

LOS PROBLEMAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS PARA APLICAR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

JOANA ABRISKETA URIARTE *

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. MOTIVACIÓN.
- III. LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADA CON LOS CONFLICTOS ARMADOS.
 1. LA CALIFICACIÓN DE LA OCUPACIÓN.
 - A. *Loizidou c. Turquía*.
 - B. *Varnava c. Turquía*.
 2. EL EJERCICIO DEL CONTROL EFECTIVO SOBRE UNA PARTE DEL TERRITORIO EXTRANJERO.
 - A. *Bankovic c. Bélgica y otros*.
 - B. *Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*.
 - C. *Al-Jedda c. Reino Unido*.
 3. LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES.
 - A. *Ergi c. Turquía*.
 - B. *Isayeva c. Rusia*.
- V. CONCLUSIONES.

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Departamento de Derecho Transnacional, Universidad de Deusto, Campus de Bilbao, España.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación CSO 2011-25202 financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Agradezco a Guillem Cano Palomares, Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la ayuda que me prestó durante mi estancia de investigación en la Biblioteca del Tribunal. Por supuesto, las opiniones expresadas corresponden a la autora.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) recibe cada vez con mayor frecuencia demandas enmarcadas en conflictos armados o similares situaciones de violencia. En el pasado, los casos más relevantes se originaron en el contexto de Irlanda del Norte y en el conflicto entre Chipre y Turquía, que desembocaron en varias sentencias dictadas durante las décadas de los ochenta y noventa. En la actualidad, la implicación de las tropas de los Estados miembros del Consejo de Europa en países extranjeros es una de las cuestiones que mayores dificultades plantea al Tribunal. Los problemas se inscriben principalmente en el escenario surgido tras la guerra de la Antigua Yugoslavia y en el contexto iraquí. Asimismo, una serie de casos relativos a Rusia por sus disputas con Chechenia, y a Turquía por las suyas con el Partido de los Trabajadores de Kurdistán-PKK, han sido objeto de examen judicial recientemente. Para abordar estos casos, el Tribunal de Estrasburgo se sirve casi de manera exclusiva de la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), de modo que resulta el instrumento legal aplicable en tales contextos de violencia.

Ahora bien, cuando se trata de cuestiones en las que el uso de la fuerza armada es claro, el Tribunal de Estrasburgo podría utilizar también otras fuentes del Derecho internacional tales como el Derecho Internacional Humanitario (DIH). Pero apenas lo hace, o no lo hace de manera expresa. En lugar de recurrir explícitamente al DIH, el Tribunal se sirve de lo que algunos han denominado «una aproximación propia»¹. Esto es, contempla los conflictos armados a la luz del CEDH, entendiendo que éste continúa aplicándose, y así evita manejar de manera directa el DIH, que solo se percibe en la sombra de algunas de sus sentencias. Nos encontramos ante una aproximación prometedora, en la medida en que provee jurisprudencia sobre la conducción de las hostilidades. Pero, ¿por qué el TEDH se resiste a interpretar el DIH si no existe obstáculo legal alguno para utilizarlo como medio de interpretación de las normas del CEDH?

Este artículo plantea las preguntas siguientes: ¿hasta qué punto es aplicable el CEDH en tales casos y qué técnicas utiliza el Tribunal de Estrasburgo

¹ GUELLALI, A., «Lex specialis, droit international humanitaire et droits de l'homme: Leur interaction dans les nouveaux conflits armés», *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 111, n° 3, 2007, pp. 539-575, p. 542 y FOROWICZ, M., *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 313-351.

para interpretarlo?, ¿cuáles son sus limitaciones para no leer el CEDH a la luz de las normas relativas a los conflictos armados? Para responder a estos interrogantes, en primer lugar, debemos distanciarnos de la concepción que tiende a definir como principio general que el DIH es *lex specialis* respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en las situaciones de conflicto armado. Esta no es la forma de entender la *lex specialis* por el Tribunal. Como veremos, ninguna de las variantes planteadas por la CDI² es utilizada en la jurisprudencia de Estrasburgo de manera clara. En segundo lugar, como es obvio, debemos analizar la jurisprudencia del Tribunal.

II. MOTIVACIÓN

El estudio cobra sentido por varias razones. En primer lugar, porque entronca con el problema, aún no resuelto en el seno del Tribunal de Estrasburgo, relativo a la relación entre diversos *corpus* jurídicos (en este caso el DIH y el DIDH), cuestión central del Derecho internacional contemporáneo. Concretamente, en este análisis se ponen de relieve dos aspectos: la potencialidad de la función interpretativa del Derecho de los conflictos armados, que se ajustaría a los términos indicados por la CDI en su informe sobre la *Fragmentación del Derecho Internacional*, y la escasa y subliminal utilización del mismo por el Tribunal de Estrasburgo.

A esto se añade que precisamente una de las preocupaciones que alberga el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) es la de no estar dotada de mecanismos judiciales para supervisar la implementación del DIH. Son órganos externos a la propia organización (no solo el Tribunal de Estrasburgo, sino también los Tribunales *ad hoc*, la Corte Penal Internacional, e incluso los tribunales internos constituidos como parte de los procesos de paz³) los que lo interpretan el DIH, lo que en su momento llevará a plantear los encuentros y los desencuentros entre dichos órganos judiciales. En efecto, el CICR busca cómo someter el examen de las obligaciones internacionales adquiridas en su seno a instrumentos de control judicial efectivo, pero aún no ha establecido un sistema jurisdiccional propio. Por este motivo es útil el

² COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional*, A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006, pp. 37-72.

³ El caso *Maktouf y Damjanovic c. Bosnia Herzegovina*, relativo a sendas condenas por crímenes de guerra por un tribunal interno, está aún pendiente de resolución en el TEDH, nº 2312/08 y nº 34179/08.

estudio relativo a la contribución que órganos externos al CICR realizan en torno al DIH. En el ejercicio de su función jurisdiccional, el Tribunal de Estrasburgo se convierte, aunque sea veladamente, en un intérprete del DIH.

Aún más, la función del Tribunal de Estrasburgo es analizar las demandas individuales. Sin embargo, dado que el marco en el que se presentan los casos analizados es el de los conflictos armados, las demandas planteadas pueden constituir un punto de partida para que el Tribunal se encuentre con el dilema de tener que juzgar violaciones masivas de derechos humanos. Indirectamente, se le abren al Tribunal problemas que van más allá del juicio individual, como son la función compensatoria y reparatoria a las víctimas de guerra⁴.

Por otro lado, la Unión Europea (UE), que con el Tratado de Lisboa consolida el deber de respeto de los derechos humanos tanto hacia adentro como hacia afuera de la organización, y cuya Política Europea de Seguridad Común se articula en torno a los mismos, no es ajena al valor hermenéutico de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Las misiones de paz que en el futuro diseñe la UE se enmarcarán jurídicamente tanto en torno a los principios y categorías del DIDH como del DIH. Es claro que a la UE en tanto que organización, así como a sus Estados miembros, les afectan las tendencias jurisprudenciales de este Tribunal.

A lo anterior cabe añadir que no se encuentra, entre la rica doctrina española sobre el DIH, un enfoque basado en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. En realidad, el reto consiste en exponer lo que omite el Tribunal, esto es, las reglas del DIH que podría utilizar y no lo hace, lo que ciertamente constituye un ejercicio más complicado que el de identificar lo que el órgano judicial manifiesta.

De modo que en el artículo se analiza el alcance de la jurisprudencia del TEDH cuando tiene que abordar cuestiones afectadas por el uso de la fuerza armada. Con este fin, en la primera parte del artículo resumo las características generales de la complementariedad entre el DIH y el DIDH, asentada hoy como la forma más ortodoxa de entender tal relación⁵. A continuación, analizo

⁴ Muy recientemente, entre otros, se le planteó ya este problema al Tribunal en el caso conocido como la masacre de Katyn, *Janowiec y otros c. Rusia*, nº 55508/07 y nº 29520/09, de 19 de abril de 2012.

⁵ GIOIA, A., "The Role of the European Court of Human Rights in Monitoring Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict", BEN-NAFTALI, O. (ed.), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 200-249.

dicha interrelación desde el prisma de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El estudio se ciñe a una serie de casos originados en tres tipos de situaciones: los casos de ocupación, las situaciones en las que el Estado ejerce el control efectivo sobre una parte del territorio extranjero en el marco de una misión internacional y finalmente, los conflictos armados internos de mayor o menor intensidad. Esta triple clasificación permite valorar las diferentes técnicas utilizadas por el Tribunal cuando aborda los contextos de violencia armada.

III. LA COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de que se aprobara el CEDH, el principio asumido por la comunidad internacional era que en tiempo de conflicto armado regiría únicamente el DIH. El resto de las normas del Derecho internacional general permanecería al margen. Con la idea de mantener este esquema general, el CEDH de 1950 se redactó para ser aplicado principalmente en tiempo de paz. Sin embargo, el artículo 15 del CEDH⁶, con su régimen relativo a la derogación de ciertos derechos, trae lo que Draper denomina «una nueva filosofía» en torno a la relación entre el Derecho de los conflictos armados y los derechos humanos, filosofía que marca el inicio de la complementariedad entre ambos⁷.

El artículo 15 (1) aporta dos rasgos a la relación entre el DIH y el DIDH. Uno, el DIH es incorporado *por referencia* al remitirse a las distintas obligaciones que dimanaban del Derecho Internacional. Y dos, pone de manifiesto que en el caso de que se utilice la cláusula derogatoria, ambos, DIDH y DIH, resultan aplicables *al mismo tiempo*, produciéndose así una interacción material entre ellos. Si el Estado declara la derogación de ciertas disposiciones del CEDH, deberá hacerlo de forma que sea compatible con las restantes normas del Derecho internacional. Ahí es donde coinciden los dos cuerpos jurídicos.

⁶ Artículo 15 (1): «En caso de *guerra* o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que *deroguen* las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con *las restantes obligaciones que dimanaban del derecho internacional*». (2): «La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de *actos lícitos de guerra*, ni de los artículos 3, 4 (1) y 7» (cursiva añadida).

⁷ DRAPER, G., «Human Rights and the Law of War», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 12, 1972, pp. 326-338.

Por otro lado, el artículo 15 (2) prevé que ciertas disposiciones del CEDH no son derogables. Estas cláusulas de suspensión, advierte Pérez González, constituyen la zona de convergencia entre el DIH y el DIDH, ya que el núcleo irreductible de derechos no susceptibles de derogación se corresponde con la protección mínima que procuran el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo I de 1977⁸. Particularmente, en lo que se refiere al derecho a la vida, solo se autoriza la derogación del artículo 2 del CEDH para el caso de muertes resultantes de *actos lícitos de guerra*. Es una forma de decir que dado que el CEDH no provee criterios para las situaciones de conflicto, éste se valdrá de los que establece el DIH en tanto que *lex specialis*. Esto es, en tiempo de paz se aplicarán las condiciones generales de los derechos humanos y en tiempo de guerra, por lo que afecta al derecho a la vida, el DIH servirá como fuente de interpretación.

Pero al margen de lo establecido por el artículo 15, el interés por la relación entre el DIDH y el DIH emerge sobre todo a partir de la década de los setenta⁹. Tras un proceso de convergencia ampliamente explicado por la doctrina y plasmado también por varios órganos de Naciones Unidas e incluso en el Protocolo I de 1977, hoy la complementariedad entre ambos cuerpos de normas es incuestionable. Sin ánimo de ser exhaustivos sobre esta cuestión, cabe apuntar que prevalece la opinión de que el DIDH y el DIH son complementarios, en el sentido de que ambos pueden ser aplicables simultáneamente en situaciones de conflicto armado interno e internacional y cada uno puede servir para interpretar el otro¹⁰.

⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, M., «La protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto: el parámetro del Derecho internacional humanitario», *Nueva Época*, n° 4, 2006, pp. 13-35.

⁹ CÁCERES BRUN, J. «El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., (Coord.), *Derecho internacional humanitario*, 2ª ed., Tirant Monografías, Cruz Roja Española y Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Valencia, 2009, pp. 953-969; MERON, T., «How do Human Rights humanize the Law of War?», BERGSMO, M., (ed.), *Human Rights and criminal Justice for the Downtrodden, Essays in Honour of Asbjorn Eide*, Nijhoff, La Haya, 2003, pp. 157-178; PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Las relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho internacional humanitario», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. I, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 315-393.

¹⁰ SASSÒLI, M., «Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains?», AUER, A., FLÜCKINGER, A., y HOTTELIER, M., (eds.), *Les droits de l'homme et la constitution: Études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*,

Ahora bien, ni el intenso debate doctrinal sobre la complementariedad entre el DIH y el DIDH ni los aportes de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹ se han correspondido con una discusión semejante en el plano de la jurisprudencia de Estrasburgo, que ha preferido tanto eludir referencias explícitas a la complementariedad como al mismo DIH.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADA CON LOS CONFLICTOS ARMADOS

En un contexto doctrinal y jurisprudencial en el que se ha consagrado la convergencia entre ambos sectores normativos, es llamativa su escasa proyección en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Que el TEDH casi nunca haya sido explícito sobre los aspectos relativos a la complementariedad entre el CEDH y el DIH obedece a diversas causas, unas legales y otras políticas. La primera razón de técnica jurídica aducible para no aplicar el DIH se basa en las diferencias entre ambos cuerpos de normas y en el hecho de que el Tribunal pueda considerar, *stricto sensu*, que no tiene competencia material en el ámbito del DIH porque su marco referencial y estructural es el CEDH. La segunda razón de orden legal la encontramos en la escasa utilización de la cláusula derogatoria de derechos del artículo 15 del CEDH. Si el artículo 15 no es invocado, entonces el Tribunal aplica el CEDH en su conjunto. Que se trate de conflictos armados (o que no lo sean) no constituye una cuestión de Derecho para el Tribunal. No entra (al menos directamente) a calificar las situaciones. *Ea res facti, non juris est*. El Tribunal consigue así escapar del DIH porque no califica las situaciones. No cabe duda de que estas dos razones son jurídica y formalmente correctas. Ahora bien, cuando el Estado no recurre a la cláusula derogatoria, pero el contexto en el que concurren los hechos constituye un conflicto armado, ¿podría el Tribunal deter-

Collection Genoivoise, Schultess, Ginebra, 2007, pp. 375-395; ORAKHELASHVILI, A., «The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?», *European Journal of International Law*, Vol. 19, nº 1, 2008, pp. 161-182.

¹¹ GARDAN, J., «The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001, pp. 349-365 y BURGORGUE-LARSEN, L., y ÚBEDA DE TORRES, A., ««War» in the Jurisprudence of the Interamerican Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, nº 33, 2011, pp. 148-174.

minar *motu proprio* que existe tal conflicto y servirse del DIH? Desde mi punto de vista, existen motivos para responder afirmativamente. Sin perder de vista la base de la argumentación, que debe ser el CEDH, puede ser útil para el Tribunal el recurso a otras normas del Derecho internacional como lo es el DIH (ya recurre, de hecho, y entre otros, al Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al Convenio contra la Tortura y al Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados).

Probablemente son sobre todo políticas las razones que llevan al Tribunal a inhibirse de la aplicabilidad del DIH. Recurrir al DIH implicaría reconocer que el Estado es incapaz de hacer frente a la violencia armada que tiene lugar en su país. La alusión expresa al mismo estigmatizaría y penalizaría al Estado implicado, con lo que la reacción del Estado sería mostrar resistencias a la actividad del Tribunal. Siendo esto así, surge el interrogante siguiente: ¿cabe algún tipo de técnica jurídica, enmarcada dentro del sistema del CEDH, que permita evitar la pérdida del alcance del DIH?

Como anunciamos en la introducción, abordamos el estudio partiendo de tres dilemas concretos que se le plantean al Tribunal: uno relativo a la clasificación de la situación de ocupación, otro relativo a la noción del ejercicio del control global y/o efectivo sobre una parte del territorio extranjero y finalmente, los casos de conflictos armados internos. Hacemos esta triple clasificación porque en cada situación se plantean problemas distintos y por lo tanto, también soluciones diferentes.

1. LA CALIFICACIÓN DE LA OCUPACIÓN

En términos muy resumidos, la ocupación se define por el hecho de que el ejército enemigo ejerce *el control* sobre un territorio¹². Es de todos sabido que en el Derecho internacional, la ocupación se clasifica como un conflicto armado internacional, del que nace un régimen territorial particular: el Estado ocupante tiene la obligación de respetar el DIH, en concreto, el IV Convenio de La Haya de 1907 y los Convenios de Ginebra de 1949.

¹² La CIJ recordó que «según el Derecho internacional consuetudinario, tal como está reflejado en el artículo 42 del IV Convenio de La Haya de 1907, un territorio es considerado ocupado cuando se halla de hecho bajo *la autoridad* del ejército enemigo», CIJ, *Sentencia sobre las actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, 19 de diciembre de 2005, § 172.

A. *Loizidou c. Turquía*¹³

En el caso *Loizidou c. Turquía*, la demandante alegó haber perdido parte de los terrenos de los que era propietaria en el Norte de Chipre. *Loizidou* adujo que como consecuencia de la ocupación continuada del ejército turco sobre dicho territorio y del control que éste ejerce sobre el mismo, le era imposible entrar en las parcelas que le pertenecían, lo que constituía una violación tanto del derecho a la vida privada y familiar como del derecho a utilizar pacíficamente la propiedad¹⁴. En su defensa, el gobierno turco negó su responsabilidad alegando que los hechos habían tenido lugar en el Estado independiente de la República Turca del Norte de Chipre, territorio en el que no ejercía jurisdicción en el sentido del artículo 1 del Convenio¹⁵. El Tribunal se refirió al no reconocimiento de la República Turca del Norte de Chipre, pero lo que interesa poner de relieve a los efectos de este estudio es que el Tribunal subrayó con claridad que el artículo 1 del CEDH no se restringe al territorio nacional del Estado. Así, desechó los argumentos esgrimidos por Turquía sobre el carácter territorial del Convenio y atribuyó la responsabilidad al Estado turco¹⁶.

El Tribunal determinó que el Estado es responsable donde, como consecuencia de la acción militar, bien legítima bien ilegítima, ejerce el *control efectivo* (incluso fuera del territorio nacional). Bastó este criterio para atribuir los hechos a Turquía y la responsabilidad por la violación de los derechos alegados¹⁷. El mismo criterio hubiera servido también para sostener que los hechos se identificaban con la situación de ocupación de Chipre por Turquía. Si, como afirmó el Tribunal, Turquía llevaba a cabo una acción militar y ejercía el control, ¿por qué no se refirió a la ocupación *expressis verbis*? Cabe pensar que el Tribunal eludió calificar el Norte de Chipre como un «territorio ocupado» para evitar referirse al DIH¹⁸.

¹³ Sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 1996, *Loizidou c. Turquía*, nº 15318/89, §12.

¹⁴ *Ibidem*, § 26.

¹⁵ *Ibidem*, § 31.

¹⁶ *Ibidem*, § 52.

¹⁷ *Ibidem*, § 56.

¹⁸ Únicamente el juez Pettiti planteó que el DIH debía haberse contemplado en la sentencia. Sostuvo que un análisis global de la situación hubiera hecho posible revisar los conceptos relativos a la ocupación y la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 en el norte de Chipre. En efecto, si la señora *Loizidou* fue expulsada del área ocupada por Turquía en el Norte de Chipre entonces no existen razones para ignorar el ar-

B. *Varnava c. Turquía*¹⁹

La sentencia *Varnava c. Turquía* es la decisión que más se acerca al DIH de entre las que se recogen en este estudio puesto que en este caso el Tribunal se refirió por primera vez, de manera expresa, al DIH en tanto que instrumento para interpretar el CEDH. Al ser una de las sentencias más recientes (2009) puede apuntar un ligero cambio en la posición del Tribunal de Estrasburgo.

Se trataba de la desaparición de nueve personas después de haber sido arrestadas por el ejército turco durante la operación militar en el norte de Chipre en 1974. La región fue expresamente calificada por el Tribunal como «zona en la que existe un conflicto armado internacional»²⁰. Además, el Tribunal sostuvo que el artículo 2 del CEDH debe ser interpretado a la luz del Derecho internacional, particularmente, del DIH. Sin decirlo expresamente, hizo llamadas (subliminales) a la complementariedad entre DIH y CEDH²¹.

Concretamente, el Tribunal fundamentó su argumentación en el artículo 2 del Convenio y desde allí llegó al DIH, lo que representa un paso hacia el acercamiento entre CEDH y DIH. El caso *Varnava* constituye pues un punto de inflexión en la línea jurisprudencial del Tribunal, en la medida en que intenta atraer y aglutinar en la sentencia, por un lado, los criterios del DIH y por otro, los del propio TEDH relativos a la obligación positiva de investigar las desapariciones a la luz del artículo 2 del CEDH. Podía haberse ceñido a un marco normativo más restrictivo, pero no lo hizo, lo que quizás implique el intento de inaugurar un nuevo marco de interpretación del CEDH.

tículo 49 del IV Convenio de Ginebra relativo al desplazamiento forzado de la población de los territorios ocupados y las Reglas de La Haya de 1907 (artículos 42 y 43), claramente aplicables. Opinión Disidente del juez Pettiti, *ibidem*, pp. 39-40.

¹⁹ Sentencia del TEDH de 18 de septiembre de 2009, *Varnava y otros c. Turquía*, nº 16064/90, nº 16065/90, nº 16066/90, nº 16068/90, nº 16069/90, nº 16070/90, nº 16071/90, nº 16072/90 y nº 16073/90.

²⁰ *Ibidem*, § 178.

²¹ «Article 2 must be interpreted in so far as possible in light of the general principles of international law, including the rules of international humanitarian law which play an indispensable and universally-accepted role in mitigating the savagery and inhumanity of armed conflict. The Court therefore concurs with the reasoning of the Chamber in holding that in a zone of international conflict Contracting States are under obligation to protect the lives of those not, or no longer, engaged in hostilities», *ibidem*, § 185.

2. EL EJERCICIO DEL CONTROL EFECTIVO SOBRE UNA PARTE DEL TERRITORIO EXTRANJERO

La noción relativa a la «jurisdicción del Estado» en el sentido del artículo 1 del CEDH es una de las más complejas del Derecho convencional y también una de las «piedras angulares» del CEDH tomado en su conjunto. Especialmente desde primeros de la década del año 2000, el artículo 1 del Convenio ha dado lugar a sustantivos desarrollos jurisprudenciales en los casos que tienen como contexto la intervención de uno o varios Estados que en tanto que fuerzas multinacionales operan en territorio extranjero. A continuación, destacamos tres casos relevantes en los que al Tribunal se le plantea el problema de la aplicabilidad extraterritorial del CEDH.

A. *Bankovic c. Bélgica y otros*²²

El caso *Bankovic* trae causa en la demanda presentada por seis habitantes de Belgrado (Serbia) contra diecisiete Estados miembros de la OTAN que a su vez son miembros del CEDH. Los demandantes alegaron que el bombardeo aéreo de la sede de la radio-televisión serbia por las fuerzas de la OTAN en abril de 1999 implicaba la violación del derecho a la vida (murieron dieciséis personas) y del derecho a la libertad de expresión atribuible a los Estados demandados. La demanda se articuló sobre el argumento de que los Estados implicados tenían «jurisdicción» sobre las víctimas, determinada ésta a partir del criterio del «control efectivo», como había quedado definido en la sentencia *Loizidou*. Sin embargo, los argumentos de la demanda no convencieron al Tribunal que por unanimidad la declaró inadmisibile *ratione personae*, puesto que consideró que no existía vínculo jurisdiccional alguno entre las víctimas y los Estados demandados. En palabras del Tribunal, el territorio en el que tuvo lugar el bombardeo no se hallaba en el «espacio legal» de los Estados miembros en la medida en que la OTAN no ejercía un «control efectivo» sobre el territorio bombardeado²³. El Tribunal destacó así el carácter *esencialmente territorial de la jurisdicción del Estado*, siendo la aplicabilidad extraterritorial del Convenio *excepcional*, lo que subrayó enfáticamente²⁴.

²² Sentencia del TEDH de 19 de diciembre de 2001, *Bankovic y otros c. Bélgica*, nº 52207/99.

²³ *Ibidem*, § 71.

²⁴ *Ibidem*, § 37.

El Tribunal restringió los términos sobre el control efectivo, mostrando una extremada cautela a la hora de aplicar el CEDH a la acción del Estado cuando actúa fuera de su territorio. *Bankovic* representa una forma de interpretar la noción de jurisdicción apegada hasta el extremo a la territorialidad. En este criterio tan restrictivo se fundamentan las críticas a la decisión²⁵. Pero a su vez, *Bankovic* constituye el punto de partida de un debate aún no resuelto, que gira en torno a las siguientes preguntas planteadas por el juez Jean Paul Costa: ¿realmente se puede considerar que existe control efectivo cuando las tropas del Estado actúan fuera de su territorio nacional?, ¿cómo se relaciona esto con el concepto de ocupación contenido en las Reglas de La Haya de 1907 y del IV Convenio de Ginebra de 1949?, ¿tiene el Tribunal «jurisdicción» para examinar los hechos cometidos por las fuerzas aéreas de los Estados que actúan en operaciones de paz?²⁶ El Tribunal prefirió no entrar en estos problemas, y para ello «territorializó» la jurisdicción del Convenio²⁷ y consecuentemente, declaró inadmisibile la demanda²⁸.

Lo curioso de la sentencia *Bankovic*, por lo que afecta a este estudio, es que en su argumentación, el Tribunal se sirvió de los Convenios de Ginebra

²⁵ RÜTH, A., y TRILSCH, M., «International Decisions: *Bankovic v. Belgium*», *American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 170-171.

²⁶ COSTA, J.P., O'BOYLE, M., «The European Court of Human Rights and International Humanitarian Law», SPIELMAN, D., TSIRLI, M., y VOYATZIS, P., *The European Convention on Human Rights, a living instrument. Essays in Honour of Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruselas, 2011, pp. 107-129, p. 108.

²⁷ COHEN-JONATHAN, G., «Observations: la territorialisation de la jurisdiction de la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, n° 52, 2002, p. 1073.

²⁸ En el caso *Issa c. Turquía*, el Tribunal siguió un criterio amplio para interpretar el artículo 1 del Convenio. Reconoció, sin ambigüedad, la aplicabilidad del CEDH a las operaciones militares conducidas por el ejército turco en el Norte de Irak en 1995. Inscribió su respuesta en el mismo hilo conductor que la sentencia *Loizidou* integrando dos criterios: en primer lugar, se refirió a la teoría sobre el *control efectivo*, y en segundo lugar, admitió que el concepto es aplicable *fuera del espacio jurídico de los Estados miembros del Convenio*, incluso con respecto a *operaciones militares temporales*, sean o no legítimas. Sentencia del TEDH de 16 de noviembre de 2004, *Issa y otros c. Turquía*, n° 31821/96. En casos más recientes, como *Al-Saadoon c. Reino Unido*, y *Medvedyev c. Francia*, entre otros, el Tribunal interpretó de nuevo el concepto de jurisdicción de manera amplia. En el primero de ellos condenó al Reino Unido por las violaciones del CEDH cometidas en el territorio de Irak ocupado por las fuerzas británicas y en el segundo caso condenó a Francia por las violaciones cometidas durante la toma de un buque por el ejército francés (Sentencia del TEDH de 2 de marzo de 2009, *Al-Saadoon c. Reino Unido*, n° 61498/08, y Sentencia del TEDH de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev c. Francia*, n° 3394/03).

de 1949 para sostener que si los redactores del CEDH hubieran querido otorgar una jurisdicción tan extensa como la planteada por los demandantes, entonces podían haber adoptado el mismo texto o uno similar al artículo 1 de los Convenios de Ginebra de 1949, que prevé que los Estados contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar los mismos «en todas las circunstancias»²⁹. Tratándose de un caso que podía haberse leído sobre la base de los principios relativos a la prohibición de ataques indiscriminados y el principio de distinción entre combatientes y civiles, en el que tienen cabida tanto el CEDH como el DIH, es paradójico que la única referencia a los Convenios de Ginebra de 1949 sea para decir que el CEDH no se le parece.

*B. Behrami y Behrami c. Francia y Saramati c. Francia,
Alemania y Noruega*³⁰

Los casos Behrami y Saramati se refieren a las violaciones cometidas en un territorio bajo la administración de la Organización de Naciones Unidas. Fueron los primeros casos referidos a este marco que llegaron al Tribunal. La Gran Sala declaró inadmisibles las demandas sobre la base de que las mismas eran incompatibles *ratione personae* con las disposiciones del CEDH. En el caso *Behrami y Behrami c. Francia* el demandante imputaba a las tropas francesas de la Kosovo Force-KFOR (responsables del desminado en la región de Mitrovica) la violación del derecho a la vida de su hijo, que murió como consecuencia de la explosión de una bomba de racimo. En el caso *Saramati c. Francia y Noruega* el demandante denunció las condiciones de su detención, llevada a cabo primero por la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo-MINUK, y después por la KFOR.

Son múltiples los aspectos que podrían analizarse, pero exceden del ámbito de este artículo cuyo objetivo es poner de relieve hasta qué punto el TEDH valora la aplicabilidad del DIH en sus decisiones. Como es bien sabido, la Gran Sala concluyó que las conductas denunciadas no eran atribuibles a los Estados, sino a la ONU, dado que el Consejo de Seguridad retuvo la autoridad y el control último sobre la misión³¹. El Tribunal subrayó que Kosovo, en la época de los hechos, se encontraba bajo el control efectivo de

²⁹ Sentencia del TEDH de 19 de diciembre de 2001, *Bankovic y otros c. Bélgica*, *op.cit.*, § 75.

³⁰ Sentencia del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Behrami c. Francia*, nº 71412/01 y *Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, nº 78166/01.

³¹ *Ibidem*, § 132-143.

las fuerzas internacionales, que ejercían prerrogativas del poder público. El caso es elocuente porque refleja el afán del Tribunal por descartar toda demanda relacionada con las misiones de mantenimiento de la paz. No se entró a considerar ningún aspecto relacionado con la calificación del conflicto ni, en consecuencia, con la eventual aplicabilidad del DIH.

Cuando Kosovo declaró la independencia, la UE envió la misión EULEX (*European Union Rule of Law Mission in Kosovo*) que reemplazaría en las funciones de imposición del Derecho (*law enforcement*) a la MINUK. Incluso si se asumiera que la base legal por la que se despliega la operación EULEX es la Resolución 1244 (1999), como pretende la UE, sería difícil afirmar que el Consejo de Seguridad únicamente «delegó» sus funciones a la nueva misión, reteniendo la ONU el control sobre la operación. Si llegara al Tribunal de Estrasburgo un caso sobre violación de derechos humanos por EULEX, ¿podría utilizar el argumento del que se valió en *Behrami* para inadmitirlo?, ¿o se vería obligado el Tribunal a abordar la responsabilidad de los Estados de la UE por los actos de la organización dado que la cesión de competencias en este hipotético caso tiene una naturaleza distinta³²?

C. *Al-Jedda c. Reino Unido*³³

Como contrapunto a las decisiones anteriores, en la sentencia *Al-Jedda c. Reino Unido* el Tribunal recurre al DIH, en particular al IV Convenio de Ginebra para construir la Sentencia. Sin embargo, la aproximación y la interpretación que hace el Tribunal sobre el DIH no se corresponden ni con el espíritu ni con la letra del mismo³⁴.

Al-Jedda, quien permaneció detenido durante tres años en un centro de internamiento de Basora (Irak) dirigido por las fuerzas británicas, denunció la violación del artículo 5 (1) del CEDH. El Reino Unido presentó dos argumentos en su defensa: primero, que la detención era atribuible a la ONU, y no al Estado y que por lo tanto, *Al-Jedda* no se hallaba bajo la jurisdicción

³² MILANOVIC, M., y PAPIC, T., «As Bad as it Gets: The European Court of Human Right's *Behrami* and *Saramati* Decision and General International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, 2008, pp. 267-296.

³³ Sentencia del TEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, nº 27021/08, § 42-44.

³⁴ PEJIC, J., «The European Court of Human Rights' *Al-Jedda* judgment: the oversight of international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, nº 883, 2011, pp. 837-851.

del Tribunal; y en segundo lugar, como alternativa, que la detención de *Al-Jedda* se llevó a cabo en cumplimiento de la Resolución 1546 (2004) del Consejo de Seguridad, que establecía la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad en Irak. Entre tales medidas, según el Reino Unido, se incluía la de detener preventivamente a *Al-Jedda* por motivos de seguridad.

Destacamos dos de las conclusiones de la Gran Sala. Primero, determinó que la conducta de las tropas británicas era *atribuible al Reino Unido*, y no a la ONU, puesto que la organización no ejercía ni control efectivo, ni autoridad sobre el Estado³⁵. Segundo, el Tribunal concluyó que *la detención de civiles no está permitida* salvo que una Resolución del Consejo de Seguridad lo admita de manera expresa. De modo que el Tribunal invitó implícitamente al Consejo de Seguridad a que elaborara Resoluciones claras en cuestiones relativas a las medidas de detención³⁶. Sugirió que el Consejo de Seguridad podría «legislar» en esta materia, descuidando que el DIH constituye una sólida base legal para determinar la validez de las detenciones en tanto que *lex specialis*. Como si el Consejo de Seguridad estuviera en mejor posición para regular la detención en los conflictos armados que los 194 Estados parte en los Convenios de Ginebra de 1949, cada uno de los cuales mostró su consentimiento en someterse a los mismos.

El problema no fue que el Tribunal no tuviera en cuenta el DIH, sino las claves en las que interpretó el mismo. Se refirió al DIH para expresar que este no impone a la Potencia Ocupante la obligación de detener. Pero el fundamento último de la sentencia fue la Resolución 1546 (2004), que no autorizaba la detención. La sentencia *Al-Jedda* se centró en la búsqueda de la compatibilidad entre las Resoluciones del Consejo de Seguridad y las obligaciones establecidas por el CEDH³⁷, apareciendo el DIH en segundo orden.

³⁵ Sentencia del TEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, *op.cit.*, § 80-84.

³⁶ PEJIC, J., *loc.cit.*, p. 842.

³⁷ ABRISKETA, J., «La presunción de armonía entre las resoluciones del Consejo de Seguridad y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la responsabilidad conjunta de organizaciones y Estados: nuevas interpretaciones en la sentencia *Al-Jedda* contra el Reino Unido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 2011», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 26, 2012.

3. LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES

Los Estados difícilmente admitirían la existencia de un conflicto armado en el interior de su territorio ya que implicaría reconocer su incapacidad para hacer frente a la violencia armada en su país, y lo que es más delicado, conferirían cierto grado de legitimidad a la parte disidente. De hecho, ningún Estado ha invocado nunca el artículo 15 del CEDH aduciendo que está inmerso en un conflicto armado. Las posibilidades de aplicar el artículo 15 del CEDH son pues limitadas, y siempre que tal artículo no es invocado el Tribunal se ve obligado a tener en cuenta todas las disposiciones del CEDH.

En consecuencia, el artículo 2 (2) (a) del CEDH constituye el núcleo de las argumentaciones del Tribunal. De forma que en lugar de identificar la *lex specialis* en el DIH, la «ley especial» que construye el Tribunal de Estrasburgo se inscribe en el Derecho europeo de los derechos humanos. Así introduce el principio de la *lex specialis* del artículo 2 del CEDH para las situaciones que el Tribunal califica como «operaciones policiales» (que bien podrían calificarse también como conflictos armados internos). Algunos han calificado esta doctrina desarrollada por el Tribunal como «los derechos humanos de los conflictos internos»³⁸. El artículo 2 (2) (a) del CEDH constituye la clave de la misma ya que admite el uso de la fuerza cuando resulte «absolutamente necesario», de manera que se aplicará y variará según la valoración de los riesgos de cada situación³⁹. El margen de apreciación del que gozan los Estados en este caso es amplio puesto que la autoridad estatal está en mejor posición que el Tribunal para interpretar lo que es «absolutamente necesario» en el territorio bajo su jurisdicción. En todo caso, el Tribunal recurre al principio de proporcionalidad, arraigado en diferentes áreas del Derecho internacional general, y también, por cierto, en el DIH desde el siglo XIX, para interpretar lo que es «absolutamente necesario». Sostiene que la fuerza utilizada por el Estado debe ser estrictamente proporcional a los objetivos establecidos. La proporcionalidad exige verificar la adecuación en-

³⁸ ABRESCH, W., «A human rights law of internal armed conflicts: the ECHR in Chechnya», *European Journal of International Law*, 2005, Vol. 16, nº4, pp. 741-767 y CHEVALIER-WATTS, J., «Has human rights become *lex specialis* for the European Court of Human Rights in right to life cases arising from internal armed conflicts? », *International Journal of Human Rights*, Vol. 14, nº, 4, 2010, pp. 584-602.

³⁹ El artículo 2 dispone: «La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea *absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima*» (cursiva añadida).

tre los medios utilizados para hacer frente a la violencia ilegal y la responsabilidad positiva de proteger la vida de los individuos bajo su jurisdicción. Así construye, en torno al artículo 2 (2) (a) del CEDH, la exigencia de probar que *la planificación y la organización de la operación* en la que se utiliza la fuerza es conforme a dicho artículo. De modo que tres elementos vienen encadenados: que la privación de la vida sea absolutamente necesaria, que sea proporcional a los objetivos planteados y que en la planificación de la operación se tengan en cuenta los dos criterios anteriores.

La sentencia *McCann c. Reino Unido*⁴⁰ marca el inicio de una nueva jurisprudencia en torno al artículo 2 (2) del CEDH. La sentencia trae causa en la muerte de tres miembros del IRA a manos del Servicio Aéreo Espacial británico en Gibraltar. Los demandantes sostuvieron que la operación llevada a cabo por el Reino Unido no fue ni planificada ni ejecutada conforme al artículo 2 (2) (a) del CEDH y que por tanto, las muertes no fueron «absolutamente necesarias» tal como exige dicho artículo. Por el contrario, el Reino Unido justificó la operación bajo los términos del artículo 2 (2) (a) del CEDH, aduciendo que el uso de la fuerza era «absolutamente necesario» para defender a la población gibraltareña contra la violencia⁴¹.

El contenido fijado por el Tribunal respecto del artículo 2 (2) (a) del CEDH se explica en la sentencia *McCann c. Reino Unido* a través de lo que denomina el «cuidadoso escrutinio»: el Tribunal incorpora en el examen sobre el cumplimiento del artículo 2 (2) (a) el grado de planificación y de control de las operaciones policiales, que deberán evitar en todo lo posible el recurso a la fuerza⁴². Extiende así los términos relativos a la protección del derecho a la vida y condena al Reino Unido por considerar que la operación policial fue preparada y controlada de manera deficiente⁴³. A partir de la sentencia *McCann*, el Tribunal construye una técnica de aplicación del art.2 (2) (a) del CEDH para el marco de las operaciones policiales en las que se utiliza la fuerza armada⁴⁴.

⁴⁰ Sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 1995, *McCann c. Reino Unido*, n° 18984/91.

⁴¹ *Ibidem*, § 143-144.

⁴² *Ibidem*, § 194.

⁴³ BARCELONA LLOP, J., «El derecho a la vida en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales. Las enseñanzas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» ARRANZ DE ANDRÉS, C., y SERNA VALLEJO, M., (coords.), *Estudios de Derecho español y europeo*, Ed. Universidad de Cantabria, Santander, 2009, pp. 79-108.

⁴⁴ Como se pone de relieve en la sentencia del TEDH de 28 de julio de 1998, *Ergi c. Turquía*, n° 23818/94; sentencia del TEDH de 24 de febrero de 2005, *Isayeva c. Rusia*,

A. *Ergi c. Turquía*

En el caso *Ergi c. Turquía*, el demandante, de origen kurdo, acusaba a las fuerzas de seguridad turcas de haber disparado indiscriminadamente contra varios domicilios civiles durante una operación en contra de varios miembros del PKK, lo que provocó la muerte de la señora *Ergi*. El gobierno turco sostuvo que los disparos no se habían efectuado por las fuerzas militares. El Tribunal mostró dudas legítimas, dada la insuficiencia de pruebas, para concluir que la señora *Ergi* fue asesinada intencionalmente por las fuerzas de seguridad⁴⁵. Sin embargo, consideró que las autoridades turcas fallaron en la protección del derecho a la vida de *Ergi* debido tanto a los defectos en la planificación de la operación como a la falta de una investigación posterior efectiva y adecuada⁴⁶. El Tribunal atribuyó a Turquía la responsabilidad de haber violado el artículo 2 del CEDH porque las autoridades turcas no aportaron evidencias sobre la planificación de la operación ni sobre la investigación posterior. Se infería que las precauciones para proteger a la población civil habían sido insuficientes⁴⁷.

A esto se añade que el demandante enmarcó su demanda en una serie de enfrentamientos armados violentos, pero no planteó que el caso se inscribiera en una situación de conflicto armado interno, lo que contribuyó a que el Tribunal evitara tener que calificar la naturaleza de las circunstancias. Sin embargo, aunque no existe en la sentencia mención alguna al DIH, a la hora de interpretar los artículos 1 y 2 del CEDH, el Tribunal hace referencias indirectas, implícitas y a su vez claras a varias de las disposiciones del mismo. La elección de los medios y métodos de la operación y el objetivo de minimizar la pérdida de vidas civiles constituyen una alusión al DIH⁴⁸. Los razo-

nº 579590/00; sentencia del TEDH de 15 de septiembre de 2011, *Kerimova y otros c. Rusia*, nº 17170/04, nº 20792/04, nº 23360/04, nº 5681/05, nº 5684/05; y en la sentencia del TEDH de 3 de mayo de 2011, *Khamzayev y otros c. Rusia*, nº 1503/02.

⁴⁵ Sentencia del TEDH de 28 de julio de 1998, *Ergi c. Turquía*, *op. cit.*, § 1.

⁴⁶ *Ibidem*, § 2.

⁴⁷ «Under Article 2 of the Convention, read in conjunction with Article 1, the State may be required to take certain measures in order to «secure» an effective enjoyment of the right to life. In light of the above considerations, the responsibility of the State is not confined to circumstances where there is significant evidence that misdirected fire from agents of the State has killed a civilian. It may also be engaged where they fail to take *all feasible precautions* in the *choice of means and methods* of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, *to minimizing, incidental loss of civilian life*» (cursiva añadida), *ibidem*, § 79.

⁴⁸ BRUSCOLI, F., «The Rights of Individuals in Times of Armed Conflict», *International Journal of Human Rights*, nº 6, 2002, pp. 45-60.

namientos del Tribunal se inspiran en el Protocolo I de 1977 cuando se refiere a las debidas precauciones que Turquía debía haber tomado en el ataque⁴⁹. Pero no solo hace alusiones subliminales al DIH, sino que además el Tribunal transpone el principio relativo a las precauciones que el Estado debe tomar, aplicable a los conflictos armados internacionales, a una situación de conflicto armado interno. Caben así dos observaciones, la primera es que el principio no había sido recogido para situaciones de conflicto armado interno (el Protocolo II no los recoge) y sin embargo el Tribunal lo rescata. La segunda es que este principio ni tan siquiera pudo haber sido considerado en el momento en el que se dictó la sentencia como norma consuetudinaria⁵⁰ (la compilación de las normas de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario se publicó en el 2005 y la sentencia es de 1998).

Más aún, en virtud de la lectura conjunta de los artículos 1 y 2 del CEDH, el Tribunal consideró que el gobierno debía proteger a la población civil no solo de sus propios ataques, sino también de los ataques del PKK⁵¹. Sin embargo, la sentencia no contiene una sola referencia a la disposición 58 del Protocolo I que precisamente recoge dicha exigencia. Claro que para el Tribunal exigir la aplicabilidad horizontal de las normas ya fue un paso relevante.

Por último, el Tribunal manifestó por unanimidad que el gobierno turco no llevó a cabo una *investigación* oficial efectiva sobre los asesinatos⁵². Nuevamente, la lectura combinada de los artículos 1 y 2 del CEDH impone la obligación positiva de que se inicie una investigación siempre que el individuo haya fallecido como consecuencia del uso de la fuerza⁵³. Corresponde a las autoridades (no a las víctimas) el inicio de la investigación. En este aspecto, el Tribunal va más allá de lo establecido en el DIH, en el que no existe obligación equivalente. El DIH solo recoge la obligación de investigar para los detenidos de guerra o los detenidos civiles en los conflictos armados internacionales, pero no en los casos de conflictos internos⁵⁴. De manera que el desarrollo jurisprudencial del artículo 2 del CEDH lo convirtió en *lex specialis*, superando los términos del DIH.

⁴⁹ Artículos 57 (2) (a) (ii) y 58 del Protocolo I de 1977.

⁵⁰ FOROWICZ, M., *op. cit.*, p. 329.

⁵¹ Sentencia del TEDH de 28 de julio de 1998, *Ergi c. Turquía*, *op.cit.*, § 79.

⁵² *Ibidem*, § 82.

⁵³ Sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1998, *Kaya c. Turquía*, nº 22729/93.

⁵⁴ FOROWICZ, M., *op.cit.*, p. 330 y GAGGIOLI, G. y KOLB, R., «L'apport de la Cour Européenne des droits de l'homme au droit international humanitaire en matière de droit à la vie», *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, Vol. 17, nº1, 2007, pp. 3-11.

B. *Isayeva c. Rusia*⁵⁵

Hasta el año 2005 ningún tribunal internacional había llegado a dictar sentencia alguna sobre el conflicto que desde 1994 afecta a la República rusa de Chechenia⁵⁶. Tres sentencias adoptadas por el Tribunal de Estrasburgo en 2005⁵⁷ y dos en 2011⁵⁸ ilustran el afán del Tribunal por aplicar el CEDH en situaciones de conflicto armado interno sin hacer alusión a las normas del DIH. Centraremos nuestra atención en la sentencia *Isayeva c. Rusia*, una de ellas, puesto que constituye, digamos, el modelo seguido en todas las demás. Los hechos se remiten al bombardeo aéreo por parte del ejército ruso de la localidad chechena de *Katyr–Yurt*, ocupada por las fuerzas rebeldes. La demandante y su familia huían de dicho lugar a través de un paso aparentemente considerado por el ejército ruso como un corredor humanitario cuando sus vehículos fueron bombardeados. Varios miembros de su familia murieron y otros fueron heridos a causa del ataque. En la demanda se alegaba la violación del derecho a la vida de los familiares de la demandante y la falta de acceso a un recurso. En su defensa, el gobierno ruso justificó el uso de la fuerza conforme al artículo 2 (2) (a) del CEDH, dada la presencia de un gran número de combatientes chechenos en *Katyr–Yurt* cuando ocurrieron los hechos. Conforme a Rusia la operación era «absolutamente necesaria». Finalmente, el Tribunal constató que la violación del derecho a la vida era imputable a las fuerzas armadas del gobierno federal ruso en Chechenia por las deficiencias en la protección de la vida de los demandantes y por no haber llevado a cabo investigaciones adecuadas para identificar a los responsables⁵⁹.

En la demanda se presentaron evidencias sobre la violación del artículo 3 del los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo II de 1977. Incluso, podríamos considerar que el contexto en el que concurren los hechos trasciende el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II de

⁵⁵ Sentencia del TEDH de 24 de febrero de 2005, *Isayeva c. Rusia*, *op.cit.*

⁵⁶ BLANC ARTEMIR, A., «El conflicto de Chechenia: implicaciones en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos humanos», SOROETA LICERAS, J., (ed.), *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, 2006, pp. 67-148.

⁵⁷ Sentencia del TEDH de 24 de febrero de 2005, *Isayeva c. Rusia*, *op.cit.*, y sentencias del TEDH de 24 de febrero de 2005, *Khashiyev y Akayeva c. Rusia*, nº 57942/00 e *Isayeva, Yusupova y Bazayeva c. Rusia*, nº 57947/00, nº 57948/00 y nº 57949/00.

⁵⁸ Sentencia del TEDH de 15 de septiembre de 2011, *Kerimova y otros c. Rusia*, *op.cit.* y Sentencia del TEDH del 3 de mayo de 2011, *Khamzayev y otros c. Rusia*, *op.cit.*

⁵⁹ Sentencia del TEDH de 24 de febrero de 2005, *Isayeva c. Rusia*, *op.cit.*, § 224.

1977, ambos aplicables en tiempo de conflicto armado interno. Sin embargo, el Tribunal no abordó claramente la cuestión sobre si existe o no un conflicto armado en la región, sino que contempló el caso enmarcándolo en la actividad de las «instituciones policiales» del gobierno ruso⁶⁰.

En efecto, dado que Rusia no se valió de la cláusula derogatoria del artículo 15 del CEDH, el Tribunal analizó el caso aplicando el CEDH⁶¹. A esto se añade, según Weckel, que el Tribunal no tenía necesidad alguna de referirse al DIH puesto que Rusia había justificado las medidas adoptadas exclusivamente sobre la base de su legislación antiterrorista⁶². Desde una perspectiva en la que el Tribunal trata el conflicto como una operación policial contra los terroristas, desarrolla una metodología que recoge dos términos diferenciados: «conflictos armados (DIH) versus operaciones policiales (DIDH)»⁶³. En el contexto de las operaciones policiales (en francés «*organes d'application de la loi*» y en inglés «*law enforcement bodies*») el ordenamiento aplicable es el CEDH, que pone el acento en la protección de la vida, exigiendo capturar al terrorista salvo que represente una amenaza inmediata.

Existen grandes diferencias en el planteamiento de la legitimidad del uso de la fuerza por el CEDH y por el DIH. El CEDH autoriza el uso de la fuerza cuando sea «absolutamente necesario» para conseguir ciertos objetivos (defender a la población civil, llevar a cabo un arresto o detener una insurrección), prevalece el principio *pro-homine*; sin embargo, desde la perspectiva del DIH, el planteamiento es diferente, dado que el principal objetivo es llevar a cabo toda acción que contribuya a una ventaja militar, siendo la cuestión central que se utilice la fuerza con «objetivos militares»⁶⁴. El Tribunal utilizó el primer paradigma, digamos el del CEDH. El objetivo del ejército ruso debía ser proteger la vida de la población frente a la violencia ilegítima y así concluyó que la acción del ejército ruso era «absolutamente necesaria»⁶⁵. Ciertamente, la demandante enmarcó su demanda en el artículo 2 del CEDH y adujo que el uso

⁶⁰ *Ibidem*, § 153, 180 y 191.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² WECKEL, Ph., «Chronique de jurisprudence internationale», *Revue Générale de Droit International*, Vol. 2, 2005, pp. 465-477.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ El Protocolo I de 1977 dispone: «A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares» (artículo 48).

⁶⁵ Sentencia del TEDH de 24 de febrero de 2005, *Isayeva c. Rusia*, *ibidem* § 173 y 191.

de la fuerza por el ejército ruso no fue ni «absolutamente necesario» ni «proporcional»⁶⁶.

Conviene poner de relieve cómo al Tribunal le cuesta sostener que no se trata de una situación de conflicto armado. Es extremadamente confuso. En ciertas ocasiones se refiere al conflicto, y en otras, en cambio, a la resistencia frente a los órganos policiales⁶⁷. Por un lado, alude a los combatientes armados y a la necesidad de que Rusia despliegue su aviación militar y artillería, pero por otro lado justifica la aplicación del artículo 2 (2) (a) del CEDH basándose en la resistencia activa de los rebeldes frente a los órganos que vigilan el cumplimiento del Derecho.

El Tribunal aplicó firmemente su jurisprudencia relativa al artículo 2 del CEDH. Dada la importancia de la protección concedida por el artículo 2, debía someter los actos de privación de la vida al más cuidadoso escrutinio, tomando en consideración no solamente las acciones del Estado en el momento de los hechos, sino el conjunto de las circunstancias del caso⁶⁸. Lo más novedoso es que el Tribunal extendió el test utilizado para las *operaciones policiales* en el caso *McCann* a las *autoridades militares* dentro del Estado en el caso *Isayeva*.

El Tribunal concluyó que las operaciones no habían sido planificadas ni ejecutadas conforme al requisito relativo a la salvaguarda de la población civil. Recogen así, las consideraciones del Tribunal, varios aspectos fundados en las normas del DIH: a) la obligación de tomar todas las precauciones para evitar o reducir al mínimo el número de muertos y heridos entre la población civil; b) la obligación de evaluar si el ataque podría causar incidentalmente muertos o heridos entre la población civil; b) la obligación de avisar, con la debida antelación y por medios eficaces, de todo ataque que pueda afectar a la población civil⁶⁹. El Tribunal utilizó el lenguaje del DIH pero no lo reco-

⁶⁶ *Ibidem*, § 164.

⁶⁷ «Given the context of the *conflict* in Chechnya at the relevant time, those measures could presumably include the deployment of army units equipped with combat weapons, including military aviation and artillery. The presence of a very large group of *armed fighters* in Katyr–Yurt, and their *active resistance to the law–enforcement bodies*, which are not disputed by the parties, may have justified use of lethal force by the agents of the State, thus bringing the situation within paragraph 2 of Article 2» (cursiva añadida), § 180.

⁶⁸ *Ibidem*, § 173-175.

⁶⁹ Estas obligaciones están previstas en el artículo 57 (2) del Protocolo I y también se contemplan como norma consuetudinaria en la obra de HENCKAERTS, J.M., y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen I: Normas, Comité Internacional de la Cruz Roja, Buenos Aires, 2007, pp. 65-67 y pp. 71-74.

gió de manera expresa, ni se sirvió del principio *lex specialis* frente al DIDH, ni mencionó la posible interacción entre ambos.

En 2011, el Tribunal adoptó dos sentencias que traían causa en varios vuelos militares rusos sobre la localidad chechena de *Urus-Martan* siguiendo exactamente la misma línea argumental. Se volvió a basar en el estricto test de necesidad del artículo 2 (2) del CEDH. De modo que tanto el caso *Isayeva* como los demás aquí mencionados demuestran que pese a que el DIH y el CEDH pueden ser co-aplicados en situaciones de conflicto armado, el Tribunal no considera tal opción.

Para recapitular, en este epígrafe relativo al análisis de los conflictos armados internos se pone de manifiesto que el Tribunal aplica el mismo razonamiento en tres situaciones, bien se trate de una operación anti-terrorista destinada a evitar un atentado (*McCann*), bien de un ataque armado contra un municipio en donde se ocultan militares armados del PKK (*Ergi*), bien de la conducción de las hostilidades durante un conflicto armado interno (*Isayeva*).

V. CONCLUSIONES

Llegado el momento de inferir algunas conclusiones, la más destacable es que los casos originados en zonas de conflicto armado plantean numerosas dificultades al Tribunal de Estrasburgo, sobre todo en lo que se refiere a la aplicabilidad del CEDH y a su relación con el DIH. Por el momento, no puede advertirse ni una técnica uniforme, ni un modelo integrado en su jurisprudencia. Lo único cierto es que se trata de un problema no asumido abiertamente por el Tribunal, que tiende a eludir la calificación de la situación planteada como un conflicto armado y así a excluir la aplicabilidad del DIH. El problema es, en primer lugar, de calificación, y después de aplicación: el Tribunal se resiste a calificar el conflicto y así, a aplicar el DIH como criterio interpretativo, de modo que construye su fundamentación exclusivamente sobre la base del CEDH, obviando las normas consolidadas en el DIH que podrían fortalecer sus argumentos.

En concreto, el Tribunal traza dos estándares judiciales diferenciados: a) el test del control efectivo con relación a los conflictos que tienen un componente internacional y b) el test del artículo 2 (2) (a) del CEDH (derecho a la vida), cuando se trata de conflictos internos.

En cuanto al *test del control efectivo*, el Tribunal determina primero si el Estado demandado controla de manera efectiva el territorio afectado. De no ser así, inadmite la demanda al entender que el Estado no tiene jurisdicción

sobre el territorio y, por tanto, no puede existir violación del Convenio. *Bankovic*, *Behrami* y *Saramati* son los ejemplos más evocadores a este respecto, pero no hay que olvidar otros, como *Isa* o *Varnava*, en los que el Tribunal admite la jurisdicción e incluso alude al DIH.

Cuando se trata de conflictos cuya naturaleza es interna, el Tribunal centra su análisis en la *interpretación amplia sobre el derecho a la vida del artículo 2 (2) (a) del CEDH* y en la jurisprudencia desarrollada al efecto, evitando así referirse expresamente al DIH. Conforme a tal lectura, el derecho a la vida comporta tanto la obligación del Estado de *planificar* toda acción de uso de la fuerza como la obligación de *llevar a cabo una investigación efectiva* posterior. Las sentencias *Ergi* e *Isayeva* constituyen ejemplos claros de una fundamentación basada en el artículo 2 (2) (a) del Convenio, en los que se condenó a Turquía y a Rusia respectivamente, y en los que solo se dejaron entrever implícitamente ciertos principios del DIH.

Ninguno de los dos estándares resulta plenamente satisfactorio por no integrar ciertos criterios interpretativos ya ampliamente asentados tanto en la doctrina como en otros órganos judiciales internacionales. Además, el Tribunal ya ha demostrado que sus sentencias pueden imbuirse de principios y categorías del DIH (sentencia *Varnava*), por lo que cabe esperar que la tendencia será la de acercarse al mismo. La incorporación del DIH como recurso interpretativo sería, por lo tanto, una respuesta útil a los problemas planteados.

Ahora bien, se suscitan otras cuestiones directamente relacionadas, que en la actualidad se le plantean el Tribunal y demuestran incluso que no basta con el uso del DIH como criterio interpretativo. El Tribunal de Estrasburgo desempeña sus funciones también cuando se le presentan demandas asociadas a violaciones masivas de derechos humanos. En tales casos, las formas de reparación, y las cuestiones relativas a la acomodación entre la responsabilidad establecida en el CEDH y la dispuesta para los casos de responsabilidad penal individual aún están sin resolver. Esperemos que este trabajo sirva para indagar en las respuestas a estos interrogantes sobre los que es preciso reflexionar.

LOS PROBLEMAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS PARA APLICAR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

RESUMEN: Al Tribunal Europeo de Derechos Humanos se le plantean numerosas dificultades a la hora de tratar situaciones enmarcadas en conflictos armados o similares contextos de violencia. La tendencia del Tribunal es servirse del marco legal que le ofrece el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades

Fundamentales. Construye así sus propios estándares judiciales, eludiendo referencias a la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Este artículo tiene un objetivo general: plantear las razones por las que el Tribunal se resiste a utilizar el DIH como criterio interpretativo, y un objetivo específico: identificar las técnicas utilizadas por el Tribunal para abordar los contextos afectados por el uso de la fuerza armada.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Derecho Internacional Humanitario; conflictos armados; *lex specialis*.

THE PROBLEMS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS TO APPLY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

ABSTRACT: The European Court of Human Rights (ECtHR) faces countless difficulties when it comes to dealing with situations affected by armed conflicts or other similar contexts of violence. The tendency of the Court is to use the legal framework given by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Thus Court builds its own judicial standards, avoiding references to the applicability of International Humanitarian Law. The general aim of this article is to consider the reasons of the Court for being reluctant to use IHL as an interpretative criterion. The specific objective is to identify the techniques used by the Tribunal to deal with the contexts affected by these kinds of contexts.

KEY WORDS: European Court of Human Rights; European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms; International Humanitarian Law; armed conflicts.

LES PROBLÈMES DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME POUR APPLIQUER LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

RÉSUMÉ : La Cour Européenne des Droits de l'Homme fait face à nombreuses difficultés quand elle aborde des situations encadrées dans des conflits armés ou similaires contextes de violence. La tendance du Tribunal est de se servir du cadre juridique proposé par la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CEDH). Donc, le Tribunal construit ses propres standards juridiques en édulcorant des références à l'applicabilité du Droit International Humanitaire (DIH). Cet article a un objectif général: exposer les raisons par lesquelles le Tribunal se résiste à utiliser le DIH en tant que critère d'interprétation; et un objectif spécifique: identifier les techniques utilisés par le Tribunal pour aborder les contextes touchés para le recours a la force armée.

MOTS CLÉS: Convention Européenne des Droits de l'Homme; Cour Européenne des Droits de l'Homme; Droit International Humanitaire; conflits armés; *lex specialis*.

