

# CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

**Por F. J. ZUBIETA MARISCAL, C. GIL GANDÍA, A. D. ARRUFAT CÁRDAVA, E. M. RUBIO FERNÁNDEZ, N. M. OCHOA RUIZ, M.C. MUÑOZ RODRÍGUEZ Y M. GARCÍA CASAS**

**Coordinada por E. M. RUBIO FERNÁNDEZ\* Y M. GARCÍA CASAS\*\***

Sumario:

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2022 EN EL CASO “SOBRE EL ESTATUS Y EL USO DE LAS AGUAS DEL SILALA” (CHILE c. BOLIVIA): LA EVIDENCIA CIENTÍFICA EN LA CATARSIS DEL CONFLICTO

POR F. J. ZUBIETA MARISCAL.....pp. 3-7

GAMBIA. EN DEFENSA DE UN INTERÉS COMÚN. GAMBIA C. MYANMAR, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 22 DE JULIO DE 2011

POR C. GIL GANDÍA..... pp. 8-12

LA UNIÓN PATRIÓTICA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE SUS MILITANTES E INTEGRANTES SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 2022

POR A. D. ARRUFAT CÁRDAVA..... pp. 13-17

LA EUTANASIA Y LA CLARIFICACIÓN DE SU EJERCICIO CONFORME AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (STEDH, CASO MORTIER C. BÉLGICA, DE 4 DE OCTUBRE DE 2022).

POR E.M. RUBIO FERNÁNDEZ.....pp. 18-23

LOS CONTROLES POLICIALES DE IDENTIDAD POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UN COMENTARIO A LA SENTENCIA MUHAMMAD C. ESPAÑA

POR N. M. OCHOA RUIZ.....pp. 24-30

PAREJAS DE HECHO Y PENSIÓN DE VIUDEDAD (SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 26 DE ENERO DE 2023, ASUNTO VALVERDE DIGON c. ESPAÑA)

POR M.C. MUÑOZ RODRÍGUEZ.....pp. 31-35

---

\* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Murcia ([evrubio@um.es](mailto:evrubio@um.es)).

\*\* Profesora de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Madrid ([maria.garciac@uam.es](mailto:maria.garciac@uam.es)).

DERRIBO DE UN AVIÓN COMERCIAL, DEPORTACIONES DE MENORES Y PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS: DECISIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ASUNTO UCRANIA Y PAÍSES BAJOS C. RUSIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2022 POR M. GARCÍA CASAS.....pp. 36-40

# LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA DE 01 DE DICIEMBRE DE 2022 EN EL CASO “SOBRE EL ESTATUS Y EL USO DE LAS AGUAS DEL SILALA” (CHILE c. BOLIVIA): LA EVIDENCIA CIENTÍFICA EN LA CATARSIS DEL CONFLICTO

FRANZ J. ZUBIETA MARISCAL\*

## I. ANTECEDENTES DEL CASO

La sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia<sup>1</sup> (“Corte” o “CIJ”) en diciembre de 2022 dirimió una larga disputa entre el Estado Plurinacional de Bolivia (“Bolivia”) y la República de Chile (“Chile”). Esta disputa, originada a inicios del siglo XX, versa sobre la naturaleza y uso de las aguas del Silala, que nacen en Bolivia a 4.300 metros de altura y crean un humedal de interés internacional<sup>2</sup> denominado bofedal alto andino, cuya flora y fauna endémica es única en el mundo.

Estas aguas fueron concesionadas gratuitamente por la prefectura del departamento boliviano de Potosí a una empresa anglo-chilena de locomotoras en 1908 y, en 1928, estas aguas fueron canalizadas artificialmente para aumentar su flujo (según Bolivia) y por razones sanitarias (según Chile). Primero, estas aguas alimentaron las locomotoras a vapor de dicha empresa y, luego, proveyeron de agua a la mina de cobre a cielo abierto más grande del mundo, Chuquicamata, y poblaciones aledañas. En 1997, Bolivia inició reclamos a Chile reivindicando la soberanía total sobre esas aguas debido a que, según ella, estas eran aguas de un manantial ubicado en territorio nacional que fue desviado con infraestructura artificial hacia Chile y, por ello, correspondía a esta pagar por su uso. Por su parte, Chile consideró estas aguas como un curso de agua internacional que fluía naturalmente hacia Chile y, sobre el cual, reclamaba derechos de uso razonable y equitativo según el derecho internacional consuetudinario<sup>3</sup>. Asimismo, acusó a Bolivia de ejecutar proyectos en el Silala violando dichas normas. En 2009 las partes intentaron

---

\* Profesor de Derecho Internacional de la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia) y de la Universidad Andina “Simón Bolívar” (Comunidad Andina). Fue asesor legal del Estado Plurinacional de Bolivia ante la Corte Internacional de Justicia. ([franz.zubieta.mariscal@gmail.com](mailto:franz.zubieta.mariscal@gmail.com))

<sup>1</sup> *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala* (Chile v. Bolivia), ICJ Reports 2022. El expediente completo del caso puede ser consultado en: <https://www.icj-cij.org/case/162> Página visitada por última vez el 19/05/2023. Asimismo, todas las traducciones provienen del francés y fueron realizadas por el autor. En este caso, la Corte estuvo compuesta por dieciséis jueces y contó con dos declaraciones (jueces Tomka y Charlesworth) y una opinión separada (juez Simma).

<sup>2</sup> Convenio sobre los Humedales de Importancia Internacional de 1971 suscrito en Ramsar, Egipto. Accesible en: [https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/current\\_convention\\_s.pdf](https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/current_convention_s.pdf)

<sup>3</sup> Debido a que Bolivia y Chile no son parte de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de mayo de 1997 suscrita en Nueva York, EEUU (“Convención de 1997”). Accesible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-6964](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-6964)

concretar un acuerdo sobre el uso racional y sostenible de las aguas, por el que se comprometían a realizar estudios científicos conjuntos para determinar con certeza su naturaleza y, mientras ello ocurriera, Chile aceptaba pagar por el 50% de su uso a Bolivia. Esto no fue fructífero por la oposición del Comité Cívico de Potosí, que reclamaba el pago de una deuda histórica por las aguas desde 1908. Más tarde, y en el contexto de una tensa relación bilateral por otra disputa ante la CIJ<sup>4</sup>, Chile decidió demandar a Bolivia en junio de 2016 y Bolivia presentó una demanda reconvenional en 2018.

Tras seis años de debates ante la CIJ, en los que se generaron estudios científicos en profundidad, las partes llegaron a coincidir tácitamente, cambiando muchas de sus posiciones iniciales sobre la naturaleza del Silala. Esto llevó a una sentencia *sui generis*, donde la Corte – valga el oxímoron – decidió sin la necesidad de decidir.

## II. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS Y LAS DECISIONES DE LA CORTE

Así, el 1 de diciembre de 2022, la Corte dio a conocer su fallo en relación con la demanda presentada por Chile contra Bolivia por las aguas del Silala y, asimismo, se pronunció sobre la contrademanda presentada por Bolivia. En relación con la demanda de Chile, la Corte respondió a sus cinco peticiones, de las cuales cuatro fueron rechazadas porque las partes habrían convergido en sus posiciones en el transcurso del proceso judicial, careciendo de objeto el deliberar sobre las mismas. Asimismo, su quinta petición fue rechazada.

Sobre la primera petición, que solicitaba que la Corte juzgara y declarara que “El sistema del Río Silala, en conjunto con las aguas subterráneas de dicho sistema, es un río de curso internacional; cuya utilización es regulada por el Derecho Internacional Consuetudinario” (párr. 50), la CIJ verificó que, durante los alegatos escritos y orales, la posición de Bolivia evolucionó llegando a reconocer que el Silala es un curso de agua internacional mejorado artificialmente, al que le es aplicable el Derecho internacional consuetudinario (párrs. 52 y 53). No obstante, Bolivia rechazó la naturaleza consuetudinaria de la definición de curso de agua internacional, contenida en el artículo 2 de la Convención de 1997, al tener el Silala características únicas, toda vez que fue modificado y mejorado artificialmente en su flujo superficial (párr. 57). Dicha convergencia de posiciones dejó sin objeto esta solicitud.

Con relación a la segunda petición por la que se pedía declarar que “(b) Chile tiene derecho a un uso equitativo y razonable de las aguas del sistema del Río Silala de acuerdo con el Derecho Internacional Consuetudinario” (párr. 60), la Corte decidió que tampoco debía pronunciarse, en tanto ambas partes concordaron en el derecho de uso razonable y equitativo de ambas partes sobre la totalidad del flujo, ya sea natural o artificialmente mejorado (párr. 64).

En lo que se refiere a la tercera petición – que declare que “(c) Bajo el estándar de uso

---

<sup>4</sup> *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* (Bolivia v. Chile), ICJ Reports 2018.

equitativo y razonable, Chile tiene derecho a utilizar las aguas del río Silala” (párr. 66) – la cuestión del desmantelamiento de los canales artificiales fue esencial. La Corte determinó que bajo la misma convergencia del punto b) *supra* y siendo que Chile reconoció que “su derecho a un uso equitativo y razonable no se vería infringido en sí mismo por la reducción del caudal tras un desmantelamiento de los canales e instalaciones” (párr. 72) y que, además, ya “no se controvierte que está totalmente dentro de las facultades soberanas de Bolivia desmantelar los canales y restaurar los humedales en su territorio de conformidad con el derecho internacional” (párr. 75), esta solicitud perdió su objeto y la CIJ se abstuvo de pronunciarse.

En cuanto a la petición de que declare que “(d) Bolivia tiene la obligación de tomar todas las medidas apropiadas para prevenir y controlar la contaminación y otras formas de daños a Chile como resultado de sus actividades en el área del Río Silala” (párr. 77), la Corte concluyó que, debido a que Chile aclaró su posición señalando que el principio de no ocasionar daño sensible se refería a un umbral de daño “significativo” – lo que Bolivia sostuvo invariablemente –, la petición carecía de objeto, absteniéndose de decidir sobre este punto.

Finalmente, en relación a las peticiones para que la Corte resolviera y declarara que “(e) Bolivia tiene la obligación de cooperar y notificar oportunamente a Chile las medidas proyectadas que puedan causar un efecto adverso sobre los recursos hídricos compartidos, intercambiar datos e información y realizar, cuando corresponda, una evaluación de impacto ambiental, a fin de que Chile pueda evaluar los posibles efectos de dichas medidas” y que “Bolivia ha incumplido hasta la fecha la obligación de notificar y consultar a Chile respecto de las actividades que puedan afectar las aguas del Silala o la utilización de las mismas por Chile”, la CIJ rechazó la misma.

Al respecto, se elucidaron dos cuestiones (párr. 89): primero, el alcance y umbral de la obligación de notificar y consultar conforme al derecho internacional consuetudinario (que según Chile estaban reflejadas en los artículos 11 y 12 de la Convención de 1997) y, segundo, si Bolivia había incumplido esta obligación al planificar y ejecutar varias actividades recientes (una piscifactoría, un embalse, una planta embotelladora de agua minera y su uso para el consumo humano de una base militar fronteriza). Sobre la primera cuestión la Corte determinó, por primera vez en su jurisprudencia, que el artículo 11 de la Convención de 1997 no refleja el derecho consuetudinario internacional sobre la obligación de notificar y consultar (párr. 111). En lo que se refiere al artículo 12 de la Convención de 1997 reconoció que, si bien ésta reflejaba el derecho consuetudinario, las partes tenían divergencias sobre cuál era el umbral que podía activar la violación del principio de no causar un efecto perjudicial sensible. Al respecto, la Corte – coincidiendo con Bolivia – y apoyada en su reciente jurisprudencia<sup>5</sup> determinó que dicho umbral es el riesgo de daño transfronterizo sensible y no así cualquier efecto. En consecuencia, y sobre la segunda cuestión, tras analizar los datos de los últimos proyectos planificados e implementados por Bolivia a la luz de este alto umbral, determinó que Chile fracasó en

---

<sup>5</sup> *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua) y *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II), p.707, parr. 104.

demostrar algún daño sensible (párr. 127). Por tanto, de manera unánime, la Corte rechazó esta petición y reconoció la voluntad de Bolivia de cooperar para el uso razonable y equitativo de las aguas (párr. 128 y 129).

En lo que respecta a los tres petitorios presentados en agosto de 2018 por Bolivia, en su contrademanda, y que fueron admitidos por la Corte (párr. 130-137), las dos primeras quedaron sin efecto porque ambas partes convergieron en sus posiciones y la última fue rechazada. En la primera petición se solicitó a la Corte que juzgara y declarara que “Bolivia tiene soberanía sobre los canales artificiales y los mecanismos de drenaje en el Silala que están ubicados en su territorio, y el derecho soberano a decidir cómo los mantendrá” (párr. 138). Al respecto, la Corte demostró que Chile reconoció “la soberanía de Bolivia sobre los canales y mecanismos de drenaje; el derecho soberano de Bolivia a mantener o dismantlar dichos canales y mecanismos de drenaje; el derecho soberano de Bolivia a restaurar los humedales; y el hecho de que estos derechos deben ejercerse en cumplimiento de las obligaciones consuetudinarias aplicables con respecto al daño transfronterizo sensible” (Párr. 145). En consecuencia, dicha petición quedó sin objeto y la Corte decidió no pronunciarse sobre ella.

En lo referido a la segunda petición, por la que se pidió que la Corte juzgue y declare que Bolivia “tiene soberanía sobre el caudal artificial de aguas del Silala diseñado, mejorado o producido en su territorio, y que Chile no tiene ningún derecho adquirido sobre ese flujo artificial”, la Corte determinó que habiendo Chile reconocido que no tiene ningún “derecho adquirido” sobre el flujo artificial y que Bolivia tiene “un derecho soberano a dismantlar la infraestructura y que cualquier reducción resultante en el caudal de las aguas del Silala hacia Chile, no constituiría en sí misma una infracción por parte de Bolivia de sus obligaciones en virtud del derecho internacional consuetudinario” (párr. 154). Por consiguiente, dicha petición quedó sin objeto al converger la posición de las partes y la Corte decidió no pronunciarse sobre ella.

Finalmente, sobre la tercera petición de la Contrademanda referida a que “cualquier solicitud hecha por Chile a Bolivia para la entrega del caudal mejorado del Silala, y las condiciones y modalidades de la misma, incluyendo la compensación a ser pagada por dicha entrega, están sujetas a la celebración de un acuerdo con Bolivia”, la CIJ rechazó la misma. Ello debido a que, en su opinión, se trata de una situación hipotética y no le corresponde pronunciarse sobre aquello (párr. 160-162).

### **III. REFLEXIONES FINALES**

La sentencia del caso Silala se constituye en un caso emblemático sobre el rol crucial del arreglo judicial y la generación de evidencia científica en la evolución de posiciones contradictorias que dan lugar a concesiones recíprocas y posibilitan acuerdos futuros. Una suerte de catarsis del conflicto en la que Chile y Bolivia, gracias a la realización de estudios científicos a profundidad, pudieron entender cuestiones fácticas esenciales de un sistema hídrico complejo y lograron un sinceramiento en sus alegatos escritos y orales que les permitió flexibilizar posiciones tradicionales sin renunciar a la protección de sus intereses.

Oportunidad que la CIJ aprovechó para “decidir sin decidir”, es decir, devolvió la responsabilidad de la solución efectiva y futura del caso a las partes al: (1) clarificarles los estándares internacionales de las obligaciones procedimentales en el manejo de aguas compartidas e (2) instarles a “tener presente la necesidad de llevar a cabo consultas de manera permanente en un espíritu de cooperación, a fin de asegurar el respeto de sus respectivos derechos y la protección y preservación del Silala y su medio ambiente” (párr. 129). Es decir, restituirles su obligación de negociar a futuro para implementar acuerdos operativos sobre las aguas del Silala, no sólo para su aprovechamiento, sino para la protección de estos humedales de interés internacional.

No obstante, y desde otra mirada, esta sentencia fue criticada por los miembros de la propia Corte. Así, el juez Tomka en su declaración señaló con desilusión que la sentencia llegó con gran sorpresa porque “no decide casi nada”, apoyándose en la controvertida facultad de la Corte de interpretar las alegaciones de las partes más allá de su sentido ordinario<sup>6</sup>. Asimismo, en la Declaración de la juez Charlesworth, se señala que las audiencias revelaron cierta “ambigüedad sobre el alcance de un acuerdo entre las Partes sobre cuestiones particulares” (párr. 18), por lo que la Corte pudo haber dictado una sentencia declaratoria, que podría haber ayudado a estabilizar las relaciones jurídicas entre las Partes al registrar claramente los acuerdos a los que llegaron (párr. 20); situación que privó de seguridad jurídica a las Partes. En esa misma línea, la dura Opinión Disidente del juez Simma añade que la Corte nunca antes había usado en estándar de la “convergencia de posiciones” y que ella es mucho más baja que el identificar un acuerdo (párr. 9), lo que genera incertidumbre. Recordando al juez Max Huber, quien señaló que las sentencias de la Corte son como “buques destinados a ser botados en alta mar de la crítica internacional”, Simma afirmó que es “una pena que hoy la Corte opte por botar un barco vacío” (párr. 20).

---

<sup>6</sup> Nuclear Tests (Australia v. France) Judgment, para. 43, I.C.J. Reports 1974, p. 29.

## **GAMBIA, EN DEFENSA DE UN INTERÉS COMÚN GAMBIA C. MYANMAR, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, 22 DE JULIO DE 2022**

**CARLOS GIL GANDÍA\***

### **I. ANTECEDENTES Y HECHOS**

Desde 2017, el gobierno de Myanmar ha llevado a cabo una violenta campaña contra la minoría étnica rohinyá en el estado de Rakhine, lo que ha provocado la muerte y el desplazamiento de miles de personas, 700.000 según Amnistía Internacional. La mayoría vive en campos de refugiados en Bangladesh. Se han informado casos de violaciones, asesinatos, incendios intencionales y otros actos de violencia cometidos por las fuerzas de seguridad y grupos paramilitares, así como también negar la ciudadanía a este grupo musulmán y reconocerlo como pueblo, lo que ha llevado a la comunidad internacional a acusar al gobierno de Myanmar de presunto genocidio.

Sin embargo, el gobierno de Myanmar ha negado las acusaciones y ha argumentado que está luchando contra el terrorismo en la región. Nada mejor que la baza del terrorismo para seguir agitando los principios básicos del Derecho Internacional y la protección de las gentes. No obstante, la realidad demuestra lo contrario. En consecuencia, se abrieron dos vías judiciales paralelas. De un lado, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional inició una investigación preliminar en 2018 por la presunta comisión de genocidio, que luego derivó, en marzo de 2020, en la apertura de una investigación formal. De otro lado, Gambia presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ).

En efecto, en noviembre de 2019, Gambia presentó tal demanda contra Myanmar por las presuntas atrocidades cometidas y toleradas por el gobierno de Myanmar contra el pueblo rohinyá. Atrocidades que podrían incumplir la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Ambos son Estados parte en el tratado. Se solicitaron medidas provisionales para la preservación de la población atacada.

En enero de 2020, la CIJ emitió medidas provisionales ordenando a Myanmar que tomara medidas para proteger a la minoría rohinyá de actos que pudieran constituir el crimen de genocidio, dando lugar al cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el instrumento internacional mencionado *supra*; además de la obligación de presentar un informe al tribunal sobre el cumplimiento de dichas medidas dentro de los cuatro meses. Resultados que fueron insatisfactorios. Sin embargo, de conformidad con la decisión, los rohinyá se convierten en un grupo protegido por la Convención en términos legales, no así en la práctica.

---

\* Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Murcia (carlos.gil@um.es).

En sus objeciones preliminares, Myanmar alegó que el tribunal carecía de competencia *ratione personae* o, subsidiariamente, que la demanda era inadmisibile porque el verdadero solicitante era la Organización de Cooperación Islámica. En segundo lugar, también alegó que Gambia carecía de legitimación, pues no era Estado lesionado de conformidad con el art. IX de la Convención contra el Genocidio. En tercer lugar, el Estado demandado planteó una objeción de jurisdicción y admisibilidad basada en el art. VIII del tratado, aduciendo su reserva. En cuarto lugar, Myanmar fundamentó que la Corte carecía de competencia o, subsidiariamente, que la demanda era inadmisibile porque no existía ninguna controversia entre las partes cuando Gambia inició el procedimiento.

## II. LEGITIMACIÓN DE GAMBIA Y EXISTENCIA DE CONTROVERSIA

Myanmar argumentó que el verdadero solicitante del caso debería ser la Organización de Cooperación Islámica, en lugar de Gambia, y por lo tanto el tribunal carece de jurisdicción *ratione personae*, o la solicitud es inadmisibile debido al abuso del proceso. Para el Estado demandado hay un abuso de proceso porque la Organización mencionada nombró o encargó a Gambia que iniciara el procedimiento en su nombre, de modo que pudiera eludir las limitaciones de que sólo los Estados pueden ser partes en los casos de la CIJ y que ésta sólo pudiera ejercer jurisdicción con el consentimiento de las partes contendientes. En cambio, Gambia insistió en que sólo formulaba reclamaciones en su propio nombre. Así lo entendió el tribunal, que señaló al Estado como verdadero solicitante. El hecho de que Gambia haya aceptado la propuesta de la Organización de iniciar el procedimiento, o de que haya solicitado y obtenido apoyo financiero y político de aquella para presentar la demanda, no resta valor a su condición de solicitante. La motivación detrás del inicio del procedimiento es irrelevante para establecer la jurisdicción del tribunal, argumentó la Corte (párr. 49). Asimismo, se rechazó el abuso de proceso.

De conformidad con lo anterior, y con base en el recordatorio por el tribunal de su opinión consultiva sobre *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cabe señalar que Gambia es un Estado tercero en el caso del presunto genocidio cometido por Myanmar contra la etnia rohinyá. Ni son sus ciudadanos ni el grupo minoritario se ha refugiado en su territorio. La pregunta que acontece es, pues, sencilla: ¿se halla Gambia legitimada para la interposición de la demanda?

La CIJ ha determinado que el demandante está legitimado<sup>1</sup>, pues es Estado parte en el Estatuto de la Corte y parte en la Convención en cuestión, que confiere a la CIJ jurisdicción sobre las controversias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento del tratado. El interés común en el cumplimiento de las obligaciones pertinentes en virtud de la Convención implica que

---

<sup>1</sup> La jueza XUE discrepa del locus standi. En su opinión disidente expresa su preocupación de que se admita una disputa sin ningún vínculo directo entre el solicitante y el Estado demandado, abriendo una puerta a la acción colectiva. Al hacerlo, ella observa que el Tribunal podría abrir la puerta para casos similares en el futuro, como en la materia de protección del medioambiente. *Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (The Gambia v. Myanmar)*, 22 July 2022, *Dissenting opinion of Judge Xue*, párrs. 25 y 41.

cualquier signatario tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro signatario por un presunto incumplimiento de sus obligaciones *erga omnes partes*. El solicitante no necesita demostrar su interés especial antes de interponer la demanda. Por lo tanto, la CIJ ha reconocido el *ius standi* de un Estado no lesionado, para la defensa de una obligación *erga omnes partes*.

En relación con la existencia o no de controversia, Myanmar alegó que no existía. En este sentido, el tribunal consideró que sí existía controversia entre las partes a los efectos del artículo IX de la Convención sobre el Genocidio. La controversia es una cuestión de fondo y no de forma o procedimiento, y la prueba de conocimiento mutuo propuesta por Myanmar no se reflejaba en la norma. Por consiguiente, un conflicto puede inferirse del silencio de un Estado demandado, sentenció la CIJ (párr. 55).

Además, la CIJ afirmó que las declaraciones hechas por las partes en los debates de la Asamblea General de la ONU en 2018 y 2019, así como la nota verbal de Gambia a Myanmar el 11 de octubre de 2019, demostraban la existencia de una disputa. El tribunal interpretó estas declaraciones en el contexto del informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar, establecida por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. La CIJ vio la referencia de Gambia a los mecanismos de rendición de cuentas y la afirmación de la CIJ sobre los rohinyás, así como las críticas de Myanmar al informe de la misión de investigación, como expresiones de oposición a puntos de vista legítimos.

El enfoque del tribunal respecto de la existencia – o no – de controversia será tan pertinente para los Estados demandantes como para los demandados en el futuro. El resultado alcanzado puede contrastarse con el asunto de las Islas Marshall c. India (2016), ya que fue el primero en el que la CIJ sostuvo que carecía de jurisdicción debido a la ausencia de una disputa. Paulatinamente, los conflictos entre Estados se judicializan y es probable que el caso aquí analizado constituya un punto de referencia destacada para estas cuestiones clave en el umbral que han de utilizar los magistrados.

### III. ¿ACTIO PUPULARIS?

La demanda interpuesta por Gambia es la primera que lleva a cabo un país no agraviado directamente. En el caso Bélgica c. Senegal, en el marco de la Convención contra la Tortura, el tribunal aceptó la capacidad de Bélgica para presentar una demanda ante el tribunal por los incumplimientos de las obligaciones *erga omnes partes* por el país africano. Sin embargo, la demanda de Gambia no solo se refiere a la violación de la Convención contra el Genocidio, sino también a normas de *ius cogens*, es decir, Derecho Internacional imperativo. Y todos los Estados, y no sólo las partes, tienen la obligación de garantizar su cumplimiento. En este sentido, la afirmación de la legitimidad de Gambia por el alto tribunal de las Naciones Unidas podría hacernos creer que nos hallamos ante la *actio popularis*. ¡Pero se trata de un espejismo del desierto! Parece algo real, aunque realmente es una imagen borrosa que no es lo que parece ser. Realmente, el juego de la *actio popularis* se diluye, pues la aceptación de la jurisdicción se hace por la vía de una cláusula compromisoria en un tratado y los Estados han aceptado la jurisdicción, que es

independiente del análisis de si el demandante lo es de conformidad con el art. 42 (Estado lesionado) o 48 (Estado tercero) de ARSIWA<sup>2</sup>.

En este caso, la aceptación de tal jurisdicción podría encuadrarse en el art. 48 por tratarse de una obligación violada que existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado demandante (Gambia) forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo de grupo (la prohibición del genocidio, que es *ius cogens*). ¿Puede calificarse de *actio popularis*? No, si entendemos que este mecanismo jurídico puede ser utilizado por cualquier miembro del tratado.

Con todo, cabe formular la siguiente pregunta: ¿Admitiría la CIJ una demanda que no esté sustentada en un instrumento internacional vinculante y sí en derecho consuetudinario? Personalmente, tengo mis reticencias.

#### IV. REPARACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

La reparación del daño sufrido por las víctimas es algo que, normalmente, queda en segundo lugar en los tribunales internacionales que no sean de derechos humanos. La CIJ es un ejemplo de ellos. En su caso reduce la noción de reparación a indemnización, lo que implica poca altura de miras en relación con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En cualquier caso, Gambia solicitó al tribunal la reparación de las víctimas por los daños sufridos como consecuencia del presunto crimen internacional cometido contra ellas, el genocidio. En el caso Gabcikovo-Nagymaros, el tribunal afirmó que los Estados agraviados tienen derecho a obtener una reparación por el país que ha cometido el hecho ilícito internacional. Sin embargo, en el presente caso, Gambia no es el Estado damnificado. Esta jurisprudencia no es, pues, adecuada para el presente caso. También lo es la establecida en el caso de Bosnia, pues cualquier reparación es insuficiente para paliar la perpetración de un genocidio. ¿Entonces? Se podría reparar a las víctimas por medio de organismos internacionales que establecieran un fondo *ad hoc*, con base en la responsabilidad estatal de Myanmar, a favor de las víctimas. Asimismo, la repatriación de los rohinyá podría considerarse una forma de reparación por parte del Estado demandado, que les niega la ciudadanía y, consiguientemente, son apátridas. La CIJ podría determinar que Myanmar es legalmente responsable de devolver a este grupo minoritario a su patria, de la que han sido expulsados e eliminados.

#### V. CONCLUSIÓN

Posiblemente, desde los acontecimientos de los Balcanes, el alto tribunal de las Naciones Unidas no había conocido una cuestión sobre la Convención del Genocidio. En este momento trabaja el fondo del presente caso y se halla también con la cuestión de Ucrania y Rusia, relativa a la misma materia. Por ello es tan importante, entre otras cuestiones, la presente sentencia; más, si finalmente se declara que Myanmar ha cometido genocidio. Por lo que el foco se debería poner en las víctimas, cuestión que no es baladí, y la CIJ debe estar orientada, dentro de sus competencias y su hacer, a la justicia, lo que implica

---

<sup>2</sup> Son las siglas empleadas en inglés para el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 12 de diciembre de 2001.

especialmente a las víctimas.

La sentencia del presente caso servirá de advertencia a los regímenes político-jurídicos que vulneran gravemente el Derecho Internacional, en particular normas de carácter imperativo, que en materia de Derecho Internacional Penal se hayan en consonancia con el lema argentino *Nunca más*.

En esta decisión judicial se ha constatado la adhesión – mayor si cabe – de la CIJ al texto escrito, en la línea del positivismo más dogmático. Sin la existencia de un instrumento internacional, poco o nada se pronunciaría al respecto el tribunal, me temo. La *actio popularis* continúa siendo una utopía escrita y defendida en textos académicos. Defensa de la comunidad internacional, sí, pero siempre que esta defensa se realice de conformidad con un tratado, no con el derecho consuetudinario. Con todo, cabe destacar el carácter humanitario, civilizado y de rendición de cuentas que la CIJ forja de la Convención sobre el Genocidio, alegando la defensa de cualquier parte del tratado para hacer valer su cumplimiento. De este modo, nos hallamos ante un alegato de que cualquier Estado, víctima o no, pudiera presentar una demanda en esta materia.

## **LA UNIÓN PATRIÓTICA ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE SUS MILITANTES E INTEGRANTES SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 2022**

**ALBERTO DELFÍN ARRUFAT CÁRDAVA\***

### **I. HECHOS**

En 2022, Colombia aún ocupaba la posición 144 – de 163– en el Índice de paz Global<sup>1</sup> –habiendo mejorado diez posiciones en los últimos diez años. Un resultado probable si atendemos a su realidad heredada de un conflicto armado que – con puntuales excepciones– ha condicionado la realidad colombiana de los últimos ochenta años. Una tragedia con distintos actores involucrados (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – en adelante, FARC-EP–, los grupos de autodefensa, los paramilitares, los sicarios, los cárteles de narcotráfico y el Gobierno de Colombia) quienes – con diferencias geográficas, ideológicas, motivacionales y de intensidad– coadyuvaron a un escenario donde la determinación de la responsabilidad y el establecimiento de la reparación varían en función de la naturaleza jurídica del autor y la calificación del crimen.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha pronunciado cuarenta y cuatro sentencias a propósito de Colombia. La última de ellas, el 27 de julio de 2022, se refiere al caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica contra Colombia<sup>2</sup>.

Una sentencia extensísima – doscientas páginas que incluye, además, tres votos particulares<sup>3</sup>–, que comienza con una declaración de las circunstancias contextuales en que se producen los hechos ilícitos sometidos a la Corte<sup>4</sup> y que, en su opinión caracterizaron el asunto de autos. En la mencionada contextualización señala al clima de violencia política sufrido en la década de los ochenta consistente en un fuerte esfuerzo militar contrainsurgente del gobierno que se acompaña de una letanía a propósito de un enemigo interno difuso – que se asocia al comunismo internacional– y que termina produciendo la estigmatización de los miembros de partidos políticos opositores -muchos

---

\* Profesor de Derecho Internacional Público en la Universitat Jaume I de Castellón (aarrufat@uji.es).

<sup>1</sup> Institute for Economics and Peace: Global Peace Index 2022. Texto disponible en el siguiente [enlace](#) (Último acceso verificado, en adelante UAV 13/05/2023).

<sup>2</sup> Asunto Integrantes y militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia. Decisión de la Corte Interamericana de derechos humanos de 27 de julio de 2022. Texto disponible en el siguiente [enlace](#) UAV 13/05/2023..

<sup>3</sup> El Juez Zaffaroni presentó un voto individual parcialmente disidente, al que se adhirió el Juez Pazmiño Freire. Los Jueces Ferrer Mac-Gregor Poisot y Ricardo C. Pérez Manrique, emitieron un voto individual concurrente al que se adhirió el Juez Pazmiño.

<sup>4</sup> La consideración contextual puede catalogarse de particular en esta sentencia de pero no de nueva en el proceder de la Corte. Las había utilizado con anterioridad en el asunto Penal Miguel Castro contra Perú (Texto disponible en este [enlace](#) UAV 13/05/2023) y en el asunto Bedoya Lima contra Colombia (Texto disponible en este [enlace](#) UAV 13/05/2023).

de ellos, ex guerrilleros desmovilizados o personas ideológicamente cercanas a los grupos armados revolucionarios– y que terminó justificando socialmente las acciones de los grupos paramilitares contra dirigentes, candidatos y votantes de algunos partidos. Una segunda característica es la existencia de un nexo directo entre la génesis de la organización y el proceso de paz. La Unión Patriótica fue una organización política creada el 28 de mayo de 1985, en el contexto de los Acuerdos de La Uribe<sup>5</sup> que establecía los términos de una paz acordada entre las FARC-EP y el gobierno de Belisario Betancur Cuartas<sup>6</sup>. Dicho acuerdo contemplaba la obligación estatal de garantizar y asegurar las condiciones indispensables para que la nueva formación pudiera actuar en las mismas condiciones que los demás partidos políticos<sup>7</sup>. Finalmente, el establecimiento de un marco normativo para la creación de grupos de autodefensa en las zonas rurales como respuesta a las acciones de la guerrilla permitiendo el uso de armas y apoyo logístico por el ejército<sup>8</sup> y cuya conformación – con la incorporación de paramilitares– y objetivos fueron paulatinamente mutando hacia acciones criminales que tuvieron por objetivo a los militantes de Unión Patriótica.

## II. CUESTIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER PRELIMINAR

El 15 de septiembre de 2016, Juan Manuel Santos Calderón, efectuó un reconocimiento de responsabilidad respecto de lo ocurrido con la Unión Patriótica, en un acto público llevado a cabo en presencia de miembros y sobrevivientes de la misma. No obstante, la Corte concluyó que tal reconocimiento tuvo un carácter limitado, perviviendo margen de actuación para la acción judicial. El reconocimiento no puede tener por consecuencia limitar, directa o indirectamente, el ejercicio de las facultades de la Corte de conocer el caso que le ha sido sometido; tampoco puede ser utilizado para invisibilizar a las víctimas o disminuir la dimensión de los hechos.

Un segundo aspecto para mencionar se refiere a la competencia de la Corte sobre el genocidio. En la demanda, tanto los representantes de la familia Díaz Mansilla como los de la Asociación Reiniciar<sup>9</sup> solicitaron a la Corte la calificación de los hechos como Genocidio político o, en su defecto, como crimen de lesa humanidad; por su parte, el

---

<sup>5</sup> Acuerdo suscrito el 28 de marzo de 1984 en La Uribe (Colombia) que trazaba la hoja de ruta de una negociación entre el Gobierno y las FARC-EP. Texto de acuerdo accesible en este [enlace](#) UAV 13/05/2023.

<sup>6</sup> D. Belisario Betancur Cuartas (4 de febrero de 1923- 7 de diciembre de 2018) Presidente de Colombia entre 1982 y 1986.

<sup>7</sup> El Tribunal Constitucional de Colombia estableció que el surgimiento de grupos, movimientos y partidos políticos minoritarios a raíz de la desmovilización de antiguos integrantes de la guerrilla “requiere de especial protección y apoyo por parte del Estado”. Agregó que la institucionalización del conflicto, la dejación de las armas y su sustitución por el ejercicio activo de la participación político-democrática y la renuncia de la violencia como método para alcanzar el cambio social, son alternativas que deben ser garantizadas por todas las autoridades para evitar que la llamada “guerra sucia” acabe cerrando la posibilidad de llegar a un consenso que reúna a todos los sectores de la población y permita la convivencia pacífica”. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente T-439 el 2 de julio de 1992. Versión electrónica del texto accesible en este [enlace](#). UAV 13/05/2023.

<sup>8</sup> *Vid.* Sentencia Corte IDH Asunto *Comerciantes Vs. Colombia de 5 de junio de 2004*. Versión electrónica del texto accesible en este [enlace](#). UAV 13/05/2023.

<sup>9</sup> Corporación Reiniciar es un Organización no gubernamental colombiana dedicada a la protección de los derechos humanos. <https://corporacionreiniciar.org/reiniciar/>

Estado se opuso al considerar que la Comisión en su informe ya se había separado de tal calificación. La Corte rechaza su competencia para juzgar el genocidio bajo dos argumentos: por un lado, por la falta de adaptación de los hechos a los estándares internacionales establecidos para la calificación de genocidio y por otro, porque su *ratio legis* no es establecer responsabilidades individuales sino calificar los actos traídos a su conocimiento, según su competencia contenciosa.

La Convención para la sanción y prevención del Genocidio de 1948<sup>10</sup> en su artículo 2 establece en la definición tres aspectos que son centrales para el análisis: por un lado, la identificación de grupo nacional, étnico, racial o religioso; por otro, la realización de conductas materiales específicamente establecidas<sup>11</sup> y, finalmente, la intención de destruir, total o parcialmente a dicho grupo. Por lo tanto, es la exclusión de la adscripción política como rasgo identificador del grupo la que impide *de iure* la existencia del genocidio político. Esta ausencia en la Convención se ha explicado desde diversas perspectivas: por razones de oportunidad -dado que su inclusión en la Convención habría supuesto un freno a la ratificación de la Convención por parte de diversos Estados por el riesgo a ser acusados al estar cometiendo esas mismas conductas; por ausencia de estabilidad suficiente en la adscripción política frente a otros rasgos más firmes y permanentes como la nacionalidad o las características étnicas o raciales. Finalmente, por razones técnicas, ante el riesgo de diluir o desnaturalizar la conformación del grupo dando cabida a otros colectivos<sup>12</sup>.

### III. CUESTIONES JURÍDICAS SOBRE EL FONDO

El tribunal recuerda que su mandato se circunscribe a la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención) lo que implica la posibilidad de establecer la responsabilidad internacional por la violación de derechos humanos. Por ello, la Corte calificó los hechos acontecidos con los militantes e integrantes de Unión Patriótica como un exterminio y encontró que el Estado era responsable internacionalmente por el incumplimiento de sus deberes de respeto, y de garantía, por las privaciones del derecho a la vida (ex artículo 4 de la Convención), las desapariciones forzadas (ex. artículos 3, 4, 5, y 7 de la Convención), torturas, amenazas, hostigamientos, desplazamientos forzados y tentativas de homicidio (ex. artículos 5 y 22 de la Convención) de los integrantes y militantes de la organización; y, concluyó que el Estado violó los derechos políticos (ex. artículos 23 de la Convención), la libertad de pensamiento y de expresión (ex artículo 13 de la Convención), y la libertad de asociación (artículo 16 de la Convención). Estimó que Colombia violó el derecho a la honra y dignidad de los militantes de Unión Patriótica al ser estigmatizados por las autoridades del Estado (ex. artículos 11

---

<sup>10</sup> Convención para la sanción y prevención del Genocidio de 1948. Versión electrónica del texto accesible en este [enlace](#). UAV 20/05/2023.

<sup>11</sup> Art. 2 Convención para la sanción y prevención del Genocidio de 1948: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. Versión electrónica del texto accesible en este [enlace](#). UAV 20/05/2023

<sup>12</sup> Vid. Pérez Triviño, J.L.: Genocidio. Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 5 (2013), pp. 232-239. Versión electrónica del texto accesible en este [enlace](#). UAV 21/05/2023.

de la Convención). Considera que el Estado violó el derecho a las garantías judiciales (ex art 8.1 de la Convención), y a la protección judicial (artículo 25 de la Convención Americana); también violó los derechos a la libertad personal (ex artículo 7 de la Convención), a las garantías judiciales, a la honra y dignidad, y a la protección judicial por la criminalización en contra de algunos integrantes y militantes de la Unión Patriótica.

La Corte afirma la existencia de una decisión o plan del Estado – que incluye la realización de acciones y omisiones– con un objetivo de aniquilamiento de un grupo político y en este sentido afirma que “es claro que las aquiescencias estatales emprendidas con el propósito de aniquilamiento de un grupo humano de cualquier naturaleza configuran siempre un crimen de lesa humanidad”. Sostiene la Sentencia que habiendo obtenido una importante representación en las primeras elecciones – especialmente en zonas rurales con intensa presencia de las FARC, surgió una alianza entre grupos paramilitares, sectores de la política tradicional, la fuerza pública y los grupos empresariales para contrarrestar su eclosión electoral. El resultado de los asesinatos de dos de sus candidatos<sup>13</sup> fue la retirada del partido de los comicios presidenciales; siendo la violencia ejercida contra los liderazgos nacionales lo que provocó la reducción de su influencia nacional tras no presentar candidatos nacionales para los comicios de 2002. En definitiva, una violencia sistemática de tipología variada – principalmente asesinatos selectivos y desapariciones forzadas– dirigida contra candidatos, dirigentes, integrantes y militantes y cuya autoría evolucionó desde una participación mayoritaria de agentes del Estado hacía una mayor presencia de paramilitares – con asistencia gubernamental–, sicarios bajo las órdenes de dueños de tierras y narcotraficantes y con un objetivo definido: colapsar el movimiento político, amedrentar a sus bases e impedir los cambios que proponía<sup>14</sup>. Hasta el punto de que el 30 de septiembre de 2002, el Consejo Nacional Electoral retiró a Unión Patriótica su condición de partido político –si bien esta decisión fue revertida con posterioridad<sup>15</sup>.

Un segundo aspecto relevante en la decisión es la parte relativa a los instrumentos de reparación. La Corte condena al Estado a realizar diversas acciones con la obligación de rendirle cuentas: la sentencia establece qué, en un plazo no mayor de dos años, Colombia debe iniciar, impulsar, reabrir la investigación para establecer la verdad sobre los hechos

<sup>13</sup> Jaime Pardo Leal y de Bernardo Jaramillo, respectivamente. Jaime Pardo Leal fue asesinado el 11 de octubre de 1987 y Bernardo Jaramillo el 22 de marzo de 1990.

<sup>14</sup> En el mismo sentido, CUBIDES WILCHES, D. M., DURÁN GUTIÉRREZ, C. M., y RÍOS SARMIENTO, M., “Unión patriótica, verdad, justicia y reparación”, *Inciso*, vol. 15, Núm. 1, 2013, pp. 243-262. Versión electrónica del texto accesible en este enlace. UAV 21/05/2023. También LUNA BLANCO, T., “El renacer de una víctima política: La devolución de la personería jurídica al partido político Unión Patriótica en el contexto de un nuevo derecho electoral de la transición en Colombia (The rebirth of a political victim: The restitution of the legal status to the political party Unión Patriótica in the context of a new transitional electoral law in Colombia)”, *Oñati socio-legal series*, vol. 11 núm. 6, 2021, pp. 373–401; MARTÍNEZ, K., “Las prácticas genocidas y los crímenes contra la humanidad en Colombia: el caso de la Unión Patriótica y los líderes sociales en el post-acuerdo (2016)”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 51, núm. 135, 2021, pp. 489-516. doi: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v51n135.a09>. Para una explicación parcialmente divergente *Vid.* PATAQUIVA GARCÍA, G.: *Las FARC, su origen y evolución*. UNISCI Discussion Papers, núm. 19, 2009, pp. 154-185, pp. 165-167. Texto accesible [aquí](#).

<sup>15</sup> Resolución del Consejo Resolución No. 5659 (expediente de prueba, folios 21940 a 21946). Fue restablecida por decisión del Consejo de Estado (Sentencia de 4 de julio de 2013).

con el fin de establecer las responsabilidades penales y superar la impunidad y la búsqueda de las personas desaparecidas. Así como garantizar a las víctimas que lo soliciten su tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico y psicosocial. También, debe asegurarse que la sentencia sea difundida entre la sociedad y que sirva de reflexión, de rendición de cuentas a la Corte en materia acuerdos con la Unión Patriótica sobre protección, así como de indemnización. Para asegurar la difusión de la sentencia exige la publicación de su resumen oficial y la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; y establecer un día nacional en conmemoración de las víctimas de la Unión Patriótica y difundirlo en teatros, escuelas y colegios públicos. También comprendería la elaboración de un documental y levantar un monumento en memoria de las víctimas para sensibilizar a la sociedad colombiana con respecto a la violencia, persecución y estigmatización de la Unión Patriótica en los medios de comunicación públicos, así como la realización de foros académicos en cinco universidades públicas. Además, Colombia debe asegurar los mecanismos de protección y garantizar la seguridad de dirigentes, miembros y militantes de la Unión Patriótica.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Se trata, sin duda, de una sentencia esperada por su impacto social y que, en cierto modo, se encuentra alineada con diversas decisiones emitida desde las instancias judiciales internas de Colombia.

Una sentencia donde la Corte reafirma su competencia – no aceptando la posibilidad de condenar por genocidio político y soslayando el crimen contra la humanidad, pero dejando abierta la vía para el establecimiento de responsabilidades individuales ante las instancias judiciales habilitadas para ello– para terminar condenando al Estado por la vulneración masiva de los derechos contenidos en la Convención de los militantes e integrantes de Unión Patriótica y de sus familiares. La sentencia vienen a afirmar que Colombia cometió de forma activa, directiva, permisiva y omisiva miles de homicidios y otros delitos, porque en ocasiones sus agentes en solitario y, en muchos otros casos -con la colaboración de otros actores- mataron, torturaron, hicieron desaparecer y privaron de libertad a miles de personas y porque la sociedad colombiana recibió un daño adicional consistente en la instauración de un sistema de violencia política generalizada que impidió el adecuado discurrir de una sociedad democrática.

Una reparación que se atisba compleja en la tarea de identificación y determinación de las víctimas pese a haber quedado establecida por la Corte y cuyo reconocimiento y reparación social no estarán libres de polémicas que, con seguridad, darán lugar a nuevas manifestaciones, discusiones y acciones en vía judicial.

## LA EUTANASIA Y LA CLARIFICACIÓN DE SU EJERCICIO CONFORME AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (STEDH, CASO *MORTIER C. BÉLGICA*, DE 4 DE OCTUBRE DE 2022)

EVA MARÍA RUBIO FERNÁNDEZ\*

### I. HECHOS

El 4 de octubre de 2022 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) dictaba la Sentencia en el caso *Mortier c. Bélgica*<sup>1</sup>, la primera relativa a un supuesto de eutanasia ya practicada (para. 115) y, por ende, alrededor de una persona con una enfermedad psicológica. En ella, se declaraba la violación del artículo 2 (“derecho a la vida”) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), debido a los fallos en el control *a posteriori* de la eutanasia practicada.

G. T., madre del demandante, estaba diagnosticada de depresión crónica grave, desde hacía cuarenta y cinco años. Ante su intención de recurrir a la eutanasia, su psiquiatra desde 1996, quien tenía un pronóstico desfavorable y extremadamente pesimista sobre su recuperación y estimaba que se habían agotado todos los tratamientos posibles (paras. 14-15, 19 y 23), declinó ser el médico que la tratase durante el proceso y la remitió al profesor D. (en realidad, Wim Distelmans, oncólogo y presidente del Foro de Información sobre el Final de la Vida (LEIF)). Evaluada por tres especialistas y por el profesor D. en diversas ocasiones y consultado su psiquiatra (paras. 14-15, 19 y 23), se estimó que la paciente reunía todos los requisitos previstos en la Ley belga de 28 de mayo de 2002 relativa a la eutanasia (art. 3) para su práctica, que tuvo lugar el 19 de abril de 2012.

A pesar de las reiteradas indicaciones efectuadas por el personal médico, la paciente sólo decidió contactar con su familia mediante un correo en enero de 2012, el cual no varió la posición de la hija (respeto a la voluntad de su madre) y no recibió respuesta alguna del demandante, así como una carta de adiós, de fecha concreta próxima (e incierta) al óbito (paras. 8-9, 11-12, 17, 19 y 23-25).

Informado al día siguiente del deceso de su madre por el hospital público, el demandante, en situación de duelo patológico, comenzaría sus pesquisas para obtener información sobre el proceso de eutanasia, entre ellas, la solicitud de una copia del documento de

---

\* Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de Murcia ([evrubio@um.es](mailto:evrubio@um.es)).

<sup>1</sup> Véase STEDH (Sala), caso *Mortier c. Bélgica* (demanda núm. 78017/17), de 4 de octubre de 2022, definitiva el 4 de enero de 2023. La misma fue el resultado de las deliberaciones mantenidas en las sesiones de 3 de mayo y 30 de agosto de 2022, siendo ésta última la fecha en que se produjo su adopción (*ibid.*, parte introductoria).

registro de la eutanasia (y de la declaración) a la Comisión Federal de Evaluación y Control de la Eutanasia, la cual se rechazó por estar prohibido por la ley (paras. 28-38).

Respecto de la *trastienda* del procedimiento, el demandante presentaría una primera demanda ante el TEDH (octubre de 2014), declarada inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos, al haberse presentado unos seis meses después de interponer una querrela contra X relativa a estos hechos. La segunda demanda sería presentada tras el archivo de dicha querrela por insuficiencia de pruebas (paras. 39-42).

Por su parte, el 26 de noviembre de 2019, el TEDH decidiría no aceptar la declaración unilateral del Gobierno belga sobre la violación de los aspectos procesales del art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (presentada el 3 de septiembre de ese año)<sup>2</sup>. Previamente, el 2 de mayo, se había reabierto la instrucción penal sobre el caso. Tras el informe de la persona experta nombrada por el Juzgado y el interrogatorio del profesor D. por la policía, la Fiscalía solicitaría el cierre de la instrucción, que sería acordado el 11 de diciembre de 2020 sin que se presentara recurso alguno (paras. 44-49).

En cuanto a la composición de la Sala del Tribunal, el juez belga, Frédéric Krenc, se inhibió (art. 28 del Reglamento del Tribunal), eligiéndose por parte del presidente de la Sala a Stefaan Smis como juez *ad hoc* (art. 29 del Reglamento)<sup>3</sup>. Se autorizó como terceros intervinientes a la Asociación por el derecho a morir en dignidad, *Care not Killing*, el Centro Europeo para el Derecho y la Justicia, *Dignitas* y el Instituto *Ordo Iuris*.

---

<sup>2</sup> Véase *idem*, y Alliance Defending Freedom (ADF International), *Case note on Mortier v. Belgium* (App. No. 78017/17), de 4 de octubre de 2022, disponible en: <https://adfinternational.org/wp-content/uploads/2022/10/20221004-Mortier-v-Belgium-Case-Note.pdf>. ADF International se define como “a faith-based legal advocacy organization” y asumió *pro bono* la defensa letrada del Sr. Mortier (STEDH, *op. cit.*, para. 213).

<sup>3</sup> Abogado de profesión, con perfil docente e investigador, su elección se produjo tras una fuerte campaña sobre el conflicto de intereses existente en quienes componen el Tribunal fruto de su conexión con organizaciones no gubernamentales, lanzada al albur de un informe elaborado por el Centro Europeo para el Derecho y la Justicia (<https://eclj.org/>), una organización no gubernamental, de perfil conservador, que también intervendría en este caso. De hecho, este *Centro* se ha atribuido el resultado de esa elección (al teóricamente frustrar la de la candidatura de la terna belga próxima a *Open Society* y George Soros), la creación por el Comité Director de los Derechos Humanos del Consejo de Europa del Grupo de redacción sobre las cuestiones relativas a los jueces y juezas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para evaluar la eficacia de sus procesos de selección y elección y ofrecer garantías adicionales para la conservación de su independencia e imparcialidad (<https://www.coe.int/fr/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/judges-of-the-european-court-of-human-rights-dh-sysc-jv>), así como el proyecto de resolución de la Asamblea Parlamentaria sobre “Le grave problème des conflits d’intérêts à la Cour européenne des droits de l’homme”, presentado el 30 de noviembre de 2022, por un integrante de un partido ultraconservador español (<https://pace.coe.int/fr/files/31447>). Esta inhibición y nombramiento *ad hoc* se ha producido, al menos, en otros dos casos (*Test-Achats c. Bélgica* y *RTBF c. Bélgica*, sentencias ambas de 13 de diciembre de 2022).

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

En primer lugar, la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos por no haberse hecho uso de la acción civil fue rechazada porque el archivo de la querrela planteada por el demandante neutralizaba su posible consideración de prematura (para. 76); las circunstancias del caso impedían considerar inapropiada o irrazonable la interposición de una querrela (para. 80); y porque el Gobierno belga no había clarificado cómo una demanda civil hubiera servido para colmar las lagunas alegadas del proceso penal, ni refutado la alegación de que la acción civil no permitía abordar directamente los hechos criminales denunciados en el caso (paras. 82-83). Más aún, acudiendo a su jurisprudencia previa, el TEDH precisó que, si bien la previsión normativa de la eutanasia exime a su práctica de una investigación penal, la denuncia de circunstancias sospechosas por parte de personas próximas a la persona finada ha de conducir a ésta para establecer los hechos y, en su caso, identificar y penar a las personas responsables (para. 79).

Tras estimar que no cabía pronunciarse sobre la alegación relativa al artículo 13 del CEDH en relación con su artículo 2 (paras. 85-86), se recordó que las personas próximas a una difunta tienen interés legítimo y condición de víctimas indirectas en las quejas relacionadas con el deceso (paras. 112-114), procediéndose, por tanto, a examinar las cuestiones de fondo.

Así, el TEDH reiteró que el art. 2, del que se derivan obligaciones negativas y positivas, es parte primordial del articulado del CEDH y que protege un valor fundamental de las sociedades democráticas que conforman el Consejo de Europa (paras. 116-117), así como lo señalado en su jurisprudencia previa relacionada con la eutanasia<sup>4</sup>. De este modo, señalaría, entre otros aspectos, que resulta imposible deducir del CEDH un derecho a morir (para. 119); que existe consenso sobre el papel primordial de la voluntad, cualquiera que sea su forma de expresión, de quienes son pacientes en la toma de decisión sobre la interrupción del tratamiento para mantener artificialmente la vida (para. 123); o, que la libertad y la dignidad de los seres humanos son la esencia misma del CEDH, constituyendo el derecho individual de elegir la manera y el momento del final de la propia vida en libertad y coherencia, un elemento del derecho al respeto de la vida privada, protegido en el artículo 8 del CEDH (paras. 124 y 134). Ello implica considerar que este se vulnera si se impide por ley que una persona ejerza su opción de evitar un final de vida que considera indigno y penoso, en una época donde podría percibirse que se coarta a las personas a vivir en un estado mental o físico diametralmente opuesto a la percepción que tienen de sí mismas o de su identidad personal (paras. 135-136)<sup>5</sup>.

Interpretación armónica y evolutiva del CEDH que existe la obligación de efectuar (para.

---

<sup>4</sup> Señalando como resumen de la misma, la STEDH (Gran Sala), caso *Lambert y otros c. Francia (demanda núm. 46043/14)*, de 5 de junio de 2025, se citan, entre otras, la STEDH (Sala), caso *Pretty c. Reino Unido (demanda núm. 2346/02)*, de 29 de abril de 2002, y STEDH (Sala), caso *Haas c. Suiza (demanda núm. 31322/07)*, de 20 de enero de 2011.

<sup>5</sup> Será, precisamente, esta conexión y la interpretación de que el artículo 2 se subordina al art. 8 una de las argumentaciones principales de la opinión disidente del juez Serguides (Chipre) (STEDH, caso *Mortier*, *op. cit.*, pp. 68-71, pp. 69-70).

128) y que lleva al Tribunal a concluir que el artículo 2 no prohíbe en sí mismo la despenalización condicional de la eutanasia, pudiendo ésta producirse si se acompaña de garantías legales e institucionales previas, adecuadas y suficientes que aseguren decisiones explícitas, sin ambigüedad, libres e instruidas, sin abusos ni presiones (paras. 138-139 y 146), así como si el personal médico interviniente en el proceso es independiente (para. 153). Existiendo el margen de apreciación estatal, éste no es ilimitado, quedando en manos del TEDH el control del respeto del artículo 2 (para. 143). Por ende, dichas garantías serán reforzadas con otras suplementarias en el supuesto de personas con enfermedades psicológicas y cuyo fallecimiento no se espera a corto plazo (para. 153).

Del análisis que el TEDH realiza de las garantías materiales y procesales previas a la eutanasia previstas en el Derecho belga (paras. 150-155), así como de la práctica en el caso controvertido (paras. 157-164), concluye que no hay violación del artículo 2 del CEDH (paras. 156 y 165). Así, especifica que una donación hecha a una asociación a la que pertenezca el personal médico interviniente en el proceso sólo supondrá un conflicto de intereses y vulnerará el CEDH, si se desprende de su cuantía y fecha que la misma que ha sido un condicionante para la práctica de la eutanasia (para. 161). A su vez, que el hecho de que personal médico pertenezca a una misma asociación, incluso cuando quien la practique ostente su Presidencia, no supone *per se* falta de independencia, quedándose la misma a expensas de elementos probatorios adicionales (para. 163).

En lo relativo al control posterior a la práctica de la eutanasia, el único previsto en la norma belga, el TEDH incide en la obligación positiva procesal de contar, en caso de deceso, con un sistema efectivo e independiente de investigación (paras. 166-168), apreciando que, en el caso concreto, el funcionamiento de la Comisión Federal de Control y Evaluación de la Eutanasia previsto en la ley, garantista con la confidencialidad de los datos personales de quienes intervienen en el proceso, recogidos en el documento primero de los dos a ser registrados para su posible examen por la Comisión y solo revelados si, en caso de duda sobre los detalles del proceso, se decide por mayoría simple de su composición levantar el anonimato, no responde a las exigencias del CEDH. Ello porque obstaculiza la recusación en el marco de dicho control y, por tanto, desafía la independencia de sus integrantes (paras. 171-178)<sup>6</sup>. Por ende, las garantías procesales que exige el artículo 2 del CEDH en este estadio tampoco fueron respetadas dadas la duración y la actuación de la Fiscalía en el primer proceso penal, lo cual le privó de efectividad (paras. 179-183).

---

<sup>6</sup> Este control y el posible conflicto de intereses entre el personal médico del proceso y quienes componen el órgano de control constituyó una de las partes principales del voto parcialmente concurrente, parcialmente disidente de la jueza Elósegui (España) (STEDH, caso *Mortier*, *op. cit.*, pp. 50-67). Un voto, por lo demás, extraño tanto en la presentación de su contenido (gran parte de éste asemeja pronunciamientos *in abstracto* sobre la norma belga o sobre posibles regulaciones nacionales, presentes o futuras), como en algunas de sus citas (da la impresión de una cierta querencia por las argumentaciones y trabajos de tres de los cuatro terceros intervinientes en el proceso). A título anecdótico, por estimar que no presenta visos de éxito, señalamos que, precisamente, por un conflicto de intereses se ha solicitado la expulsión de la jueza española a la Presidencia del TEDH (J. L. Mazón Costa, “El Opus Judicial en España y en el TEDH”, *Diario 16*, de 1 de abril de 2023, disponible en: <https://diario16.com/el-opus-judicial-en-espana-y-en-el-tedh/>).

Dada la conformidad de los actos previos y la práctica de la eutanasia con la CEDH, el TEDH rechazó la alegación de que la eutanasia de una persona próxima supone la violación del respeto a la vida privada (art. 8) de una víctima indirecta (para. 203). Así mismo, el conflicto de intereses entre el deseo del demandante de acompañar a su madre en sus últimos instantes vitales y el derecho de su madre a que se respetase su voluntad y autonomía personal se resolvió a favor de este último. Ello porque, a la obligación del personal médico de respetar la voluntad de sus pacientes y su deber de confidencialidad y mantenimiento del secreto médico, principio esencial de los sistemas jurídicos de todas las Partes en el CEDH y angular para la protección de la vida de las personas enfermas y la preservación de su confianza en el personal médico y resto de servicios sanitarios (paras. 205 y 207), se sumó la actitud de dicho personal, fomentadora del contacto familiar, y la inacción del demandante frente al correo enviado por su madre (para. 206).

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Lejano aún el cierre del debate público sobre la eutanasia, esta sentencia supone una nueva y exhaustiva confirmación por parte del TEDH de la compatibilidad de su previsión normativa y ejercicio con el CEDH, siempre que estos respondan a los parámetros derivados de él y de otras posibles normas de protección de derechos humanos. El examen con la doble perspectiva de las garantías previas y *a posteriori* ha brindado, además, una valiosa herramienta para verificar la conformidad (o no) de las regulaciones nacionales con el Convenio y servir de guía a posibles nuevas regulaciones.

Su impacto es evidente en el Estado belga, el cual, aún sin que obre la presentación de su plan de acción nacional para la ejecución, ya cuenta con una proposición de ley dirigida a levantar el anonimato, en línea con lo raudamente señalado por la propia Comisión Federal de Control y Evaluación de la Eutanasia tras esta sentencia, y cuyo examen por la Comisión de Justicia ha comenzado en febrero de 2023<sup>7</sup>. En nuestro país, más allá de las referencias efectuadas en la Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 19/2023, de 22 de marzo de 2023, sobre el *recurso de inconstitucionalidad 4057-2021, interpuesto en relación con la Ley Orgánica 3/2021*<sup>8</sup>, su huella debería plasmarse en una propuesta de modificación de la Ley Orgánica 3/2021. Ello porque, aun estando llamados a ser su principal mecanismo garantista tanto la verificación previa por dos integrantes de la Comisión de Garantía y Evaluación (art. 10) como, en los supuestos de desestimación o

<sup>7</sup> Véanse <https://hudoc.exec.coe.int/eng?i=004-62401>; el texto de la propuesta legislativa (disponible en: <https://www.dekamer.be/kvvcr/showpage.cfm?section=flwb&language=fr&cfm=flwbn.cfm?lang=N&dosierID=3020&legislat=55>; Strada Lex, , “Le nom du médecin qui a pratiqué une euthanasie ne devrait plus être anonymisé”, de 16 de febrero de 2023, disponible en: [https://www.stradalex.com/fr/sl\\_news/document/sl\\_news\\_article20230216-2-fr](https://www.stradalex.com/fr/sl_news/document/sl_news_article20230216-2-fr); Comunicado de prensa, “Réaction de la CFCEE suite à l'arrêt de la CEDH Mortier c. Belgique”, de 14 de octubre de 2022, en: [https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/cfcee\\_reaction\\_arret-cedh-221014\\_0.pdf](https://organesdeconcertation.sante.belgique.be/sites/default/files/documents/cfcee_reaction_arret-cedh-221014_0.pdf); así como HERT, M. de, LOOS, S., y ASSCHE, K. Van, “Euthanasia of a person with a psychiatric disorder does not violate the European Convention on Human Rights (*Mortier v. Belgium* [no. 78017/17]), *European Psychiatry*, vol. 65, núm. 1, 2022, pp. 1-2, p. 2, doi: <https://doi.org/10.1192/j.eurpsy.2022.2342>.

<sup>8</sup> Véase *BOE*, núm. 98, de 25 de abril de 2023, pp. 57761-57789 (texto disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10044](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10044)).

conflicto de intereses, el control previo de la Comisión propiamente dicha (art. 18 a)), nuestra norma refuerza sus garantías con un sistema de control *a posteriori* (arts. 12 y 18 b)) que reproduce la redacción de la ley belga vigente en el caso analizado y sus deficiencias sobre el sistema de abstención/recusación y la garantía de la independencia de sus integrantes y la propia Comisión en este control. Algo que, indefectiblemente, coloca a nuestro país en campo claro de posibles violaciones del artículo 2 del CEDH.

# LOS CONTROLES POLICIALES DE IDENTIDAD POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: UN COMENTARIO A LA SENTENCIA *MUHAMMAD C. ESPAÑA*

NATALIA M. OCHOA RUIZ\*

## I. HECHOS Y CONTEXTO

La sentencia tiene su origen en una demanda presentada contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por Zeshan Muhammad, de nacionalidad paquistaní y residente en Santa Coloma de Gramanet (Barcelona). Cuando caminaba por una calle turística en compañía de K.A., también paquistaní, fue objeto de un control de identidad por dos agentes de la Policía Nacional. Como se negó a mostrar su documentación, fue detenido y conducido a una comisaría.

Las versiones de los hechos proporcionadas por el interesado y por los policías difieren sustancialmente<sup>1</sup>. Según el señor Muhammad, uno de los agentes le confirmó que le habían pedido la identificación por el color de su piel, añadiendo que “no iban a parar a un alemán”. Según los agentes, la detención se produjo por su negativa a identificarse y porque había mostrado una “falta de respeto hacia la autoridad” y “una actitud insolente”<sup>2</sup>. A K.A. no se le pidió la documentación ni fue llevado a comisaría.

El demandante presentó una denuncia ante un Juzgado de Instrucción. El procedimiento fue sobreesido por falta de pruebas. Tras la desestimación de su recurso ante la Audiencia Provincial, optó por abandonar la vía penal<sup>3</sup>. Un año después de los hechos, incoó un procedimiento administrativo de reclamación de la responsabilidad patrimonial del Estado. En apoyo de su pretensión, aportó una serie de informes estadísticos y de documentos de diversos órganos de organizaciones internacionales, como la Comisión contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa y el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, en los que se señalaba que en España eran una práctica generalizada y extendida los controles de identidad efectuados por la policía con arreglo a perfiles raciales<sup>4</sup>. La reclamación no prosperó porque las autoridades entendieron que el interesado no había fundamentado sus alegaciones ni había aportado pruebas que las apoyaran. Sus recursos fueron

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público, Universidad Camilo José Cela (UCJC), Madrid ([nmochoa@ucjc.edu](mailto:nmochoa@ucjc.edu)).

<sup>1</sup> TEDH, *Muhammad c. España*, nº 34085/17, de 18 de octubre de 2022, párr. 2-10.

<sup>2</sup> En el Voto particular concurrente de los jueces Elósegui y Serghides, anexo a la sentencia, párr. 23, se recoge una descripción más detallada de la versión de la policía.

<sup>3</sup> *Muhammad c. España, cit.*, párr. 12-17.

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 19.

desestimados. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional fue inadmitido por falta de relevancia constitucional<sup>5</sup>.

En su demanda ante el TEDH, el señor Muhammad alegó la violación del artículo 14 en relación con el 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH). En su opinión, el control de identidad se realizó por el color de su piel y fue, por lo tanto, discriminatorio. Además, las autoridades no investigaron suficientemente su alegación de que el control se debió a una caracterización racial (*racial profiling*). Finalmente, el TEDH no encontró violación del CEDH. La sentencia fue dictada el mismo día y por la misma Sala, que otra, *Basu c. Alemania*, relativa también a un caso de controles policiales sobre dos nacionales alemanes de ascendencia india, aunque en ella se condenó a Alemania<sup>6</sup>.

Son numerosos los instrumentos internacionales que prohíben la discriminación por motivos raciales. En las Naciones Unidas destacan el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948<sup>7</sup>; el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966<sup>8</sup>, y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965<sup>9</sup>. En la Unión Europea (UE), rige la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico<sup>10</sup>.

En el Consejo de Europa, los instrumentos más relevantes son el propio CEDH, cuyo artículo 14 establece que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de (...) raza, color, (...) pertenencia a una minoría nacional (...)”, y el Protocolo adicional número 12 al Convenio (ETS 177), que prohíbe la discriminación de forma general<sup>11</sup>. Este Protocolo se aplica cuando la discriminación alegada se refiere a derechos distintos de los garantizados por el CEDH<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, párr. 24-29.

<sup>6</sup> TEDH, *Basu c. Alemania*, nº 215/19, de 18 de octubre de 2022.

<sup>7</sup> Aprobada por la Asamblea General (AG) en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>8</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la AG en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. En la comunicación nº 1493/2006, *Rosalind Williams Lecraft c. España*, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) examinó un caso de discriminación racial con motivo de un control de identidad policial y encontró una violación del artículo 26 en relación con el 2.3 del PIDCP. El CDH concluyó que “la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal”. *Cfr.* CCPR/C/96/D/1493/2006, de 17 de agosto de 2009.

<sup>9</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la AG en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y entrada en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

<sup>10</sup> DOCE núm. 180, de 19 de julio de 2000.

<sup>11</sup> Hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000 y entrado en vigor el 1 de abril de 2005. BOE núm. 64, de 14 de marzo de 2008.

<sup>12</sup> Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.2000, párr. 18.

En el caso que nos ocupa, el Protocolo no resultaba aplicable, ya que, según la jurisprudencia del TEDH, los controles de identidad de las personas pertenecientes a minorías étnicas que alcancen un determinado *umbral de gravedad* pueden constituir una violación del derecho al respeto de la vida privada (artículo 8 del CEDH)<sup>13</sup>. El carácter público del control puede afectar a la reputación de una persona, su integridad psicológica, identidad étnica y autoestima, cuestiones protegidas por el artículo 8, de acuerdo con la interpretación amplia que el Tribunal ha hecho de esta disposición<sup>14</sup>. En cuanto al artículo 14, el Tribunal ha establecido que la *discriminación directa* consiste en tratar de forma diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentran en situaciones relevantes similares<sup>15</sup>. Además, una política o medida general, aunque esté formulada en términos neutros y no tenga intención discriminatoria, puede suponer una *discriminación indirecta* si en la práctica presenta efectos desproporcionadamente perjudiciales para un grupo<sup>16</sup>. El Tribunal examinó, por tanto, la demanda sobre la base del artículo 14 en relación con el 8<sup>17</sup>.

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

Los principales aspectos que aborda la sentencia *Muhammad* son dos: en primer lugar, si las autoridades españolas habían realizado una investigación efectiva de la alegación de que el control policial había respondido a motivaciones racistas y, en segundo lugar, si el control policial y la posterior detención del demandante se debieron a motivos discriminatorios.

Según el TEDH, el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo de las injerencias arbitrarias de los poderes públicos. Esta disposición impone a los Estados ciertas obligaciones positivas<sup>18</sup>, entre ellas la de investigar de forma efectiva las injerencias en el derecho al respeto de la vida privada. Existe un deber especial de investigar los casos de discriminación racial<sup>19</sup>, por tratarse de “un tipo de discriminación especialmente atroz”, que, “en vista de sus peligrosas consecuencias, requiere una vigilancia especial y una reacción enérgica por parte de las autoridades”<sup>20</sup>. La obligación de investigar surge en particular cuando el demandante presenta una alegación defendible (*an arguable*

<sup>13</sup> TEDH, *Gillan y Quinton c. Reino Unido*, nº 4158/05, de 12 de enero de 2010, párr. 63, y *Vig c. Hungría*, nº 59648/13, de 14 de enero de 2021, párr. 49.

<sup>14</sup> *Muhammad c. España, cit.*, párr. 50. El TEDH ha interpretado la noción de “vida privada” en un sentido amplio, no susceptible de definición exhaustiva, que puede abarcar múltiples aspectos de la identidad física y social de una persona, entre ellos, su identidad étnica. *Vid. S. y Marper c. Reino Unido* [GC], nºs 30562/04 y 30566/04, de 4 de diciembre de 2008, párr. 66, y *Ciubotaru c. Moldavia*, nº 27138/04, de 27 de abril de 2010, párr. 49.

<sup>15</sup> TEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria*, nºs 43577/98 y 43579/98, de 6 de julio de 2005, párr. 145; *D.H. y otros c. República Checa* [GC], nº 57325/00, de 13 de noviembre de 2007, párr. 175, y *Soare y otros c. Rumanía*, nº 24329/02, de 22 de febrero de 2011, párr. 20.

<sup>16</sup> *D.H. y otros, cit.*, párr. 175 y 184, y *Biao c. Dinamarca* [GC], nº 38590/10, de 24 de mayo de 2016, párr. 91 y 103.

<sup>17</sup> *Muhammad, cit.*, párr. 43.

<sup>18</sup> TEDH, *Marckx c. Bélgica*, nº 6833/74, de 13 de junio de 1979, párr. 31.

<sup>19</sup> *Nachova y otros, cit.*, párr. 160.

<sup>20</sup> TEDH, *Timishev c. Rusia*, nºs 55762/00 y 55974/00, de 13 de diciembre de 2005, párr. 56; *Muhammad, cit.*, párr. 65.

*claim*) de que ha sido objeto de una injerencia por sus características físicas o étnicas<sup>21</sup>, más aún cuando la actitud racista ha sido manifestada por agentes del Estado<sup>22</sup>.

En la práctica, demostrar la motivación racial suele ser difícil. Por ello, la obligación de investigar no es absoluta, sino que el Estado tiene la obligación de hacer todo lo que sea *razonable* en las circunstancias dadas para reunir y asegurar las pruebas, explorar todos los medios prácticos para descubrir la verdad y dictar decisiones plenamente razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de violencia inducida por motivos raciales<sup>23</sup>.

En *R.B. c. Hungría*, el Tribunal afirmó que un trato que no alcance un nivel de gravedad suficiente para entrar en el ámbito de aplicación del artículo 3 (prohibición de la tortura y de los malos tratos) podría, no obstante, vulnerar el derecho al respeto de la vida privada “si los efectos sobre la integridad física y moral del solicitante son suficientemente perjudiciales”<sup>24</sup>.

En el caso que nos ocupa, la Sala no aceptó que los hechos hubieran constituido un acto de violencia, ya que “simplemente se le había pedido que mostrara sus documentos de identidad, algo que, como cualquier otra persona en España, estaba obligado a hacer en virtud de la ley”. Los agentes de policía habían sido identificados, no habían negado haber pedido al demandante que mostrara su documentación y su testimonio había sido tenido en cuenta tanto en el procedimiento penal como en el administrativo. La Sala destacó que las autoridades judiciales españolas habían realizado una investigación imparcial en los procedimientos. El demandante había tenido la oportunidad de recurrir las decisiones judiciales, que habían sido suficientemente motivadas y razonadas. Por ello, concluyó que España no había violado la obligación de investigación efectiva<sup>25</sup>.

La investigación desarrollada en el caso *Muhammad* difiere notablemente de la realizada por las autoridades alemanas en el asunto *Basu* y por las propias autoridades españolas en *B.S.*

En *Basu* sólo existió una investigación interna llevada a cabo por la propia policía, que la Sala no consideró independiente. Los tribunales administrativos se negaron a examinar el fondo del asunto, no practicaron las pruebas necesarias (en particular, no oyeron a los testigos) y desestimaron el recurso por motivos meramente formales. Por ello, se declaró

---

<sup>21</sup> *Muhammad*, párr. 64.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párr. 67.

<sup>23</sup> TEDH, *B.S. c. España*, nº 47159/08, de 24 de julio de 2012, párr. 58.

<sup>24</sup> *R.B.*, *cit.*, párr. 79.

<sup>25</sup> *Muhammad*, párr. 70-76. En su Voto particular disidente, el juez Zünd afirmó que existían carencias significativas en la investigación, en particular en las pruebas que se admitieron o se practicaron (párr. 3-7). En otro Voto particular disidente, el juez Krenc señaló que las autoridades españolas no habían desarrollado una investigación independiente (párr. 4-8). Sin embargo, los jueces Elósegui y Serghides destacaron que hubo dos procedimientos judiciales diferentes, uno penal contra los dos agentes de policía, en el que no se probó la supuesta motivación racial, y otro administrativo, en el que el demandante no pudo aportar ninguna prueba *prima facie* de discriminación racial. *Cfr.* Voto particular concurrente, *cit.*, párr. 6 y 10-25.

la violación del artículo 14 en relación con el 8<sup>26</sup>.

El asunto *B.S. c. España* se refería a una prostituta de origen nigeriano que había sido parada en tres ocasiones por agentes de policía para ser interrogada. La demandante denunciaba que había sido víctima de comentarios racistas y que la habían golpeado. El TEDH concluyó que las autoridades españolas habían violado el artículo 3 del Convenio, que prohíbe los malos tratos, al no llevar a cabo una investigación efectiva de los hechos, en relación con el artículo 14, ya que no habían adoptado todas las medidas posibles para determinar si los hechos estaban motivados por una actitud discriminatoria. En particular, los tribunales debían haber examinado por separado la posible relación de causalidad entre las supuestas actitudes racistas y los actos violentos denunciados<sup>27</sup>.

En *Muhammad*, la Sala analizó también si el control policial y la posterior detención del demandante se habían debido a motivos discriminatorios<sup>28</sup>. La cuestión más conflictiva era la de saber a quién correspondía probar la discriminación, ya que las versiones del demandante y de los agentes de policía diferían sustancialmente.

Como regla general, el TEDH aplica el principio *affirmanti incumbit probatio* (corresponde al demandante probar sus alegaciones)<sup>29</sup>. Sin embargo, en ciertos casos, para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato, debe corresponder al demandado probar que no ha existido discriminación. En el ámbito de la UE, la Directiva 2000/43/CE prevé una inversión de la carga de la prueba cuando exista a primera vista un caso de discriminación y se aporten indicios de dicha discriminación<sup>30</sup>.

El TEDH ha establecido una exigencia similar. Una vez que el demandante haya demostrado *prima facie* que se ha producido una diferencia de trato, la carga de la prueba se traslada al gobierno, que debe aportar pruebas que pongan en duda el relato de la víctima<sup>31</sup>. A la vez, el Tribunal ha admitido que no puede exigirse al gobierno que pruebe la ausencia de una *actitud subjetiva* concreta por parte de la persona afectada<sup>32</sup>.

La inversión de la carga de la prueba exige, por tanto, que el demandante pruebe *prima facie* la existencia de una discriminación<sup>33</sup>. La prueba puede resultar de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de presunciones de hecho similares no refutadas. Para su valoración, el TEDH debe tener un grado de persuasión

---

<sup>26</sup> *Basu, cit.*, párr. 36-39.

<sup>27</sup> *B.S., cit.*, párr. 61-62.

<sup>28</sup> En *Basu*, sin embargo, como la Sala determinó que las autoridades no habían llevado a cabo una investigación efectiva, no se entendió facultada para pronunciarse acerca de si el control de identidad se había producido por el origen étnico del demandante. *Cfr. Basu*, párr. 38.

<sup>29</sup> *Muhammad*, párr. 94.

<sup>30</sup> Apartado 21 del Preámbulo y artículo 8.1 de la Directiva, *cit.*

<sup>31</sup> TEDH, *Turan Cakir c. Bélgica*, nº 44256/06, de 10 de marzo de 2009, párr. 54; *Sonkaya c. Turquía*, nº 11261/03, de 12 de febrero de 2008, párr. 25; *B.S., cit.*, párr. 58; *D.H. y otros, cit.*, párr. 177, y *Timishev, cit.*, párr. 57. En el mismo sentido, ECRI General Policy Recommendation N°7 (revised) on national legislation to combat racism and racial discrimination, de 13 de diciembre de 2002 (revisada el 7 de diciembre de 2017), doc. CRI(2003)8 REV, párr. 11.

<sup>32</sup> *Nachova y otros, cit.*, párr. 157.

<sup>33</sup> TEDH, *Volodina c. Rusia*, nº 41261/17, de 9 de julio de 2019, párr. 117.

que está intrínsecamente vinculado con la especificidad de los hechos, la naturaleza de la alegación y el derecho presuntamente vulnerado<sup>34</sup>.

En el caso que nos ocupa, la Sala tuvo en cuenta que ni el control de identidad ni la detención habían tenido lugar en presencia de los miembros de la familia del demandante o en su vecindario. Su amigo, también paquistaní, no había sido detenido; ni siquiera se le había pedido que se identificara. El demandante no había demostrado ninguna circunstancia que pudiera sugerir que la policía había llevado a cabo controles de identidad motivados por la animosidad contra personas de su etnia o que pudiera dar lugar a la presunción necesaria para invertir la carga de la prueba. En definitiva, la Sala no encontró ninguna razón para apartarse de la conclusión de los tribunales nacionales de que había sido la actitud del demandante, y no su origen étnico, la causa de la solicitud de identificación<sup>35</sup>.

La argumentación del demandante se apoyó en buena medida en una serie de informes en los que se denunciaba que los controles de identidad por motivos raciales eran una práctica generalizada de las fuerzas policiales españolas<sup>36</sup>. La Sala no los tuvo en cuenta y se centró en determinar si, en el caso concreto, la solicitud al demandante se debía a motivos racistas. A juicio de la Sala, la cuestión había sido tratada por los tribunales de los órdenes penal y administrativo, que no encontraron dicha motivación. Así pues, la Sala entendió que no se había demostrado que las actitudes racistas hubieran desempeñado un papel en el control de identidad y la detención del demandante, y que, por lo tanto, no se había violado el CEDH<sup>37</sup>.

### III. CONCLUSIONES

La sentencia *Muhammad* se inscribe en una línea jurisprudencial reciente del TEDH relativa a los controles policiales de identidad por motivos discriminatorios. La comparación de esta sentencia con *Basu c. Alemania* y *B.S. c. España* resulta especialmente útil para determinar las aportaciones jurisprudenciales del Tribunal, por dos razones principales: en primer lugar, porque, en estas dos últimas sentencias, el Tribunal condenó a los países demandados por falta de investigación efectiva, mientras que en *Muhammad* consideró que España sí había realizado una investigación efectiva e imparcial, y, en segundo lugar, porque tan sólo en *Muhammad* el TEDH analizó si el control en sí mismo había sido discriminatorio, cuestión en la que no entró en *Basu* ni en *B.S.*

La obligación de realizar una investigación efectiva para determinar si el control policial se debió a motivaciones racistas no es absoluta. El Estado debe hacer todo lo que resulte razonable en las circunstancias concretas. Aunque la valoración de este aspecto comporta un cierto grado de discrecionalidad por parte del TEDH, de las sentencias mencionadas se pueden inferir algunos criterios. Así, en *Muhammad*, el Tribunal valoró positivamente

---

<sup>34</sup> *D.H. y otros cit.*, párr. 178.

<sup>35</sup> *Muhammad*, párr. 99.

<sup>36</sup> *Ibid.*, párr. 19 y 79-80.

<sup>37</sup> *Ibid.*, párr. 100-103.

que la alegación de motivos racistas había sido examinada por los tribunales del orden penal y administrativo y desestimada por ambos. Sin embargo, el deber de investigación efectiva e imparcial no se había cumplido en *Basu*, donde hubo una simple investigación interna efectuada por un superior jerárquico y los tribunales alemanes no analizaron el fondo de la cuestión. Tampoco se cumplió en *B.S.*, donde los tribunales del orden penal no habían examinado por separado si existía una relación causal entre las actitudes racistas de los agentes de policía y los actos violentos que estos habrían infligido a la demandante.

Una importante aportación de la sentencia *Muhammad* deriva del análisis de la carga de la prueba. Aplicando su jurisprudencia anterior, y en sintonía con la Directiva 2000/43/CE, el TEDH subrayó que el demandante debe probar que se ha producido a primera vista una discriminación. Sólo si lo consigue, se invertirá la carga de la prueba, correspondiendo entonces al gobierno probar que no existió discriminación.

Se deduce también de *Muhammad* que, cuando las versiones del demandante y de los agentes de la policía sean discrepantes, el TEDH tendrá en cuenta si las decisiones de los tribunales nacionales estaban suficientemente motivadas, si existía un marco jurídico adecuado para interponer recurso contra la discriminación y, en definitiva, si la investigación interna fue efectiva e imparcial, lo que en cierto modo nos devuelve al criterio anterior.

Por último, el TEDH no considera suficientes los estudios e informes de otras entidades (incluso de órganos del mismo Consejo de Europa, como el ECRI) en los que se afirme que los controles policiales de identidad por motivos raciales son práctica generalizada y extendida en un país. La función del Tribunal no es establecer o verificar una pauta de actuación, sino enjuiciar, en un caso concreto y a la luz de las circunstancias concurrentes, si el control policial se ha realizado por motivos discriminatorios basados en la raza, el color de la piel o el origen étnico.

**PAREJAS DE HECHO Y PENSIÓN DE VIUDEDAD  
(SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE  
DERECHOS HUMANOS DE 26 DE ENERO DE 2023,  
ASUNTO *VALVERDE DIGON c. ESPAÑA*)**

**MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ RODRÍGUEZ\***

**I. HECHOS**

La Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) dicta el 26 de enero de 2023 una sentencia por la que, por cuatro votos frente a tres, condena a España por la vulneración del art. 1 del Protocolo nº 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)<sup>1</sup>.

La Sra. Valverde Digon mantuvo una relación sentimental estable con su pareja desde 2005 (compraron juntos una vivienda en Santa Coloma de Gramanet, se empadronaron allí en 2006 y tuvieron una hija en común en 2008). Tres días antes del fallecimiento de su pareja (25 de julio de 2014) hicieron constar, mediante escritura pública, su condición de “pareja de hecho” desde 2005. En septiembre de 2014, la Sra. Valverde solicitó a la Seguridad Social el reconocimiento de la pensión de viudedad, que le fue denegado por incumplir el requisito de la constitución formal de “pareja de hecho” al menos dos años antes del fallecimiento<sup>2</sup>. Acudió a la jurisdicción social sin éxito pues las distintas instancias confirmaron la decisión denegatoria por la falta de cumplimiento de dicho requisito. Por último, interpuso tanto un recurso de casación ante el Tribunal Supremo para la unificación de doctrina, inadmitido en 2018, como un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), inadmitido por no apreciarse la especial trascendencia constitucional (art. 50.1.b) LOTC).

Tras el agotamiento de las vías internas, la Sra. Valverde presenta su demanda ante el TEDH en fecha de 16 de abril de 2019, invocando la violación del art. 1 del Protocolo nº

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Jaén. <https://orcid.org/0000-0001-5351-0432>.

<sup>1</sup> STEDH, as. *Valverde Digon c. España*, n. 22386/19, ECLI:CE:ECHR2023:0126JUD002238619. De acuerdo con los arts. 45.2 CEDH y 74.2 del Reglamento de Procedimiento del TEDH, las juezas M. Elósegui Itxaso y K. Šimáčková emiten conjuntamente una opinión separada concordante; en cambio, los jueces G. Ravarani (Presidente), C. Ranzoni y M. Guyomar exponen conjuntamente una opinión separada discrepante. España solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala; el colegio de cinco jueces de la Gran Sala ha rechazado la solicitud por decisión del 22 de mayo de 2023 (art. 43 CEDH), por lo que la sentencia de 26 de enero es definitiva (art. 44.2 CEDH).

<sup>2</sup> A tenor de lo previsto en el art. 174.3, pfo. 4º de la Ley General de la Seguridad Social (texto aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994), -tras su reforma por la Ley 40/2007-, y de la declaración de inconstitucionalidad del art.174.3, pfo. 5 mediante de la sentencia del Tribunal Constitucional 40/2014, de 11 de marzo (BOE de 10.4.2014) con efecto *pro futuro*. Esta legislación fue sustituida por el Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

1 del CEDH (derecho a la protección de la propiedad) y del art. 14 CEDH, en conjunción con el anterior.

## II. PROBLEMAS JURÍDICOS

La sentencia se estructura en cuatro partes, a saber: la primera, sobre la concreción de la normativa bajo la que el asunto será analizado, pues el TEDH la circunscribe al art. 1 del Protocolo nº 1 del CEDH (para. 29-30)<sup>3</sup>; la segunda, sobre la admisibilidad del asunto (para. 31-41); la tercera, sobre la alegación de la violación del art. 1 del Protocolo nº 1 del CEDH (pp. 42-82); la cuarta, sobre la aplicación del art. 41 CEDH (para. 83-86)<sup>4</sup>.

En cuanto a la admisibilidad, el TEDH acepta la demanda, por mayoría, al cumplir los requisitos requeridos (art. 35 CEDH). En este sentido, el Tribunal considera lo siguiente: a) en cuanto a la admisibilidad *ratione materiae*, el determinar si la demandante tiene, o no, una expectativa legítima de obtener una pensión de viudedad es una cuestión íntimamente vinculada al fondo del caso por lo que debe ser examinada cuando corresponda; b) respecto al agotamiento de los recursos internos, concluye que la acción procesal interna de la demandante es adecuada y suficiente para acudir a plantear su caso ante el TEDH<sup>5</sup>.

En cuanto al fondo, la demandante argumenta que el art. 1 del Protocolo nº 1 le es aplicable (para. 42-44), mientras que el gobierno español lo rechaza (para 45-47). En respuesta, el TEDH recuerda, con carácter previo, los principios generales que rigen el art. 1 del Protocolo nº 1 del CEDH (para 48-57) establecidos a través de su jurisprudencia. A continuación, la Sala examina si dichos principios son aplicables al caso, lo que exige

---

<sup>3</sup> Este es el motivo fundamental de la opinión separada concordante de las juezas Elósegui Itxaso y Šimáčková (nota 1): “*We regret, however, that the Chamber has overlooked the applicant’s argument that there has been a violation of the prohibition of discrimination (Article 14 of the Convention) in respect of her property rights. In our view, this case represents a typical example of an androcentric perception of law and lack of sensitivity to the life trajectories of persons in weaker social and societal positions, who are much more likely to be women*” (para. 2) [...]; “*It is certainly a good thing that the applicant will ultimately receive her pension. However, she also deserves recognition that she was affected not only in respect of her right to property but also in respect of her right to be treated equally. Not only did she suffer an interference with her property rights; she also, once again, realised that being a woman means belonging to a gender to which more injustice is generally done and whose interests are often overlooked*” (para. 13).

<sup>4</sup> El TEDH no se pronuncia sobre la satisfacción equitativa porque la demandante no la solicitó, pero aprovecha para constatar que, en un caso como este, la reparación más adecuada sería garantizar que la demandante, en la medida de lo posible, se coloque en la situación en la que se habría encontrado si no se hubieran adoptado tales decisiones denegatorias (STEDH de 18.6.2019, as. *Haddad c. España*, n. 16572/17 y de 23.6.2020, as. *Omorfe c. España*, n. 69339/16). Asimismo, la Sala recuerda que el Derecho español prevé la posibilidad de revisar las resoluciones firmes que hayan sido declaradas contrarias al CEDH en una sentencia del TEDH (por ejemplo, el art. 236 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social o los arts. 510 y 511 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil) siempre que “la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión” judicial.

<sup>5</sup> “*When more than one potentially effective remedy is available, the applicant is only required to have used one of them [...] and can select that which is most appropriate in his or her case*” (para 39.); “*it is not necessary for a Convention provision to be explicitly raised in domestic proceedings, provided that the complaint is raised ‘at least in substance’*” (para 40).

confirmar, en primer lugar, la aplicabilidad del art. 1 del Protocolo nº 1 (para 58-65) y, en segundo lugar, si se cumplen los requisitos del art. 1 del Protocolo nº 1 (para 66-82).

Respecto a la aplicabilidad del art. 1 del Protocolo 1, el TEDH reconoce que el momento en el que debería analizarse la legislación para verificar si la demandante cumple los requisitos para tener derecho a una pensión de viudedad es, en principio, la fecha en la que falleció su pareja. Ahora bien, la cuestión de si la demandante tiene una confianza legítima en el momento de la aplicación de la sentencia del TC a la normativa no puede responderse únicamente sobre la base de dicha normativa. Con anterioridad al cambio, la demandante tenía derecho a una pensión de viudedad y, además, podía confiar legítimamente en su obtención, en caso de fallecimiento de su pareja hasta 2014 (la inscripción en un registro público o en un acta notarial no era obligatoria para ser considerada “pareja de hecho” y, por tanto, cumplía tanto la ley catalana relativa a las parejas de hecho como la ley española relativa al derecho a una pensión de viudedad en las parejas de hecho). Incluso tras la sentencia del TC de marzo de 2014, ella y su pareja intentaron cumplirlo en un plazo razonable: inscribieron su pareja, pero no pudieron cumplir en su totalidad el requisito del periodo de dos años dado el fallecimiento de su pareja en julio de 2014. En consecuencia, la supresión del derecho a la pensión de viudedad como consecuencia de la inexistencia de un período transitorio tras la sentencia del TC es la injerencia denunciada en el presente asunto y no puede servir para excluir la aplicabilidad del art. 1 del Protocolo nº 1 del CEDH.

En lo que concierne al cumplimiento de los requisitos del art. 1 del Protocolo nº 1, debe examinarse si la denegación de la solicitud de pensión de viudedad constituye una injerencia justificada en el derecho al respeto de sus bienes de la demandante, con arreglo a los principios de legalidad, interés general y proporcionalidad (art. 1, pfo. 2º). El TEDH considera que esta injerencia cumple el principio de legalidad y persigue el interés general<sup>6</sup>; por lo tanto, corresponde dilucidar es si la injerencia es proporcionada. Las autoridades españolas no establecieron las medidas necesarias para evitar que las personas, que hasta la publicación de la sentencia del TC de 2014 habían cumplido el requisito necesario, se vieran, imprevisiblemente, impedidas de tener derecho a la pensión. Curiosamente, algunos tribunales sí aplicaron el principio general de Derecho *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie puede ser obligado a lo imposible), eximiendo a otros afectados por la reforma hecha por la Ley 40/2007 del requisito adicional de que la formalización como pareja de hecho se hubiera producido, al menos, dos años antes del fallecimiento del causante, por considerar imposible tal requisito en los casos en que el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad a la expiración de dicho plazo.

Tras la sentencia del TC de 2014, el demandante se encontraba en una situación comparable, pero los tribunales no siguieron la interpretación anterior en su caso, lo que socava aún más la capacidad de la demandante para prever cómo afectaría el nuevo requisito a su caso. Aunque corregir una diferencia de trato anterior constituye una razón imperiosa de interés general, no puede prevalecer automáticamente en una situación en la

---

<sup>6</sup> Esto es, eliminar una diferencia de trato anterior por razón del lugar de residencia, originado porque la ley española permitía que las leyes autonómicas determinaran los requisitos para reconocer a una “pareja de hecho”.

que el individuo afectado deba soportar una carga excesiva como consecuencia de una medida que le priva de una confianza legítima. Por otra parte, el Tribunal tiene en cuenta otros factores: no se alega que el formalizar la relación tres días antes del fallecimiento de su pareja es un indicio de fraude; no se admite que exista obligación de formalizar preventivamente su unión a partir de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad por el TC en 2012; el legislador no establece un justo equilibrio entre los intereses en juego; no concurre ninguna urgencia especial que justifique la negativa a prever un régimen transitorio.

Por lo tanto, el TEDH concluye que la finalidad legítima de las medidas impugnadas no puede justificar la ausencia de un régimen transitorio que corresponda a la situación particular en casos como el de la demandante, ya que dicha ausencia tiene como consecuencia privarle de su confianza legítima en recibir prestaciones de viudedad, por lo que tal injerencia fundamental es desproporcionada e incompatible con la preservación de un justo equilibrio entre los intereses en juego y, por ende, supone una violación del art. 1.

### III. CONCLUSIONES

Estamos ante un caso controvertido, que ha dividido a la Sala. Una parte (cuatro jueces) considera que: a) una operación de cambio legislativo-jurisprudencial como la del caso supone una combinación de elementos difícilmente conciliable con el Estado de Derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática, inherente a todo el CEDH; b) la demandante podría haber albergado una "confianza legítima" en que tenía derecho a una pensión de viudedad. Ahora bien, otra parte (tres jueces), ateniéndose estrictamente a la jurisprudencia tradicional del TEDH, estima que: a) cualquier demandante puede invocar un derecho actualmente exigible que esté lo suficientemente establecido; b) si la persona interesada no cumple, o deja de cumplir, los requisitos previstos por el Derecho interno para la concesión de una prestación o pensión, no existe injerencia en los derechos en virtud del art. 1 del Protocolo nº 1<sup>7</sup>.

En definitiva, el caso refleja las visiones dispares sobre la noción de "confianza legítima", así como sobre el alcance y límites de la protección social (en particular, de las prestaciones sociales) a través de la aplicación del art. 1 del Protocolo nº 1 del CEDH<sup>8</sup>, si

<sup>7</sup> El voto discrepante (nota 1) explica que, a diferencia de los asuntos *Domenech Aradilla y Rodríguez González c. España* (STEDH, de 19 de enero de 2023, n. 32667/19 y 30807/20), en los que la "confianza legítima" existe porque las interesadas cumplen con los requisitos señalados por la norma vigente en el momento del fallecimiento de sus parejas, en el asunto Valverde no existe porque la sentencia del TC declara que la norma aplicable es inconstitucional, por lo que la demandante sólo alberga una "suerte de esperanza" o "reclamación hipotética". Además, si como consecuencia de la sentencia del TC, se añade un nuevo requisito para la obtención de la pensión de viudedad (el registro como pareja de hecho al menos dos años antes del fallecimiento de uno de ellos), sin reglas transitorias, el fallecimiento de la pareja de la demandante no basta para cristalizar una "confianza legítima"; por tanto, no existe derecho a la pensión, ni antes ni después de la sentencia del TC. Por ello, apuntan que esta situación injusta podría ser resuelta en muchos Estados a través de la exigencia de responsabilidad por los daños causados.

<sup>8</sup> En este sentido, el voto discrepante expresa su temor a que la protección otorgada a través del art. 1 acabe obstaculizando, mediante una interpretación excesivamente amplia de su ámbito de aplicación material, la capacidad de las autoridades nacionales para reformar sus sistemas de seguridad social o modificar la

bien la posición mayoritaria ha sido respaldada, puesto que la eventual revisión de la sentencia ante la Gran Sala ha sido rechazada.

---

legislación en materia de pensiones.

# **DERRIBO DE UN AVIÓN COMERCIAL, DEPORTACIONES DE MENORES Y PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS: DECISIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ASUNTO UCRANIA Y PAÍSES BAJOS C. RUSIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2022**

**MARÍA GARCÍA CASAS\***

## **I. HECHOS**

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) hizo pública el 30 de noviembre de 2022, su decisión sobre la admisibilidad de tres demandas interestatales interpuestas contra Rusia y motivadas por el conflicto armado en el este de Ucrania<sup>1</sup>. Dos de esas demandas fueron presentadas por Ucrania y eran relativas a las prácticas administrativas de la Federación Rusa en los territorios de Donetsk y Lugansk desde la primavera de 2014 y la tercera, interpuesta en último lugar por los Países Bajos, se fundamentaba en el derribo del avión comercial de Malaysian Airlines MH17 a su paso por la región de Donetsk el 17 de julio del mismo año.

Los hechos que fundamentan la primera de las demandas presentadas por el gobierno ucraniano se refieren a prácticas administrativas desarrolladas por la Federación Rusa en gran parte del Donbás, consistentes en ataques militares ilegales (entre los que se encuentra también el derribo del avión MH17), torturas y tratos inhumanos a civiles y prisioneros de guerra a los que también se les sometió a trabajos forzados, secuestros y detenciones ilegales, ataques deliberados a congregaciones religiosas, destrucción de propiedad privada, etc. La segunda demanda de Ucrania que el tribunal decidió agrupar a la primera tiene su origen en la sustracción y desplazamiento de tres grupos de niños a territorio ruso que, el gobierno ucraniano presenta ante el TEDH en nombre de las víctimas, como *parens patriae*, o alternativamente como práctica administrativa constitutiva de privación ilegal de la libertad y vulneradora de la libertad de movimiento. Por último, el gobierno de los Países Bajos interpone la demanda por el derribo del avión MH17, contrario al derecho a la vida, y la falta de investigación y los obstáculos para ella, que no sólo contraviene la vertiente procedimental del derecho a la vida y el derecho de las familias a conocer la verdad de lo ocurrido, sino que llegaron a constituir tratos inhumanos. De acuerdo con el gobierno de los Países Bajos, si bien los hechos no pueden llegar a considerarse práctica administrativa, por falta de repetición, la política de negación de Rusia sí se equipara al otro componente necesario – la tolerancia oficial –, por lo que no sólo presentan esta demanda interestatal como representantes de un grupo de individuos. Las tres demandas se basan en el control efectivo que la Federación Rusa

---

\* Profesora Ayudante Doctor en la Universidad Autónoma de Madrid, [maria.garciac@uam.es](mailto:maria.garciac@uam.es)

<sup>1</sup> ECLI:CE:ECHR:2022:1130DEC000801916

ejercía en el momento de los hechos sobre los territorios de Donetsk y Lugansk, fuera de su soberanía.

## II. CUESTIONES JURÍDICAS

Al tratarse de una Decisión sobre la admisibilidad de las demandas interpuestas, las cuestiones de relevancia son, indudablemente, las relativas a la concurrencia de los requisitos de admisibilidad y a la existencia de jurisdicción. En este caso, la determinación de la concurrencia de jurisdicción *ratione loci* presenta cierta complejidad, en tanto que los hechos que fundamentan las demandas se produjeron en territorio que no pertenece a la Federación Rusa y la evaluación de la jurisdicción *ratione materiae* tampoco es sencilla por tratarse de hechos ocurridos durante el transcurso de un conflicto armado internacional. Ambas cuestiones han sido objeto de los pronunciamientos del TEDH durante años y, podríamos afirmar que su detenida explicación en esta ocasión facilita la comprensión de la jurisprudencia que el tribunal ha venido desarrollando al respecto.

En relación con la determinación de la jurisdicción territorial, el tribunal comienza refiriéndose a las pruebas presentadas para apoyar o desmontar los motivos que fundamentan las demandas, pero especialmente en esta fase del procedimiento, que se refieren al vínculo jurisdiccional con las obligaciones del CEDH. En ambos casos, la carga de la prueba recae en los Estados demandantes, Ucrania y los Países Bajos. El tribunal refiriéndose a su doctrina, clarificada en el asunto Ucrania c. Rusia (Crimea), recuerda que para declarar admisible una demanda por prácticas administrativas, debe haber pruebas suficientemente sustanciadas *prima facie*, mientras que será necesario poder determinar el vínculo jurisdiccional más allá de toda duda razonable.

El texto de la Decisión recoge una amplia relación de pruebas aportadas por las partes, las procedentes del procedimiento judicial desarrollado en Países Bajos para juzgar a los responsables del derribo del avión y las aportadas por observadores internacionales. En este punto, el TEDH señaló que, por la complejidad de la situación que fundamenta las demandas, gran parte de las pruebas se encontraban solamente en posesión del Estado demandado, que se negó a proporcionar el material que se le solicitó por razones de seguridad nacional. Asimismo, el tribunal señala la falta de “franqueza y transparencia”<sup>2</sup> de las alegaciones presentadas por escrito por la Federación Rusa y todo ello supone un cumplimiento insuficiente de su obligación de facilitar al tribunal el examen del caso (art. 38 CEDH). Además, el TEDH responde a la objeción de Rusia de que las demandas no son genuinamente demandas interestatales, sino propaganda política, que las cuestiones que se plantean son jurídicas y están basadas en pruebas auténticas y fiables, por lo que procede a examinar la concurrencia de jurisdicción.

Como se ha adelantado, se trata de demandas sobre actuaciones cometidas fuera del territorio de la Federación Rusa y, por tanto, gran parte del esfuerzo probatorio en este punto tiene que ver con el ejercicio de jurisdicción territorial por parte del Estado demandado. En este punto la explicación del tribunal es destacadamente didáctica y recoge su doctrina sobre la aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos

---

<sup>2</sup> Para. 456.

Humanos y las vías para determinar el vínculo jurisdiccional a los efectos del artículo 1. Es especialmente interesante teniendo en cuenta que, en los últimos años, el TEDH ha tenido que perfilar su enfoque sobre la extraterritorialidad y responder a cómo las situaciones de conflicto armado afectan a la determinación del vínculo<sup>3</sup> y cómo éste varía en atención al derecho, o a la vertiente, que se considere vulnerada<sup>4</sup>. En este caso, el Tribunal trata de determinar si Rusia ejercía jurisdicción – en el sentido del artículo 1 del Convenio – en Donetsk y Lugansk y, en vista de las pruebas, considera que cuando se produjeron los referéndums y la proclamación de las Repúblicas Populares en cada una de esas regiones, se encontraban bajo el control efectivo de la Federación Rusa, en términos de presencia militar y apoyo militar, político y económico a los grupos separatistas que compusieron los gobiernos de las repúblicas. Según el tribunal resulta probado, más allá de toda duda razonable, que en las zonas del Donbás controladas por las administraciones separatistas, Rusia ejercía un control efectivo y, por tanto, los actos y omisiones de los separatistas son atribuibles al Estado ruso. Queda pendiente que la Federación Rusa pruebe en la fase de fondo si hubo algunas zonas no controladas por las entidades separatistas o si algunas actuaciones suyas específicas no son atribuibles al Estado ruso.

Aunque la mayoría de las vulneraciones denunciadas se refieren a eventos que ocurrieron en ese territorio, incluido el lanzamiento del misil que derribó el avión MH17, algunas se produjeron en territorio controlado por Ucrania – por ejemplo las ocasionadas por ataques militares rusos a civiles – y, para esos casos, sería necesario examinar detenidamente si los incidentes ocurrieron bajo la jurisdicción personal de la Federación Rusa, entendida como la ejercida por el control y autoridad de los agentes estatales. Por la estrecha conexión de esta cuestión con el fondo del litigio, el TEDH estimó que no podía pronunciarse en esta fase.

Las prácticas administrativas denunciadas se encontrarían claramente bajo la jurisdicción de Rusia, que controlaba ese territorio de forma efectiva, sin embargo, hay un elemento más en el puzle de la aplicación extraterritorial del CEDH que afecta a los hechos producidos en la fase activa de las hostilidades. De acuerdo con la sentencia del TEDH en Georgia c. Rusia (II), es posible exceptuar algunos hechos del control territorial del Estado cuando se han cometido en el transcurso del conflicto armado. En este caso, esta excepción podría afectar especialmente a las vulneraciones denunciadas a raíz del abatimiento del avión MH17. Sin embargo, considera el tribunal que, si bien el derribo tuvo lugar en un contexto de enfrentamiento activo entre las dos fuerzas militares, no sería adecuado invocar el contexto de caos que permitiría excluir el vínculo jurisdiccional con el hecho. A la vista de las exhaustivas investigaciones realizadas por el equipo de investigación conjunto<sup>5</sup>, las circunstancias en las que tuvo lugar son suficientemente claras y permiten entender, sin ninguna duda, que el misil – que había sido suministrado

---

<sup>3</sup> STEDH, Georgia v. Russia (II), Judgment, 21 January 2021.

<sup>4</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Al Skeini y otros c. Reino Unido, asunto Hanan c. Alemania o asunto Guzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía.

<sup>5</sup> La Decisión se refiere al *Joint Investigation Team*, formado a instancias de los Países Bajos, Bélgica, Australia y Ucrania, con la participación de Malasia y de Eurojust (la agencia de la UE para la cooperación judicial penal) para desarrollar una investigación penal sobre el derribo del avión.

y transportado por la Federación Rusa – fue lanzado desde territorio controlado por las fuerzas separatistas y también allí ocurrió el impacto.

Por lo que respecta a la jurisdicción *ratione materiae*, como indicamos al inicio, el TEDH ha tenido que decidir, en numerosas ocasiones hasta la fecha, si es aplicable el CEDH en situaciones de conflicto armado internacional. La respuesta en todos los casos ha sido afirmativa. En este asunto, indica el TEDH que no hay un conflicto aparente entre el contenido de la Convención y las disposiciones aplicables del Derecho internacional humanitario, con la excepción de las demandas por vulneración de la vertiente sustantiva del derecho a la vida. En todo caso, al tratarse de una decisión sobre la admisibilidad, el tribunal se remite a la fase del fondo de la demanda para resolver si los hechos denunciados pueden merecer una evaluación distinta cuando se aplique el principio de proporcionalidad del derecho internacional humanitario o las garantías del artículo 2 del CEDH, y admite estas quejas. Por el contrario, el tribunal sí declara inadmisibles uno de los motivos de la demanda, el relativo a la vulneración del derecho a unas elecciones libres y justas, artículo 3 del Protocolo N°1, porque la falta de alegaciones fácticas no le permite determinar la competencia *ratione materiae*.

Una vez establecida la existencia de jurisdicción, el tribunal procede a examinar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad establecidos en el CEDH, concretamente en el artículo 35. En este punto se distingue la naturaleza de las distintas demandas interestatales que se agruparon en este asunto – las que contenían alegaciones de prácticas administrativas vulneradoras del CEDH y las que estaban motivadas por violaciones individuales – en tanto que el TEDH entiende aplicables requisitos de admisibilidad distintos. Así, cuando estamos ante demandas interestatales por incumplimientos que constituyen prácticas administrativas, no se exige haber agotado la vía de recursos interna. Esto es así porque se entiende que el fin de estas demandas es evitar la recurrencia de las vulneraciones de derechos y esto no se lograría mediante el agotamiento de los recursos internos.

Con respecto a las demandas por prácticas administrativas, lo necesario para entender admisible una demanda interestatal es la demostración de la existencia de la alegada práctica administrativa, es decir, lograr pruebas suficientes de que se ha dado una repetición de hechos vulneradores del CEDH tolerada por los superiores, entendiéndose por tolerancia la falta de castigo y de medidas para prevenir su repetición. Para abordar este punto, el TEDH decide sobre si hay pruebas suficientes *prima facie* de los dos elementos constitutivos de las prácticas administrativas para cada caso denunciado. Realizado este ejercicio, el tribunal declaró admisibles las demandas por prácticas administrativas contrarias al derecho a la vida (ataques militares ilegales contra civiles y ejecuciones sumarias), al derecho a no sufrir torturas, a la prohibición de los trabajos forzados, a la prohibición de las detenciones ilegales y los secuestros, al derecho a la libertad de religión, a la libertad de expresión, a la propiedad privada, al derecho a la educación en la lengua ucraniana y a la prohibición de discriminación.

Las vulneraciones provocadas por el derribo del vuelo MH17 han sido consideradas por el TEDH como violaciones individuales, sujetas por tanto a los requisitos de agotamiento

de los recursos internos y al límite temporal de los seis meses. Con respecto a esta demanda, el TEDH indicó que el rechazo de las autoridades rusas a iniciar una investigación penal, siendo conscientes de que había nacionales rusos involucrados en el abatimiento, corrobora las dudas sobre la efectividad de los recursos internos y declaró admisible la demanda por vulneración de la vertiente sustantiva y procesal del derecho a la vida. Sin embargo, las alegaciones de que la falta de respuesta, por parte de las autoridades rusas, a las familias de las víctimas del avión podría constituir por sí misma un trato inhumano, vulnerador del artículo 3 del CEDH<sup>6</sup>, se acumula al fondo del asunto por la complejidad que presentan las cuestiones fácticas y jurídicas aparejadas.

### III. CONCLUSIONES

Esta sentencia de admisibilidad es, a nuestro entender, una sentencia de referencia por tres motivos. El primero es que constituye un capítulo más que nos permite construir una saga protagonizada por el TEDH acerca de la sustanciación de los conflictos armados vehiculizados a través de las demandas interestatales. Por supuesto, no es la primera relacionada con el conflicto entre Ucrania y Rusia ante tribunales internacionales ni tampoco ante este mismo tribunal.

En segundo lugar, se refiere a cuestiones procesales de gran calado en la jurisprudencia más reciente del TEDH, nos referimos a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en situaciones de conflicto armado y a las vías para determinar el vínculo jurisdiccional con el Estado demandado. En relación con esto, encontramos el tercer motivo de interés. Se trata de la investigación y las pruebas evaluadas por el tribunal para determinar el vínculo jurisdiccional de las violaciones denunciadas con el Estado demandado y que pasan por la comprobación del control ruso sobre las regiones orientales ucranianas. Esta cuestión, lejos de ser un mero requisito de admisibilidad, encierra una cuestión capital en el origen del conflicto, que tiene que ver con la instigación de la proclamación de independencia de esas regiones y, de manera muy particular, con uno de los episodios más graves del conflicto, el derribo de un avión comercial y la vinculación de Rusia con este hecho.

---

<sup>6</sup> Posibilidad declarada en la sentencia del TEDH en el asunto Janowiec y otros c. Rusia del año 2013.