

JANER TORRENS, J.D., *Conflictos territoriales y Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2023, 181 pp.

Esta monografía trata las distintas cuestiones relativas a la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH ligadas a la existencia de un conflicto territorial, que no han sido pocos en las últimas décadas en el espacio judicial y extrajudicial del Convenio. Recordemos en este sentido que bien avanzado el siglo XXI existen en el continente europeo distintos conflictos territoriales congelados que han implicado la aparición en Estados Parte del CEDH de regímenes de facto (Norte de Chipre, Transnistria, Nagorno Karabaj, Osetia del Sur, Absajia o la región del Donbass) cuya existencia depende directamente del apoyo militar y económico de otro Estado que también es Parte del CEDH. La mayoría de estas entidades secesionistas no reconocidas internacionalmente subsisten a día de hoy, lo cual hace que este trabajo aborde un tema de candente actualidad.

Con el objetivo de esclarecer la aplicación del CEDH en estos conflictos, el Profesor Janer Torrens divide su estudio en cinco capítulos. El primero lo dedica a analizar la configuración y el papel que tienen los regímenes de facto que han surgido en los territorios en conflicto en relación con la tutela de los derechos reconocidos en el Convenio. El segundo capítulo se centra en el análisis de las distintas cuestiones vinculadas a la jurisdicción de iure y de facto que ejercen los Estados inmersos en un conflicto territorial, lo cual le lleva a estudiar aspectos ligados a la jurisdicción extraterritorial y las reglas de atribución del hecho ilícito. El tercer capítulo aborda la construcción jurisprudencial relativa a las obligaciones positivas del Estado territorial, que ve limitada su plena jurisdicción sobre la totalidad de su territorio como resultado de un conflicto de estas características como vía para tutelar los derechos de los particulares en estas situaciones; mientras que el capítulo cuarto se centra en el importante auge de las demandas interestatales ligadas a situaciones de conflicto territorial que se han presentado ante el TEDH, las cuales coexisten con un elevadísimo número de demandas individuales. Finalmente, el autor dedica el quinto capítulo a la problemática ligada a la falta de ejecución en tiempo y forma de los fallos que resuelven violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio en situaciones de conflicto territorial, abordando específicamente la situación de Rusia, principal Estado involucrado directamente en algunos de los conflictos territoriales actualmente existentes en el continente europeo, al haber dejado de ser parte del CEDH desde el pasado 16 de septiembre de 2022. El autor aborda todos estos problemas jurídicos con la exposición de una abundante jurisprudencia del TEDH, lo cual ayuda a comprender la complejidad de las cuestiones tratadas, aunque se echa en falta un índice al final de la obra de todos los asuntos tratados, así como unas conclusiones.

Lejos de evadir las cuestiones más complejas y espinosas insertas en esta ambigua jurisprudencia, el autor trata de afrontarlas con valentía, a veces, incluso comparándolas con las soluciones dadas por otras jurisdicciones internacionales. En este sentido, el Profesor Janer es consciente de que los conceptos de responsabilidad y jurisdicción están muy relacionados en la jurisprudencia del TEDH, aunque son diferentes y, en ocasiones, han sido confundidos por los mismos Estados y también por el TEDH en los distintos asuntos que se le han planteado relacionados con la existencia de conflictos territoriales (p. 93). Sin embargo, en su exposición no parece estar muy clara esta diferenciación. Por ejemplo, cuando asume que el concepto

de jurisdicción es la noción empleada para *atribuir* hechos a un Estado parte (p. 62) o cuando afirma que el control efectivo condiciona directamente la “atribuibilidad” a un Estado de las violaciones de los Derechos humanos llevadas a cabo más allá de sus fronteras (p. 66) o cuando expone el criterio del control y su evolución en la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, el epígrafe 4 del Capítulo II, titulado los criterios de atribución a un Estado de las actuaciones de las autoridades de facto, da a entender que va a hablar de atribución del hecho internacionalmente ilícito en el marco de la responsabilidad de los Estados Parte, intención confirmada por la exposición de los asuntos Nicaragua, de la Corte Internacional de Justicia (CIJ); o Tadic, de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIEY); así como la posterior aclaración por la CIJ en el asunto del genocidio bosnio en cuando al criterio del control efectivo *versus* control general y la inadecuación de este último en materia de responsabilidad internacional. Sin embargo, cuando llega la hora de exponer el estándar de control establecido por el TEDH en materia de responsabilidad internacional parece existir una mezcla con el criterio del control efectivo de un territorio a efectos de la aplicación del artículo 1 CEDH (p. 86), es decir, con el concepto de jurisdicción. Esta impresión se ve confirmada por la exposición en este hilo del asunto Behrami / Francia, asignándole el criterio del control efectivo y señalando que el TEDH inadmitió la demanda porque desde la adopción de la Resolución 1244 por el Consejo de Seguridad, Serbia había dejado de ejercer un control efectivo sobre Kosovo y, por tanto, jurisdicción sobre el territorio; cuando, en realidad, el criterio en materia de responsabilidad en dicho asunto fue el control general en última instancia que ejerció el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre los contingentes desplegados en Kosovo.

De tratarse de un lapso habría sido, sin duda, inducido por la errática jurisprudencia del TEDH, que ha introducido pasajes propios de la responsabilidad internacional en el marco del Derecho internacional general al hablar de jurisdicción del artículo 1 CEDH, por ejemplo, en los asuntos Loizidou o Ilascu, utilizando a menudo una imprecisa terminología al hablar de responsabilidad de los Estados Parte como si esta disposición del CEDH estableciera estos estándares. En el primero de estos asuntos el TEDH se ocupó de dos cuestiones distintas: (a) si, como resultado de la presencia de un gran número de tropas turcas en el norte de Chipre, esa parte de la República de Chipre estaba dentro de la “jurisdicción” extraterritorial de Turquía, y (b) si los actos y omisiones de las autoridades de la República Turca del Norte de Chipre (RTNC) eran atribuibles a Turquía y, por tanto, entrañaban su responsabilidad según el CEDH. Sin embargo, estas dos cuestiones no siempre se mantienen claramente separadas cuando el TEDH aprovecha el elemento del “control” para establecer tanto la jurisdicción extraterritorial como la atribución. Sin hacer ninguna referencia a los estándares aplicados por la CIJ, y sin dar ninguna explicación adicional, en el asunto Loizidou el TEDH desarrolló su propia prueba relevante para lo que denominó una administración local subordinada, una entidad secesionista que está bajo la autoridad efectiva, o, al menos, bajo la influencia decisiva de un poder exterior y que sobrevive en virtud del apoyo militar, económico, financiero y político que le brinda este poder exterior.

Por consiguiente, es sumamente difícil para cualquier observador comprender qué está declarando realmente el TEDH en estos asuntos, si considerando directamente responsables al Estado demandado de la conducta de actores no estatales (TRNC o Transnistria); o, más bien,

por su propia incapacidad para impedir dicha conducta por parte de terceros. Y cuando explícitamente se le han señalado las ambigüedades de su enfoque y su posible inconsistencia con los estándares de atribución establecidos por la CIJ y respaldados por la CDI en sus artículos sobre la responsabilidad del Estado, como hizo, por ejemplo, el agente de Rusia en el asunto *Catán y otros / Moldavia y Rusia*, el TEDH se ha limitado a responder con un párrafo encomiable, aunque quimérico, que el Profesor Janer recoge (p. 91), según el cual, la prueba para establecer la existencia de “jurisdicción” conforme al artículo 1 CEDH nunca ha sido equiparada con la prueba para establecer la responsabilidad de un Estado por un hecho internacionalmente ilícito según el Derecho internacional general.

En realidad, el análisis de la atribución en el marco de la responsabilidad internacional quizás debería preceder el análisis de la jurisdicción. La jurisdicción del Estado según el artículo 1 CEDH es un concepto que plantea dos preguntas diferentes: ¿Ejerce un Estado Parte control efectivo sobre un área o territorio en el que se encuentra la víctima de la presunta violación de los derechos humanos (modelo espacial de jurisdicción) o a través de sus agentes ejerce autoridad y control sobre la víctima individual de la presunta violación de derechos humanos (modelo personal de jurisdicción)?

Aunque la atribución en materia de responsabilidad y la jurisdicción del artículo 1 CEDH pueden a veces utilizar una terminología similar, por ejemplo, la noción de control efectivo; en realidad, plantean preguntas diferentes. Si observamos esta cuestión a través del marco conceptual de la CDI, la atribución sería, como ha afirmado Milanovic, una cuestión bajo el Artículo 2(a) de los artículos de la CDI, mientras que la jurisdicción caería bajo el artículo 2(b).

El aparente problema es que en que en la gran mayoría de los asuntos ante el Tribunal de Estrasburgo la cuestión de la atribución no se plantea explícitamente por las partes, ni por el Tribunal; dado que, según los hechos del asunto, la respuesta a la cuestión de la atribución es obvia: la conducta que viola los derechos humanos procede generalmente de órganos de iure del Estado según el artículo 4 del proyecto de la CDI. Lógicamente la cuestión es algo más compleja cuando se trata de la atribución de la conducta de una entidad secesionista a un poder exterior con el fin de determinar su responsabilidad internacional, que de forma general abordan los artículos 4 a 8 y 11 de los artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionales ilícitos, disposiciones que reflejan Derecho internacional consuetudinario. El Profesor Janer aborda esta cuestión en el Capítulo 2, poniendo de relieve que el TEDH parece no seguir lo dispuesto en el proyecto de la CDI, ni lo afirmado por otros tribunales internacionales como la CIJ o el TPIEY.

Ciertamente, como afirmó hace ya años el Profesor Koskeniemi, la prueba del control de las autoridades y fuerzas militares de entidades secesionistas se ha convertido en uno de los ejemplos más citados de fragmentación del Derecho internacional. Y ello porque cada una de las citadas jurisdicciones internacionales ha desarrollado y aplicado durante algún tiempo sus propios estándares para establecer si una entidad secesionista ha sido controlada por una potencia extranjera, generando mucha confusión alrededor de conceptos como “control efectivo”, “control general”, “control general efectivo”... Esta diferencia de criterios de atribución entre la CIJ, el TPIEY y el TEDH quizás se deba a una inexacta interpretación del asunto *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, fallado por la CIJ en 1986. Re-

cordemos que el grado de control que debe ejercer un Estado sobre una persona o un grupo de personas a efectos de la atribución de un ilícito internacional fue un aspecto central en este asunto como el autor de esta monografía acertadamente recoge (pp. 73 y ss.). La doctrina y las decisiones de otros tribunales internacionales, con escasas excepciones, extraen de este y otros asuntos de la CIJ que el criterio de atribución sería exclusivamente el control efectivo. Parece, sin embargo, que la CIJ se refirió más bien a dos estándares diferentes de control en los dos asuntos principales sobre el tema: Nicaragua, de una parte, y el genocidio bosnio, de otra; arrojando este último algo de luz sobre el primero. Según la CIJ, el control resulta de la dependencia o, desde otra perspectiva, la dependencia crea el potencial para el control. La dependencia y el control son, por tanto, dos caras de la misma moneda. Para la CIJ, la cuestión de la responsabilidad es una cuestión de grado, es decir, la responsabilidad de la entidad secesionista dependería del grado de dependencia del poder externo, que, a su vez, es indicativo del grado de control potencial del poder externo sobre la entidad secesionista, y del grado de control que el poder externo realmente ejerce sobre la entidad secesionista. La CIJ distinguió dos grados de control y de dependencia: control estricto basado en una dependencia total; y control efectivo en casos de dependencia parcial.

Llamada a decidir si un poder externo es responsable del hecho internacionalmente ilícito cometido por una entidad secesionista, la CIJ determinará primero si la entidad secesionista está o no bajo un control estricto por parte del poder exterior, es decir, si existe tanta dependencia y control del poder externo que será correcto equiparar a efectos jurídicos las autoridades de la entidad secesionista con un órgano de facto del poder externo que actúa en su nombre. En el asunto Nicaragua, la CIJ identificó tres requisitos de control estricto, que deben reunirse cumulativamente: En primer lugar, la entidad secesionista debe ser completamente dependiente del poder exterior. En segundo lugar, dicha dependencia completa debe extenderse a todos los ámbitos de actividad de la entidad secesionista. Y, por último, el poder exterior debe haber hecho uso en la práctica del potencial de control inherente a esa dependencia total, es decir, ejerció verdaderamente un grado de control particularmente alto.

En el marco de este criterio de atribución basado en el control estricto, todos los actos cometidos por las autoridades de la entidad secesionista en cuanto órganos de facto del poder exterior, incluso aquellos *ultra vires*, son, por tanto, atribuibles a ese poder exterior. La probabilidad de atribuir la conducta de una entidad secesionista a un poder exterior es, por tanto, mucho mayor si se supera esta prueba del control estricto. Sin embargo, como señaló la CIJ en el asunto del Genocidio bosnio, equiparar a personas o entidades con órganos del Estado cuando no tienen ese estatus según el derecho interno debe ser excepcional. La prueba requerida de la completa dependencia de la entidad secesionista, de un lado, y el consiguiente grado particularmente alto de control del poder exterior, de otro, será, en la mayoría de los casos, muy difícil, si no imposible, de demostrar.

Es por esta razón que la discusión normalmente se centra en el segundo criterio desarrollado por la CIJ: la prueba del control efectivo, un criterio de atribución subsidiario enmarcado en el artículo 8 de los artículos de la CDI. La CIJ sólo recurre a él cuando ha comprobado que no se cumplen los requisitos de la prueba de control estricto. La CIJ, por tanto, no utiliza la prueba del control efectivo para determinar si una persona o grupo de personas puede calificarse como órgano de facto de un Estado, sino que aplica este criterio en los casos en los que hay eviden-

cia de dependencia parcial de la entidad secesionista con el poder exterior. Esta dependencia parcial puede deducirse, entre otras cosas, de la prestación de asistencia financiera, apoyo logístico y militar, suministro de inteligencia y la selección y pago del liderazgo de la entidad secesionista por parte del poder exterior. La dependencia parcial también crea posibilidades de control, aunque por un tiempo más limitado que en situaciones de dependencia total. A diferencia de la completa dependencia, la dependencia parcial no permite al Tribunal tratar a las autoridades de la entidad secesionista como órganos de facto del poder exterior cuya conducta en su conjunto puede considerarse cometida por este último, sino que la responsabilidad debe establecerse caso por caso.

Por consiguiente, el objeto de control ya no es la entidad secesionista sino las actividades u operaciones que han dado lugar al hecho internacionalmente ilícito. Para atribuir la conducta internacionalmente ilícita de la entidad secesionista al poder exterior debe demostrarse que los órganos del poder exterior ejercieron control efectivo sobre cada operación o actividad particular en el curso de las cuales se llevó a cabo la conducta, sin que pueda confundirse control con simple apoyo. El control efectivo requiere que el poder exterior participe en la planificación de la operación, eligiendo objetivos, dando directivas e instrucciones específicas y proporcionando apoyo operativo. No basta con que el poder exterior ejerza un control general sobre la entidad secesionista, incluso en casos de un alto grado de dependencia de la entidad secesionista con el poder exterior.

Si bien la carga de la prueba para la prueba del control efectivo es menor que la prueba del control estricto, en la práctica sigue siendo extremadamente difícil establecer el ejercicio de un control efectivo por parte del poder exterior sobre operaciones individuales o actividades de la entidad secesionista. Esta podría ser la razón por la cual el TEDH no ha seguido a veces esta jurisprudencia de la CIJ, desarrollando en su lugar diferentes estándares con un menor grado de control, lo que le ha permitido atribuir más fácilmente los actos de entidades secesionistas a un poder exterior.

En este sentido, el criterio del control efectivo fue cuestionado por el TEDH en los asuntos *Behrami / Francia y Berić y otros / Bosnia y Herzegovina*, declarando su incompetencia *ratione personae* debido a la atribución de responsabilidad al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como consecuencia del control en última instancia que ejercía sobre las misiones en Kosovo o sobre el Alto Representante para Bosnia Herzegovina, atribución que fue bastante criticada por diferir del enfoque tradicional basado en el control efectivo. Sin embargo, unos años más tarde, en el asunto *Al Jedda / Reino Unido*, basándose en las diferencias entre las Resoluciones del Consejo de Seguridad en Irak, de una parte, y en Kosovo, de otra; y, especialmente, dado el diferente cometido de Naciones Unidas con respecto a la seguridad en Irak en 2004; con respecto a su papel en Kosovo en 1999, el TEDH dictaminó que el Consejo de Seguridad no ejerció control efectivo, ni autoridad y control en última instancia sobre los actos y omisiones de las tropas dentro de la Fuerza Multinacional y, por tanto, la detención del demandante no podía atribuirse a Naciones Unidas.

Así pues, la posición del TEDH parece haber evolucionado, al incluir en sus últimos fallos el control efectivo como factor de atribución del hecho ilícito, admitiendo la posibilidad de atribuciones duales o múltiples. Se trata quizás de un ejemplo paradigmático de diálogo en-

tre tribunales porque que en este cambio de criterio es probable que incidiese el fallo de la CIJ en el asunto relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, en el que se planteó si las actividades de limpieza étnica llevadas a cabo en Srebrenica por grupos militares y paramilitares de la República Serbia de Krajina eran, al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 del proyecto de la CDI, atribuibles a la entonces denominada República Federal de Yugoslavia en la medida en que las autoridades de la República de Krajina y las distintas milicias paramilitares pudiesen considerarse órganos de facto de la República de Yugoslavia. La CIJ consideró que, al no poder probarse que los hechos atroces cometidos por estos grupos de particulares se hubiesen llevado a cabo mediante instrucciones, bajo la dirección o el control efectivo de las autoridades yugoslavas, no era posible atribuir estos hechos a la República Federal de Yugoslavia. Ante la falta de pruebas, el genocidio que se cometió en Srebrenica no respondía a instrucciones formuladas de forma específica en este sentido por parte de las autoridades yugoslavas y, de ahí, la imposibilidad de aplicar lo previsto en el artículo 8 de la CDI. En este fallo la CIJ puso de manifiesto que, frente al criterio del control efectivo que había formulado en el asunto Nicaragua, el TPIEY había establecido en el asunto Tadic el criterio del control general a efectos de atribuir a un Estado las actuaciones ilícitas llevadas a cabo por particulares que, formalmente, no eran órganos del Estado. En este segundo supuesto no era necesario probar que las operaciones en las cuales se había cometido un ilícito internacional se habían llevado a cabo bajo las instrucciones de las autoridades de un Estado o bajo su control efectivo. Pero lo importante es que la CIJ aclaró que el criterio del control general no era admisible en la medida en que ampliaba de forma excesiva el alcance de la responsabilidad del Estado.

Finalmente, un aspecto de la jurisprudencia que no queda desarrollado en detalle, aunque el autor lo cita al hilo de la exposición del asunto Hannan / Alemania (p. 65), es el relativo al alcance de la jurisdicción del TEDH en casos en los que se determina un nexo jurisdiccional por procedimientos penales o civiles iniciados (o que se deberían haber iniciado) en Estados Parte del CEDH y el concepto de “características especiales”, el cual supone una importante extensión potencial de la jurisdicción del TEDH por hechos ocurridos fuera del territorio de los Estados Parte. Se trataría de una base jurídica adicional que puede crear un vínculo jurisdiccional entre un Estado Parte y las víctimas fuera del espacio jurídico del CEDH, particularmente cuando se trata del deber procesal de investigar. Al sostener en el asunto Hannan que Alemania estaba obligada a investigar el ataque aéreo en Kunduz, la Gran Sala del TEDH se basó en esta prueba del vínculo jurisdiccional. La opinión mayoritaria se hizo eco de las preocupaciones expresadas por Alemania y los gobiernos intervinientes de que un vínculo jurisdiccional basado simplemente en la investigación puede tener un efecto paralizador en la iniciación de investigaciones a nivel nacional, lo que podría desalentar a los Estados Parte de llevarlas a cabo, dando como resultado una inconsistente aplicación del CEDH. Por lo tanto, para evitar ampliar excesivamente el ámbito de aplicación del Convenio, la mayoría recurrió a la prueba de las características especiales establecida en los asuntos Güzelyurtlu / Chipre y Turquía; Carter / Rusia y Romeo Castaño / Bélgica, en los que el TEDH sostuvo que incluso en los casos en que un Estado no inicia una investigación, el TEDH tendrá que determinar si existen “características especiales” que establezcan la jurisdicción, las cuales se determinarán caso por caso. En el asunto Hannan, el TEDH consideró que existían tres características especiales que establecían un vínculo jurisdiccional entre Hannan y Alemania: (a) el hecho de que

Alemania estaba obligada en virtud del Derecho internacional humanitario para investigar el ataque aéreo; (b) el hecho de que se impidiera a las autoridades afganas iniciar una investigación criminal (el Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas de la ISAF implicaba que Alemania retenía la jurisdicción penal exclusiva sobre las tropas alemanas); y (c) el hecho de que las autoridades judiciales alemanas también estaban obligadas, según el derecho interno, a iniciar una investigación penal. La combinación de estas tres características especiales desencadenó la existencia de un vínculo jurisdiccional entre Alemania y las víctimas en Afganistán. Sin embargo, al recurrir a la fórmula de las ‘características especiales’ para inferir jurisdicción extraterritorial en situaciones complejas, especialmente cuando los Estados europeos participan en enfrentamientos armados fuera de sus fronteras, el TEDH no considera que deba definir *in abstracto* qué características especiales desencadenan la existencia de un vínculo jurisdiccional, sino que dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, pudiendo variar considerablemente de un asunto a otro.

Es cierto, sin embargo, que, en lugar de un enfoque tan fragmentado, que corre el riesgo de socavar la credibilidad del TEDH, este tipo de asuntos podrían abordarse de manera más coherente como han propuesto varios votos particulares basándose en una prueba funcional para afirmar la competencia fuera del territorio del Estado demandado, competencia funcional que el autor de esta monografía aborda oportunamente en su investigación (pp. 69 y ss.) Por ejemplo, en el asunto Hannan, la jurisdicción de Alemania podría haberse establecido basándose en el hecho de que, a través de sus agentes estatales desplegados en Afganistán, Alemania estaba en posición (y tenía el poder con sus acciones de ejecución) de ejercer control directo sobre los hijos del demandante que falleció por el ataque aéreo de Kunduz.

Para terminar sólo nos queda decir que estamos ante una investigación bien documentada y muy oportuna en el tiempo. Lograr una buena sistematización en un ámbito bastante complejo, en el que la jurisprudencia del TEDH está empañada por una gran incertidumbre doctrinal y falta de coherencia interna, incorporando la mayoría de claves necesarias para hacer comprender mejor el tema central del trabajo no es fácil, aunque el Profesor Janer sale del envite de forma airosa. Por todo ello creo que nos encontramos ante una monografía a la que todo aquel que desee acercarse a los múltiples problemas jurídicos que plantean los conflictos territoriales en Europa y las fricciones con los derechos y libertades protegidos en el CEDH tendrá que recurrir sin duda alguna.

José Manuel Cortés Martín
Universidad Pablo de Olavide

