

Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Juan Miguel Ortega Terol y Ángel Sánchez Legido

Profesores titulares de Derecho Internacional Público
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: I. Introducción: algunas consideraciones sobre los hechos de la causa. II. La vertiente judicial de las crisis balcánicas. III. El ámbito territorial de aplicación del convenio en la jurisprudencia previa de los órganos de protección. IV. Una clara –pero no reconocida– ruptura con la doctrina jurisprudencial previa. V. La nueva –y discutible– interpretación del artículo 1 del convenio. VI. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS HECHOS DE LA CAUSA

El 29 de octubre de 1999, Vlastimir y Borka Bankovic, Zivana Stojanovic, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimovic y Dragan Sukovic presentaban una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a doce Estados miembros del Consejo de Europa¹, con el común denominador de ser, a su vez, miembros de la OTAN, por la supuesta violación de los artículos 2 (derecho a la vida), 10 (libertad de expresión) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como consecuencia de los bombardeos llevados a cabo por la fuerza atlántica contra la Radio Televisión Serbia (RTS), durante la intervención cuya pretensión declarada era frenar los desmanes del régimen de Milosevic en Kosovo.

Podemos avanzar ya desde el principio que la demanda fue declarada inadmisibles. No obstante, la decisión de la Gran Sala, de 12 de diciembre de 2001, merece algunas consideraciones críticas por cuanto introduce nuevos elementos sobre el ámbito territorial de aplicación del Convenio, con una visión más restrictiva que la mantenida hasta la fecha por la jurisprudencia del propio Tribunal. Igualmente, con carácter previo, parece conveniente contextualizar la resolución del TEDH, por dos motivos fundamentales: a) en primer lugar, porque si bien la enunciación de los hechos de la decisión no prefigurarían una valoración de los mismos ante un eventual enjuiciamiento del fondo del asunto, el Tribunal, quizás llevado por la intención

¹ Los demandados eran Reino Unido, Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Polonia y Turquía.

de formularlos de una forma aséptica, realiza una serie de afirmaciones que se alejan de dicha pretensión; y, b) en segundo lugar, porque la iniciativa de *Bankovic y otros*, al calor del principio de jurisdicción universal y de la proliferación de órganos judiciales internacionales, puede enmarcarse en una situación inédita en la historia contemporánea. En efecto, resulta llamativo que, tras las circunstancias dramáticas en que se ha desarrollado el conflicto de los Balcanes, sean tan numerosos los frentes judiciales abiertos por aquellos hechos, cuyo exponente mediático más inmediato sería el proceso a Milosevic ante el Tribunal «ad hoc» para juzgar los crímenes contra la Humanidad cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia.

Así, desde el primer punto de vista, es bien conocido el intenso debate doctrinal acerca de la legalidad o ilegalidad de la actuación de la Alianza Atlántica². Del mismo modo, es abundante la bibliografía sobre el desarrollo del proceso de degradación de los derechos humanos en la región balcánica que ha salpicado las conciencias europeas como no ocurría desde la Segunda Guerra Mundial³. Por ello resulta tanto más sorprendente que el Tribunal endose la reunión de Rambouillet como unas simples negociaciones de paz. Ciertamente, las conversaciones mantenidas en la localidad próxima a París pudieron significar, al menos, un aplazamiento de los acontecimientos posteriores, pero son muchos los elementos que se pusieron de manifiesto ulteriormente contradiciendo el sentido último de aquella reunión, así como la disponibilidad de la delegación albano-kosovar a aceptar los resultados de la misma⁴. Ni uno ni otro aspecto debieran ser esbozados de la manera simple que lo hace el Tribunal, que se asemeja demasiado al modo en que transmitían sus informaciones los componentes de la Operación Fuerza Determinada.

Parecida conclusión puede alcanzarse en relación con la ligereza con que se hace referencia a que «*todos los esfuerzos por alcanzar una solución política, negociada a la crisis de Kosovo habían fallado*»⁵, cuando es patente la circunvalación del sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas por la Alianza Atlántica en la crisis kosovar. Podría señalarse en descargo del TEDH, como señalábamos anteriormente, que éste no pretendía realizar valoración alguna de los hechos citados. Empero, la decisión finalmente adoptada por el órgano de control del CEDH, enmarcada en un conjunto de actuaciones ante órganos jurisdiccionales internos e internacionales en las que se ven implicados los diversos actores participantes en la crisis, hace que las inconsistencias advertidas puedan ser apreciadas con un marcado sentido crítico. Quizás por ello hubiera resultado más adecuado que una perspectiva superficial, en tres breves párrafos, del trasfondo del asunto, que la Gran Sala se

² A este respecto, puede verse nuestro trabajo *La intervención de la OTAN en Yugoslavia*, Septem Ediciones. Oviedo, 2001.

³ Por todos, véase TAIBO, C.: *Guerra en Kosova. Un estudio sobre la ingeniería del odio*, Ed. Catarata. Madrid, 2001.

⁴ Véase ORTEGA TEROL, J. M., op. cit., pgs. 35-37.

⁵ *Bankovic y otros*, párr. 8.

hubiera limitado al hecho concreto objeto de la causa: el bombardeo de la radio televisión serbia.

Lógicamente, no podemos obviar en este punto ese incidente, en el que basaban su pretensión los demandantes y respecto del cual existen numerosas dudas acerca de su adecuación a los patrones de conducta europeos en materia de Derecho internacional humanitario y, por ende, en materia de derechos humanos. En efecto, el ataque a los estudios de la Radio Televisión Serbia ha suscitado fuertes controversias en torno a si los mismos debieron ser considerados o no como un objetivo militar⁶. Como quiera que sea, lo destacable de este asunto, como en otros dramáticos acontecimientos que tuvieron lugar durante la campaña aérea de la Alianza⁷, es que se han visto velados cuando se han tratado de confrontar ante diversos órganos jurisdiccionales. Ciertamente, no nos resulta ajeno que sobre toda esta cuestión planea la estrategia defensiva de los líderes yugoslavos acusados de crímenes de lesa humanidad y no es infrecuente tachar de políticamente incorrecto recorrer la senda que nos hemos propuesto. Sin embargo, desde la óptica del Estado de Derecho y el imperio de la ley, podría plantearse un interrogante igualmente controvertido: ¿de qué modo quedan sometidos los Estados europeos a los mecanismos de control de los derechos humanos en sus actuaciones en el exterior?

II. LA VERTIENTE JUDICIAL DE LAS CRISIS Balcánicas

Otro de los aspectos destacados de las recientes crisis en los Balcanes, tras las convulsiones bélicas a que se han visto sometidos durante la última década, viene dado por el recurso a distintos órganos judiciales, internos e

⁶ En sentido negativo se pronunciaron Human Rights Watch y Amnistía Internacional. Incluso, en el informe publicado por esta última organización, se pone de relieve la controversia entre Francia y Estados Unidos respecto de la designación de la RTS como objetivo. Vid. HRW, *The crisis in Kosovo*, URL: <http://www.hrw.org/reports/2000/nato/Natbm200-01.htm>; y AI, «NATO/Federal Republic of Yugoslavia, «Collateral damage» or unlawful killing? (Violations of the Laws of War by NATO during Operation Allied Force)», Doc. EUR 70/18/00, junio 2000, en particular, pgs. 46 y ss. Una velada respuesta positiva o, cuanto menos, justificatoria, puede verse en el Informe final para el Fiscal por el Comité establecido para revisar la campaña de bombardeos de la OTAN contra la RFY; URL: <http://www.pictpcti.org/news/archive/month2000/june/ICTY.06.13.NatoFinalReport.html>. Desde un punto de vista doctrinal, sobre toda esta cuestión: FENRICK, W. J.: «Targeting and proportionality during the NATO bombing campaign against Yugoslavia», *EJIL*, vol. 12, núm. 3.

⁷ Merece alguna consideración el empleo de las llamadas bombas de racimo por parte de la fuerza atlántica, en particular, se ha señalado muy críticamente su elección para acciones llevadas a cabo en Nis. Junto a los trabajos anteriormente citados, y que hacen referencia a las contradicciones humanitarias en la actuación de la OTAN, puede señalarse el informe de la Comisión Internacional Independiente sobre Kosovo, URL: <http://www.kosovocommission.org>; KOHEN, M.: «L'emploi de la force et la crise du Kosovo: vers un nouveau désordre juridique international», *RBDI*, 1999/1, pg. 144; ORTEGA TEROL, J. M., op. cit., pgs. 42-44.

internacionales. No obstante, antes de trazar una perspectiva sobre el desarrollo de los diversos procesos emprendidos, conviene señalar que, lejos de configurar un panorama idílico acerca del uso de mecanismos jurisdiccionales para el arreglo de controversias internacionales o como medio para la prevención de crímenes contra la paz y la seguridad de la Humanidad, los mencionados recursos judiciales componen un puzzle complejo susceptible de interpretaciones diversas.

Por una parte, algunos de esos ejemplos dejan traslucir un intento de articular mecanismos jurídicos precisamente en el sentido inverso al que fueron concebidos, esto es, en pos de la impunidad, y que podrían ser calificados, parafraseando a Clausewitz, como la continuación de la guerra por otros medios⁸. Por otra parte, existen algunos supuestos que reflejan la precariedad de los órganos jurisdiccionales internacionales, lastrados por una exasperante lentitud para resolver las cuestiones que se les plantean y que, en ocasiones, podrían haber servido también para poner de manifiesto la inacción de los Estados ante situaciones trágicas⁹. Por último, habría asuntos que generan una íntima insatisfacción, por cuanto las dudas sobre comportamientos que podrían ser objetables permanecen al haberse evitado su revisión a través del tamiz de órganos independientes «prima facie» competentes para su enjuiciamiento¹⁰.

Con estas premisas, cabría señalar que el primer órgano jurisdiccional internacional llamado a pronunciarse sobre los acontecimientos en la ex-Yugoslavia fue el Tribunal de La Haya, por la demanda de Bosnia-Herzegovina contra Yugoslavia, todavía por aquel entonces titulada Serbia y Montenegro, y que hasta este momento sólo se ha pronunciado sobre su competencia para enjuiciar el asunto¹¹. Ni siquiera a ese punto ha llegado una demanda similar planteada por Croacia¹². Finalmente, por lo que respecta a este órgano principal de la ONU, Yugoslavia solicitó la adopción de medidas provisionales, suspendiendo la actuación de la OTAN, contra diez de sus Estados miembros, si bien el Tribunal desestimó dicha petición¹³. Este úl-

⁸ Quizás merezca esta consideración la demanda de Milosevic contra los Países Bajos ante el órgano de Estrasburgo por su detención en Scheveningen y que, en el momento de escribir estas líneas, era declarada inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos.

⁹ El caso paradigmático en este sentido podría ser la demanda de Bosnia-Herzegovina contra Yugoslavia, ante el Tribunal Internacional de Justicia, sobre la aplicación de la Convención sobre prevención y sanción del delito de genocidio, todavía pendiente de resolución; véase URL: <http://www.icj-cij.org>.

¹⁰ Tal vez sea éste el caso de la negativa del Fiscal del Tribunal para la antigua Yugoslavia a investigar las acusaciones vertidas contra la OTAN (véase nota 6) o, incluso, del caso que nos ocupa.

¹¹ TIJ, Sentencia sobre excepciones preliminares de 11 julio 1996. Yugoslavia ha solicitado la revisión de la misma; URL: <http://www.icj-cij.org>.

¹² Demanda presentada en julio de 1999; *ibidem*.

¹³ TIJ, *legalidad del uso de la fuerza*, demanda contra Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Portugal, España, Reino Unido y Estados Unidos; URL: <http://www.icj-cij.org>.

timo asunto, a su vez, ha sido utilizado por los Estados demandados en *Bankovic y otros* como excepción adicional a la competencia del TEDH, en aplicación del principio del *oro monetario*¹⁴, alegando que el análisis del fondo del asunto por el órgano de Estrasburgo, a su juicio, prejuzgaría la posición de Estados Unidos, Canadá y la propia OTAN, que no son partes en el CEDH, respecto de los hechos de la causa. No obstante, el Tribunal no ha considerado necesario pronunciarse sobre dicha excepción, toda vez que, como analizaremos más detenidamente, consideró el carácter extraterritorial de la actuación atlántica.

Desde el punto de vista del recurso a órganos judiciales internos, cabría destacar varias demandas ante tribunales estadounidenses, como la planteada por la Iglesia Serbia Ortodoxa contra W. J. Clinton, ante el tribunal de distrito norte de Illinois, o la presentada por diecisiete miembros de la Cámara de Representantes contra el mismo presidente estadounidense, ante el Tribunal de distrito de Columbia, ambas desestimadas¹⁵. También puede señalarse la existencia de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Yugoslavia declarando ilegal la intervención de la OTAN¹⁶.

Por último, quizás el asunto más polémico haya sido la negativa de la Fiscal del Tribunal «ad hoc» para la antigua Yugoslavia a investigar las diversas denuncias que se presentaron, incluyendo la cuestión de autos¹⁷. Efectivamente, el Comité designado por la Oficina del Fiscal para revisar la campaña de bombardeos de la OTAN estimó que ninguno de los veintiuno incidentes, con unas cifras aproximadas de 328 víctimas civiles y 361 heridos, a los que se refiere el informe enviado a la Fiscal era merecedor de una investigación en mayor profundidad. A lo largo del Informe, basado en exclusiva en elementos documentales entre los que se encontraban las investigaciones realizadas por organizaciones independientes como Amnistía Internacional y Human Rights Watch, sin embargo, se alcanzan conclusiones muy diferentes a las de la mayoría de esos elementos. Así, llama la atención la extraordinaria amplitud con que se interpretan cuestiones como la elección de medios para hacer la guerra, donde no se duda que se hayan empleado, por ejemplo, proyectiles con uranio empobrecido o bombas de racimo afectando eventualmente a la población civil, pero pesa más el argumento de que es cuestionable que el Derecho internacional humanitario «per se» pro-

¹⁴ TIJ, asunto del *oro monetario tomado en Roma en 1943*, Sentencia de 15 junio 1954. Asimismo, respecto de la aplicación del principio, puede verse la sentencia del Tribunal en el asunto de *Timor Oriental*; *ibidem*.

¹⁵ Respectivamente, URL: <http://jurist.law.pitt.edu/church.htm>, y URL: <http://jurist.law.pitt.edu/ratner.htm>.

¹⁶ URL: <http://jurist.law.pitt.edu/ruling.htm>.

¹⁷ Puede encontrarse un análisis detallado del Informe a la Fiscal del Tribunal en BOTHE, M.: «The protection of the civilian population and NATO bombing on Yugoslavia: Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY», *EJIL*, vol. 12, núm. 3; y BENVENUTI, P.: «The ICTY's Prosecutor and the review of the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia», *EJIL*, vol. 12, núm. 3. Para el informe, véase nota 6.

híba esos medios¹⁸. O aspectos como la designación de objetivos militares, donde a los efectos del asunto presentado ante el TEDH, el Comité no cuestiona que la decisión de bombardear la RTS fuera consciente, sino que la misma no necesariamente es contraria al Derecho internacional humanitario, conformándose en juez del Tribunal para la antigua Yugoslavia¹⁹. En alguna medida, esta decisión empaña la labor realizada por la Fiscalía del Tribunal que ha permitido que numerosos acusados de crímenes aborrecibles sean llevados ante el Tribunal.

No obstante, este somero panorama de la actividad judicial desplegada en relación con la ex-Yugoslavia pondría de manifiesto una tendencia de los diversos órganos judiciales considerados a entrar a examinar únicamente aquellos supuestos en que los acusados tenían alguna relación con los órganos de poder en los Balcanes, mientras que las imputaciones realizadas al papel de las potencias occidentales en esas crisis sucesivas no han encontrado vía alguna para su revisión judicial. En este sentido, la decisión del TEDH resulta destacable, no sólo por las razones apuntadas, sino por introducir cambios sustanciales en la que había sido su jurisprudencia acerca del ámbito territorial de aplicación del Convenio que entroncarían con la pregunta que nos planteábamos anteriormente: ¿cuál es el grado de vinculatoriedad del CEDH para los Estados partes en sus relaciones externas?

III. EL ÁMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN DEL CONVENIO EN LA JURISPRUDENCIA PREVIA DE LOS ÓRGANOS DE PROTECCIÓN

Hasta el asunto *Bankovic*, la doctrina de los órganos de vigilancia del Convenio sobre su ámbito territorial de aplicación se había caracterizado por su extraordinaria amplitud, favoreciendo enormemente la sujeción de los actos de los Estados parte a sus disposiciones incluso cuando los mismos habían tenido lugar o habían producido sus efectos fuera de su territorio. Ello es perceptible, como mínimo, desde una triple perspectiva.

En primer lugar, y aunque limitando su alcance a supuestos de violación de los derechos más esenciales –derecho a la vida del artículo 2 y prohibición de torturas y tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes del artículo 3 y sólo excepcionalmente a otros artículos–, hace tiempo que los órganos de protección del Convenio vienen considerando como contrarios a tales preceptos los *actos de expulsión o extradición de individuos bajo su control a terceros Estados*, cuando existen claros riesgos de que dichos individuos puedan ver vulnerados los derechos mencionados en dichos Estados:

«La decisión de un Estado contratante de extraditar a un fugitivo puede (...) comprometer la responsabilidad del Estado en cuestión, cuando hay motivos serios y contrastados de creer que el interesado, si es entregado al Estado requi-

¹⁸ Párrs. 26 y 27 del Informe; véase nota 6.

¹⁹ Véanse párrs. 30 y ss. del Informe, en particular, párr. 55.

rente, correrá en él un riesgo real de ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes»²⁰.

Es cierto que, como señala el TEDH en el asunto *Bankovic*, en los supuestos mencionados se trataba de afirmar la responsabilidad de los Estados parte por actos realizados respecto de individuos que se encontraban dentro de su territorio y que, por eso, estaban manifiestamente bajo su jurisdicción²¹. Pero no lo es menos que, con esta doctrina, se trataba de prevenir una violación potencial que debía materializarse en y por un tercer Estado, fuera por ello del territorio de los Estados parte. En cualquier caso, de la doctrina *Söering* se deduce claramente, como mínimo, que al sistema del CEDH no le son indiferentes las violaciones de los derechos reconocidos que, pese a producirse fuera del territorio de los Estados parte, sólo pueden materializarse con su participación, colaboración o concurrencia.

En segundo lugar, y sobre todo, en reiteradas ocasiones los órganos de Estrasburgo habían afirmado la responsabilidad de los Estados parte –y con ello el sometimiento de los individuos afectados a su jurisdicción– por los *actos de sus órganos realizados o que generan efectos fuera de su territorio*. Varios son los tipos de supuestos en que tal reconocimiento ha tenido lugar. Así, en una decisión de 1965, la Comisión proclamó que un Estado parte puede ser considerado responsable por los actos realizados por sus *autoridades diplomáticas o consulares* en el extranjero respecto de sus nacionales²². La escasa jurisprudencia existente al respecto, sin embargo, no permite responder con rotundidad si tal doctrina podría extenderse a los actos realizados por dichas autoridades respecto de ciudadanos extranjeros. Pero lo que resulta claro es que, plenamente superadas las tesis que defienden la extraterritorialidad de las legaciones diplomáticas²³, es evidente que en tales supuestos hay afirmación de responsabilidad en virtud del Convenio por actos realizados por los Estados parte fuera de su territorio.

Otro tipo de supuestos digno de reseñar es aquel en el que, *en virtud de un acuerdo, expreso o tácito*, los órganos de un Estado parte desempeñan con cierta estabilidad funciones públicas propias de un tercer Estado en su terri-

²⁰ TEDH, *Soering c. Reino Unido*, Sentencia de 7 julio 1989, serie A, núm. 161, pgs. 35-36, párr. 91. La doctrina ha sido reiterada en abundante jurisprudencia ulterior: TEDH, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, Sentencia de 20 marzo 1991, serie A, núm. 215, ap. 91; TEDH, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, Sentencia de 30 octubre 1991, serie A, núm. 215, pg. 34, ap. 103.

²¹ Decisión *Bankovic y otros*, ap. 68.

²² Según la Comisión, la responsabilidad de la República Federal Alemana por los actos de su cónsul en Marruecos respecto de los ciudadanos alemanes resulta del hecho de que «... les représentants diplomatiques et consulaires de leur pays d'origine exercent à leur sujet une série de fonctions dont l'accomplissement peut, le cas échéant, engager la responsabilité de ce pays sur le terrain de la Convention». Demanda núm. 1611/1962, *X c. Alemania*, Decisión de 25 septiembre 1965, *Annuaire de la Convention*, vol. 8, 1965, pg. 168.

²³ Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.: *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 4ª ed. Madrid, 1999, pg. 390.

torio o en espacios internacionales. En este sentido, en una fecha en la que Lietchenstein no era aún parte en el CEDH, la Comisión afirmó que la responsabilidad de Suiza era susceptible de resultar comprometida como consecuencia de los actos en materia de entrada y salida de personas realizados por su policía federal, los cuales, en virtud del tratado de 1923 relativo a la incorporación de Lietchenstein a la zona aduanera suiza, generaban efectos en el territorio de este último Estado²⁴. Ése habría sido el caso, igualmente, en el asunto *Drozdz y Janousek* en relación con Francia y España antes de la adhesión andorrana si, como estimaban los demandantes, se hubiera acreditado ante los órganos de protección que los magistrados español y francés que formaban parte del tribunal andorrano que los había condenado –el Tribunal de Corts–, actuaban en calidad de tales, esto es, como órganos de los Estados francés y/o español. En este asunto, tanto la Comisión como el Tribunal dejaron claro que un Estado parte podría ver comprometida su responsabilidad en virtud del Convenio en caso de violaciones de los derechos reconocidos cometidas fuera de su territorio, sea por sus propios órganos, sea por personas sometidas a su control efectivo:

«La Comisión recuerda que la responsabilidad de las Partes Contratantes respecto de la Convención resulta comprometida incluso *cuando ejercen su jurisdicción fuera de su territorio por personas colocadas bajo su autoridad o control efectivo.*

(...) Sin embargo, la responsabilidad de Francia o de España en virtud de la Convención no puede resultar comprometida más que si los actos que los demandantes impugnan son imputables –sea a Francia, sea a España–. Tal no podría ser el caso más que en la hipótesis de que las jurisdicciones andorranas..., pudieran ser consideradas como órganos franceses o españoles o al menos como órganos sometidos a un control efectivo de Francia o de España»²⁵.

Es probable, igualmente, que, en el asunto *Xhavara y otros*, de no haber mediado otras causas de inadmisibilidad, también habría resultado afirmada la posible responsabilidad italiana por el naufragio de un buque de bandera albanesa atestado de inmigrantes irregulares como consecuencia de su abordaje por parte de un buque de guerra italiano en aguas que, a nuestros

²⁴ Para la Comisión, «los actos de las autoridades suizas que tienen efecto en Liechtenstein colocan a todos aquellos a los que tales actos son aplicables bajo la jurisdicción suiza en el sentido del artículo 1 de la Convención». Demandas núms. 7289/1975 y 7349/1976, *X e Y contra Suiza*, Decisión de 14 julio 1977, *D. & R.*, vol. 9, pg. 89.

²⁵ Demanda núm. 12747/1987, *Drozdz y Janousek c. Francia y España*, Decisión de la Comisión sobre la admisibilidad, 12 diciembre 1989, ap. 5, Ref. HUDOC REF00000678 (Traducción de los autores y cursivas añadidas). En términos muy similares se pronunció también el Tribunal:

«Le terme “jurisdiction” ne se limite pas au territoire national des Hautes Parties contractantes: leur responsabilité peut entrer en jeu à raison d’actes émanant de leur organes et déployant leurs effets en dehors dudit territoire (...)

Il s’agit en l’occurrence de déterminer si les actes incriminés par MM. Drozdz et Janousek sont imputables à la France, à l’Espagne ou aux deux, bien que non accomplis sur le sol de ces Etats...» (cursivas añadidas). TEDH, *Drozdz y Janousek contra Francia y España*, Sentencia de 26 junio 2002, Serie A, núm. 240, ap. 91, pg. 29.

efectos, son equiparables al Alta mar²⁶. El hecho de que Italia nunca esgrimiera que las víctimas del abordaje no se encontraban bajo su jurisdicción, o que los hechos habían acaecido fuera de su territorio y, sobre todo, la circunstancia de que el Tribunal afirme en dos ocasiones que los demandantes no habían logrado acreditar que el abordaje se hubiera producido intencionadamente²⁷, parecen acreditar que en ningún momento llegó siquiera a plantearse que la responsabilidad italiana en virtud del Convenio quedara excluida por razones vinculadas a su ámbito territorial de aplicación²⁸.

La responsabilidad de los Estados parte por actos realizados por sus órganos o por personas bajo su control en el exterior también parece estar reconocida cuando la base jurídica de la actuación extraterritorial o bien no está tan clara, o bien sería más sencillamente inexistente y por tanto ilegal. En este sentido, si bien la posible responsabilidad turca por la detención de Abdullâ Öcalan en Nairobi y su posterior traslado a territorio turco únicamente es aceptada por el Tribunal de forma implícita en su decisión sobre la admisibilidad de la demanda presentada por el ex líder del PKK²⁹, la

²⁶ El abordaje ocurrió a 35 millas de la costa italiana, en un espacio en el que, sin perjuicio de su posible consideración como Zona Económica Exclusiva del Estado ribereño, resultan siempre aplicables las normas que sobre jurisdicción del Estado del pabellón y derecho de visita se prevén para el alta mar. Véase el art. 58.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, el cual se remite a los arts. 88 y ss. Las autoridades italianas que, sin perjuicio de lo establecido para los casos de piratería, trata de esclavos y otros supuestos excepcionales en el art. 110 de dicho Convenio, carecen de jurisdicción sobre los buques de pabellón extranjero situados más allá de su mar territorial y zona contigua, justificaron su actuación en un acuerdo alcanzado poco antes de suceder los hechos con Albania, Estado del pabellón.

²⁷ Es la ausencia de intencionalidad acreditada, y no el lugar de los hechos, lo que lleva al Tribunal a plantear el caso no como un supuesto de violación directa de los derechos reconocidos, sino como un posible caso de vulneración indirecta por desconocimiento de la obligación de llevar a cabo una investigación oficial, eficaz, independiente y pública de las violaciones de los derechos más esenciales –arts. 2 y 3– en los que están implicados agentes estatales.

²⁸ Demanda núm. 39473/1998, *Xhavara y otros contra Italia y Albania*, Decisión sobre la admisibilidad de 11 enero 2001, HUDOC REF00008440. La decisión de inadmisibilidad se basó en que las demandas eran prematuras al no haber concluido los procesos italianos contra los patrones de los buques implicados y considerarse, en base a ello, que no estaban agotados los recursos internos.

²⁹ Es cierto que el gobierno turco no esgrimió que el demandante no estuviera sometido a su jurisdicción hasta su transferencia al propio territorio, y que tampoco el Tribunal consideró expresamente esta cuestión. Pero, si se tiene en cuenta que la incompetencia «ratione personae» y/o «ratione loci» de los órganos de control es tradicionalmente objeto de tratamiento desde la óptica del requisito de admisibilidad relativo a la compatibilidad con las disposiciones del Convenio (art. 35.3 CEDH), cabe entender –como hacían los recurrentes en el asunto *Bankovic*– que el Tribunal lo estima satisfecho cuando, tras afirmar que esta parte de la demanda no sólo no puede ser declarada manifiestamente mal fundada, sostiene que tampoco «se enfrenta a ningún otro motivo de inadmisibilidad». TEDH, Demanda núm. 46221/1999, Decisión sobre la admisibilidad de 14 febrero 2000, Demanda núm. 46221/1999, *Öcalan c. Turquía*, ap. III y IV.a. HUDOC REF00008177. Debe recordarse que las cuestiones de admisibilidad deben ser objeto de apreciación de oficio por los órganos de control. JACOBS, F.: *The European Convention on*

detención por Francia de otro famoso terrorista –el venezolano «Carlos»– en Sudán, había dado lugar años antes a un reconocimiento expreso por parte de la Comisión de la posible responsabilidad francesa. Así, tras señalar que el arresto en sí, a cargo de las autoridades sudanesas, escapaba a su competencia «*ratione personae*», recordó que, según el demandante, agentes de la fuerza pública francesa se habrían hecho cargo de él y lo habrían privado de libertad en un avión militar, sosteniendo que

«Si ése hubiera sido el caso, a partir del momento de la entrega (el demandante) se habría encontrado efectivamente bajo la autoridad de Francia y, por tanto, sometido a la jurisdicción de ese país, aun cuando dicha autoridad se hubiese ejercido en el caso concreto en el extranjero»³⁰.

E, igualmente, en un caso ante la Comisión relativo a una demanda presentada contra el Reino Unido por la viuda de la víctima de un atentado terrorista cometido en la República de Irlanda, el mencionado órgano llegó a reconocer implícitamente que una eventual implicación directa de las autoridades de un Estado parte en actos terroristas cometidos fuera de su territorio podría comprometer su responsabilidad en virtud del Convenio³¹.

Por último, y en tercer lugar, de la jurisprudencia de los órganos de protección surgida a partir del contencioso turco-chipriota, cabe también deducir que, *en caso de operaciones militares en el exterior*, un Estado parte puede ser considerado responsable en virtud del Convenio, como mínimo, en dos tipos de situaciones. En primer lugar, y según doctrina que puede ser considerada mera continuación de la que se desprende de los casos que se acaban de comentar, un Estado parte es responsable en virtud del Convenio por los actos realizados directamente por sus propias tropas en el exterior. En este sentido, en los primeros asuntos planteados, Turquía siempre alegó que, salvo extensión facultativa en virtud de la cláusula colonial del actual artículo 63 CEDH, éste únicamente resultaba aplicable al territorio nacional de los Estados parte. Frente a tal alegación, y a falta de aceptación de la competencia del antiguo Tribunal, la Comisión siempre respondió que:

Human Rights, Oxford, 1996, pg. 349; VELU, J., y R. ERGEC: *La Convention Européenne des droits de l'homme*, 1990, pg. 789; o COHENJONATHAN, G.: *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Bruselas, 1990, pg. 52.

³⁰ Demanda núm. 28780/1995, *Illich Sánchez Ramírez c. Francia*, Decisión de la Comisión de 24 junio 1996, HUDOC REF00003970 (Traducción de los autores). Pese a todo, la Comisión declaró la demanda inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos (no invocación del precepto del Convenio alegado en el proceso nacional) y por falta manifiesta de fundamento. Con anterioridad, la Comisión ya había tenido ocasión de reconocer la aplicación del Convenio en caso de detenciones producidas en el extranjero en, al menos, un par de ocasiones anteriores: Demanda núm. 8916/1980, *Freda c. Italia*, Decisión de 7 octubre 1980, *D. & R.*, vol. 21, pg. 250; y Demanda núm. 14009/1988, *Reinette c. Francia*, Decisión de 2 octubre 1989, HUDOC REF00000718.

³¹ «La Commission a également examiné si quelque acte des autorités du Royaume-Uni avait pu contribuer à l'assassinat du mari de la requérante en République d'Irlande, mais elle relève que la requérante elle-même n'a pas allégué un tel acte de la part des autorités britanniques». Demanda núm. 9360/1981, Decisión de la Comisión de 28 febrero 1983, Demanda núm. 936019/1981, *D. & R.*, vol. 32, pg. 211.

«... Los representantes de un Estado, incluyendo los agentes diplomáticos o consulares y las fuerzas armadas, no sólo se mantienen bajo su jurisdicción cuando se encuentran en el extranjero, sino que también *hacen que quede sometida a la jurisdicción de este Estado toda persona y todo bien, en la medida en que estos representantes ejerzan su autoridad sobre esta persona o estos bienes*. La responsabilidad del Estado resulta comprometida en la medida en que por sus actos u omisiones, atenten contra esos bienes o personas»³².

Teniendo en cuenta tal doctrina, no es demasiado extraño que en un reciente asunto en el que se demandaba nuevamente a Turquía por actos atroces de tortura y asesinato supuestamente cometidos por sus soldados durante la operación desplegada contra el terrorismo kurdo en el norte de Irak a mediados de los noventa, dicho Estado no invocara la falta de sometimiento de las víctimas a su jurisdicción. Ni tampoco, habría que añadir, que el Tribunal considerara ni que la demanda estuviera manifiestamente mal fundada, ni que «se hubiera establecido ningún otro motivo para declararla inadmisibile»³³.

Volviendo al caso turco-chipriota, la proclamación de la República Turca de Chipre del Norte (RTCN) en 1983, en pretendido y no reconocido ejercicio del derecho de autodeterminación, hizo que Turquía introdujera a partir de ese momento un nuevo argumento frente a la admisibilidad de las demandas relativas a violaciones del Convenio en la parte septentrional de Chipre: los actos cuestionados en dichas demandas serían el resultado del ejercicio del poder público por parte de las autoridades de la RTCN y, como tales, no serían imputables a Turquía. Pues bien, es en respuesta a tal argumento, y en aplicación de un principio bien conocido en el ámbito del Derecho internacional humanitario en supuestos de ocupación³⁴, donde surge en la jurisprudencia de los órganos de protección la doctrina del «control efectivo del territorio». En este sentido, en el asunto *Loizidou*, y sólo después de recordar su jurisprudencia relativa a la responsabilidad directa de los Estados partes por los actos que emanan de sus órganos y que se producen dentro o fuera de su territorio³⁵, el Tribunal añadió que:

«Teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención, una Parte contratante puede igualmente ver comprometida su responsabilidad cuando, como conse-

³² Demandas núms. 6780/1974 y 6950/1975, *Chipre contra Turquía*, Decisión de la Comisión de 26 mayo 1975, *D. & R.*, vol. 2, 1975, pg. 149; y Demanda núm. 8007, *Chipre contra Turquía*, Decisión de la Comisión de 10 julio 1978, *D. & R.*, vol. 13, 1978, pgs. 148-149 (traducción de los autores y cursivas añadidas).

³³ TEDH, *Issa y otros c. Turquía*, Demanda núm 31821, Decisión sobre la admisibilidad de 30 mayo 2000, HUDOC REF00005614.

³⁴ Véase, por ejemplo, DAVID, E.: *Principes de Droit des Conflits armées*, Bruselas, 1999, pgs. 416 y ss.

³⁵ «Quant à la question de l'imputabilité, la Cour rappelle d'abord que dans son arrêt *Loizidou* (exceptions préliminaires) précité (...), elle a souligné que, selon sa jurisprudence constante, la notion de "jurisdiction" au sens de l'article 1 de la Convention (art. 1) ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes. La responsabilité de ces dernières peut donc entrer en jeu à raison d'actes ou d'omissions émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors de leur territoire».

cuencia de una acción militar –legal o no–, *ejerce en la práctica el control* sobre una zona situada fuera de su territorio nacional. La obligación de asegurar en tal región el respeto de los derechos y libertades garantizados por la Convención deriva del hecho de este control, ya se ejerza directamente, por medio de las fuerzas armadas del Estado implicado o por medio de una administración local subordinada»³⁶.

Por tanto, además de la obligación de respetar los derechos reconocidos que incumbe a los órganos y agentes de los Estados parte cuando actúan o se encuentran fuera de su territorio, del Convenio derivan obligaciones positivas de garantía³⁷ que, en virtud de la sentencia *Loizidou*³⁸, operarían sólo respecto de las personas y bienes situados en el exterior cuando están sometidos al control efectivo de dichas autoridades. Estando pendiente ya el caso *Bankovic*, esta doctrina está presente en la decisión sobre la admisibilidad del asunto *Ilascu*³⁹ y en la sentencia relativa al tercer asunto –primero ante el TEDH– *Chipre contra Turquía*. En esta última, tras reproducirse el pasaje correspondiente de la sentencia *Loizidou*, el Tribunal realiza una afirmación en la que, con claridad meridiana, queda de manifiesto que la doctrina del control efectivo del territorio no reemplaza la vieja afirmación de la responsabilidad directa por los actos de los propios órganos realizados en el exterior:

³⁶ TEDH, *Loizidou c. Turquía (excepciones preliminares)*, Sentencia de 23 marzo 1995, párr. 62, Serie A, núm. 310, pg. 23 (Cursivas añadidas). Véase también TEDH, *Loizidou c. Turquía (Fondo)*, Sentencia de 18 diciembre 1996, párr. 52, *Recueil* 1996-VI.

³⁷ Como es sabido, en virtud de reiterada doctrina, los órganos de protección del Convenio han venido reconociendo que un Estado parte puede resultar responsable de los actos de particulares o de terceros cuando sus autoridades no garantizan adecuadamente el respeto efectivo de los derechos reconocidos. Según esta jurisprudencia, basada precisamente en el compromiso de respetar o garantizar –según se opte por la versión francesa o inglesa– del art. 1 CEDH, «il est bien établi que la Convention contient des articles qui non seulement protègent l'individu contre l'Etat, mais obligent l'État à protéger des droits de l'homme même contre les agissements d'autrui» (TEDH *Artico*, Sentencia de 13 mayo 1980, serie A, núm. 37, p. 18, ap. 36).

³⁸ «Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre (...) atteste que l'armée turque exerce en pratique un *contrôle global sur cette partie de l'île*. D'après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la "RTCN" (...). Les personnes touchées par cette politique ou ces actions relèvent donc de la "jurisdiction" de la Turquie aux fins de l'article 1 de la Convention. *L'obligation qui lui incombe de garantir* à la requérante les droits et libertés définis dans la Convention s'étend en conséquence à la partie septentrionale de Chypre». Sentencia *Loizidou* (fondo), precitada, ap. 56.

³⁹ Demanda núm. 48787/1999, *Ilascu y otros contra Moldova y la Federación de Rusia*, Decisión sobre la admisibilidad de 4 julio 2001. HUDOC REF0009243. En este asunto, los recurrentes, disidentes políticos moldavos prorumanos, invocan la violación de diversos preceptos del Convenio como consecuencia de su detención por los rebeldes secesionistas que operan en la región moldava de Transnistrie. En lo que aquí interesa, los demandantes tratan de fundamentar la responsabilidad de la Federación de Rusia en el apoyo supuestamente prestado a los secesionistas, y en el control efectivo del territorio que, en su opinión, ejercería dicho Estado a través del 14º Ejército estacionado desde la época de la URSS en la zona.

«Dado que Turquía ejerce en la práctica un control global sobre el norte de Chipre, su responsabilidad no podría circunscribirse a los actos cometidos por sus soldados o funcionarios en esta zona, sino que se extiende igualmente a los actos de la administración local que sobrevive gracias a su sostenimiento militar y de otro tipo. En consecuencia, bajo el ángulo del artículo 1 de la Convención, es forzoso considerar que la “jurisdicción” de Turquía vale para la totalidad de los derechos materiales enunciados en la Convención y los Protocolos adicionales que ha ratificado, y que las violaciones de estos derechos le son imputables»⁴⁰.

A partir de tan abundante cuerpo de doctrina jurisprudencial, los más autorizados comentaristas del sistema de Estrasburgo han podido concluir que los Estados partes están sujetos al Convenio por las acciones u omisiones de todos sus órganos, independientemente de dónde se produzcan. Así, para COHEN-JONATHAN, «la convención vincula a los Estados en todas las funciones que ellos ejercen, sin excepción, sin tomar en consideración dónde despliegan sus efectos estos actos»⁴¹, estando «por tanto claro que el campo de aplicación de la Convención sobrepasa el marco territorial del Estado y sigue el ejercicio de las competencias estatales»⁴². Igualmente, según VELU y ERGEC, «los Estados contratantes están obligados a garantizar los derechos y libertades enunciados en la Convención y sus protocolos por todos los actos u omisiones de sus agentes que ejerzan autoridad pública fuera del territorio nacional»⁴³. VAN DIJK y VAN HOOF, por su parte, sostienen que «el concepto de jurisdicción en virtud de esta disposición –el artículo 1– no implica que la responsabilidad de las Partes contratantes esté limitada a los actos cometidos en su territorio»⁴⁴. Más rotundo aún, F. JACOBS afirma que «claramente, estos términos –*within their jurisdiction*– no significan que los Estados no sean responsables por las violaciones por ellos cometidas fuera de su territorio; tal interpretación sería manifiestamente irrazonable, y comportaría una interpretación errónea de la función del artículo 1»⁴⁵.

La razón de tanta unanimidad radica en que, hasta ahora, los órganos de garantía del Convenio habían entendido el artículo 1, no como un precepto de delimitación del ámbito de aplicación territorial de sus disposiciones, sino como una cláusula de imputación, esto es, de afirmación de la obligación de los Estados parte de garantizar el respeto de los derechos reconocidos por todos los actos u omisiones que les sean imputables. Como sostienen voces tan autorizadas como las de KRÜGER y NORGAARD, «lo esencial es que el

⁴⁰ TEDH, *Chipre contra Turquía*, Sentencia de 10 mayo 2001, ap. 78, HUDOC REF00002591 (Traducción de los autores y cursivas añadidas).

⁴¹ COHEN-JONATHAN, G., op. cit., pg. 73.

⁴² *Ibid.*, pg. 95.

⁴³ VELU, J., y R. ERGEC, op. cit., pg. 68.

⁴⁴ VAN DIJK, P., y G. J. H. VAN HOOF: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haya-Londres-Boston, 1998, pg. 3.

⁴⁵ JACOBS, F., op. cit., pg. 17.

Estado o Estados implicados puedan ser considerados responsables en virtud del Derecho Internacional de los actos denunciados»⁴⁶.

IV. UNA CLARA –PERO NO RECONOCIDA– RUPTURA CON LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL PREVIA

Del análisis precedente de la doctrina de los órganos de protección, en modo alguno puede compartirse la afirmación en el asunto *Bankovic* según la cual «el Tribunal no ha admitido más que en circunstancias excepcionales que los actos de los Estados contratantes realizados o que producen efectos fuera de su territorio pueden analizarse como el ejercicio por ellos de su jurisdicción en el sentido del artículo 1 de la Convención». Sin duda, un giro jurisprudencial, siempre que sea motivado y suficientemente razonado, puede considerarse legítimo. Negar la doctrina de larga data elaborada, sobre todo pero no exclusivamente, por el órgano al que el Convenio encomendó tradicionalmente la responsabilidad prioritaria de examinar la admisibilidad de las demandas, puede afectar a la credibilidad del sistema.

Es cierto que, de algún modo, el asunto *Bankovic* planteaba unos hechos con incuestionables elementos novedosos. Hasta ahora, en efecto, los órganos de protección no se habían tenido que pronunciar nunca sobre denuncias de violaciones de los derechos humanos imputables a Estados parte como consecuencia de bombardeos en territorios fuera de su soberanía y sobre los que, además, no ejercían un control efectivo por fuerzas de ocupación⁴⁷. Pero es incuestionable que dicho asunto representa una ruptura con la doctrina jurisprudencial previa, al tratarse de la primera ocasión en la que, fuera del ámbito de aplicación de la cláusula colonial (artículo 56 CEDH), se admite que las obligaciones que incumben a los Estados parte de respetar y garantizar los derechos reconocidos están territorialmente limitadas:

«la Convención es un tratado multilateral que opera, bajo reserva de su artículo 56, en un contexto esencialmente regional, y más particularmente en el espacio jurídico de los Estados contratantes, al que está claro que la República Federal de Yugoslavia (RFY) no pertenece. No tiene, por tanto, vocación de aplicarse

⁴⁶ KRÜGER, H. C. y C. A. NORGAARD; «The right of Application», en St. MACDONALD, R., F. MATSCHER y H. PETZOLD (Eds.): *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, pg. 673.

⁴⁷ Un caso similar fue el planteado por familiares de dos de las más de trescientas víctimas fallecidas por el hundimiento del crucero argentino «*Coronel Belgrano*», torpedeado y hundido en aguas internacionales por un submarino británico durante la guerra de las Malvinas. El carácter extemporáneo con la que dicha demanda fue presentada impidió que el Tribunal apreciara si podía entenderse que las víctimas se encontraban bajo la jurisdicción del Reino Unido. Sobre el mencionado asunto, véase la crónica en la página web de la BBC en internet correspondiente a la edición de 19 de julio de 2000: <http://www.bbc.co.uk/spanish/news000719belgrano.shtml> (visitada el 12 de febrero de 2002). La correspondiente decisión del Tribunal, de julio de 2000, no se encuentra en la base de datos HUDOC.

en todo el mundo, ni siquiera respecto del comportamiento de los Estados contratantes»⁴⁸.

La Gran Sala, sin embargo, se niega a reconocer que se produzca esa ruptura, llegando a ejercer asombrosas piruetas jurídicas para demostrar la pretendida continuidad con la doctrina previa. Respecto de la jurisprudencia desarrollada a partir del caso *Söering*, señala que existen diferencias fundamentales entre los hechos a que la misma se refiere y el caso del bombardeo de la RTS, pues en los primeros de lo que se trata es de afirmar la responsabilidad de un Estado parte por actos realizados en su propio territorio y no fuera como era ahora el caso⁴⁹. Así planteadas las cosas, la diferencia es evidente. Pero un examen comparativo de los resultados a los que llega el Tribunal en uno y otro caso no deja de causar cierta perplejidad: la afirmación de la obligación de los Estados parte en virtud del Convenio respecto de actos que en sí mismos no violan los derechos reconocidos, con el fin de evitar violaciones derivadas de actos de terceros Estados en el exterior en el primer caso; y, en cambio, la negación de esa misma obligación en supuestos en los que de lo que se trataría es de evitar esas mismas violaciones en el exterior, *pero por los propios Estados parte*, en el segundo. Visto de esta forma, esa diferencia –a todas luces existente– quizá debiera verse como un elemento para justificar una extensión, y no una limitación, del alcance del Convenio.

Respecto de los asuntos relativos a *actos realizados por órganos de los Estados parte en territorios no sometidos a la jurisdicción de ninguno de ellos* y que no comportan control efectivo del territorio, el Tribunal sólo menciona el asunto *Drozdz y Janousek*⁵⁰, pero para centrarse en la apreciación de los hechos realizada en dicho asunto –los jueces francés y español no actuaban como órganos de sus respectivos Estados– y no en la regla general en él afirmada –responsabilidad de las partes por actos que emanan de sus órganos realizados o que producen efectos fuera de su territorio. Aunque fuera discutible, tal precedente habría podido servir de fundamento, en su caso, para afirmar que la responsabilidad por unos bombardeos en el exterior no sería imputable a los Estados parte si se pudiera demostrar que fueron cometidos por su personal militar pero sin actuar en condición de tal⁵¹.

⁴⁸ Decisión en el asunto *Bankovic*, ap. 80.

⁴⁹ *Idem*, aps. 68 y 77.

⁵⁰ *Idem*, ap. 69.

⁵¹ Sólo uno de los diecisiete Estados demandados (Francia) invocó la incompetencia «ratione personae» del Tribunal por entender que los hechos objeto de la demanda eran imputables a la OTAN, pues fue el Consejo del Atlántico Norte quien adoptó la decisión de llevar a cabo los bombardeos (decisión en el Asunto *Bankovic*, ap. 17). Al inadmitir la demanda por considerar que las víctimas no estaban sometidas a la jurisdicción de los Estados demandados, el Tribunal no responde a la cuestión de si los Estados parte podrían ser responsables por actos llevados a cabo en ejecución de decisiones adoptadas en el seno de la OTAN. En un supuesto similar, la Comisión inadmitió la demanda presentada por la esposa de Rudolf Hess por las supuestas violaciones del Convenio que, en su opinión, derivaban de la larga reclusión de su marido en la prisión de Spandau (Berlín occidental) porque, habiendo sido dirigida la demanda sólo contra el Reino Unido, la

Pero lo que quizá no sea demasiado lógico es invocar una doctrina para acabar sosteniendo precisamente lo contrario. Si la regla general que resulta de dicha sentencia es que los Estados parte deben responder de los actos de sus órganos en el exterior, en el asunto *Bankovic* viene a afirmarse precisamente que el Convenio, salvo en supuestos excepcionales, no se aplica fuera del territorio de los Estados contratantes. No se olvide que, hasta noviembre de 1994, el territorio andorrano tenía respecto del Convenio una condición jurídica exactamente idéntica a la que tiene hoy el territorio de la RFY.

Por lo demás, otros asuntos sobre supuestas violaciones cometidas por órganos de los Estados parte en territorios no sometidos a la soberanía de ninguno de ellos, ni siquiera entran en línea de cuenta en la resolución por el Tribunal del asunto *Bankovic*. Si los asuntos *Öcalan*, *Issa* y *Xhavara*, no son considerados como precedentes válidos porque «la cuestión de la jurisdicción no fue planteada por el gobierno demandado ni examinada por el Tribunal», aunque en los dos primeros dicho órgano adoptó sendas decisiones de admisibilidad⁵², el Tribunal ignora lisa y llanamente los asuntos suscitados ante la Comisión antes mencionados y, en especial, los relativos a detenciones practicadas por agentes de Estados parte en el exterior (el asunto *Carlos*, por ejemplo).

Por último, la Gran Sala sólo toma en consideración los asuntos relacionados con *operaciones militares de Estados parte en el exterior* de manera sesgada y parcial. En relación con los asuntos turco-chipriotas, en efecto, no sólo omite toda referencia a los dos primeros –los examinados durante los setenta por la Comisión–, sino que, además, los mismos únicamente son contemplados como si en ellos la responsabilidad turca sólo se hubiera fundado

responsabilidad de la prisión era asumida no sólo por dicho Estado, sino también por otros tres que, o bien no eran partes en el Convenio –Estados Unidos y la URSS–, o bien no habían aceptado en aquella época la competencia de la Comisión para conocer de demandas individuales –Francia–. Decisión de la Comisión, *Demanda núm. 6231/1973, Ilse Hess v. The United Kingdom*, Yearbook XVIII, 1975, pgs. 174-176.

Sin embargo, la doctrina relativa al alcance de las competencias de los órganos de garantía del Convenio respecto de los actos nacionales de ejecución del Derecho comunitario, parece indicar claramente que la postura mantenida por la Comisión en el asunto *Hess* no es hoy admisible en los supuestos de transferencia de competencias a organizaciones internacionales, especialmente cuando la organización beneficiaria –como es el caso de la OTAN– carece de mecanismos para asegurar una protección de los derechos fundamentales equivalente a la que resulta de la Convención. Sobre la jurisprudencia de Estrasburgo relativa al control de los actos de la Unión Europea, TULKENS, F.: «L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme», *RUDH*, 2000, pgs. 50 y ss.

⁵² En las decisiones sobre la admisibilidad de ambos asuntos, el Tribunal señala que los mismos plantean hechos complejos que deben ser objeto de un examen en cuanto al fondo. Esa complejidad, sin embargo, no se refiere a que los hechos denunciados habían tenido lugar, totalmente –en el caso *Issa*– y parcialmente, respecto de algunas pretensiones claramente separables de las restantes –en el asunto *Öcalan*– en el territorio de terceros Estados.

en la doctrina del control efectivo⁵³. Como antes se señaló, dicha doctrina fue desarrollada para afirmar, para la potencia ocupante, obligaciones positivas de garantizar el respeto de los derechos reconocidos incluso cuando las supuestas violaciones eran cometidas por las autoridades locales bajo su control. Unas obligaciones que se añadían y, por tanto, no sustituían, a las que directamente derivan para los órganos de los Estados parte.

Sólo a partir del mencionado ejercicio de amnesia –en lo que se refiere a la doctrina de la Comisión– y reinterpretación –en cuanto a su propia doctrina respecto de la responsabilidad directa por la actuación de los propios órganos en el exterior– el Tribunal puede concluir que:

«En resumen, la jurisprudencia del Tribunal demuestra que su reconocimiento del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado contratante es excepcional: no lo ha hecho hasta ahora más que cuando el Estado demandado, a través del control efectivo por él ejercido sobre un territorio exterior a sus fronteras y sobre sus habitantes como consecuencia de una ocupación militar o en virtud del consentimiento, de la invitación o de la aquiescencia del gobierno local, asumía la totalidad o ciertos poderes públicos que corresponden normalmente a las prerrogativas de este último»⁵⁴.

Jamás, hasta ahora, el consentimiento o aquiescencia del Estado del territorio habían sido tomados en consideración como fundamento de la responsabilidad de las partes contratantes por los actos realizados por sus órganos en el exterior. Pero, si así fuera, la probable ilegalidad, según se dirá después, de los actos extraterritoriales que implican el ejercicio de la coerción en los casos en que no media consentimiento del Estado del territorio, ¿no sería más bien un argumento «a fortiori» para reforzar la afirmación de responsabilidad en vez de un elemento para negarla?

En definitiva, la pretensión del Tribunal de fundamentar en la doctrina jurisprudencial previa la decisión de inadmisibilidad en base a la ausencia del vínculo jurisdiccional entre las víctimas y los Estados demandados es, en nuestra opinión, sencillamente, insostenible.

⁵³ Decisión en el Asunto *Bankovic*, ap. 70.

⁵⁴ *Idem*, ap. 71. Como supuesta confirmación de esa apreciación, el Tribunal menciona el asunto *McElhinney c. Irlanda y Reino Unido*, en el cual se había negado a aceptar que la invocación de la inmunidad soberana de jurisdicción por las autoridades británicas en un procedimiento judicial en Irlanda hubiera implicado que el demandante quedara sometido a la jurisdicción del Reino Unido. El hecho de que, en el mencionado asunto, el Tribunal «does not consider it necessary to address in the abstract the question of whether the actions of a Government as a litigant before the courts of another Contracting State can engage their responsibility» impide saber si la inadmisibilidad se basó en el carácter extraterritorial de la actuación británica, en que la invocación de la inmunidad no parece que pueda interpretarse como un acto de ejercicio de autoridad respecto de los individuos, o en que, en tales casos, la violación del art. 6 CEDH sería preferiblemente imputable al Estado que, aceptando la excepción, renuncia a ejercer su jurisdicción. La argumentación del Tribunal en el mencionado asunto, además, parece valorar especialmente el que el demandante no había intentado las acciones judiciales que, según el Reino Unido, estaban a su disposición ante los tribunales de Irlanda del Norte. Demanda núm. 31253/1996, Decisión sobre la admisibilidad de 9 febrero 2000, HUDOC REF00005452.

V. LA NUEVA –Y DISCUTIBLE– INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DEL CONVENIO

La pretendida continuidad respecto de la jurisprudencia previa no es, sin embargo, el único argumento manejado por el Tribunal para fundamentar su decisión de inadmisibilidad. Como claro indicio de que lo que hay realmente es un giro jurisprudencial, la Gran Sala construye su decisión recurriendo expresamente a los criterios de interpretación establecidos en el artículo 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, como si se tratara de interpretar por primera vez el artículo 1 CEDH. El punto de partida es, por ello, tratar de descifrar «*el sentido ordinario*» de la expresión «jurisdicción» empleada en el artículo 1 CEDH. A tal fin, y sirviéndose de las opiniones de algunos de los más prestigiosos especialistas en la materia (F. A. Mann, R. Bernhardt, L. Oppenheim, I. Brownlie, P.-M. Dupuy, A. Cassese...) así como de un relevante informe de un Comité de expertos del Consejo de Europa, el Tribunal llega a dos conclusiones sobre el alcance de la jurisdicción estatal en Derecho internacional que, aunque matizables, difícilmente pueden ser contestadas. De una parte, que la jurisdicción de los Estados es esencialmente territorial y que los otros títulos de jurisdicción son excepcionales y necesitan en cada caso de una justificación especial⁵⁵. De otra parte, que un Estado no puede ejercer su jurisdicción en el territorio de otro Estado sin su consentimiento⁵⁶. En cuanto a la primera afirmación, aun cuando no fue ésta la solución afirmada por el Tribunal de La Haya en el único asunto en el que ha abordado expresamente cuestiones de jurisdicción extraterritorial –el caso del *Lotus*, hace ya casi ochenta años– la doctrina entiende de manera casi unánime que se trata de la regla actualmente vigente en Derecho Internacional y la que en mayor medida encuentra reflejo en las legislaciones y práctica nacionales⁵⁷. Respecto de la segunda regla, ésta sí afirmada en el asunto del *Lotus*⁵⁸, dejando a un lado cierto –y servil– sector de la doctrina norteamericana, ha recibido casi tanto apoyo como la anterior⁵⁹.

⁵⁵ Decisión en el Asunto *Bankovic*, ap. 61.

⁵⁶ *Idem*, ap. 60.

⁵⁷ Véanse, entre otros muchos, AKEHURST, M.: «Jurisdiction in International Law», *BYIL*, vol. XLVI, 1972-1973, pgs. 160-166; ALCAIDE FERNÁNDEZ, J.: *Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 2000, pgs. 120-121; o MANN, F. A.: «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», *RCADI*, t. 111, 1964, pg. 35. Ver, sin embargo, la postura defendida por la juez «ad hoc» Ch. VAN DEN WINGAERT en su opinión disidente en el reciente asunto relativo a la orden de detención en la Corte Internacional de Justicia; *Asunto relativo a la orden de arresto de 11 de abril de 2000 (República Democrática de Congo contra Bélgica)*, *Sentencia de 14 febrero 2002*. URL: <http://www.icj-cij.org>.

⁵⁸ «Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure -sauf l'existence d'une règle permissive contraire- tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État», *CPJI, Affaire du Lotus*, arrêt du 7 septembre 1927, núm. 9, pg. 18.

⁵⁹ Véase, entre otros, ABAD CASTELOS, M.: *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho Internacional*, Madrid, 1997, pgs. 199 y ss.; MANN, F. A.: «Reflections on the Prosecution of Persons Abducted in breach of international law», en DINSTEIN, Y.

El TEDH, sin embargo, no parece muy deseoso de incidir en la relación existente entre ambas afirmaciones o reglas, siendo así que una y otra no operan de igual modo respecto de cualquier ejercicio extraterritorial de la jurisdicción o –por emplear el equivalente no anglosajón de tal expresión– de la competencia estatal⁶⁰. En este sentido, la regla según la cual un Estado no puede ejercer su jurisdicción sobre el territorio de otro Estado sin su consentimiento únicamente es operativa con carácter, en principio, absoluto respecto de la llamada jurisdicción ejecutiva («*executive jurisdiction*» o «*jurisdiction to enforce*»), esto es, aquella que implica el ejercicio material de la coerción. En cambio, en base a diversos títulos, en la actualidad se admite que, concurriendo ciertos vínculos de aproximación –nacionalidad, protección de intereses, etc.–, un Estado puede ejercer en ocasiones su jurisdicción normativa («*legislative jurisdiction*» o «*jurisdiction to prescribe*») o contenciosa («*judicial jurisdiction*» o «*jurisdiction to adjudicate*»), independientemente de que medie o no consentimiento del Estado del territorio⁶¹. En el ámbito de la jurisdicción contenciosa, por ejemplo, está plenamente admitido que un Estado puede enjuiciar penalmente en base al principio de personalidad o nacionalidad activa los hechos cometidos por sus nacionales en el extranjero.

Pues bien, esa distinción, que en la decisión *Bankovic* no se hace expresa, pone de manifiesto la contradicción lógica que subyace a la argumentación del Tribunal. Habiéndose arrogado los Estados demandados en el seno de la OTAN –legal o ilegalmente– una jurisdicción ejecutiva extraterritorial, la Gran Sala invoca el carácter esencialmente territorial de la jurisdicción estatal en Derecho internacional, en apoyo paradójicamente de una interpretación del artículo 1 del Convenio que cercena y limita el ejercicio extraterritorial de su propia competencia contenciosa. En otros términos, ejercida extraterritorialmente por los Estados parte la coerción material mediante el uso de la fuerza, el Tribunal apela al carácter esencialmente territorial de la soberanía estatal para negar que el término jurisdicción empleado en el artículo 1 del CEDH pueda interpretarse de tal forma que dicha actuación pueda quedar jurídicamente limitada en virtud de las disposiciones del Convenio.

Pero es que además, si pese al carácter esencialmente territorial de la competencia estatal en Derecho internacional, el consentimiento del Estado del territorio o su control efectivo por un Estado parte autorizan a interpretar

(Ed.): *International Law at a Time of Perplexity*, 1986, pgs. 407-412; o SMITH, D.: «Beyond Indeterminacy and Self-Contradiction in Law: Transnational Abductions and Treaty interpretation in *US v. Alvarez-Machain*», 6, *EJIL*, 1995, pgs. 1-31.

⁶⁰ Salvo en supuestos excepcionales (por ejemplo, en Derecho del mar cuando se habla de aguas jurisdiccionales), en español o francés el término jurisdicción únicamente se refiere a determinadas competencias estatales, esto es, las ejercidas por el poder judicial.

⁶¹ Sobre la distinción, puede verse, entre otros, AKEHURST, M., op. cit., pg. 145; o STERN, B.: «Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit», *AFDI*, 86, pgs. 9-10.

el término jurisdicción con carácter extraterritorial, es difícil encontrar en el pronunciamiento del Tribunal cuál es el argumento por el cual no debería ocurrir lo propio cuando no concurren esas circunstancias.

En cuanto a la *práctica seguida por los Estados contratantes*, el Tribunal considera como un elemento favorable al entendimiento del artículo 1 en clave esencialmente territorial el hecho de que, aunque desde el fin de la Guerra Fría, algunos Estados parte han participado en misiones militares en el exterior, nunca ninguno de ellos ha hecho uso para tales supuestos de una cláusula de derogación (la del artículo 15) precisamente pensada para los supuestos de «guerra u otro peligro grave»⁶². Sin duda, tal práctica puede hacer pensar que, en opinión de los Estados parte, nada hay que derogar donde nada está en vigor. Pero –el eterno problema de la «opinio iuris» ante prácticas omisivas– también es posible que tal actuación se explique por otras razones como, por ejemplo, la reticencia de los Estados parte a asumir el indudable coste político que conlleva una declaración de suspensión de los derechos fundamentales, especialmente teniendo en cuenta las dificultades fácticas que, en tales supuestos, suele representar para las víctimas el ejercicio de acciones judiciales; o el hecho de que la virtualidad de una derogación en un supuesto de ataques aéreos sobre un territorio difícilmente tendría alguna virtualidad cuando los derechos que más directamente resultan amenazados son, precisamente, aquellos que no admiten derogación en virtud del artículo 15. Si, pese a todo, se interpreta que tal práctica juega a favor de la interpretación del artículo 1 en clave esencialmente territorial, el Tribunal quizá también debería valorar otras actitudes de los Estados parte que militarían en sentido contrario: implícitamente, el hecho de que en los últimos asuntos relativos a supuestas violaciones cometidas fuera del territorio de los Estados parte, éstos hayan dejado de invocar la incompetencia «ratione loci» del Tribunal⁶³; y expresamente, sobre todo, la enérgica reacción de un buen número de Estados parte frente a la pretensión turca de limitar a su territorio nacional definido por su propia Constitución el alcance de su declaración de aceptación de la competencia de la Comisión en base al viejo artículo 25 del Convenio⁶⁴.

Lo que no admite contestación, en cambio, es que los *trabajos preparatorios* apoyarían una interpretación favorable a la limitación del alcance del Convenio al territorio de los Estados parte, pues la identificación como destinatarios de los derechos reconocidos a los individuos «sometidos a su jurisdicción» –en vez de a los «residentes en su territorio»– tuvo como única pretensión evitar que aquél se aplicara sólo a los nacionales o residentes en

⁶² Decisión en el Asunto *Bankovic*, ap. 63.

⁶³ Véase *supra*, lo dicho respecto de los Asuntos *Xhavara*, *Öcalan* o *Ilascu*.

⁶⁴ Aparte del Secretario General, formularon declaraciones cuestionando la validez de la «reserva» turca, Grecia, Suecia, Luxemburgo, Dinamarca, Noruega y Bélgica. Véase, al respecto, la sentencia sobre las excepciones preliminares en el asunto *Loizidou*, ya citada, aps. 18 a 24.

los Estados parte⁶⁵. Como se reconoce en la propia decisión, sin embargo, el recurso a los trabajos preparatorios es algo, en la historia del sistema de Estrasburgo, absolutamente excepcional, pues el Convenio es «un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales»⁶⁶. Por ello, el Tribunal se ve obligado a justificar que el recurso a los trabajos preparatorios obedece únicamente a que los mismos ofrecen una confirmación inequívoca de lo que, en su opinión, es el sentido ordinario del artículo 1.

Respecto del recurso a *otros instrumentos internacionales de protección* de los derechos humanos o de Derecho internacional humanitario, es evidente el interés del Tribunal en sobrevalorar aquello que apoya su interpretación del sentido ordinario del precepto controvertido –el tenor literal del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o la ausencia de doctrina jurisprudencial favorable a una interpretación extensiva del artículo 1 de la Convención Americana– y en restar virtualidad a aquello que la contradice –en especial, la doctrina de la Comisión interamericana a favor de una interpretación extensiva del artículo 2 de la Declaración interamericana, o del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto⁶⁷. Y en cuanto a la alusión a la falta de limitación territorial en los Convenios de Ginebra para cuestionar que los autores del Convenio europeo hubieran querido extender extraterritorialmente las obligaciones positivas que de él derivan⁶⁸, quizá habría que recordar que, llevando el argumento hasta sus últimas consecuencias, las diferencias en el tenor del primer artículo de uno y otros Convenios y, más concretamente, la falta de referencia a la obligación de «hacer respetar» en el Convenio de Roma, podría privar de fundamento toda la jurisprudencia de Estrasburgo relativa a esas obligaciones positivas.

Llama la atención, sin embargo, en este orden de cuestiones, que los recurrentes no invocaran, y que el Tribunal omitiera, toda referencia a la interpretación realizada en 1996 por la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre Genocidio. En él, un caso con claros vínculos de parentesco con el trasfondo del asunto *Bankovic*, la República Federal de Yugoslavia negaba que hubiera de responder en virtud del mencionado Convenio por los actos de sus tropas, o de milicias bajo su control, fuera de su propio territorio. Pues bien, basándose precisamente en el objeto y fin de la Convención sobre genocidio, el Tribunal de La Haya rechazó dicha alegación en los términos siguientes:

⁶⁵ Decisión en el Asunto *Bankovic*, aps. 19 y 64.

⁶⁶ *Ibid*, ap. 64. Como señala JACOBS, F.: *The special nature of the European Convention means that particular caution is necessary in relying on the preparatory work of the Convention*, op. cit., pg. 33. Sobre la interpretación dinámica del Convenio, SÁNCHEZ LEGIDO, A.: *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1995, pgs. 97-101 y la bibliografía allí citada.

⁶⁷ Decisión en el Asunto *Bankovic*, ap. 78.

⁶⁸ *Ibid*, ap. 75.

Juan Miguel Ortega Terol y Ángel Sánchez Legido

«De ello se sigue que los derechos y obligaciones establecidos en la Convención son derechos y obligaciones “erga omnes”. El Tribunal considera que la obligación que de ese modo tiene cada Estado de prevenir y castigar el crimen de genocidio no está territorialmente limitada por la Convención»⁶⁹.

Relacionado con esto último, sin embargo, lo más sorprendente del difícil esfuerzo hermenéutico desarrollado por el Tribunal en el asunto que comentamos, es el uso que en él se hace del *criterio teleológico*. La referencia al objeto y fin del Convenio ha sido, sin ninguna duda, el que de forma más decisiva ha contribuido a perfilar los contornos del sistema de Estrasburgo. Subrayando la naturaleza «sui generis» de la garantía colectiva que se instaura en el Convenio, el recurso a este criterio ha permitido descartar la aplicación de reglas o principios tradicionales de Derecho internacional en cuestiones tales como el rechazo a la operatividad del principio de reciprocidad, los estrechos límites con que se ha entendido la posibilidad de formular reservas, la negativa a admitir modulaciones en las declaraciones facultativas de aceptación de la competencia de los antiguos órganos de control o el ya mencionado carácter dinámico y evolutivo que se ha imprimido a la interpretación de sus disposiciones. La dialéctica inherente a un instrumento de origen internacional pero con contenido materialmente constitucional ha sido históricamente resuelta por los órganos de garantía privilegiando claramente esta última dimensión. En claro contraste, en *Bankovic* la Gran Sala opta por redefinir y precisar cuál es el verdadero objeto y fin del Convenio, en apoyo de una interpretación restrictiva de su alcance:

«La obligación del Tribunal a este respecto consiste en tener en cuenta la naturaleza particular de la Convención, instrumento constitucional de un orden público europeo para la protección de los seres humanos, y su función, tal y como se desprende del artículo 19 de la Convención, es asegurar el respeto por las Partes contratantes de los compromisos suscritos por ellas. Es difícil por tanto pretender que una decisión negándose a admitir la jurisdicción extraterritorial de los Estados demandados desconocería el objetivo de orden público de la Convención, el cual señala en sí mismo la vocación esencialmente regional del sistema de la Convención, o su artículo 19, que no ofrece aclaración particular alguna del campo de aplicación territorial de dicho sistema»⁷⁰.

El párrafo reproducido no sólo demuestra, una vez más, que el Tribunal plantea erróneamente la pretensión de los recurrentes, que no era que el órgano de Estrasburgo admitiera o rechazara una jurisdicción extraterritorial que, con la contundencia propia de los misiles, había sido efectivamente ejercida, sino que se decidiera que también en ese tipo de supuestos los derechos humanos reconocidos en el Convenio deben operar como un límite jurídicamente exigible. Demuestra, también, que la respuesta a esta última cuestión es negativa en base a la consideración de la vocación esen-

⁶⁹ TIJ, *Asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre la prevención y sanción del delito de Genocidio, Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia* (excepciones preliminares), Sentencia de 11 julio 1996, ap. 31.

⁷⁰ Decisión en el Asunto *Bankovic*, ap. 80 (la traducción es de los autores, pero esta vez la cursiva figura en el original).

cialmente regional del orden público europeo. Por primera vez, el objeto y fin del Convenio es utilizado en apoyo de una interpretación restrictiva y no expansiva del alcance de sus disposiciones. Al respecto, creemos que es indiscutible la vocación genuinamente europea del sistema del Convenio, entre otras muchas cosas, porque su propia puesta en pie se inscribe en el contexto del objetivo estatutario del Consejo de Europa de perseguir una unión cada vez más estrecha de los pueblos europeos (artículo 1).

No debe olvidarse, sin embargo, que esa vocación europea se proyecta precisamente sobre unos valores –los inherentes a la dignidad humana– respecto de los cuales no sólo se proclama su carácter esencial, sino también su *universalidad*. En 1950, en una época en la que todavía daba sus primeros pasos un Derecho Internacional contemporáneo que pugna por hacer de los derechos humanos uno de sus principios constitucionales, la cláusula colonial llevó a Sir L. Senghor a sugerir que más que un Convenio europeo de derechos del hombre, se estaba elaborando un Convenio de derechos del hombre europeo. Más de medio siglo después, la decisión en el asunto *Bankovic* apuntaría a su configuración como un Convenio de los derechos humanos en Europa. Si la actuación extraterritorial de los Estados europeos fuera en la práctica tan excepcional como afirma el TEDH, quizá la restricción territorial no planteara excesivos problemas. Pero, precisamente ahora que es más frecuente la intervención europea en el exterior –a veces bajo dudosa cobertura legal–, dar marcha atrás en lo que había sido la jurisprudencia tradicional, no sólo levanta susceptibilidades sobre la diferente vara con que se mide esa actuación exterior dependiendo de qué Estado parte sea el que actúe. Además, puede afectar a la credibilidad de una acción exterior que, paradójicamente, quiere legitimarse en nombre de los derechos humanos.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Es evidente que la decisión del TEDH se aparta ostensiblemente de los parámetros que, en nombre de la consideración del Convenio como el «instrumento constitucional del orden público europeo», habían caracterizado hasta ahora la interpretación de su artículo 1. Sin duda, la doctrina al respecto de los órganos de protección había ido mucho más allá de lo que en 1950 era incluso imaginable y, desde esta perspectiva, la decisión en el asunto *Bankovic* constituye un contundente recordatorio de que el Convenio no deja de ser un tratado internacional respecto del cual también cabría predicar soluciones pro-soberanistas en clave *westfaliana*. Es posible, en este sentido, que haya quien piense que la magnitud del reto que en nuestros días se plantea a unas políticas exterior y de defensa, que aspiran a diseñarse, decidirse y ejecutarse a nivel europeo, justificaría ahora más que nunca reivindicar algo parecido a la doctrina del acto de gobierno y reclamar la existencia de espacios exentos al control judicial. Especialmente en casos en los que, como ocurría en Kosovo, la intervención pueda ser imprescindible para afrontar emergencias humanitarias y encuentre notables dificultades para su articulación jurídica. Pese a todo, en nuestra opinión, del

Juan Miguel Ortega Terol y Ángel Sánchez Legido

mismo modo que, en democracia, el fin nunca puede justificar los medios, tampoco puede resultar admisible ni creíble una política exterior y/o de defensa que, al propio tiempo que asume como estandarte la promoción de los valores democráticos en el exterior, se resiste a quedar sometida a los mecanismos de control que la garantía de esos mismos valores reclama.