

# ¿COLMANDO LOS ESPACIOS DE ‘NO DERECHO’ EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS? Su eficacia extraterritorial a la luz de la jurisprudencia

Javier A. GONZÁLEZ VEGA

## SUMARIO:

I. LA APLICACIÓN *RATIONE LOCI* DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y EL PROBLEMA DE LA EXTRATERRITORIALIDAD. A. La extraterritorialidad de los instrumentos de derechos humanos: la doctrina de los órganos de control. B. ¿Una aceptación generalizada del alcance extraterritorial de las disposiciones en materia de derechos humanos? II. EXTRATERRITORIALIDAD Y CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. A. Las manifestaciones de la extraterritorialidad en el Convenio Europeo: Disposiciones convencionales y jurisprudencia de los órganos de control. B. La “reterritorialización” del Convenio Europeo en la decisión *Bankovic*: el concepto de “espacio jurídico” convencional. C. La extraterritorialidad del CEDH después de *Bankovic*. D. La jurisprudencia reciente del TEDH: *Behrami* o la “extraterritorialidad pero menos”. III. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL CEDH EN LOS ESTADOS PARTES: DEL EJEMPLO BRITÁNICO A LA PRÁCTICA ESPAÑOLA. A. La jurisprudencia del Reino Unido ante los actos del ejército británico en el exterior: La ocupación de Irak y los asuntos *Mousa* y *Al-Jeddah*. B. Algo más que una prognosis: la aplicación extraterritorial de la CEDH en relación con España. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INCERTIDUMBRE DE LA EXTRATERRITORIALIDAD DEL CEDH EN PERSPECTIVA.

*“Las imágenes más bellas en  
un espejo cóncavo son absurdas”*

Max Estrella<sup>1</sup>

## I. LA APLICACIÓN *RATIONE LOCI* DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS Y EL PROBLEMA DE LA EXTRATERRITORIALIDAD

Ciertamente, uno de los aspectos más esperanzadores en relación con el fortalecimiento de la protección internacional de los derechos humanos se vincula con la posible aplicación extraterritorial de los derechos garantizados por los diferentes instrumentos convencionales. La cuestión, que enlaza con otros desarrollos vinculados con el alcance extraterritorial de las competencias estatales –de lo que es buena prueba el principio de jurisdicción universal acogi-

1. VALLE INCLÁN, R.M. DEL, *Luces de Bohemia*, Escena XII.

do en el sistema español y avalado por nuestro Tribunal Constitucional<sup>2</sup>–, se inscribe en el marco estrictamente dispositivo que, en relación con la aplicación *ratione loci* de las disposiciones convencionales, establece el art. 29 del Convenio de Viena de sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969: de esta suerte, nada impide que los tratados en materia de derechos humanos, amplíen su eficacia para garantizar el respeto de los derechos reconocidos más allá del territorio de los Estados Partes<sup>3</sup>. Más aún, los objetivos inherentes a dichos instrumentos casan mal con limitaciones de índole espacial que tengan por objeto preservar las inmunidades del poder contra las que se han concebido precisamente aquéllos.

A) *La extraterritorialidad de los instrumentos de derechos humanos: la doctrina de los órganos de control*

Es cierto no obstante que los textos convencionales en la materia suelen eludir tales soluciones, cuando no –bien al contrario– definen su ámbito de aplicación espacial en términos férreamente territoriales. En este sentido, basta reparar en el tenor del art. 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y políticos (PIDCP), de 16 de diciembre de 1966, en donde se establece que:

“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar *a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción* los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma...”<sup>4</sup>

2. STC 237/2005, de 26 de septiembre; STC 227/2007, de 22 de octubre. Sobre el principio, pese al tiempo transcurrido *vid. per omnia* SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

3. Al respecto *vid.* nuestra contribución “Instalaciones *offshore* y competencia judicial: el Convenio de Bruselas de 1968, el TJCE y la ‘obsesión por el territorio’ (Estudio de los aspectos de Derecho internacional público para la determinación de la competencia judicial en la Sentencia *H. Weber c. Universal Ogden Services Ltd.*)”, *La Ley*, n. 5556 (31 de mayo de 2002), pp. 1 y ss.

4. Art. 2 PIDCP (*BOE*, núm. 103, 30 de abril de 1977). Debe de advertirse, no obstante, que semejante enunciado contrasta con la fórmula más generosa acogida en el art. 1 del Protocolo Facultativo (núm. 1) al PIDCP de 16 de diciembre de 1966 (*BOE*, núm. 79, 2 de abril de 1985), en el cual se confiere legitimación para presentar comunicaciones a los “individuos que se hallen bajo la jurisdicción” de un Estado y “que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto”. La diversidad terminológica –tal como se ha destacado– se deriva del lapso temporal que media entre la redacción de uno y otro textos, siendo el primero de 1954 y el segundo de 1966 (cfr. MCGOLDRICK, D., “Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights”, en la obra colectiva *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (F. Coomans, M.T. Kamminga, eds.), Intersentia, Amberes-Oxford, 2004, p. 67).

De donde se desprende en principio una formulación harto restrictiva al exigir “cumulativamente” la presencia en el territorio y la sujeción a la jurisdicción del Estado en cuestión para garantizar el respeto de los derechos establecidos en el PIDCP<sup>5</sup>. Semejante solución, sin embargo, va a ser pronto abandonada por el Comité de Derechos humanos al conocer de ciertas comunicaciones en las que se planteaba la aplicación extraterritorial de las disposiciones del Pacto<sup>6</sup>. En este sentido, afirmaba el Comité en el asunto *Saldías de López (Burgos)*:

“Article 2 (1) of the Covenant places an obligation upon a State party to respect and to ensure rights ‘to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction’, but it does not imply that the State party concerned cannot be held accountable for violations of rights under the Covenant which its agents commit upon the territory of another State, whether with the acquiescence of the Government of that State or in opposition to it. According to article 5 (1) of the Covenant...:

In line with this, it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory.”<sup>7</sup>

Esta interpretación se ha consolidado a lo largo de la jurisprudencia del Comité. En consonancia con ello, en la Observación General núm. 31 (2004) se afirma que:

“States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Par-

5. Es ésta una solución no exenta de lógica, pues el PIDCP está contemplando la hipótesis de eventuales inmunidades jurisdiccionales en favor de agentes diplomáticos, personal militar extranjero, etc.

6. Se trata de los asuntos núm. 52/79, *Delia Saldías de López (López Burgos) c. Uruguay*, CDH, 29 de julio de 1981, *Doc. NU CCPR/C/OP/1* (1984), párr. 88 y núm. 56/79, *Lilian Celi-berti de Casariego c. Uruguay*, 29 de julio de 1981, *Doc. NU CCPR/C/OP/1* (1984), párr. 92, relativos a sendos secuestros realizados por agentes uruguayos en territorio argentino y brasileño, respectivamente, así como de los asuntos núm. 77/1980, *Samuel Lichtensztejn c. Uruguay* y 106/81, *Mabel Pereira Montero c. Uruguay*, 31 de marzo de 1983, *Doc. NU A/38/40* (1983), párrs. 166 y 186, respectivamente, concernientes a la denegación de expedición de pasaportes a nacionales uruguayos residentes en Ciudad de México y Berlín occidental. Sobre el particular *vid.* MCGOLDRICK, “Extraterritorial Application...”, *cit.*, pp. 41-71, y SCHEININ, M., “Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights”, *Id.*, *op. cit.*, pp. 73-81.

7. Asunto núm. 52/79, *cit.*, apdo. 12.3.

ty... This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation.”<sup>8</sup>

Por otra parte, al margen de las fórmulas concretamente empleadas, esta orientación también está presente en la interpretación de otros textos convencionales de ámbito universal, como es el caso de la Convención internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965<sup>9</sup> o de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984<sup>10</sup>. En particular, en relación con este último el Comité contra la Tortura ha advertido que:

“the Convention protections extend to all territories under the jurisdiction of a State party and considers that this principle includes all areas under the *de facto* effective control of the State party’s authorities”<sup>11</sup>

Además, esta progresiva orientación también ha sido asumida en ámbitos regionales. Este es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con la aplicación no ya de un texto convencional sino de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Así, en el asunto *Alejandro c. Cuba* en donde este órgano advertía que:

“Con respecto a la competencia *ratione loci*, es evidente que la Comisión tiene competencia con relación a los hechos violatorios de derechos humanos que ocurren en el territorio de los Estados Miembros de la Organización, sean estos partes o no de la Convención. Conviene precisar, sin embargo, que en ciertas circunstancias la Comisión tiene competencia para conocer de las comunicaciones en que se denuncia

8. Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 31 [80], “La naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes del Pacto”, 29 de marzo de 2004 (sesión núm. 2187); *Doc. NU*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 10.

9. *BOE*, núm. 118, 17 de mayo de 1969. El texto habla sucesivamente de “territorios” (art. 3) y “personas” (art. 6) “bajo su jurisdicción”. Sobre la interpretación de tales disposiciones por la CIJ *vid. infra*.

10. *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987. Para un análisis de estas disposiciones convencionales *vid. MILANOVIC, M.*, “From Compromise to Principle: Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties”, *HRLR*, vol. 8 (2008), pp. 411-448.

11. CCT, Conclusiones y recomendaciones en relación con el 4º Informe periódico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 10 de diciembre de 2004, *Doc. NU*, CAT/C/CR/33/3, párr. 4.b). Con ello rechazaba la pretensión británica de excluir la operatividad de la Convención en relación con las prácticas de sus tropas desplegadas en Afganistán e Irak

la violación de derechos humanos protegidos en el sistema interamericano por agentes de un Estado Miembro de la Organización aun cuando los hechos que constituyen esta violación hayan ocurrido fuera del territorio de dicho Estado. En efecto, la Comisión considera pertinente señalar que, en ciertas circunstancias, el ejercicio de su jurisdicción sobre hechos ocurridos en un lugar extraterritorial no sólo es congruente sino requerido por las normas pertinentes. Los derechos fundamentales de la persona son proclamados en las Américas sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación: 'sin distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo'. Dado que los derechos individuales son inherentes a la persona humana, todos los Estados americanos están obligados a respetar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción. Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un *locus* extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último"<sup>12</sup>.

De hecho, la aproximación favorable a la aplicación extraterritorial de las disposiciones en materia de derechos humanos no se ha limitado a los órganos vinculados con su protección sino que –superando supuestas derivas sectorialistas– tiende a reconocerse por parte de otros operadores jurídicos poco sospechosos de militar en el activismo de los derechos humanos.

B) *¿Una aceptación generalizada del alcance extraterritorial de las disposiciones en materia de derechos humanos?*

En efecto, la tesis de la eficacia extraterritorial de los tratados en materia de derechos humanos ha encontrado un autorizado mentor en la misma CIJ, la

12. CIDH, asunto *Armando Alejandro Jr. y otros c. República de Cuba*, caso n.º 11.137, Informe n.º 86/99, 29 de septiembre de 1999, *Doc. OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 3 rev. en 586* (1999), párr. 23. El asunto versaba sobre el derribo de una avioneta de la ONG estadounidense "Hermanos al rescate" por una aeronave militar cubana. En sentido semejante, el asunto *Coard y otros c. EE.UU.*, 1999, a propósito de las acciones militares estadounidenses en la isla de Granada en 1983 (Sobre el particular *vid. CASSEL, D.*, "Extraterritorial Application of the Inter-American Human Rights Instruments", en *Extraterritorial Application...*, *cit.*, pp. 175-181; CERNA, Ch.M., "Extraterritorial Application of the Human Rights Instruments of the Inter-American System", *id. loc. cit.*, pp. 141-173). No ha de olvidarse, que por esta vía la CIADH se halla actualmente conociendo de las actuaciones de las tropas estadounidenses en Irak (cfr. CERONE, J., "The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers: The Inter-American Commission on Human Rights and US Activities in Iraq", *ASIL Insights*, octubre 2005; texto accesible en <http://www.asil.org>. Cfr. solicitud de noviembre de 2004 en [http://www.nodo50.org/iraq/2004-2005/docs/demanda\\_9-12-04.html](http://www.nodo50.org/iraq/2004-2005/docs/demanda_9-12-04.html)).

cual en su opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las *consecuencias jurídicas de la construcción del muro en el territorio palestino ocupado*, no sólo ha asumido la doctrina sentada por el Comité de Derechos Humanos en relación con la aplicación extraterritorial de las disposiciones del PIDCP, sino que ha postulado la eficacia extraterritorial de otros instrumentos en materia de protección de los derechos humanos, incluso en ausencia de disposiciones sobre el particular<sup>13</sup>; planteamiento reiterado con posterioridad en su Sentencia de 19 de diciembre de 2005 en el asunto de las *actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*<sup>14</sup>.

Por otra parte, confirmando el apego del órgano judicial principal de Naciones Unidas a tal lectura, sobre ella ha vuelto recentísimamente en la providencia por la que acuerda la concesión de medidas provisionales en el asunto relativo a la *Aplicación del Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Federación Rusa)* de 15 de octubre de 2008 al advertir que:

“Whereas the Parties disagree on the territorial scope of the application of the obligations of a State party under CERD; whereas Georgia claims that CERD does not include any limitation on its territorial application and that accordingly ‘Russia’s obligations under the Convention extend to acts and omissions attributable to Russia which have their locus within Georgia’s territory and in particular in Abkhazia and South Ossetia’; whereas the Russian Federation claims that the provisions of CERD cannot be applied extraterritorially and that in particular Articles 2 and 5 of CERD cannot govern a State’s conduct outside its own borders;

13. Cfr. párrs. 107-113, *ICJ Reports, 2004*. Así ocurría en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales (PIDESC) de 16 de diciembre de 1966 (*BOE*, núm. 103, 30 de abril de 1977), cuya aplicación extraterritorial estimaba la Corte (párr. 112); en cambio, la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (*BOE*, núm. 313, 31 de diciembre de 1990) no planteaba especiales problemas en punto a su aplicación extraterritorial dado que al ser un texto muy posterior su art. 2 habla de la aplicación respecto a los niños sometidos a la jurisdicción de los Estados Partes (*ibid.*, párr. 113). Acerca de los problemas que suscita en principio la aplicación extraterritorial del PIDESC *vid.* las contribuciones de COMANS, F., “Some Remarks on the Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, y KUNNEMANN, R., “Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, ambas en la obra colectiva *Extraterritorial Application...*, *cit.*, pp. 183-199 y 201-229, respectivamente.

14. CIJ, *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, Sentencia de 19 de diciembre de 2005, párrs. 216 y ss. La convergencia de la posición de la CIJ con los enfoques del CDH y del CDESC en este punto ha sido ponderada por HIGGINS, R., “Human Rights in the International Court of Justice”, *Leiden JIL*, vol. 20 (2007), pp. 749-750.

Whereas the Court observes that there is no restriction of a general nature in CERD relating to its territorial application; whereas it further notes that, in particular, neither Article 2 nor Article 5 of CERD, alleged violations of which are invoked by Georgia, contain a specific territorial limitation; and whereas the Court consequently finds that these provisions of CERD generally appear to apply, like other provisions of instruments of that nature, to the actions of a State party when it acts beyond its territory”<sup>15</sup>

Lamentablemente, la generalizada aceptación de tales desarrollos encuentra su contrapunto en la actitud expresada por el actual Gobierno de los EE.UU. en el sentido de limitar la eficacia de las garantías en materia de derechos humanos al territorio de los EE.UU., excluyendo obviamente las acciones desarrolladas por los órganos y agentes de ese Estado en sus misiones en el exterior pero también las desarrolladas en los territorios dependientes de los EE.UU. que no constituyen formalmente el territorio al que se aplica la Constitución federal<sup>16</sup>; aún cuando esta última interpretación, como es sabido, ha sido descartada en relación con la base de Guantánamo, por el Tribunal Supremo en su decisión de 2004 en el asunto *Rasul v. Bush*, anulando una previa decisión del Tribunal del Circuito del Distrito de Columbia<sup>17</sup>, no obstante, ello no es óbice para que la jurisprudencia estadounidense rezume una lectura marcadamente territorialista de las garantías establecidas en materia de protección de los derechos humanos<sup>18</sup>.

15. CIJ, *Aplicación del Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Federación Rusa)*. Solicitud de medidas provisionales, Providencia de 15 de octubre de 2008, párrs. 108 y 109.

16. Sobre el particular *vid.* FORCESE, C., “A New Geography of Abuse? The Contested Scope of US Cruel, Inhuman and Degrading Treatment”, *Berkeley JIL*, vol. 24 (2006), pp. 908-938. Amén de las peculiares relaciones territoriales que se derivan de los diferentes estatutos de los territorios administrados por los EE.UU. o con los que mantiene una relación singular –libre asociación u otras fórmulas– en todo ello incide la peculiar interpretación de las garantías internacionales en materia de derechos humanos que como es sabido se subordinan a la interpretación establecida por la Constitución estadounidense y la jurisprudencia de su Tribunal Supremo y a las que se priva además de toda eficacia directa en virtud de las reservas, interpretaciones o entendimientos (*understandings*) con que se aderezan todos los instrumentos de adhesión norteamericanos a los convenios en materia de derechos humanos. En tal sentido, *vid.* la reciente decisión del Tribunal Federal del Distrito de Columbia, en el asunto *Ali et. al. v. Rumsfeld*, en donde se niega el carácter directamente aplicable (*self-executing*) de las disposiciones del IV Convenio de Ginebra de 1949 (cfr. texto en <http://howappealing.law.com/DetaineesLitigationDDC032707.pdf>).

17. Cfr. 542 U.S. 466 (2004). Sobre el particular *vid.* KENT, A., “D.C. Circuit Upholds Constitutionality of Military Commissions Act Withdrawal of Federal Habeas Jurisdiction for Guantanamo Detainees”, *ASIL Insights*, vol. 11 (marzo 2007); OTTY, T., OLBORNE, B., “The US Supreme Court and the ‘War on Terror’: *Rasul* and *Hamdi*”, *EHRLR* (2004), pp. 558-569.

18. Así, el carácter restrictivo de las garantías tuteladas por los Tribunales estadounidenses no es cosa nueva; previamente, ya la jurisprudencia estadounidense había insistido en el carácter

## II. LA EXTRATERRITORIALIDAD EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La aplicación extraterritorial de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos ha cobrado una inusitada proyección en el caso de la jurisprudencia relacionada con el Convenio Europeo para la protección y salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, dado que en ella los órganos de control –inicialmente la Comisión Europea de DH y el TEDH, ahora sólo el TEDH– han abordado diferentes situaciones en las que la protección de los derechos garantizados movía a aquéllos a postular una eficacia extraterritorial del Convenio.

### A) *Las manifestaciones de la extraterritorialidad en el Convenio Europeo: Disposiciones convencionales y jurisprudencia de los órganos de control*

Conviene partir del dato de que, a diferencia de otros textos convencionales, el CEDH formula unas reglas en materia de aplicación espacial de sus disposiciones que posibilitan ciertamente la eficacia extraterritorial de las garantías en él establecidas pues, de un lado, en el art. 1 CEDH las “Altas Partes contratantes reconocen *a toda persona dependiente de su jurisdicción* los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”<sup>19</sup>; de otro, el art. 56 CEDH se contempla la formulación de declaraciones a cargo de los Estados Partes en virtud de las cuales, éstos pueden decidir extender la aplicación de los derechos reconocidos en el Convenio a “*todos los territorios o a alguno de los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable*”<sup>20</sup>. Ahora

cumulativo de las exigencias en materia de aplicación *ratione loci* de los derechos reconocidos en el PIDCP (cfr. *US v. Duarte-Acero*, 296 F.3d 1277 [11th Cir. 2002]; cit. en CERONE, J., “The Application of Regional Human Rights Law...”, *cit.*).

19. Art. 1 CEDH (BOE, núm. 152, 22 de junio de 1998). Cursivas añadidas. Sobre el particular *vid.* JACOBS, F.G., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1975, pp. 14-15; VELU, J., ERGEC, R., *La Convention Européenne des Droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 1990, pp. 47-50 (Adviértase que el Convenio Interamericano de Derechos Humanos, de 1969, contiene una fórmula similar, confirmando su inspiración en el texto europeo).

20. Art. 56.1 CEDH. En el apartado 3 del art. 56 CEDH, no obstante, se dispone que la extensión territorial del Convenio, no es óbice para que en “los mencionados territorios, las disposiciones del presente Convenio se apli(quen)(carán) *teniendo en cuenta las necesidades locales*” (cursivas añadidas); una modulación –de claras reminiscencias coloniales– que pudo resultar, no obstante, operativa en otros tiempos –así en relación con la isla de Man, *v. gra.* Sentencia TEDH *Tyrer c. Reino Unido*, 25 de abril de 1978– pero que se revela en la actualidad anacrónica.

bien, ha de advertirse que —a la luz de los trabajos preparatorios— el origen del genérico enunciado de la disposición no se deriva de una consciente intención de conferir eficacia extraterritorial a los derechos garantizados por el Convenio, cuanto del afán por brindar protección a todas las personas presentes en el territorio de las Partes contratantes al margen de la condición de “residentes” o no en sentido jurídico<sup>21</sup>.

Pese a ello, y aunque ya tempranamente la Comisión Europea de DH había abordado incidentalmente la aplicación extraterritorial de las disposiciones del CEDH<sup>22</sup>, en su conjunto las instituciones del Convenio habían prestado escasa atención a estas cuestiones<sup>23</sup>; no obstante, a partir de los años 90, la jurisprudencia del TEDH ha empezado a analizar las diferentes vertientes que revela la aplicación extraterritorial de las disposiciones del Convenio. Previamente, en la célebre Sentencia *Soering c. Reino Unido*, el Tribunal de Estrasburgo había postulado una aplicación férreamente territorial de la Convención, concibiendo el art. 1 como un “límite” en orden a su aplicación en el espacio<sup>24</sup>, sin embargo, en la práctica, la decisión adoptada por el Tribunal, al excluir la extradición a los EE.UU. so pretexto del riesgo de violación del derecho reconocido en el art. 3 del CEDH, suponía cuando menos una proyección extraterritorial de los valores consagrados por el instrumento convencional europeo. En este orden, como señalaba en la época J. ROLDÁN BARBERO,

“a despecho de ámbitos de aplicación territorial, ...de la decisión judicial se desprende una cierta relativización de los límites nacionales y regionales de cobertura en favor de la dignidad humana”<sup>25</sup>

21. Cfr. PEDERSEN, M.P., “Territorial Jurisdiction in Article 1 of the European Convention on Human Rights”, *NJIL*, vol. 73, pp. 281-283.

22. Así, *inter alia*, en el asunto *X. c. Alemania*, 25 de septiembre de 1965, en relación con las actuaciones del consul alemán en Casablanca, o en el asunto *Hess. c. Reino Unido*, 28 de mayo de 1975 (Com. Eur. DH, *Decisions and Reports* núm. 2, p. 72), respecto de la prisión a perpetuidad del exlugarteniente de A. Hitler, en la prisión de Spandau, entonces en el territorio de la RDA.

23. ROZAKIS, Ch.L., “How far we can go? Recent Developments of Strasbourg Case-Law on the Concept of Jurisdiction”, en *El Derecho internacional: Normas, Hechos y valores. Liber Amicorum... Pastor Ridruejo*, Madrid, 2006, p. 212. Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha abordado el examen del tema adoptando al efecto una Recomendación 1606 (2003) de 23 de junio de 2003, relativas a “las zonas donde el Convenio (de Roma) no puede ser aplicado”, que ha venido precedida de un interesante informe de la Comisión de Cuestiones jurídicas y derechos humanos, cfr. *Doc. 9730*, Relator Sr. Ch. Pourgourides. Los textos aparecen reproducidos en la *RUDH*, 2003, pp. 231-240.

24. Sentencia TEDH, *Soering c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989, párr. 86.

25. ROLDÁN BARBERO, J., “La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La Sentencia *Soering* de 7 de julio de 1989”, *RIE*, vol. 17 (1990), p. 543.

De hecho, a partir de este momento la proyección extraterritorial del Convenio Europeo aparece presente en otros muchos supuestos examinados por el Tribunal –al margen de que en los mismos se analice expresamente o no la operatividad de la disposición del art. 1 CEDH, previamente citada–. Aparte de los supuestos de extradición como el planteado en el asunto *Soering*<sup>26</sup>, es el caso de a) la incidencia de las declaraciones de extensión territorial del Convenio sobre la base de las cuales el TEDH establecía su competencia, entre otros, en el asunto *Mathews c. Reino Unido*<sup>27</sup>. También la eficacia extraterritorial de las disposiciones convencionales se suscita en b) las actividades de la Administración exterior de los Estados partes, tal como reflejaba el asunto *Gentilhomme y otros c. Francia* respecto a los actos de las instituciones educativas francesas en Argelia<sup>28</sup>. De igual modo, la eficacia extraterritorial del Convenio entra en juego en los supuestos de c) secuestros en el extranjero, tal como revela el asunto *Stocké c. RFA*<sup>29</sup>, así como en d) los procedimientos de cooperación en el ámbito del Derecho civil internacional –v. gr. la prestación de alimentos– puestos de manifiesto en el caso *K. c. Italia*<sup>30</sup>. Por otra parte, esta dinámica explica igualmente e) la eventual responsabilidad de los Estados partes respecto de actos de los Estados o territorios sometidos a su control, como reflejaba el asunto *Drozd y Janousek c. Francia y España*<sup>31</sup>, al igual que f) las demandas de responsabilidad en el caso de los actos de tortura cometidos por autoridades extranjeras, aspecto suscitado en el asunto *Al-Adsani c. Reino Unido*<sup>32</sup>.

Con todo, es en el periodo comprendido entre 1995 y 2004 en el cual los problemas vinculados con la aplicación extraterritorial de las disposiciones del CEDH cobran un especial relieve en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y son en particular muy concretos asuntos los que centran la atención del Tribu-

26. Además, debe de considerarse la proyección tentativa –no llegaron a conocer del supuesto los órganos del Convenio– que éste jugó en un célebre procedimiento –el caso Roldán– de entrega alternativo a la extradición (*extradition déguisée*) en el cual los “Papeles de Laos” planteaban burdamente la aplicación extraterritorial de las disposiciones del CEDH. Al respecto vid. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Los tratados y la extradición en el Derecho español (Reflexiones en torno a los papeles de Laos)”, *REDI*, vol. XLVII (1995), pp. 136-137, así como nuestra contribución “*Male captus, bene detentus*: Extradición, detención y derechos humanos en el contexto del ‘Caso Roldán’”, *id. loc. cit.*, pp. 119-129.

27. Sentencia TEDH, *Mathews c. Reino Unido*, 18 de febrero de 1999, párrs. 30 y ss.

28. Sentencia TEDH (Sección 2ª), *Gentilhomme, Schaf-Benhadi y Zerouki c. Francia*, 14 de mayo de 2002, párr. 20.

29. Sentencia TEDH, *Stocké c. Allemagne*, 19 de marzo de 1991, párrs. 51 y 54.

30. Sentencia TEDH (Sección 2ª), *K. c. Italia*, 20 de julio de 2004, párr. 21.

31. Sentencia TEDH *Drozd y Janousek c. Francia y España*, 26 de junio de 1992, párrs. 84 y ss.

32. Sentencia TEDH (Gran Sala), *Al-Adsani c. Reino Unido*, 21 de noviembre de 2001.

nal sobre estos problemas. El punto de partida en esta evolución se sitúa en la Sentencia en el asunto *Loizidou c. Turquía, excepciones preliminares* en la que el TEDH afirma que:

“... si l'article 1 (art. 1) fixe des limites au domaine de la Convention, la notion de 'jurisdiction' au sens de cette disposition ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes... De plus, la responsabilité des Parties contractantes peut entrer en jeu à raison d'actes émanant de leurs organes et se produisant sur ou en dehors de leur territoire...”

Compte tenu de l'objet et du but de la Convention, une Partie contractante peut également voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d'une action militaire –légale ou non–, elle exerce en pratique le contrôle sur une zone située en dehors de son territoire national. L'obligation d'assurer dans une telle région le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu'il s'exerce directement, par l'intermédiaire des forces armées de l'Etat concerné ou par le biais d'une administration locale subordonnée.”<sup>33</sup>

Ciertamente, el supuesto considerado partía de la idea del “control” directo o indirecto sobre un área distinta del “territorio nacional” del Estado contratante, aunque sin formular otros límites que condicionaran la eventual eficacia extraterritorial de las disposiciones del CEDH; de modo que semejante caracterización permitía augurar futuros desarrollos en los que se insistiera en la observancia por parte de los Estados de las obligaciones derivadas del Convenio al margen de condicionantes de índole espacial.

B) *La “reterritorialización” del Convenio Europeo en la decisión Bankovic: el concepto de “espacio jurídico” convencional*

Lamentablemente, las esperanzas derivadas de la doctrina sentada en la Sentencia *Loizidou* se vieron considerablemente mermadas con la ulterior decisión en el asunto *Bankovic c. Bélgica y otros*, en donde el Tribunal sostiene que:

“En ce qui concerne le ‘sens ordinaire’ des termes pertinents figurant dans l'article 1 de la Convention, la Cour considère que, du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale. Si le droit international n'exclut pas un exercice extraterritorial de sa juridiction par un Etat, les éléments ordinairement cités pour fonder pareil exer-

33. Sentencia TEDH *Loizidou c. Turquía, excepciones preliminares*, 23 de marzo de 1995, párr. 62.

cice (nationalité, pavillon, relations diplomatiques et consulaires, effet, protection, personnalité passive et universalité, notamment) sont en règle générale définis et limités par les droits territoriaux souverains des autres Etats concernés (...)

Ainsi, par exemple, la possibilité pour un Etat d'exercer sa juridiction sur ses propres ressortissants à l'étranger est subordonnée à la compétence territoriale de cet Etat et d'autres (...). De surcroît, un Etat ne peut concrètement exercer sa juridiction sur le territoire d'un autre Etat sans le consentement, l'invitation ou l'acquiescement de ce dernier. (...)

En conformité avec la notion essentiellement territoriale de juridiction, la Cour n'a admis que dans des circonstances exceptionnelles que les actes des Etats contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire peuvent s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention<sup>34</sup>

Esta apuesta por una lectura en clave territorialista del ámbito de aplicación de la Convención resulta cuando menos chocante, toda vez que revela una interpretación arcaizante del texto convencional (no parece desacertado ver en ella los ecos del venerable asunto *Lotus*<sup>35</sup>), poco conforme con la naturaleza objetiva que a las obligaciones establecidas por el Convenio como expresión de un “orden público” europeo asignara desde sus orígenes la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos<sup>36</sup> y que asumió el propio Tribunal en la Sentencia *Loizidou*, a la que sin embargo de forma contradictoria se remite, desvirtuando con ello el valor operatorio de dicho concepto<sup>37</sup>. Finalmente, tal interpretación resulta escasamente atenta a las exigencias imperiosas que en relación con la represión de las violaciones de los derechos humanos vienen caracterizando a los pronunciamientos judiciales tanto internacionales como internos. De hecho, una opinión tan prudente como la de G. COHEN-JONATHAN se ve en la necesidad de admitir que con su decisión el TEDH afronta un “parcial

34. Decisión TEDH (Gran Sala), *Bankovic y otros c. Bélgica*, 12 de diciembre de 2001, párrs. 59-60 y 67.

35. Nos referimos al celebre *dictum* en el caso caso resuelto por la CPJI, en donde se afirma que “la jurisdicción es ciertamente territorial” y “no puede ser ejercida fuera del territorio sino conforme a una regla permisiva derivada del derecho internacional consuetudinario o de un tratado” (cfr. Sentencia de 7 de septiembre de 1927, *Lotus*; CPJI, *Recueil des Arrêts*, Serie A, n° 10, pp. 18-19). Obviamente, naturalmente, la controversia que entonces y aún hoy suscitan las afirmaciones conexas con este pronunciamiento (*vid. per omnia*, BROWNIE, I., *Principles of Public International Law*, 5ª ed., Oxford UP, Oxford, 1998, pp. 304-306).

36. Comisión Europea de Derechos Humanos, *Austria c. Italia*, 11 de enero de 1961, *Anuaire CEDH*, vol. 4 (1961), p. 139.

37. Cfr. MILANO, L., “Les immunités issues du Droit international dans la jurisprudence européenne”, *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, n. 76 (2008), p. 1083.

giro” respecto de su jurisprudencia anterior para acometer una “reterritorialización” de las disposiciones de la CEDH<sup>38</sup>.

Por otro lado, con miras a superar la posible contradicción entre la doctrina sentada en el asunto *Loizidou* y sus argumentos en el presente asunto, el razonamiento del Tribunal acoge un concepto que cierto sector doctrinal ha tildado de enigmático<sup>39</sup>, toda vez que emerge por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal en esta decisión; se trata de la noción del “espacio jurídico” (*espace juridique, legal space*) del Convenio. En concreto, dice el TEDH que:

“L’obligation de la Cour à cet égard consiste à tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument constitutionnel d’un ordre public européen pour la protection des êtres humains, et son rôle, tel qu’il se dégage de l’article 19 de la Convention, est d’assurer le respect par les Parties contractantes des engagements souscrits par elles (arrêt *Loizidou* (*exceptions préliminaires*) précité, § 93). Aussi peut-on difficilement prétendre qu’une décision refusant d’admettre la juridiction extraterritoriale des Etats défendeurs méconnaîtrait l’objectif d’ordre public de la Convention, lequel souligne lui-même la vocation essentiellement régionale du système de la Convention, ou l’article 19 de celle-ci, qui ne fournit pas un éclairage particulier du champ d’application territorial dudit système.

Certes, en adoptant son arrêt *Chypre c. Turquie* précité, la Cour a eu conscience de la nécessité d’éviter une ‘lacune regrettable dans le système de protection des droits de l’homme’ (§ 78) dans la partie nord de Chypre. Toutefois, les Gouvernements l’ont d’ailleurs relevé, cette observation se rapportait à une situation entièrement différente de celle incriminée en l’espèce. Les habitants de la partie nord de Chypre se seraient en effet trouvés exclus, du fait du ‘contrôle effectif’ exercé par la Turquie sur le territoire concerné et de l’impossibilité concomitante pour le gouvernement de Chypre, Etat contractant, de satisfaire aux obligations résultant

38. COHEN JONATHAN, G., “La territorialisation de la juridiction de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, *Rev. Trim. Dr. H.*, 2002, pp. 1069-1082, en p. 1082. Con mayor énfasis *vid.* las opiniones del Juez Loucaides que habla de “ruptura en una sustancial línea jurisprudencial”, *cf.* LOUCAIDES, L., “Determining the Extra-territorial effect of the European Convention: Facts, Jurisprudence and the *Bankovic* Case”, *European Human Rights Law Review*, 2006, pp. 401-402, así como ORAKHELASHVILI, A., “Restrictive interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *EJIL*, vol. 14 (2003), p. 545; ORTEGA TEROL, J.M., SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Orden Público Europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *REDE*, n. 3 (2002), pp. 493-516; RESS, G., “Problems of extraterritorial human rights violations. The Jurisdiction of the European Court of Human Rights: The *Bankovic* Case”, *IYIL*, vol. XII (2002), pp. 51-67

39. “Intriguing element” es la expresión que emplea R. LAWSON (*vid.* “Life after *Bankovic*: On the extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights”, en *Extraterritorial Application of Human Rights...*, *cit.*, p. 70).

pour lui de la Convention, du bénéfice des garanties et du système résultant de celle-ci qui leur avait jusque-là été assuré.

En résumé, la Convention est un traité multilatéral opérant, sous réserve de son article 56, dans un contexte essentiellement régional, *et plus particulièrement dans l'espace juridique des Etats contractants, dont il est clair que la RFY ne relève pas*. Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des Etats contractants. Aussi la Cour n'a-t-elle jusqu'ici invoqué l'intérêt d'éviter de laisser des lacunes ou des solutions de continuité dans la protection des droits de l'homme pour établir la juridiction d'un Etat contractant que dans des cas où, n'eussent été les circonstances spéciales s'y rencontrant, le territoire concerné aurait normalement été couvert par la Convention<sup>40</sup>

Y es que, en efecto, como se ha advertido, con semejante noción parecía querer asignarse un marco territorial específico –probablemente en términos de instrumento jurídico regional– a la eficacia de las disposiciones del Convenio, restringiendo por consiguiente su operatividad en presencia de supuestos de extraterritorialidad<sup>41</sup>.

Finalmente, la postura del Tribunal ha pretendido fundamentarse en una interpretación del art. 1 de la CEDH, en la que juega un papel indudable el denominado “principio de integración sistémica” contemplado en el art. 31.3.c) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>42</sup>, arrumbando las asechanzas de las derivas sectorialistas y los consiguientes riesgos de fragmenta-

40. *Bankovic...*, *ibid.*, párr. 80. Cursivas añadidas.

41. LAWSON, *loc. cit.*, pp. 70-71. Sobre la evolución –léase, “dilución”– del concepto en la jurisprudencia posterior *vid. infra*. No olvidamos, por otra parte, que el supuesto planteado en el caso *Bankovic* afecta a un ataque aéreo –y al consiguiente “control” peculiar que el Estado autor de la violación ejerce en tales ocasiones sobre dicho espacio– frente al ejercicio de “competencias extraterritoriales terrestres” –valga la expresión– en el caso *Loizidou* y en supuestos de su jurisprudencia posterior; aspecto éste resaltado por la doctrina para dotar de coherencia a la jurisprudencia en causa (cfr. *inter alia* PEDERSEN, “Territorial Jurisdiction in Article 1...”, *cit.*, pp. 297-298). Con todo, estimamos que, desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, la teoría del control y la consiguiente responsabilidad del Estado no se puede construir obviando la circunstancia de que la muerte de individuos mediante el empleo de la fuerza armada es expresión indiscutible de un control absoluto –y efectivo aunque no global– sobre los seres humanos y los derechos de los que éstos están investidos.

42. Esta es la denominación acogida por el miembro de la CDI, Sr. Mansfield en su estudio sobre “La interpretación de los tratados a la luz de ‘toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes en el contexto de la evolución general del Derecho internacional y de las preocupaciones de la Comunidad internacional’”, *cit.* en “Informe del Grupo de Estudio sobre fragmentación del Derecho internacional. Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional”, *Doc. NU A/CN.4/L.676*, 29 de julio de 2005, p. 12. Al respecto *vid.* McLACHLAN, C., “The principle of systemic integration and art. 31(3)c) of the Vienna Convention”, *ICLQ*, vol. 54 (2005), pp. 279-319.

ción tradicionalmente asociados con la jurisprudencia del Tribunal<sup>43</sup>. De hecho, sin duda para cimentar una decisión tan polémica y con miras a acallar las posibles críticas derivadas de su negativa a conocer del asunto, el TEDH se muestra particularmente insistente a la hora de situar su decisión en plena coherencia con los principios generales del Derecho internacional al advertir que

“...D’une manière plus générale, la Cour réaffirme que les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s’interpréter et s’appliquer dans le vide. Elle doit aussi prendre en compte toute règle pertinente du droit international lorsqu’elle se prononce sur des différends concernant sa compétence et, par conséquent, déterminer la responsabilité des Etats conformément aux principes du droit international régissant la matière, tout en tenant compte du caractère particulier de la Convention, instrument de protection des droits de l’homme (arrêt *Loizidou (fond)* précité, §§ 43 et 52). Aussi la Convention doit-elle s’interpréter, dans toute la mesure du possible, en harmonie avec les autres principes du droit international, dont elle fait partie...”<sup>44</sup>

No deja de resultar paradójico que la interpretación restrictiva de de las disposiciones del Convenio se justifique en aras de la plena inserción de la CEDH en el marco del Derecho internacional general.

43. Sobre la cuestión *vid. per omnia* SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Sobre el Derecho internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo (A propósito del asunto *Matthews c. Reino Unido*)”, *RDCE*, n. 5 (1999), pp. 95 y ss., así como nuestra contribución “Interpretación, Derecho internacional y Convenio europeo de derechos humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual”, *REDI*, vol. LVI (2004), pp. 156-184.

44. *Bankovic...*, *ibid.*, párr. 57. No se olvide que esta referencia a la plena inserción de la CEDH en el marco del Derecho internacional aflorará de nuevo en la capital Sentencia TEDH, *Bosphorus c. Irlanda*, 30 de junio de 2005, párr. 150. Su examen, empero, desborda las cuestiones aquí analizadas, aunque conviene mencionar que desarrollos posteriores sobre los que incidiremos aquí –*vid. infra*, D)– han puesto en solfa aspectos fundamentales en ella planteados; sobre la misma *vid.* ANTÓN GUARDIOLA, C., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos. STDH 30.06.2005, *Bosphorus Airways 45036/98*-Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *RDCE*, n. 28, 2007, pp. 943-957; BANNER, THOMPSON, “Human Rights Review of State Acts performed in compliance with EC Law – *Bosphorus Airways v. Ireland*”, *EHRLR* (2005), pp. 649 y ss.; CACHO SÁNCHEZ, Y., “La aplicación de sanciones económicas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario a la Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, asunto *Bosphorus Airways c. Irlanda*”, *RGDE*, n. 8 (octubre 2005), 22 pp.; CANO PALOMARES, G., “Un nuevo capítulo en el control del derecho comunitario por parte del Tribunal de Estrasburgo. (A propósito de la STEDH de 30 de junio de 2005, caso *Bosphorus Airways*)”, *RVAP*, n. 74 (2006), pp. 317-334; COSTELLO, C., “The *Bosphorus* Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe”, *HRLR*, vol. 6 (2006), pp. 87-130; HOFFMEISTER, “*Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirket v. Ireland*. App. No. 45036/98”, *AJIL*, vol. 100 (2006), pp. 442-449; LICKOVA, M., “European Exceptionalism in International Law”, *EJIL*, vol. 19 (2008), pp. 481-482; (HINAREJOS) PARGA, A., “Analysis and Reflections – *Bosphorus v Ireland* and the protection of fundamental rights in Europe”, *ELR*, vol. 31 (2006), pp. 251-259.

C) *La extraterritorialidad del CEDH después de Bankovic*

El estupor causado por la decisión explica en buena medida los intentos posteriores de la jurisprudencia del TEDH, con miras a matizar su giro jurisprudencial. En este sentido, ya en su posición en el asunto *Ocalán c. Turquía* (2003), el Tribunal buscaba matizar la lectura derivada de la “doctrina *Bankovic*” al advertir que:

“Le requérant, dès sa remise par les agents kenyans aux agents turcs, s’est effectivement retrouvé sous l’autorité de la Turquie et relevait donc de la ‘jurisdiction’ de cet Etat aux fins de l’article 1 de la Convention, même si, en l’occurrence, la Turquie a exercé son autorité en dehors de son territoire. La Cour estime que les circonstances de la présente affaire se distinguent de celles de l’affaire *Banković et autres* susmentionnée, notamment en ce que le requérant a été physiquement contraint à revenir en Turquie par des fonctionnaires turcs et a été soumis à leur autorité et à leur contrôle dès son arrestation et son retour en Turquie”<sup>45</sup>

No obstante, en esta “revisión matizada” de la “jurisprudencia *Bankovic*” conviene destacar especialmente, de un lado, la decisión en el asunto *Ilascu c. Moldova y Rusia*, así como las implicaciones de las afirmaciones vertidas en el asunto *Issa c. Turquía*. En la primera, en efecto, el TEDH, vuelve sobre sus anteriores afirmaciones en el asunto *Bankovic*, advirtiendo que:

“...si elle a souligné la prépondérance du principe territorial dans l’application de la Convention dans l’affaire *Banković et autres*..., elle a aussi reconnu que la notion de ‘jurisdiction’ au sens de l’article 1 de la Convention ne se circonscrit pas nécessairement au seul territoire national des Hautes Parties contractantes...

La Cour a admis que, dans des circonstances exceptionnelles, les actes des Etats contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire peuvent s’analyser en l’exercice par eux de leur jurisdiction au sens de l’article 1 de la Convention.

Ainsi qu’il ressort des principes pertinents du droit international, un Etat contractant peut voir engager sa responsabilité lorsque, par suite d’une action militaire légale ou non, il exerce en pratique le contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire national. L’obligation d’assurer, dans une telle région, le respect des droits et libertés garantis par la Convention découle du fait de ce contrôle, qu’il s’exerce directement, par l’intermédiaire des forces armées de l’Etat concerné ou par le biais d’une administration locale subordonnée...”<sup>46</sup>.

45. Sentencia TEDH (Sección 1ª), *Ocalan c. Turquía*, 12 de marzo de 2003, párr. 93, *in fine*.

46. Sentencia TEDH *Ilascu y otros c. Moldova y Rusia*, 8 de julio de 2004, párr. 314. Para una examen crítico de esta decisión –incluido el controvertido alcance de la nueva doctrina de

En tanto que en la segunda, el Tribunal, incidiendo una vez más sobre su posición en el mencionado asunto *Bankovic*, advierte, no obstante que:

“However, the concept of ‘jurisdiction’ within the meaning of Article 1 of the Convention is not necessarily restricted to the national territory of the High Contracting Parties... In exceptional circumstances the acts of Contracting States performed outside their territory or which produce effects there (‘extra-territorial act’) may amount to exercise by them of their jurisdiction within the meaning of Article 1 of the Convention.

According to the relevant principles of international law, a State’s responsibility may be engaged where, as a consequence of military action –whether lawful or unlawful– that State in practice exercises effective control of an area situated outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control, whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration...

It is not necessary to determine whether a Contracting Party actually exercises detailed control over the policies and actions of the authorities in the area situated outside its national territory, since even overall control of the area may engage the responsibility of the Contracting Party concerned...

Moreover, a State may also be held accountable for violation of the Convention rights and freedoms of persons who are in the territory of another State but who are found to be under the former State’s authority and control through its agents operating –whether lawfully or unlawfully– in the latter... Accountability in such situations stems from the fact that Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory...<sup>47</sup>

las “obligaciones positivas” derivadas del Convenio– *vid.* CAFLISCH, L., “New Practice regarding the implementation of the Judgements of the Strasbourg Court”, *IYIL*, vol. XV (2005), pp. 3-23; COHEN-JONATHAN, G., “A propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de ‘jurisdiction’ et d’injection”, *Rev. Trim. Dr. H.*, 2005, pp., 767-785; GONDEK, M., “Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalisation?”, *NILR*, vol. LII (2005), pp. 349-388; KARAGIANNIS, S., “Le territoire d’application de la Convention Européenne des droits de l’homme. *Vaetera et Nova*”, *Rev. Trim. Dr. H.* (2005), pp. 34-120, en pp. 70-79; KRENC, F., “La peur du vide: la ‘jurisdiction’ des Etats parties à la Convention Européenne des droits de l’homme”, *Journal des Tribunaux. Droit Européen* (2005), pp. 168-171; NIGRO, R., “Giurisdizione e obblighi positivi degli Stati parti della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: il caso *Ilascu*”, *Riv. Dir. Int.* (2005), pp. 413-440; PETCULESCU, I., “Droit international de la responsabilité et Droits de l’homme. A propos de l’arrêt de la Cour Européenne des droits de l’homme du 8 juillet 2004 dans l’affaire *Ilascu et autres c. la République de Moldova et la Fédération de Russie*”, *RGDIP*, t. 109 (2005), pp. 581-607.

47. Sentencia TEDH de 16 de noviembre de 2004, *Issa c. Turquía*, párrs. 68-71.

## Más aún, concluye el Tribunal

“The Court does not exclude the possibility that, as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq. Accordingly, if there is a sufficient factual basis for holding that, at the relevant time, the victims were within that specific area, it would follow logically that they were within the jurisdiction of Turkey (and not that of Iraq, which is not a Contracting State and clearly does not fall within the legal space (*espace juridique*) of the Contracting States...”<sup>48</sup>

Las afirmaciones en este supuesto eran tanto más importantes, dado que los hechos habían discurrido en el territorio de un Estado –Irak– que no era parte en el CEDH, abriendo la posibilidad a una nueva interpretación de las implicaciones extraterritoriales del Convenio, en abierta contestación a la “doctrina *Bankovic*” y en particular al restrictivo concepto de “*espacio jurídico*” allí acogido<sup>49</sup>; lamentablemente, la ausencia de pruebas incriminatorias de la responsabilidad de las tropas turcas resultó decisiva para desestimar la demanda por parte del TEDH, impidiendo confirmar resueltamente una posible reorientación jurisprudencial en este ámbito.

Con todo, los pronunciamientos más recientes han posibilitado una nueva aproximación con arreglo a la cual cabe afirmar que la “territorialización” acogida en el asunto *Bankovic* tiende a ser matizada por el TEDH y que se plantea en consecuencia “un retorno a *Lozidou*”, lo que no sería óbice para que las consecuencias prácticas de esta orientación no se hagan sentir, sin embargo, en la suerte de las demandas sometidas por los particulares, tal como revela, a nuestro juicio, de forma muy ilustrativa el nuevo enfoque acogido por el Tribunal en la Decisión de (in)admisibilidad en el asunto *Behrami*<sup>50</sup>.

48. *Ibid.*, párr. 74. Al respecto, *vid.* COHEN-JONATHAN, G., FLAUSS, J.F., “Cour Européenne des Droits de l’Homme et Droit International Général (2004)”, *AFDI*, vol. L (2004), pp. 778-802, en p. 783; MOLE, N., “*Issa v. Turkey*: Delineating the Extra-territorial Effect of the European Convention on Human Rights?”, *EHRLR* (2005), pp. 86-91.

49. En tal sentido, WILDE, R., “The ‘Legal Space’ Or ‘Espace Juridique’ of the European Convention on Human Rights: It is relevant to Extraterritorial State Action?”, *EHRLR* (2005), pp. 115-124; GONDEK, “Extraterritorial Application of the European Convention...”, *cit.*, pp. 375-377.

50. No ocurre lo mismo, en cambio, en el caso *Markovic* resuelto por la Sentencia TEDH (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2006, *Markovic c. Italia*, pese a que en la misma –relacionada también con el bombardeo de la Radio televisión serbia durante las acciones armadas de la OTAN en 1999– el Tribunal afirmó la aplicación *ratione loci* del CEDH pese a los argumentos

D) *La jurisprudencia reciente del TEDH: La doctrina Behrami o "extraterritorialidad, pero menos"*

Ha de advertirse que en este caso la decisión posee una vez más un notable impacto sobre los problemas relativos a la aplicación extraterritorial del Convenio –pese a la relativización que a tales implicaciones pretende imprimir el Tribunal en su razonamiento–. Por otro lado, la importancia que cobran estas cuestiones se acrecienta por el hecho de que la decisión en este caso conforma un importante precedente –lamentablemente, negativo– en relación con las actuaciones extraterritoriales de los contingentes de “mantenimiento de la paz” desplegados por un notable número de los Estados contratantes tanto en el área europea como allende nuestro continente, posibilitando *ad futurum* el desempeño de tales misiones sin miedo a ver encartados a sus responsables cuando menos ante el Tribunal de Estrasburgo; de suerte que –diríase– una “mano invisible” (¿será acaso la *realpolitik*?) parece haber guiado las conclusiones del TEDH para que la (no)garantía de los derechos consagrados en el Convenio converja con los compromisos derivados de una laxa caracterización del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Como adelantáramos, en este proceso de *deconstrucción* del sistema de garantías establecido por el CEDH al que se libra el Tribunal en esta decisión contribuye en buena medida la exclusión de los supuestos planteados del marco de la aplicación *ratione loci* del Convenio. En este sentido, pese a las alegaciones de los particulares recurrentes en relación con una posible

contrarios –fundados en la doctrina *Bankovic*– blandidos por Italia y Reino Unido; claro que, como advertía certeramente el TEDH, en este caso la *litis* se centraba en la pretensión reparatoria intentada por los deudos del Sr. Markovic ante la jurisdicción civil italiana, subsumiéndose inequívocamente en el marco espacial del Convenio e interesando a la presunta violación del art. 6 CEDH por los Tribunales italianos. Acerca del asunto, que supone además un reconocimiento de la doctrina del “acto de gobierno” como límite al control jurisdiccional en materia de derechos fundamentales *vid.* SHAH, S., “Seeking Remedies for Violations of International Humanitarian Law: *Markovic v Italy*”, *HRLR*, vol. 7 (2007), pp. 412-417, así como VONSY, M., “L’arrêt *Markovic contre Italie* (CEDH, 14 décembre 2006) et la théorie française des actes de gouvernement”, en *Rapports français pour le 7e Congrès international de droit constitutionnel*, Atenas, 11-15 de julio de 2007; texto accesible en <http://www.droitconstitutionnel.org/athenes/vonsy.pdf>. Conviene advertir, por otra parte, que el asunto *Markovic* ya había sido planteado ante los propios Tribunales serbios dando lugar a una Sentencia penal condenatoria en rebeldía insólita por afectar a los Jefes de Estado en ejercicio de los Estados responsables del bombardeo (cfr. COSNARD, M., “Les immunités du Chef d’État [Rapport Introductif]”, *SFDI, Le Chef d’Etat et le Droit international [Colloque de Clermont-Ferrand]*, Pedone, París, 2002, pp. 189-268).

aplicación extraterritorial al amparo de lo dispuesto en el art. 1 CEDH, afirma el Tribunal que:

“The Court therefore considers that the question raised by the present cases is, less whether the respondent States exercised extra-territorial jurisdiction in Kosovo but far more centrally, whether this Court is competent to examine under the Convention those States’ contribution to the civil and security presences which did exercise the relevant control of Kosovo.

Accordingly, the first issue to be examined by this Court is the compatibility *ratione personae* of the applicants’ complaints with the provisions of the Convention. The Court has summarised and examined below the parties’ submissions relevant to this question”<sup>51</sup>

Abundando en esta idea, el Tribunal aborda luego el examen del asunto en relación con dicha competencia personal, llegando a la conclusión de que

“Accordingly, even if the UN itself would accept that there is room for progress in co-operation and command structures between the UNSC, TCNs and contributing international organisations..., the Court finds that the UNSC retained ultimate authority and control and that effective command of the relevant operational matters was retained by NATO.

In such circumstances, the Court observes that KFOR was exercising lawfully delegated Chapter VII powers of the UNSC so that the impugned action was, in principle, ‘attributable’ to the UN within the meaning of the word outlined at paragraphs 29 and 121 above.”<sup>52</sup>

Con ello, los argumentos retenidos por el Tribunal han desmentido la hipótesis aventurada por ciertos autores acerca de la aplicación extraterritorial –y la consiguiente proyección de la doctrina del control efectivo– sobre las misiones de mantenimiento de la paz en el territorio de la antigua Yugoslavia<sup>53</sup>, confirmando en cambio la valoración que ve en la posición del Tribunal un enfoque mediatizado por los intereses de los Estados partes, máxime cuando participan en misiones militares en el exterior<sup>54</sup>.

51. Decisión TEDH (Gran Sala) asuntos acumulados *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, 2 de mayo de 2007, párrs. 71-72.

52. Decisión *Behrami c. Francia...*, *cit.*, párrs. 140-141.

53. WILLIAMS, S., SHAH, S., “*Bankovic and others v. Belgium and 16 other Contracting States*”, *EHLR*, 2002, p. 781.

54. WECKEL, Ph., COUMA, T., Nota a los asuntos *Behrami y Saramati*, en “Chronique de jurisprudence internationale”, *RGDIP*, 2007, pp. 949-950; LAGRANGE, Ph., “Responsabilité des

Con todo, la atribución de responsabilidad a la Organización de las Naciones Unidas y el “efecto pantalla” que despliega tal solución sobre el ahora imposible control jurisdiccional de las acciones (*Saramati*) y omisiones (*Behrami*) supuestamente imputables al personal de la KFOR, se sirve de una argumentación discutible al reposar sobre una caracterización cuestionable (por excluyente) de la responsabilidad internacional, así como de una aproximación no exenta de controversia a la naturaleza y funciones de la fuerza multinacional desplegada en el territorio kosovar<sup>55</sup>. Y, lo que es peor, confiere en la práctica, “una inmunidad de jurisdicción total” a los actos realizados en nombre de las Naciones Unidas en aplicación del Capítulo VII de la Carta, que resulta dudosamente compatible con las exigencias del Estado de Derecho y los principios democráticos –“las exigencias de la sociedad democrática”– que el TEDH ha pretendido garantizar a lo largo de su ya dilatada trayectoria<sup>56</sup>. Todo lo cual, naturalmente, no ha impedido que decisiones posteriores del Tribunal hayan

Etats pour actes accomplis en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies (Observations à propos de la décision de la Cour Européenne des Droits de l’Homme (Grande Chambre) sur la recevabilité des requêtes *Behrami et Behrami c. France et Saramati c. Allemagne, France et Norvège*, 31 mai 2007”, *Id.*, *op. cit.*, 2008, p. 108.

55. SARI, A., “Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The *Behrami* and *Saramati* Cases”, *Human Rights Law Review*, vol. 8 (2008), pp. 151-170 (texto consultado en Internet en formato html, pp. 6-9). Este autor juzga tal solución tanto más insatisfactoria toda vez que, a su juicio, la determinación de la competencia *apud art.* 1 –cuyo examen rehusara el TEDH– habría podido conducir a una solución igualmente negativa en atención a las funciones internacionales que vendría ejerciendo el personal de la KFOR, por lo que no cabría hablar ni de control global ni de control efectivo a cargo de los Estados implicados (*ibid.*, p. 8). Críticas en buena medida semejantes formulan BODEAU-LIVINEC, P., BUZZINI, G.P., VILLALPANDO, S., Nota sobre los asuntos *Behrami* y *Saramati* en la sección “International decisions” (D. Bodansky, ed.), *AJIL*, vol. 102 (2008), pp. 326-328; STARMER, K., “Responsibility for Troops Abroad: UN Mandated Forces and Issues of Human Rights Accountability”, *EHRLR* (2008), pp. 325-326; VERDIRAME, G., “Breaches of the European Convention on Human Rights resulting from the conduct of International Organisations”, *id. loc. cit.*, p. 212. Para un examen en profundidad de la naturaleza y funciones de UNMIK y KFOR, *vid. AZNAR GÓMEZ, M.J., La administración internacionalizada del territorio*, Atelier, Barcelona, 2008.

56. Cfr. SUDRE, F., *cit.* en MILANO, “Les immunités issues du Droit international...”, *cit.*, p. 1068, n. 22; LAGRANGE, “Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du Chapitre VII...”, *cit.*, p. 109; BRANDOLINO, E., “Amministrazione ONU e Tutela dei diritti umani: Osservazioni in margine ai casi *Behrami* e *Saramati*”, *LCI*, 2008, pp. 298-299; PALCHETTI, P., “Azione di Forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte Europea dei Diritti dell’uomo: I casi *Behrami* e *Saramati*”, *Riv. Dir. Int.*, 2007, pp. 703-704. Algunos de estos autores, además, destacan las contradicciones que se derivan de este pronunciamiento en relación con la Sentencia *Bosphorus* (*supra cit.*, n. 43). En todo caso, los riesgos que se derivan del laxo planteamiento sustentado por el Tribunal en relación con el Capítulo VII de la Carta son analizados *infra III. A*.

reiterado semejante planteamiento<sup>57</sup> e incluso que esta orientación sea compartida –bien que con significativos matices– por el TJCE en su reciente Sentencia de 3 de septiembre de 2008 en los asuntos *Kadi y Al Barakaat c. Consejo y Comisión*<sup>58</sup>.

57. En tal sentido, las Decisiones TEDH (Sección 1ª), *Kasumaj c. Grecia*, 5 de julio de 2007 y (Sección 4ª) *Gajic c. Alemania y Beric y otros c. Bosnia-Herzegovina*, de 28 de agosto y 16 de octubre de 2007, respectivamente, las cuales, lógicamente, remiten a los argumentos expuestos por la Gran Sala en los asuntos *Behrami y Saramati*.

58. Sentencia TJCE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión* (ass. acs. C-402/05 P y C-415/05 P), párrs. 312 y 314. Con todo, el Tribunal se refiere luego, elocuentemente, a la imposible existencia de “una inmunidad de jurisdicción generalizada” dado que el Derecho comunitario prevé una “garantía constitucional” en materia de “tutela judicial efectiva” (*ibid.*, párrs. 316, 321 y 322). Como es sabido esta Sentencia casa las Sentencias TPI de 21 de septiembre de 2005, *Ahmed Ali Yusuf/Al Barakaat International Foundation y Yassin Abdullah Kadi* (ass. T-306 y T-315/01), aún cuando este último ha adoptado otras decisiones sobre la misma materia (cfr. Sentencias TPI de 12 de julio de 2006, *Ayadi c. Consejo* (as. T-253/02) y *Hassan c. Consejo y Comisión* (as. T-49/04); Sentencia TPI 12 de diciembre de 2006, *Organisation des Modjahedines du Peuple d’Iran c. Consejo* (as. T-228/02); Sentencia TPI de 31 de enero de 2007, *Leonid Minin c. Comisión* [as. T-362/04]). En relación con esta jurisprudencia *vid.* ANGELET, N., WEERTS, A., “La mise en oeuvre par la Communauté Européenne des mesures adoptées par les Nations Unies en matière de lutte contre le financement du terrorisme”, *Journal des Tribunaux (Droit Européen)*, n. 127 (marzo 2005), pp. 73-74; ARCARI, M., “Observations sur les problèmes juridiques posés par les sanctions des Nations Unies et leur évolution récente”, *AEDI*, vol. XXII (2006), pp. 317-348, en pp. 338-346; BLÁZQUEZ NAVARRO, I., ESPOSITO MASSICCI, C., “Los límites al control judicial de las medidas de aplicación de la política exterior en los asuntos *Ahmed Ali Yusuf/Al Barakaat International Foundation y Yassin Abdullah Kadi*”, *REDE*, n. 17 (2006), pp. 123-148; BORGHI, A., “La législation de l’Union Européenne en matière de sanctions internationales et sa compatibilité avec les droits fondamentaux”, *Rev. Trim. Dr.H.*, n. 76 (2008), pp. 1095-1124; CANNIZZARO, E., “A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law”, *IOLR*, vol. 3 (2006), pp. 189-224; CONFORTI, B., “Decisión del Consiglio di Sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2006, pp. 340-344; HINOJOSA, L.M., “Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?”, *REDI*, vol. LVIII (2006), pp. 737-770; LAVRANOS, N., “Judicial Review of UN Sanctions by the Court of First Instance”, *EFAR*, vol. 11 (2006), pp. 471-490; ROLDÁN BARBERO, J., “La justicia comunitaria y el control de legalidad de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Comentario a las Sentencias *Yusuf/Al Barakaat y Kadi* de 21.9.05 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas”, *REDI*, vol. LVII (2005), pp. 869-891; SANTOS VARA, J., “La indefensión de los particulares frente a las saaciones del Consejo de Seguridad: el reconocimiento de la competencia de los Tribunales internos para controlar las resoluciones del Consejo de Seguridad en relación con el *jus cogens* (Comentario a las Sentencias del TPI de 21 de septiembre de 2005, asuntos *Yusuf/Al Barakaat y Kadi* y de 12 de julio de 2006, asuntos *Ayadi/Hassan*)”, *RGDE*, n. 11 (2006); SCISO, E., “Fundamental Rights and Article 103 of the UN Charter before the Court of First Instance of the European Communities”, *IYIL*, vol. XV (2005), pp. 137-151; TOMUSCHAT, Ch., Nota en *CML Rev.*, vol. 43 (2006), pp. 546-550; VLCEK, W., “Acts to combat the financing of terrorism: Common Foreign and Security Policy at the

Finalmente, conviene señalar que semejantes desarrollos no han sido obstáculo para que el TEDH haya mantenido en cambio su orientación “tradicional” –la consabida “doctrina *Loizidou*”– acerca de la aplicación extraterritorial del Convenio en los supuestos –ahora ciertamente menos problemáticos– en los que inequívocamente el Estado demandado ejerce un control *de facto*, sea global o efectivo sobre el territorio de otro Estado<sup>59</sup>. Como exponentes de ello –al margen del singularísimo supuesto planteado en el asunto *Saddam Hussein c. Albania y otros*<sup>60</sup>– cabe mencionar recientes asuntos en los que se veía comprometida la responsabilidad de Turquía por el control global ejercido sobre el territorio de la denominada República Turca del Norte de Chipre; en algunos de los cuales, incluso, el TEDH –zanjando posibles paralelismos con la decisión *Behrami*– descartaba las alegaciones de las autoridades turcas en relación con

European Court of Justice”, *EFAR*, vol. 11 (2006), pp. 491-507; VORE EVENO, V., “Le contrôle juridictionnel des résolutions du Conseil de Sécurité. Vers un Constitutionnalisme International?”, *RGDIP*, t. 110 (2006), pp. 827-860, así como nuestros comentarios en colaboración con P. ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARÍA y B. FERNÁNDEZ PÉREZ a las sucesivas decisiones del TPI en la “Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *RPJ*, n. 81 (2005), pp. 324 y ss.; *id. op. cit.*, n. 84 (2006), pp. 332-333; *id. op. cit.*, n. 85 (2007), pp. 507-510; n. 86 (2007), *id. op. cit.*, en prensa.

59. Resta por saber cual hubiera sido la orientación del TEDH de haber admitido el argumento de la incompetencia *ratione loci* apud art. 1 CEDH, esgrimido extemporáneamente por Holanda en un asunto de asilo y fundamentado en la “doctrina *Bankovic*” (cfr. Sentencia TEDH [Sección 3ª], *Tuquabo-Tekle y otros c. Países Bajos*, 1 de diciembre de 2005, párrs. 30-32).

60. Singularísimo toda vez que en él las pretensiones de aplicación extraterritorial del Convenio interesaban a un supuesto en el que la responsabilidad pretendía derivarse de la cooperación o complicidad de los Estados demandados en tanto que integrantes de la “Coalición multinacional” liderada por EE.UU., extremo que llevaba a la Sección a rechazar de plano la admisibilidad de la demanda dado que “In such circumstances, the Court considers that the applicant has not established that he fell within the jurisdiction of the respondent States on any of the bases alleged. The Court considers that he has not demonstrated that those States had jurisdiction on the basis of their control of the territory where the alleged violations took place... Even if he could have fallen within a State’s jurisdiction because of his detention by it, he has not shown that any one of the respondent States had any responsibility for, or any involvement or role in, his arrest and subsequent detention... This failure to substantiate any such involvement also constitutes a response to his final submission to the effect that the respondent States were responsible for the acts of their military agents abroad. Finally, there is no basis in the Convention’s jurisprudence and the applicant has not invoked any established principle of international law which would mean that he fell within the respondent States’ jurisdiction on the sole basis that those States allegedly formed part (at varying unspecified levels) of a coalition with the US, when the impugned actions were carried out by the US, when security in the zone in which those actions took place was assigned to the US and when the overall command of the coalition was vested in the US.” (cfr. Decisión TEDH [Sección 4ª], *Saddam Hussein c. Albania y otros*, 14 de marzo de 2006).

una eventual responsabilidad de Naciones Unidas derivada del supuesto control por UNFICYP de la zona neutral de Nicosia<sup>61</sup>.

### III. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DEL CEDH EN LOS ESTADOS PARTES: DEL EJEMPLO BRITÁNICO A LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

En todo caso, la trascendencia de estos pronunciamientos no se agota en la sola jurisprudencia del TEDH sino que alcanza a la de los órganos jurisdiccionales de los Estados europeos. En este sentido, conviene advertir que diferentes procesos desarrollados ante los Tribunales del Reino Unido han debido de considerar igualmente la eventual eficacia extraterritorial de las disposiciones del CEDH –en concreto, en relación con las actuaciones desarrolladas por las tropas británicas en el marco de la ocupación militar de Irak– prestando especial atención en sus pronunciamientos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Asimismo, parece pertinente valorar la eventual proyección que en la práctica española puede tener la fluctuante doctrina del Tribunal de Estrasburgo en materia de aplicación extraterritorial del Convenio Europeo: en primer término por cuanto pueden presentarse demandas en contra de nuestro Estado por eventuales actuaciones en el exterior de nuestros órganos estatales; en segundo lugar, porque cabe plantearse la acogida o el rechazo que los Jueces y Tribunales españoles –incluido obviamente el Tribunal Constitucional– dispensen a la oscilante doctrina del TEDH en materia de aplicación extraterritorial de las disposiciones en materia de derechos fundamentales.

#### A) *La jurisprudencia del Reino Unido ante los actos del Ejército británico en el exterior: La ocupación de Irak y los asuntos Mousa y Al-Jeddah*

En este sentido, conviene mencionar sendos casos planteados ante la jurisdicción británica y que han dado lugar a diferentes –y encontrados– pronunciamientos de las sucesiva instancias judiciales; se trata de los asuntos *Mousa y Al-Jedda*, ambos referidos a las violaciones derivadas de los comportamientos

61. Sentencia TEDH (Sección 4ª), *Solomou y otros c. Turquía*, 24 de junio de 2008, párrs. 79 y 84; Sentencia TEDH (Sección 4ª), *Isaak c. Turquía*, 24 de junio de 2008, párrs. 110 y 111. Sobre la precedente decisión (2006) del TEDH en materia de admisibilidad en la que ya se avanzaba tal solución *vid.* MILTNER, B., “Extraterritorial jurisdiction under the European Convention on Human Rights: An expansion under *Isaak v. Turkey?*”, *EHRLR* (2007), pp. 172-182.

de los efectivos británicos desplegados en el área de Basora en el curso de la ocupación de Irak.

Entrando ya en su examen conviene destacar en primer término las Sentencias dictadas por la Sala de Apelaciones del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales: se trata, de un lado, de la Sentencia *The Queen (on the application of Mazin Mumaa Galteh Al-Skeini and Others) c. the Secretary of State for Defence*, de 21 de diciembre de 2005, la cual se sitúa en la estela de la jurisprudencia *Bankovic*, por cuya aplicación finalmente se decanta, aunque realiza un meritorio examen del conjunto de la jurisprudencia “extraterritorial” del TEDH<sup>62</sup>. Por su parte, la Sentencia *The Queen (on the application of Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) c. the Secretary of State for Defence*, 29 de marzo de 2006, aunque parte de asumir la eventual eficacia extraterritorial de la CEDH –concretada en la aplicabilidad de la legislación inglesa (*Human Rights Act* de 1998) por la que se “incorporaba” el Convenio Europeo– asume a la postre el “efecto pantalla” de las resoluciones 1511 (2003) y 1546 (2004) del CS –por las que éste integraría en el marco del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales regulado en el Capítulo VII las acciones hasta entonces bajo control exclusivo de la “Coalición” liderada por EE.UU.–, para excluir la fiscalización de las actuaciones del ejército británico desde la perspectiva de la protección internacional de los derechos humanos<sup>63</sup>. Una solución, esta última que, como se habrá advertido, prefigura la antevista Decisión de la Gran Sala del TEDH en los asuntos *Behrami* y *Saramati*.

En todo caso, ambas decisiones fueron recurridas ante la Cámara de los Lores dando lugar a sendas Sentencias. En el primer caso la Sentencia de la Cámara de los Lores “*Al Skeini*” (*The Queen & the Secretary of State for Defence*), de 13 de junio de 2007, reitera la “doctrina *Bankovic*” aunque complementada con los corolarios de su jurisprudencia posterior –en particular, el asunto *Issa*–, todo lo cual le lleva a excluir *in genere* la aplicación extraterritorial del

62. Sobre el particular, *vid.* LUBELL, N., “Challenges in applying human rights law to armed conflict”, *IRRC*, vol. 87 (2005), pp. 739-740; THOMAS, K.R., “The Changing Status of International Law in English Domestic Law”, *NILR*, vol. LIII (2006), pp. 394-397; KARAZIVAN, N., “Diplomatic Protection: Taking Human Rights Extraterritorially”, *CYBIL* (2006), pp. 337-338. En cambio, las limitaciones supuestamente derivadas de la doctrina *Bankovic* en relación con el caso iraquí habían sido descartadas por ALTIPAMAK, K., “*Bankovic*: An obstacle to the application of the European Convention on Human Rights in Iraq?”, *Journal of Conflict Security and Law*, vol. 9 (2004), pp. 213-251.

63. Al respecto, *vid.* ARCARI, M., “Autorizzazioni del Consiglio di Sicurezza, tutela dei diritti dell’uomo e occupazione militare in Iraq: Il caso *Al-Jedda* di fronte ai giudici britannici”, *Riv. Dir. Int.*, 2006, pp. 1083-1092; BERRY, E., “The extraterritorial reach of the ECHR”, *E PL*, vol. 12 (2006), p. 646.

Convenio en relación con el conjunto del área del sur de Irak. En este sentido, tal como afirma en su opinión Lord Roger of Earlsferry:

“I would not consider that the United Kingdom was in effective control of Basra and the surrounding area for purposes of jurisdiction under article 1 of the Convention at the relevant time. Leaving the other rights and freedoms on one side, with all its troops doing their best, the United Kingdom did not even have the kind of control of Basra and the surrounding area which would have allowed it to discharge the obligations, including the positive obligations, of a contracting state under article 2...”<sup>64</sup>

Semejante conclusión que –a la luz de las circunstancias llevaba a descartar la responsabilidad británica en relación con 5 de las 6 reclamaciones formuladas al no acreditarse la directa responsabilidad de los efectivos británicos (se trataría más bien de una supuesta, y rechazada, responsabilidad *in vigilando*)– no impedía en cambio el reconocimiento de la competencia extraterritorial para conocer de la demanda en el asunto *Mousa* habida cuenta del “control efectivo” ejercido por las autoridades militares británicas en el centro de detención en el que se produjeron los actos de tortura que causaron la muerte de aquél, dado que como destacaba Lord Brown of Eaton-under-Heywood:

“The point is this: except where a state really does have effective control of territory, it cannot hope to secure Convention rights within that territory and, unless it is within the area of the Council of Europe, it is unlikely in any event to find certain of the Convention rights it is bound to secure reconcilable with the customs of the resident population.”<sup>65</sup>

La aplicación puntual del CEDH –*sub specie Human Rights Act*– al conflicto iraquí se verificaba en este caso con deferencia a la oscilante jurisprudencia del TEDH, maximizando no obstante las limitadas posibilidades de aplicación extraterritorial. De hecho, todas las opiniones de los Jueces Lores reiteraban las afirmaciones clave de la “doctrina *Bankovic*” acerca del carácter excepcional de la aplicación extraterritorial de las disposiciones del Convenio y blandían el restrictivo concepto del “espacio jurídico” de éste acogido en aquélla. Esta excesiva prudencia a la hora de brindar la protección reclamada

64. House of Lords Session 2006-07 [2007] UKHL 26, Opinions of The Lords of Appeal for Judgment in the cause *Al-Skeini and others (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant) Al-Skeini and others (Appellants) v. Secretary of State for Defence (Respondent) (Consolidated Appeals)*, 13 de junio de 2007, párr. 83 *in fine*.

65. *Ibid.*, párr. 129.

por los recurrentes con apoyo en la concepción minimalista acogida por el Tribunal de Estrasburgo se concretaba en la ya citada opinión de Lord Roger of Earlsferry acerca del techo garantista que definiría la jurisprudencia de aquél, supondría que:

“The ultimate decision upon this question, of course, must necessarily be for the European Court of Human Rights. As Lord Bingham of Cornhill observed in *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] 2 AC 323, 350 (para 20), ‘the Convention is an international instrument, the correct interpretation of which can be authoritatively expounded only by the Strasbourg court.’ In the same paragraph Lord Bingham made two further points: first, that a national court ‘should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law’; secondly that, whilst member States can of course legislate so as to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, national courts should not interpret the Convention to achieve this: the Convention must bear the same meaning for all states party to it. Para 20 ends:

‘The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less.’

*I would respectfully suggest that last sentence could as well have ended: ‘no less, but certainly no more.’ There seems to me, indeed, a greater danger in the national court construing the Convention too generously in favour of an applicant than in construing it too narrowly. In the former event the mistake will necessarily stand: the member state cannot itself go to Strasbourg to have it corrected; in the latter event, however, where Convention rights have been denied by too narrow a construction, the aggrieved individual can have the decision corrected in Strasbourg...”<sup>66</sup>*

Esta concepción –sintetizada en la fórmula “ni menos, pero tampoco más” (*no less, but certainly no more*)– con arreglo a la cual los Jueces y Tribunales internos no podrían interpretar *in bona parte* las disposiciones del Convenio, parece sin embargo una opción discutible<sup>67</sup>. En primer término, por sugerir una equiparación entre el papel del Tribunal Europeo y las funciones de legalidad o unificación de doctrina en manos de las instancias jurisdiccionales supremas de los Estados. Por otro lado, tal caracterización casa mal, desde luego, con las ideas de discrecionalidad y subsidiariedad ínsitas en el concepto del “margen de apreciación” tradicionalmente reconocido a

66. *Ibid.*, párrs. 105-106 (cursivas añadidas).

67. Cfr. NIGRO, R., “Il caso *Al-Skeini* dinanzi alla House of Lords e la nozione di giurisdizione nella Convenzione Europea dei diritti dell’uomo”, *Riv. Dir. Int.* (2007), pp. 1107-115.

los órganos jurisdiccionales nacionales en el proceso de aplicación de las disposiciones del Convenio, amén de contrariar frontalmente la idea que ve en este instrumento un exponente del “orden público europeo” –por recuperar la noción acogida en el asunto *Loizidou*– conforme a la cual en él se establecen unas garantías mínimas pero –a nuestro juicio– nunca máximas respecto a los derechos susceptibles de protección.

Por su parte, la Sentencia de la Cámara de los Lores *Al Jedda c. the Secretary of State for Defence*, de 12 de diciembre de 2007, presenta una importancia indudable toda vez que en ella nuevamente hubo de abordarse la cuestión relativa al control de los actos de las autoridades militares británicas en Irak –en este caso la supuesta detención ilegal del Sr. *Al Jedda*– a la luz de las disposiciones del Convenio Europeo –mediante la *Human Rights Act*– sólo que –y aquí estriba su importancia– en el nuevo contexto presidido por la “decisión *Behrami*”. De hecho, esta circunstancia encontró reflejo en la posición sostenida ante el Comité de Apelaciones de la Cámara por el Secretario de Estado de Defensa para el cual procedía la desestimación del recurso con apoyo en aquella doctrina. Frente a semejante planteamiento la opinión mayoritaria de los Jueces Lores descartó la aplicación de la misma al entender que el supuesto no era idéntico al resuelto por la decisión de la Gran Sala del TEDH afrontando un examen que en este punto se revela plausible. Sostenía en este punto el Comité, por boca de Lord Bingham que:

“The UN did not dispatch the coalition forces to Iraq. The CPA was established by the coalition states, notably the US, not the UN. When the coalition states became occupying powers in Iraq they had no UN mandate. Thus when the case of Mr Mousa reached the House as one of those considered in *R(Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence* (*The Redress Trust intervening*) [2007] UKHL 26, [2007] 3 WLR 33 the Secretary of State accepted that the UK was liable under the European Convention for any ill-treatment Mr Mousa suffered, while unsuccessfully denying liability under the Human Rights Act 1998. It has not, to my knowledge, been suggested that the treatment of detainees at Abu Ghraib was attributable to the UN rather than the US. Following UNSCR 1483 in May 2003 the role of the UN was a limited one focused on humanitarian relief and reconstruction, a role strengthened but not fundamentally altered by UNSCR 1511 in October 2003. By UNSCR 1511, and again by UNSCR 1546 in June 2004, the UN gave the multinational force express authority to take steps to promote security and stability in Iraq, but (adopting the distinction formulated by the European Court in para 43 of its judgment in *Behrami and Saramati*) the Security Council was not delegating its power by empowering the UK to exercise its function but was authorising the UK to carry out functions it could not perform itself. At no time did the US or the UK disclaim responsibility for the conduct of their forces or the UN accept it. It cannot

realistically be said that US and UK forces were under the effective command and control of the UN, or that UK forces were under such command and control when they detained the appellant.”<sup>68</sup>

Es cierto, que la decisión del Comité de Apelaciones no se preocupa luego por desvirtuar los endebles argumentos de la inoperante “doctrina *Behrami*” –en concreto, la determinación de la responsabilidad de Naciones Unidas en el caso de Kosovo que allí se sostenía–, bastándole a la mayoría con establecer la diferenciación –obvia para quien esto escribe– entre una y otra situaciones. En este sentido, se afirma:

“The analogy with the situation in Kosovo breaks down, in my opinion, at almost every point. The international security and civil presences in Kosovo were established at the express behest of the UN and operated under its auspices, with UNMIK a subsidiary organ of the UN. The multinational force in Iraq was not established at the behest of the UN, was not mandated to operate under UN auspices and was not a subsidiary organ of the UN. There was no delegation of UN power in Iraq. It is quite true that duties to report were imposed in Iraq as in Kosovo. But the UN’s proper concern for the protection of human rights and observance of humanitarian law called for no less, and it is one thing to receive reports, another to exercise effective command and control. It does not seem to me significant that in each case the UN reserved power to revoke its authority, since it could clearly do so whether or not it reserved power to do so.”<sup>69</sup>

Más criticable es el hecho de que la decisión conduzca luego hacia un atolladero en relación con la preeminencia de las obligaciones establecidas en el art. 103 de la Carta respecto de las establecidas en el CEDH en donde el razonamiento de los Jueces Lores no sale tan airoso<sup>70</sup>. Con todo, la resolución

68. House Of Lords Session 2007-08, [2007] UKHL 58, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the cause R (*On The Application Of Al-Jedda*) (*Fc*) (*Appellant*) V *Secretary Of State For Defence (Respondent)*, 12 de diciembre de 2007, párr. 23. Contra tal parecer, la opinión minoritaria sustentada por Lord Roger of Earlsferry (*ibid.*, párrs. 87, 97 y 143).

69. *Ibid.*, párr. 24.

70. *Ibid.*, párrs. 33-38. El problema se centra en calibrar las implicaciones derivadas de una habilitación del CS que siquiera como “convalidador complaciente” –en terminología acuñada por P. Andrés– infunde con ello un cierto valor a los actos de los “Estados autorizados mediante su intervención” por tenue que ésta sea. Sobre el problema y su resolución en la decisión en estudio *vid.* ORAKHELASHVILI, A., Nota al caso *Al-Jedda*, en “International Decisions” (D. Bodansky, ed.), *AJIL*, vol. 102 (2008), pp. 540-542; STARMER, K., “Responsibility for Troops Abroad..”, *cit.*, pp. 335-336. La expresión acogida en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “El Consejo de Seguridad en la guerra contra Iraq: ¿ONG privilegiada, convalidador complaciente u órgano primordial?”, *REDI*, vol. LV (2003), pp. 205-222.

revela el afán por garantizar un control jurisdiccional irrenunciable respecto de las violaciones de los derechos humanos que enfrenta con un saludable espíritu crítico los planteamientos simplistas acerca de la inmunidad presentes en las anteriores decisiones de la justicia británica sobre el mismo asunto. En este orden, se advierte en ella que:

“The appellant is, however, entitled to submit, as he does, that while maintenance of international peace and security is a fundamental purpose of the UN, so too is the promotion of respect for human rights. On repeated occasions in recent years the UN and other international bodies have stressed the need for effective action against the scourge of terrorism but have, in the same breath, stressed the imperative need for such action to be consistent with international human rights standards such as those which the Convention exists to protect. He submits that it would be anomalous and offensive to principle that the authority of the UN should itself serve as a defence of human rights abuses... The problem in a case such as the present is acute, since it is difficult to see how any exercise of the power to detain, however necessary for imperative reasons of security, and however strong the safeguards afforded to the detainee, could do otherwise than breach the detainee’s rights under article 5(1).”<sup>71</sup>

Como resultado, antes que cerrar el paso a todo tipo de control, expresando el parecer del Comité, Lord Bingham sostiene que:

“Thus there is a clash between on the one hand a power or duty to detain exercisable on the express authority of the Security Council and, on the other, a fundamental human right which the UK has undertaken to secure to those (like the appellant) within its jurisdiction. How are these to be reconciled? There is in my opinion only one way in which they can be reconciled: by ruling that the UK may lawfully, where it is necessary for imperative reasons of security, exercise the power to detain authorised by UNSCR 1546 and successive resolutions, but must ensure that the detainee’s rights under article 5 are not infringed to any greater extent than is inherent in such detention. I would resolve the second issue in this sense”<sup>72</sup>

Una solución que, aún no siendo plenamente satisfactoria, trata cuando menos de garantizar un límite irrenunciable en coherencia con el valor fundamental que se asigna al derecho a la libertad garantizado por el art. 5.1 CEDH.

71. House Of Lords..., Opinions of the Lords of Appeal... R (*On The Application Of Al-Jedda*)..., *cit.*, párr. 37.

72. *Ibid.*, párr. 39.

B) *Algo más que una prognosis: la aplicación extraterritorial de la CEDH en relación con España*

La presencia de contingentes españoles –Fuerzas armadas y efectivos policiales– en diferentes misiones en el exterior hace que también en nuestro caso quepa plantear la cuestión de la eventual aplicación extraterritorial de las disposiciones del Convenio Europeo en relación con las actuaciones de estos órganos del Estado español y las eventuales violaciones de derechos garantizados por aquél que les pudieran resultar atribuibles. Es cierto, no obstante, que teniendo presentes, de un lado, las circunstancias que concurren en el caso español –esto es, la habitual participación de nuestros efectivos en misiones articuladas en torno a un mandato internacional, ya sea organizado directamente (o respaldado *ex post facto*) por las Naciones Unidas, ya sea mediatizado por la UE o la OTAN– y reparando, de otro, en los pronunciamientos del TEDH y en particular –en nuestro caso– en la previamente analizada decisión en el asunto *Behrami* la respuesta que se impone parece resueltamente negativa.

De hecho, semejante valoración viene a confortar la argumentación desarrollada por España en el asunto *Azem Kurbogaj y Ghevdet Kurbogaj c. España*, en el cual los denunciantes ante el CDH, kosovares de etnia albanesa, argüían que:

“...their case falls within the jurisdiction of Spain by virtue of the control exercised over them by members of the Spanish Police Unit of UNMIK. In this respect, they invoke the Committee’s Views in *Saldias de López v. Uruguay*, according to which States parties are responsible for the violations of the Covenant committed by their agents on foreign territory. (1) The authors also invoke the Committee’s General Comment No. 31 (2004), and state that Spain must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within its power or effective control, even if not situated within its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent assigned to an international peacekeeping or peace-enforcement operation.”<sup>73</sup>

En tanto que por parte del Estado español se refutaba semejante interpretación al entender que:

“...the authors were neither within its territory nor subject to its jurisdiction. The facts are alleged to have occurred as part of UNMIK activities. Accordingly, the entity

73. CDH, Asunto *Azem Kurbogaj y Ghevdet Kurbogaj c. España*, Comunicación núm. 1374/2005, *Doc. NU CCPR/C/87/D/1374/2005* (2006), párr. 3.2 (Reproducimos los fragmentos correspondientes a la versión auténtica en lengua inglesa).

ultimately responsible is UNMIK, which is not a party to the Covenant. A State party to the Covenant cannot be held responsible by resorting to the argument that UNMIK regulations are ineffective, especially when no domestic remedy of such State was sought... There are no similarities between the present case and the *Saldias de López v. Uruguay* case invoked by the authors. In the latter, the State agents responsible were not part of a UN Mission, but simply carrying out illegal activities outside the territory of the State's jurisdiction. In the present case, Spain cannot be held responsible for violations of articles 7 and 17 of the Covenant, in view of the location where the alleged acts took place, the nature of the police force alleged to have carried them out and the applicable law, i.e. UNMIK regulations or Yugoslav laws.<sup>74</sup>

Sirviéndose de argumentos que, como se ha destacado, evocan claramente los finalmente retenidos por el TEDH en el asunto *Behrami*<sup>75</sup>. En consecuencia –y contra lo que sostuviera entre nosotros P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ– resulta sumamente dudoso afirmar genéricamente que las víctimas de acciones atribuibles a los contingentes militares españoles desplazados al exterior puedan “recurrir al órgano jurisdiccional de Estrasburgo en busca de satisfacción una vez agotados los recursos internos en España”<sup>76</sup>.

La cuestión, no obstante, no se agota sólo en estos casos: de hecho, cabe pensar en supuestos de extraterritorialidad en los que los anteriores argumentos del TEDH no entren en juego, reafirmando por consiguiente la plena aplicación de los derechos garantizados por el Convenio pese a que el supuesto se plantee en territorios ajenos a los Estados contratantes, aunque insertos en el “espacio jurídico del Convenio”. En este orden, basta pensar en las acciones desarrolladas por parte de funcionarios españoles en el territorio de Mauritania con miras a la identificación y repatriación de los inmigrantes del buque *Marine I* –se habló de “detención bajo custodia” de una treintena de policías españoles en una nave industrial del puerto de Nuadibú<sup>77</sup>– para plantear un supuesto en el que la aplicación extraterritorial de las garantías establecidas en el CEDH se revela en este caso plausible.

74. *Ibid.*, párrs. 4.1 y 4.2. Cosa distinta es la suerte que en el marco del PIDCP hubiera podido correr la denuncia, fundamentada en la jurisprudencia del CDH y en su Comentario general núm. 31, de no haberse retenido por parte del Comité el argumento –también sustentado por nuestro país– del no agotamiento de los recursos internos (*ibid.*, párr. 6.3).

75. Cfr. SARI, “Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations...”, *cit.*, pp. 151-170 (texto consultado en Internet en formato html, p. 14, n. 16).

76. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “El alcance de las obligaciones (Art. 1 CEDH)”, en *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (J. García Roca, P. Santolaya, coords.), CEPC, Madrid, 2005, p. 61.

77. Cfr. diario *El País*, jueves (22 de febrero de 2007), p. 28; *id.*, sábado, 24 de febrero de 2007, p. 24.

Por otro lado, dejemos apuntado que –en todo caso– la orientación restrictiva en materia de aplicación extraterritorial impresa por la jurisprudencia del TEDH no prejuzga –en plena consonancia con el “margen de apreciación” reconocido a los Estados (y dentro de ellos a sus órganos jurisdiccionales) por el propio Tribunal– para que éstos desarrollen una interpretación más garantista en relación con esta materia; lo cual, a tenor de la progresiva jurisprudencia judicial y constitucional en materia de derechos fundamentales debería llevar a nuestros operadores jurídicos a postular una interpretación mucho más corajuda que la mantenida por el Tribunal de Estrasburgo. De suerte que, emulando el ejemplo británico, no sería descabellado sugerir que por esta vía autónoma pudiera encontrar la debida tutela judicial las pretensiones de individuos afectados por eventuales violaciones de los derechos humanos imputables a los miembros de las fuerzas españolas desplegadas en misiones insertas bajo el manto del Capítulo VII de la Carta pero en las cuales el “control efectivo” de las actividades desarrolladas reposara extramuros de la Organización de las Naciones Unidas.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA INCERTIDUMBRE DE LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA CEDH EN PERSPECTIVA

La indefinición y las oscilaciones que caracterizan a la jurisprudencia del TEDH en relación con el ámbito de aplicación *ratione loci* de la CEDH constituyen un serio límite para la realización de las garantías que consagra dicho texto convencional. De hecho, no parece desacertado ver en ello uno de tanto elementos a través de los cuales el Tribunal de Estrasburgo puede desasirse de asuntos problemáticos tanto por razones de orden jurídico como de índole política. Semejante orientación, presente en otros desarrollos jurisprudenciales elaborados por el Tribunal<sup>78</sup>, puede propiciar una merma de las garantías jurisdiccionales frente a graves violaciones de los derechos garantizados por la CEDH, erosionando la credibilidad del sistema convencional pacientemente forjado a lo largo de más de cincuenta años.

Lo que es peor, al margen de las circunvoluciones de la jurisprudencia del TEDH –puestas de manifiesto en relación con la dicotomía aplicación *ratione loci/ratione personae* o en el fallido *constructo* del “espacio jurídico”– la exclusión *in toto* del control jurisdiccional mediante la exclusión de la doctrina de la

78. Al respecto *vid.* SARDARO, P., “*Jus Non Dicere* for allegations of serious violations of Human Rights: Questionable Trends in the recente Case Law of the Strasbourg Court”, *EHLR* (2003), pp. 601-630.

aplicación extraterritorial de las disposiciones del Convenio en relación con los supuestos relacionados con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con arreglo a las disposiciones del Capítulo VII de la Carta arroja una negra sombra sobre un aspecto crucial para la credibilidad del sistema europeo de protección de los derechos humanos y para los valores que supuestamente éste encarna, más aún cuando recientes ejemplos que están en la mente de todos ponen de manifiesto una dejación de las responsabilidades del Consejo de Seguridad –trocado en “convalidador complaciente” (ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA)<sup>79</sup>– poco ajustada a las funciones establecidas en la Carta. Más aún, la solución jurisprudencial mina la confianza en la ya de por sí cuestionable trayectoria –en el ámbito de la protección de los derechos humanos– de algunas de las misiones desarrolladas por los Estados partes en supuesto ejercicio de las prevalentes obligaciones derivadas de la Carta.

Pero si la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo parece haber ido a “pasearse al callejón del Gato”, el legado de su jurisprudencia de antaño permanece en los coetáneos pronunciamientos desarrollados por los Tribunales británicos y especialmente en los razonamientos de los Jueces Loes en los asuntos *Al-Skeini* y *Al-Jedda* en donde los instrumentos de análisis y la metodología interpretativa otrora al servicio del TEDH han permitido mantener vivo un control jurisdiccional que aunque limitado no se pliega a las veleidades del poder y que afirma su capacidad crítica y reflexiva para encarar y cuestionar las supuestas limitaciones del control jurisdiccional cuando se trata de garantizar los derechos fundamentales de todo ser humano doquiera se halle.

Así las cosas, es de esperar que la posición de los órganos jurisdiccionales españoles resista su atracción atávica a mirarse en los “espejos cóncavos” –en los que parece contemplarse ahora ensimismado el Tribunal de Estrasburgo– y perseverare en una línea que entronca con lo mejor de la tradición jurídica europea salvada (una vez más) de su naufragio por los Jueces de la (ahora no tan) pérfida Albión.

79. “El Consejo de Seguridad en la guerra contra Iraq...”, *cit.*, pp. 205-222

### Resumen

La eficacia extraterritorial de las garantías contenidas en los tratados en materia de derechos humanos tiende ser reconocida por los órganos de control establecidos por aquéllos, tanto en relación con los instrumentos de ámbito universal promovidos en el seno de Naciones Unidas como en los elaborados en otras áreas regionales. En el caso del Consejo de Europa, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos se ha mostrado más renuente a postular una ampliación de los límites territoriales del convenio europeo, de modo que la emblemática Sentencia *Loizidou* (1995) se vio luego contrarrestada por las limitaciones propugnadas en *Bankovic* (2001), concretadas en la interpretación restrictiva de la teoría del control, en la prevalencia de la interpretación sistémica o en la acuñación del controvertido concepto del espacio jurídico del Convenio, y más recientemente por relegar tales cuestiones en aras de una aplicación del Convenio fundada en las restricciones *ratione personae* que impone éste, tal como revela la decisión *Behrami* (2007). Una solución simplista y escasamente garantista que contrasta con los enfoques desarrolladas en los Estados parte, tal como revela la más reciente jurisprudencia británica sobre la materia.

### Abstract

Extraterritorial application of human rights treaties is a feature of the developments related to the system of international human rights protection. In regional areas, those treaties like the European Convention of Human Rights do the same, although jurisprudence of the ECHR seems more cautious to accept this thesis. In spite of his courageous decision in the *Loizidou* affair against Turkey (1995), more recent decisions have eluded this way insisting in the "essentially territorial character" of the jurisdiction (*Bankovic*, 2001), reinforced with controversial topics as control theory, systemic interpretation or the notion of conventional legal space (*espace juridique*). Now, these restraints in the exercise of its competence related to the application *ratione loci* of the Convention have been increased, namely through the alternative application of controversial criteria on *ratione personae* application of the Convention (*Behrami*, 2007). Notwithstanding, late decisions of the House of Lords Appellate Committee will have significative impact due to his more flexible appreciation of the concept and techniques of the European Convention.

### Palabras clave

Convenio Europeo de Derechos Humanos/ Aplicación extraterritorial/ Concepto de Jurisdicción/ Jurisprudencia del TEDH/ jurisprudencia británica (Cámara de los Lores)

### Key words

European Convention of Human rights/ Extraterritorial Application/ jurisdiction/ ECHR jurisprudence/ British jurisprudence (House of Lords)

