítimas. Sin embargo, el 21 de noviembre de 2014 Ghana inició los trámites para la constitución de un tribunal arbitral, conforme al Anexo VII de la CNUDM, que conociera de la delimitación de las fronteras marítimas entre este Estado y Costa de Marfil⁵. No obstante, con ocasión de las consultas ante el Presidente del TIDM, previstas en el artículo 3 e) del Anexo VII CNUDM para que, en casos de falta de nombramiento o de falta de acuerdo de las partes sobre el nombramiento de uno o varios árbitros, aquel designe los restantes miembros del tribunal arbitral, ambas partes celebraron, el 3 de diciembre de 2014, un compromiso (*Special Agreement*) para someter la delimitación de sus fronteras marítimas a una Sala *ad hoc* del TIDM, que se constituiría con arreglo al artículo 15.2 de su Estatuto⁶.

Tres meses más tarde, el 27 de febrero de 2015, Costa de Marfil solicitó a la Sala *ad hoc*, en virtud del artículo 290.1 CNUDM, la adopción de medidas provisionales consistentes, fundamentalmente, en la suspensión inmediata de todas las actividades petroleras de Ghana en las áreas marítimas objeto de controversia y en la abstención de este último país de realizar actividades unilaterales que pudieran poner en peligro los derechos de Costa de Marfil y agravar la controversia. Este procedimiento incidental concluyó el 25 de abril de 2015 cuando la Sala *ad hoc* dictó Auto (*Order*) de medidas provisionales. En su virtud, Ghana debía asegurar que no realizaría nuevas prospecciones en el área marítima disputada y monitorizar sus actividades en dicho área para prevenir graves daños al medio ambiente⁷. Igualmente, la Sala establecía en su auto las obligaciones para ambas partes de cooperar, tomar medidas para evitar posibles daños al medio ambiente en el área

³ YIALLOURIDES, C., y ROSE DONNELLY, E., “Analysis of Dispute Concerning the Maritime Boundary between Ghana and Cote d’Ivoire in the Atlantic Ocean”, *European Journal of International Law Talk*, Octubre 2017, que puede consultarse en <https://www.ejiltalk.org/part-ii-analysis-of-dispute-concerning-delimitation-of-the-maritime-boundary-between-ghana-and-cote-divoire-in-the-atlantic-ocean/>.

⁴ (*Ghana/Côte d’Ivoire*), *Judgment*, para. 133.

⁵ *Ibidem*, para. 1.

⁶ *Ibidem*, para. 3. Dicho artículo dispone que “cuando las partes lo soliciten, el Tribunal constituirá una sala para conocer de una controversia que se le haya sometido. El Tribunal determinará, con la aprobación de las partes, la composición de esa sala”.

⁷ *Delimitation of the maritime boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire)*, *Order of 25 April 2016*, *ITLOS Reports 2016*, p. 166, para. 108.

controvertida y abstenerse de cualquier acción unilateral que pudiera agravar la controversia⁸.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

1. Aspectos jurisdiccionales y derecho aplicable

Al examinar de oficio su jurisdicción, la Sala resolvió que esta concurría debido a la existencia del compromiso entre Ghana y Costa de Marfil para transferir, desde un procedimiento arbitral del Anexo VII de la CNUDM al TIDM⁹, la competencia para conocer de la delimitación marítima entre ambos Estados¹⁰. En consecuencia, se consideró competente para la delimitación de la frontera marítima en el mar territorial, la ZEE y la plataforma continental (hasta las 200 millas marinas) entre Ghana y Costa de Marfil¹¹. Desde el punto de vista jurisdiccional, resulta más interesante la declaración por la Sala de su jurisdicción tanto para establecer la frontera marítima de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas como para conocer sobre la posible responsabilidad internacional de Ghana.

Respecto a la jurisdicción para delimitar la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, la Sala siguió el criterio del TIDM en el caso *Bangladesh/Myanmar*¹². En dicho caso, el TIDM consideró que “la ausencia de límites establecidos de una zona marítima no precluye la delimitación de dicha zona”¹³ y declaró que si bien “la Comisión (CLCS) tiene por función hacer recomendaciones a los Estados ribereños relativas a la fijación del límite exterior de la plataforma continental”, lo hace “sin perjuicio de la delimitación de los espacios marítimos” y, además, “la función del arreglo de controversias relativas a la delimitación de espacios marítimos está confiada, en virtud del artículo 83 y de la Parte XV de la Convención, a las cortes y tribunales

⁸ *Idem*.

⁹ Es el quinto caso en el que se produce una transferencia de jurisdicción desde un procedimiento arbitral del Anexo VII de la Convención al TIDM, ya sea a una de sus Salas *ad hoc* o a su Pleno. Los cuatro casos anteriores fueron: 1) *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment, ITLOS Reports 1999, p. 10; 2) *Conservation and Sustainable Exploitation of Swordfish Stocks (Chile/European Union)*, Order of 16 December 2009, ITLOS Reports 2008-2010, p. 13; 3) *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, p. 4; y 4) *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, ITLOS Reports 2014, p. 4. Sobre la jurisdicción del TIDM en los casos de transferencia desde un arbitraje del Anexo VII de la CNUDM, ver GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., *The contentious and advisory jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, p. 187 ss.

¹⁰ (*Ghana/Côte d’Ivoire*), Judgment, para. 87. La jurisdicción fue abordada en los párrafos 76-90. A lo largo de los mismos la Sala constató que ambos Estados son parte en la CNUDM (para. 83) y que la controversia era relativa a la interpretación o aplicación de la Convención (para. 85).

¹¹ *Ibidem*, para. 88.

¹² *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, p. 4. En el párrafo 391 de dicha sentencia, el TIDM declaró que “una decisión por el Tribunal de no ejercer su jurisdicción sobre la controversia relativa a la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas dejaría en suspenso el arreglo de una controversia de larga duración y comprometería la aplicación eficaz de la Convención”.

¹³ *Ibidem*, para. 370.

internacionales”¹⁴. Así, a pesar de la ausencia de recomendaciones de la CLCS, la Sala decidió que tenía jurisdicción para la delimitación de la plataforma continental extendida, la cual delimitó hasta el límite de su borde exterior mediante la misma línea trazada para la plataforma continental hasta las 200 millas marinas¹⁵.

En cuanto a la jurisdicción para decidir sobre la responsabilidad internacional de Ghana, la Sala *ad hoc* no la entendió expresamente incluida en el compromiso¹⁶. Sin embargo, la Sala decidió que era competente para conocer sobre este aspecto como consecuencia de la conducta de las partes durante el procedimiento (*forum prorogatum*) y de los artículos 286 y 288 CNUDM, que no prohíben decidir sobre responsabilidad internacional, en relación con el artículo 293.1, que prevé el recurso a otras normas de Derecho internacional distintas de la Convención¹⁷.

2. El fondo del asunto

La primera de las tres cuestiones jurídicas fundamentales resueltas por la sentencia dictada por la Sala *ad hoc* del TIDM es la relativa a la posible existencia de un acuerdo tácito de delimitación marítima¹⁸. En este sentido, Ghana pretendía que la Sala declarara como frontera marítima la línea equidistante de conformidad con un supuesto acuerdo tácito que, según alegaba, habría sido reconocido por ambos Estados y respetado en la práctica, especialmente, en la constante “práctica petrolera”¹⁹. De esta forma, según Ghana, tanto este país como Costa de Marfil habrían llevado a cabo sus “actividades petroleras” y autorizado las distintas concesiones en su lado respectivo de dicha línea equidistante, que sería respetada como “límite”²⁰. Sin embargo, la Sala rechazó, aunque solo en principio por las razones que veremos más adelante, este argumento ghanés, debido a varios motivos entre los que destacan la insuficiencia de los mapas de concesiones petroleras aportados, de la legislación interna referida y de las solicitudes realizadas a la CLCS para probar la existencia del acuerdo tácito²¹ o la consideración de que las evidencias relativas “a las actividades petroleras en el lecho y el subsuelo marino son de limitado valor para probar la existencia de una frontera completa que delimite no solo el lecho y el subsuelo marino sino también las aguas suprayacentes”²². Además, la Sala desestimó un posible *estoppel* respecto a la frontera marítima, alegado por Ghana, tomando en consideración las reiteradas protestas de Costa de Marfil ante distintas concesiones petroleras ghanesas en el área marítima controvertida²³. Por tanto, el TIDM declaró que la incertidumbre respecto a la frontera marítima motivaba la conclusión de la

¹⁴ *Ibidem*, para. 376.

¹⁵ (*Ghana/Côte d’Ivoire*), *Judgment*, paras. 489-495, 527 y 526.

¹⁶ *Ibidem*, para. 550. A lo largo de los párrafos 545 a 549, la Sala *ad hoc* interpreta el contenido del compromiso que, en tanto que tratado internacional, debe ser interpretado de acuerdo con los criterios recogidos en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

¹⁷ *Ibidem*, paras. 552, 554 y 555.

¹⁸ *Ibidem*, paras. 100-228.

¹⁹ *Ibidem*, paras. 102, 104 y 113.

²⁰ *Ibidem*, paras. 115 y 116.

²¹ *Ibidem*, para. 217, 219 y 224.

²² *Ibidem*, para. 226.

²³ *Ibidem*, paras. 229-246. Véanse paras. 230, 235, 243, 244 y 246.

inexistencia de un acuerdo tácito de delimitación²⁴. A este respecto, resultan relevantes los siguientes pronunciamientos de la Sala *ad hoc*:

“la práctica petrolera, sin importar lo constante que sea, no puede por sí misma establecer la existencia de un acuerdo tácito sobre una frontera marítima (...)” y “equiparar límites de concesiones petroleras con una frontera marítima sería equivalente a penalizar a un Estado por ejercer precaución y prudencia (...)”²⁵.

La segunda cuestión de fondo fundamental de la sentencia es la delimitación de la frontera marítima²⁶. No habiendo admitido la existencia del acuerdo tácito, la Sala *ad hoc* procedió a delimitar todos los espacios marítimos aplicando el mismo método y mediante una única línea fronteriza²⁷, como ya hiciera en el anterior caso de delimitación marítima del que conoció el TIDM (*Bangladesh/Myanmar*)²⁸, aunque, lógicamente, podría haber empleado líneas fronterizas distintas para las diferentes zonas marítimas. A pesar de la invocación por Costa de Marfil del método de la bisectriz del ángulo y debido a la ausencia de complejidades geográficas, como la presencia de islas²⁹, la Sala utilizó el método de la equidistancia/circunstancias relevantes que definió como “el método de delimitación que ha sido practicado abrumadoramente por los tribunales y cortes internacionales en las últimas décadas”³⁰.

Para realizar la delimitación, la Sala identificó las costas y zonas relevantes y los puntos de base situados en la línea de bajamar, que fueron distintos de los señalados por las partes en controversia³¹. Desde dichos puntos de base, la Sala, en la primera etapa, trazó la línea provisional equidistante y, en la segunda, examinó la existencia de circunstancias relevantes que pudieran requerir un ajuste de la línea provisional para alcanzar un resultado equitativo. Respecto a esta segunda etapa, la Sala no consideró como circunstancias relevantes los factores geográficos (concavidad de la costa marfileña y geografía de la península ghanesa de Jomoro, alegados por Costa de Marfil³²) ni tampoco las circunstancias no geográficas (localización de recursos minerales, alegada por Costa de Marfil, y conducta de las partes, relacionada con las prospecciones e invocada por Ghana)³³. En consecuencia, la Sala *ad hoc* no ajustó la línea equidistante, para el mar

²⁴ *Ibidem*, paras. 227 y 228.

²⁵ *Ibidem*, paras. 215 y 225, respectivamente.

²⁶ *Ibidem*, paras. 247-540.

²⁷ *Ibidem*, paras. 278 y 259-263.

²⁸ (*Bangladesh/Myanmar*), *Judgment*, p. 54, para. 181.

²⁹ (*Ghana/Côte d'Ivoire*), *Judgment*, paras. 285 y 288.

³⁰ *Ibidem*, para. 289. En el párrafo 281, la Sala cita como ejemplos de casos en los que se ha empleado dicho método: 1) *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, ITLOS; y 2) *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India*, Award of 7 July 2014.

³¹ *Ibidem*, paras. 387-400.

³² *Ibidem*, paras. 411-426 y 427-436.

³³ *Ibidem*, paras. 437-455 y 456-479, respectivamente. La Sala acogió el criterio generalmente seguido por la jurisprudencia internacional por el cual las circunstancias no geográficas no se consideran circunstancias relevantes que justifiquen la modificación de la línea provisional equidistante (por todos, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, *Judgment*, ICJ Reports 2002, p. 303).

territorial, la ZEE y la plataforma continental hasta las 200 millas marinas, trazada provisionalmente en la etapa anterior³⁴.

La tercera y última fase de la delimitación, consistente en el test de proporcionalidad, concluyó con la declaración de la Sala *ad hoc* de que el resultado alcanzado a lo largo de las dos etapas anteriores no era desproporcionado³⁵. Por consiguiente, la Sala estableció los seis puntos de coordenadas que definen la frontera única de todos los espacios marítimos entre Ghana y Costa de Marfil³⁶.

La última cuestión nuclear y, probablemente, la más controvertida de esta sentencia, es la relativa a la existencia o no de responsabilidad internacional de Ghana³⁷, alegada por Costa de Marfil, en virtud de la posible violación de los derechos soberanos marfileños, mediante la práctica petrolera de Ghana en la zona marítima disputada, la hipotética violación del artículo 83 de la CNUDM y la supuesta actuación de Ghana en contradicción con el Auto de medidas provisionales³⁸. Esta cuestión únicamente había sido abordada con anterioridad por el tribunal arbitral, constituido conforme al Anexo VII CNUDM, que conoció del caso *Guyana c. Surinam* en 2007³⁹.

A este respecto, al resolver si las prospecciones petroleras, realizadas por un Estado en un área marítima no delimitada y disputada, pueden generar responsabilidad internacional cuando esas actividades se realizan en una parte del área marítima atribuida al otro Estado por una sentencia, la Sala *ad hoc* declaró que únicamente la sentencia de delimitación establece qué parte de plataforma continental corresponde a cada uno de los Estados en litigio, reconociéndole un derecho prioritario con respecto al otro y teniendo una naturaleza constitutiva y no meramente declarativa⁴⁰. En este sentido, entre las afirmaciones de la Sala nos parece destacable:

“las actividades marítimas emprendidas por un Estado en un área de plataforma continental que ha sido atribuida a otro Estado por una sentencia internacional no pueden ser consideradas en violación de los derechos soberanos de este último si aquellas actividades fueron llevadas a cabo con anterioridad a que la sentencia fuera emitida y si el área en cuestión era objeto de pretensiones realizadas de buena fe por ambos Estados”⁴¹.

Finalmente, la Sala analizó si Ghana había violado sus obligaciones prescritas por el artículo 83, apartados 1 y 3 CNUDM. Respecto al primer apartado, relativo a la obligación de conducta de negociar de buena fe, la Sala *ad hoc* declaró que no había sido violado por Ghana debido a la existencia de negociaciones sobre delimitación de los espacios marítimos entre ambos Estados, que tuvieron lugar durante seis años, y a la ausencia de

³⁴ *Ibidem*, paras. 480 y 481.

³⁵ *Ibidem*, para. 538. La Sala fundamentó esta conclusión en la similitud entre el ratio de la longitud de las costas relevantes (aproximadamente 1:2.53 a favor de Costa de Marfil, para. 536) y el ratio de las áreas marítimas adjudicadas (aproximadamente 1:2.02 a favor, también, de Costa de Marfil, para. 537).

³⁶ *Ibidem*, paras. 539 y 540.

³⁷ *Ibidem*, paras. 541-659.

³⁸ *Ibidem*, para. 544.

³⁹ *Guyana c. Surinam, Laudo arbitral de 17 de septiembre de 2007, Tribunal Arbitral del Anexo VII de la CNUDM*, <https://www.pcacases.com/web/sendAttach/902>.

⁴⁰ (*Ghana/Côte d'Ivoire*), *Judgment*, paras. 589 y 591.

⁴¹ *Ibidem*, para. 592.

pruebas suficientes aportadas por Costa de Marfil⁴². En cuanto al tercer apartado, que configura dos obligaciones de conducta interconectadas consistentes en “hacer todo lo posible para concertar arreglos provisionales de carácter práctico” y “durante este período de transición, no poner en peligro u obstaculizar la conclusión del acuerdo definitivo”, la Sala *ad hoc* declaró que las actividades petroleras de Ghana, en las áreas marítimas controvertidas, no lo habían infringido debido a las tres razones siguientes: 1) Costa de Marfil no había requerido a Ghana negociar arreglos provisionales de carácter práctico; 2) Ghana había suspendido sus actividades en el área marítima disputada aplicando el Auto de medidas provisionales de 25 de abril de 2015; y 3) dichas actividades se realizaron únicamente en el área marítima que la Sala *ad hoc* atribuyó a Ghana⁴³. Tomando en consideración lo anterior, la Sala resolvió que ninguna de las actividades emprendidas por Ghana había generado responsabilidad internacional⁴⁴.

3. Las dos opiniones separadas

La sentencia contó con dos opiniones separadas emitidas por el Juez Paik y el Juez *ad hoc* Mensah (nominado por Ghana). En su opinión separada, el Juez Paik reflejó una postura muy crítica en relación con los pronunciamientos de la sentencia respecto a la responsabilidad internacional, encontrando insuficientes y poco convincentes las razones esgrimidas por la Sala para concluir la ausencia de responsabilidad internacional de Ghana⁴⁵. En este sentido, entendió que Ghana había violado su obligación prescrita por el artículo 83.3 CNUDM de no poner en peligro el alcance del acuerdo final mediante sus actividades unilaterales altamente invasivas, a pesar de las reiteradas protestas de Costa de Marfil⁴⁶. Según Paik, esta obligación se infringiría cuando un Estado no ejerce la precaución debida hasta la consecución del acuerdo, con independencia de a quién se le adjudique el área disputada, y el valor de la misma disminuiría significativamente si se exonera de responsabilidad al Estado que emprende acciones que ponen en peligro el acuerdo final⁴⁷. Así, el Juez Paik expuso que, tras la sentencia, los Estados pueden encontrar menos razones para ejercer precaución en áreas marítimas controvertidas⁴⁸. Respecto a la opinión separada del Juez *ad hoc* Mensah⁴⁹, puede indicarse que constituye, en realidad, una declaración, por cuanto no se aparta del criterio de la Sala, limitándose a reafirmar su adhesión a los pronunciamientos contenidos en la sentencia. Teniendo en cuenta el contenido insatisfactorio de la sentencia para las pretensiones marfileñas, puede resultar llamativa la ausencia de una opinión separada emitida por el Juez *ad hoc* Abraham, nominado por Costa de Marfil.

⁴² *Ibidem*, paras. 604 y 605.

⁴³ *Ibidem*, paras. 626-629 y 631-633.

⁴⁴ *Ibidem*, para. 659.

⁴⁵ *Delimitation of the maritime boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017*, Separate Opinion of Judge Paik, para. 1.

⁴⁶ *Ibidem*, para. 16.

⁴⁷ *Ibidem*, para. 17.

⁴⁸ *Ibidem*, para. 18.

⁴⁹ *Delimitation of the maritime boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017*, Separate Opinion of Judge *ad hoc* Mensah.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La sentencia comentada está en línea con la jurisprudencia internacional anterior en materia de delimitación marítima, por cuanto acude de nuevo al método de las tres etapas (también llamado de equidistancia/circunstancias relevantes) para trazar una única frontera para los diferentes espacios marítimos. Igualmente, está en consonancia con la jurisprudencia previa cuando atribuye una mayor importancia a las circunstancias geográficas que a las no geográficas, como la práctica petrolera entre los Estados. Sin embargo, la interpretación del alegado acuerdo tácito realizada por la sentencia puede restringir notablemente su virtualidad en procedimientos de delimitación marítima aún cuando, previamente, un acuerdo tácito en relación con una frontera marítima fue admitido por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Perú c. Chile*⁵⁰. En realidad, la desestimación del acuerdo tácito y de la práctica petrolera, como circunstancia relevante para corregir la línea equidistante, es más teórica que práctica, por cuanto la línea fronteriza establecida por la Sala *ad hoc* del TIDM es muy similar a la pretendida por Ghana en virtud del citado acuerdo tácito y, coincidentemente, otorga a Ghana todas las áreas marítimas disputadas en las que dicho Estado ya estaba realizando prospecciones petroleras⁵¹.

En cuanto a la existencia de responsabilidad internacional por actividades realizadas en áreas marítimas no delimitadas y disputadas, la sentencia aclara que aquellas no violan los derechos soberanos de otros Estados y no generan responsabilidad internacional siempre que se realicen, con anterioridad al pronunciamiento de sentencia, en un área marítima objeto de pretensiones realizadas de buena fe por ambos Estados. Este extremo de la sentencia puede ser fácilmente interpretado de una manera sesgada por los Estados, entendiendo que sus actividades unilaterales en la ZEE o en la plataforma continental no violarían los derechos soberanos del otro Estado, cuando actuasen de buena fe, en el convencimiento de que esas áreas marítimas están bajo su soberanía⁵². En consecuencia, el razonamiento de la Sentencia parece sugerir que la solución más factible en estas situaciones es solicitar, antes del comienzo de las prospecciones unilaterales, medidas provisionales, con arreglo a la Parte XV de la CNUDM, considerando que estas actividades pueden modificar las características físicas de la plataforma continental y causar un perjuicio no compensable económicamente⁵³. Sin embargo, esta práctica puede resultar perversa, dando lugar a pretensiones infundadas de Estados sobre áreas marítimas no delimitadas, en las que las prospecciones emprendidas de buena fe por otros Estados podrían ser paralizadas, con los consiguientes graves perjuicios económicos, sobre todo, en casos de países en desarrollo como, por ejemplo, Ghana.

En su interpretación de las obligaciones contenidas en el artículo 83.3 CNUDM, la Sala *ad hoc* declara que ambas obligaciones de conducta no se infringen si se suspenden las actividades en las áreas marítimas disputadas (en cumplimiento de un auto de medidas

⁵⁰ *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment, I.C.J. Reports 2014, p. 3. Véanse párrafos 102 ss.

⁵¹ PEIRIS, N., "Ghana v. Ivory Coast", *American Journal of International Law*, Volume 112, Issue 1, 2018, pp. 88-93, p. 93.

⁵² Véase (*Ghana/Côte d'Ivoire*), Judgment, para. 592.

⁵³ YIALLOURIDES, C., y ROSE DONNELLY, E., *op. cit.*

provisionales) y si, finalmente, la sentencia adjudica dichas áreas al Estado que desarrolló las actividades, en este caso Ghana, incluso asumiendo que algunas de las actividades tuvieran lugar en zonas atribuidas por la sentencia al otro Estado, esto es, a Costa de Marfil. En este sentido, algunos autores son muy críticos al entender que hubiera sido preferible considerar que las prospecciones unilaterales en un área marítima controvertida suponen una violación de la obligación prescrita por el artículo 83.3 CNUDM para no enviar un mensaje equivocado a Estados con zonas marítimas no delimitadas y disputadas, tentados a realizar o autorizar prospecciones petroleras en dichas áreas al no incurrir en responsabilidad internacional⁵⁴. En esta dirección parece apuntar la opinión separada del Juez Paik⁵⁵. En todo caso, una razón que podría fundamentar la decisión de la Sala respecto a la responsabilidad internacional puede ser su mayor interés en facilitar una rápida aplicación de la sentencia, evitando una nueva ronda de procedimientos para abordar el cálculo de las compensaciones debidas por Ghana a Costa de Marfil.

En conclusión, la Sentencia de la Sala *ad hoc* del TIDM acoge la jurisprudencia internacional en materia de delimitación marítima y constituye un punto de partida en el desarrollo progresivo del Derecho de la responsabilidad internacional de los Estados por actividades en áreas marítimas no delimitadas y disputadas, siendo deseable en el futuro una mayor concreción por parte de la jurisprudencia internacional del alcance de la responsabilidad y de las obligaciones en dichas áreas que evite cualquier posible interpretación errónea por parte de los Estados.

⁵⁴ IOANNIDES, N. A., “A Commentary on the Dispute Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d’Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/ Côte d’Ivoire)”, in *Maritime Safety and Security Law Journal*, Issue 3, 2017, pp. 48-61, p. 55.

⁵⁵ Véase el análisis de la opinión separada del Juez Paik en las páginas 7 y 8 del presente comentario.

LA RELACIÓN ENTRE MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS EN LA OPINIÓN CONSULTIVA N° 23 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Cristián Delpiano Lira*

I. HECHOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “la Corte”) ha emitido una reciente Opinión Consultiva¹ cuyo objeto fue la interpretación de las obligaciones derivadas del derecho ambiental en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “CADH”).² En este cometido, identificó y analizó la interrelación entre el medio ambiente y los derechos humanos, sistematizando la jurisprudencia existente en la materia, y dando una mayor comprensión en relación con las obligaciones ambientales del Estado y su vinculación con la protección de los derechos humanos.

En efecto, abordó cuestiones tales como: i) el alcance del término “jurisdicción” para la determinación de las obligaciones de los Estados, ii) las obligaciones frente a regímenes especiales de protección ambiental y, iii) frente a daños transfronterizos, iv) la vinculación específica entre el derecho a la vida y a la integridad personal, y las obligaciones de respeto y garantía de estos derechos frente a posibles daños al medio ambiente.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Como cuestión general, la Corte abordó la interrelación existente entre los derechos humanos y el medio ambiente, reconociendo la existencia de una relación entre ambos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. Además, destacó que el preámbulo al Protocolo de San Salvador relativo a Derechos Económicos, Sociales y Culturales resalta la estrecha relación entre la vigencia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “DESC”) -que incluye el derecho a un medio ambiente sano- y los derechos civiles y políticos.³

* Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho internacional público y Derecho internacional del Medio Ambiente, Universidad Católica del Norte, Chile. Director del Centro de Estudios en Derecho de los Recursos Naturales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte, Chile. Ministro Suplente del Primer Tribunal Ambiental de Chile.

¹ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-23/17* de 15 de Noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia

² *Ibidem*, párr. 44.

³ *Ibidem*, párr. 47.

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador consagra el derecho a vivir en un medio ambiente sano dentro de los DESC protegidos por el artículo 26 de la CADH,⁴ que tiene una dimensión individual y una dimensión colectiva. En la primera de las dimensiones, su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a que está conectado con otros derechos, como la salud o integridad personal, pudiendo causar daños irreparables a los seres humanos. Por otra parte, la dimensión colectiva constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes como futuras.⁵

En su dimensión colectiva, se puede entender que el derecho a un medio ambiente sano en tanto derecho autónomo, protege los componentes del medio ambiente como intereses jurídicos en sí mismos, alejándose de la concepción antropocéntrica de su protección, y reconociendo en consecuencia derechos a la naturaleza misma, independiente de su conexidad con una utilidad para el ser humano.⁶ De esta forma, la Corte considera que la obligación derivada del derecho a vivir en un medio ambiente sano se concibe con independencia de los servicios que el medio ambiente puede prestar al ser humano.

Por otra parte, la Corte hizo suya la distinción propia del Derecho internacional del medio ambiente, relativa a los derechos vinculados al medio ambiente de tipo sustantivo y aquellos de procedimiento. Los primeros, son aquellos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, tales como el derecho a la vida, integridad personal, salud o propiedad, mientras que los segundos son aquellos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, tales como libertad de expresión y asociación, información, participación y el derecho a un recurso efectivo.⁷ A su vez, recalcó la mayor afectación que pueden tener estos derechos en poblaciones especialmente vulnerables, tales como pueblos indígenas, niños y niñas, personas viviendo en situación de extrema pobreza, minorías, personas con discapacidad, mujeres, y comunidades que dependen económicamente o para su supervivencia fundamentalmente de los recursos ambientales.⁸

Respecto a este último punto, la Corte IDH analizó las obligaciones de prevención, el principio de precaución, la obligación de cooperación, y las obligaciones procedimentales

⁴ Es importante destacar que en dos casos recientes, la Corte ha sostenido la justiciabilidad directa de los DESC, a partir del derecho a la estabilidad laboral como derecho protegido. En efecto, en el asunto *Lagos del Campo v Perú*, la Corte reiteró la interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos civiles y políticos y los DESC, que deben ser entendidos de forma íntegra, sin jerarquía entre sí, y exigibles en todos los casos ante las autoridades que resulten competentes para ello, condenando por primera vez a un Estado por la violación del artículo 26 de la CADH, que contiene la disposición genérica relativa a los DESC (Corte IDH, *Lagos del Campo v. Perú*, sentencia de 31 de agosto de 2017, párrafo 141). Cabe mencionar -tal como señalara el juez Roberto Caldas en su voto razonado al mismo caso-, que al término “Derechos Económicos, Sociales y Culturales – DESC” pasó recién a ser agregada la palabra “ambiental”, con lo cual pasa a ser “Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales – DESCA”, ante la emergencia del enfoque y protección del Derecho Ambiental como derecho humano (Voto Razonado del juez Roberto Caldas a la sentencia *Lagos del Campo v. Perú*, nota al pie N° 1).

⁵ *Ibidem*, párr. 59.

⁶ *Ibidem*, párr. 62.

⁷ *Ibidem*, párr. 64.

⁸ *Ibidem*, párr. 67.

derivadas del derecho de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia ambiental.

Concluyó, entre otras cuestiones, que aquellas personas que han sido vulneradas a causa de un daño transfronterizo se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen de dicho daño, en la medida que dicho Estado ejerce un control efectivo sobre las actividades que se llevan a cabo en su territorio o bajo su jurisdicción.⁹ En efecto, el análisis del alcance del concepto de jurisdicción arranca del hecho que su ejercicio por parte de un Estado es una precondition para que pueda incurrir en responsabilidad por conductas que le sean atribuibles y que se aleguen violatorias de algún derecho convencional, teniendo en cuenta que estar bajo la jurisdicción de un Estado no implica necesariamente la necesidad de estar en su territorio, sino que también abarca ciertas formas de ejercicio de la jurisdicción fuera del territorio del Estado en cuestión.¹⁰

Dentro de este marco, la Corte analizó dos supuestos de conducta extraterritorial que pueden implicar un ejercicio de jurisdicción para los efectos del artículo 1.1 de la CADH: i) el cumplimiento de obligaciones estatales en el marco de regímenes especiales de protección ambiental, y; ii) las obligaciones de los Estados frente a daños transfronterizos.

Respecto de la primera hipótesis, la Corte reconoció que

No es posible concluir que los regímenes especiales de protección ambiental, tales como el establecido en el Convenio de Cartagena [relativo a la protección del Mar Caribe], extiendan por sí mismos la jurisdicción de los Estados Parte a efectos de sus obligaciones bajo la Convención Americana¹¹

Sin embargo, en la hipótesis de daño transfronterizo, la Corte señaló que

A efectos de la Convención Americana, cuando ocurre un daño transfronterizo que afecte derechos convencionales, se entiende que las personas cuyos derechos han sido vulnerados se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen si existe una relación de causalidad entre el hecho que se originó en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio¹²

En una segunda parte, la Corte abordó las obligaciones derivadas de los deberes de respetar los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de la protección del medio ambiente, para luego precisar las obligaciones estatales específicas que se deriven en este contexto, marco dentro del cual se refirió a las obligaciones ambientales específicas de prevención, precaución, cooperación y de procedimiento que se derivan de las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos a la vida e integridad personal bajo la Convención Americana.

En cuanto a la primera de las cuestiones, la Corte analizó el derecho a la vida e integridad personal frente a los posibles daños al medio ambiente, recalcando las obligaciones del Estado derivadas de su deber general de respeto y garantía de estos derechos.

⁹ Opinión N° 4.

¹⁰ *Ibidem*, párr. 74.

¹¹ *Ibidem*, párr. 92.

¹² *Ibidem*, párr. 101.

Además, analizó extensamente la obligación de prevenir daños ambientales significativos dentro o fuera de su territorio, lo que incluye las obligaciones de regular, supervisar, y fiscalizar las actividades que dentro de su jurisdicción puedan causar daño significativo al medio ambiente, realizar estudios de impacto ambiental y establecer planes de contingencia,¹³ todo ello bajo la premisa relativa a que la mayoría de las obligaciones ambientales del Estado se estructuran sobre la base del deber general de debida diligencia.¹⁴ A mayor abundamiento, las acciones a adoptar para dar cumplimiento al principio preventivo deben ser apropiadas -de acuerdo al análisis de la Corte- al grado de riesgo del daño ambiental, y no en consideración al grado de desarrollo de un Estado. En otras palabras, la obligación de prevención aplica por igual tanto a Estados desarrollados como en desarrollo, dejando de lado la aplicación del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas.¹⁵

Es importante destacar el alcance que la Corte le otorga al concepto de daño significativo para los efectos de la determinación del alcance de la obligación derivada del principio preventivo, señalando que

cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal, conforme al contenido y alcance de dichos derechos [...], debe ser considerado como un daño significativo¹⁶

También la Corte reconoció la obligación de actuar de conformidad con el principio precautorio a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente.¹⁷

Por su parte, reconoció y dio contenido desde la Convención Americana de Derechos Humanos, a las obligaciones de cooperar de buena fe para la protección de daños transfronterizos significativos al medio ambiente, y de garantizar el derecho de acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, el derecho a la participación pública de personas que se encuentran bajo la jurisdicción en los términos descritos previamente, y el derecho de acceso a la justicia en relación con las obligaciones ambientales del Estado.¹⁸

III. CONCLUSIONES

En definitiva, la Corte IDH ha hecho un análisis comprensivo de la vinculación de las obligaciones ambientales del Estado y su relación con las obligaciones derivadas del respeto y garantía de los derechos derivados de la Convención Americana de Derechos humanos, especialmente de los Derechos a la vida e integridad personal, que tendrán una fuerte incidencia en la política ambiental de los Estados del sistema interamericano de derechos humanos.

¹³ Opinión N° 5.

¹⁴ *Ibidem*, párrs.123 y 124.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 142.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 140.

¹⁷ Opinión N° 6.

¹⁸ Opiniones 7 y 8.