

# La actuación extraterritorial del Estado: re-examinando el ámbito *ratione loci* desde el Derecho Internacional contemporáneo

Juan Pablo Pérez-León(\*) y Patrick Wieland(\*\*)

## 1. Introducción

El debate sobre el territorio, la jurisdicción y la actuación extraterritorial del Estado es un tema recurrente y apasionante del Derecho Internacional contemporáneo. En las últimas décadas, esta problemática se ha visto agudizada por el incremento de la actuación de los Estados fuera de sus fronteras territoriales, ya sea legal o ilegalmente. A partir de estos casos puntuales, tanto los tribunales nacionales como internacionales se han visto obligados a resolver situaciones de extraterritorialidad, no siempre con resultados homogéneos ni garantizando el principio de efectividad de los derechos humanos. Este artículo buscará llamar la atención sobre esta interesante discusión desde tres perspectivas del Derecho Internacional que guardan una intensa relación entre sí: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) y el Derecho Penal Internacional (en adelante DPI).

## 2. La definición de territorio en el Derecho Internacional

Antes de abordar los temas de fondo propuestos, es importante recordar la definición de territorio en el Derecho Internacional. El territorio es la base física o

espacial sobre la cual un Estado ejerce su autoridad y, por lo tanto, sus poderes y competencias<sup>(1)</sup>. En buena cuenta, el territorio es el soporte material necesario para la existencia del Estado, ya que este ejerce sobre aquel su soberanía<sup>(2)</sup>.

Cuando hablamos del territorio del Estado se hace referencia a una triple realidad: por territorio se entiende tanto el espacio terrestre - independientemente de su extensión- como el espacio marítimo adyacente al espacio terrestre y sometido a la soberanía del Estado, así como el espacio aéreo superpuesto a los dos espacios anteriores<sup>(3)</sup>.

La configuración territorial del Estado determina, como corolario, sus competencias territoriales, las mismas que tienen como características la plenitud y exclusividad<sup>(4)</sup>, tal como se determinó en el Caso *Lotus* ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante CPJI):

"(...) the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that -failing the existence of a permissive rule to the contrary- it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial: it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or a convention"<sup>(5)</sup>.

Dicho esto, tenemos que las competencias territoriales del Estado determinarán el ámbito *ratione*

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(\*\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2001. p. 345.

(2) CARRILLO SALCEDO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 252.

(3) RODRIGUEZ CARRIÓN, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 77.

(4) "Cada Estado soberano ejerce, por consiguiente, competencias plenas y exclusivas en el ámbito de sus fronteras terrestres, sobre su espacio aéreo y sobre determinados espacios marítimos (...). Plenitud significa que las limitaciones de las competencias soberanas no se presumen y solo pueden derivar de normas jurídicas internacionales. Exclusividad significa que en el territorio de un Estado no se permite el ejercicio de competencias soberanas por parte de otro Estado, a no ser que medie el consentimiento del Estado soberano territorial". CARRILLO SALCEDO, Antonio. *Op. Cit.* pp. 252-253.

(5) CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. *Caso Lotus (Francia vs. Turquía)*. Sentencia de 7 de septiembre de 1927. pp. 18-19.

*loci* de los tratados de los que ese Estado sea parte, es decir, el ámbito de aplicación espacial donde resultará aplicable una u otra convención. De lo señalado se desprende que, en principio, y desde una postura meramente territorial, la definición de territorio y el ámbito de aplicación espacial de los tratados estarían claramente delimitados en el Derecho Internacional. No obstante, se demostrará en las próximas líneas que esta aparente claridad afronta situaciones especiales en los diferentes ámbitos del Derecho Internacional.

### 3. El ámbito *ratione loci* de los tratados de DIDH

Como se sabe, la actuación de los tribunales internacionales de derechos humanos es subsidiaria a la actuación de los órganos nacionales, vale decir, agotada la vía interna y quedando insatisfechas las pretensiones de las presuntas víctimas, se abre la vía internacional para salvaguardar la vigencia de los derechos humanos<sup>(6)</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de la potestad de todo tribunal internacional para determinar su propia competencia por ser maestro de su propia jurisdicción<sup>(7)</sup>, para que el tribunal pueda conocer de un caso que se somete ante él, debe verificar que

posee competencia en razón de las partes que intervienen en el procedimiento (*ratione personae*); en razón de la materia objeto de la controversia (*ratione materiae*); en razón del momento en que el Estado demandado ha ratificado el tratado (*ratione temporis*); y, finalmente, en razón del lugar donde ocurrieron los hechos (*ratione loci*)<sup>(8)</sup>. Es sobre este último punto, a saber, el ámbito *ratione loci* de los tratados de derechos humanos que versa la presente sección.

El artículo 1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>(9)</sup> (en adelante, CEDH) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>(10)</sup> (en adelante CADH) regulan de manera similar la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades a toda persona “sujeta a su jurisdicción”<sup>(11)</sup>. Así, los Estados responden internacionalmente por cualquier violación de los derechos reconocidos en el tratado siempre y cuando se traten de hechos “sujetos a su jurisdicción”. En esa medida, el ejercicio de jurisdicción constituye un requisito *sine qua non* para que un Estado sea considerado responsable por actos u omisiones que les son imputadas en una reclamación internacional<sup>(12)</sup>.

- (6) Los sistemas de supervisión internacional son subsidiarios y presuponen la existencia de un sistema nacional de protección de los Derechos Humanos. “Dentro del Estado debe existir un ordenamiento jurídico que consagre derechos y un recurso rápido y eficaz para reparar las violaciones de los mismos. El modelo ideal es, pues, aquel que hace prácticamente innecesaria la supervisión internacional”. MEDINA, Cecilia y Jorge MERA. *Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 1996. pp. 35 y siguientes. En esa misma línea, “el mecanismo de salvaguardia instaurado por la CEDH reviste un carácter subsidiario, en relación con los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos. La CEDH confía, en primer término, a cada uno de los Estados contratantes el cuidado de asegurar el disfrute de los derechos y libertades que ella consagra”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Handyside vs. Reino Unido*. Sentencia del 4 de noviembre de 1976, parágrafo 48 (traducción propia). De esta manera, solo cuando el sistema de protección nacional falla es que el sistema internacional puede iniciar su funcionamiento.
- (7) “Todo tribunal internacional y todo órgano poseedor de competencias jurisdiccionales tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz / compétence de la compétence*)”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-15/97*. 14 de noviembre de 1997. Voto del juez Cançado Trindade, parágrafo 5.
- (8) Adaptado de FAUNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3era. edición. San José: IIDH, 2004. pp. 601 y siguientes.
- (9) CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Artículo 1. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio. Al respecto, la redacción original del artículo 1 era la siguiente: “Los Estados partes deberán asegurar a toda persona que resida en su territorio los derechos (...)”. La razón del cambio se explica porque “it seemed to the Committee that the term ‘residing’ might be considered too restrictive. It was felt that there were good grounds for extending the benefits of the Convention to all persons in the territories of the signatory States, even those who could not be considered as residing there in the legal sense of the word. The Committee therefore replaced the term ‘residing’ by the words ‘within their jurisdiction’”. Véase TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bankovic y otros vs. Bélgica y otros*. Sentencia de 12 de diciembre de 2001. Parágrafos 19 y siguientes.
- (10) CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Artículo 1.1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- (11) Nótese aquí la diferencia de redacción de estos tratados *vis-à-vis* el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), que reza lo siguiente: “Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)”. En principio, la noción de jurisdicción contenida en el PIDCP sería más limitada que aquella contenida en el CEDH y la CADH, aunque el *case-law* del Comité de Derechos Humanos ha tomado otra perspectiva menos restrictiva como veremos más adelante. Véase *infra* sección 3.
- (12) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ila<sup>cu</sup> y otros vs. Moldavia y Rusia*. Sentencia del 8 de julio de 2004. Parágrafo 311.

Ahora bien, ¿qué debemos entender por “sujeto a la jurisdicción del Estado”? De conformidad con las reglas generales de interpretación, el concepto de “jurisdicción” contemplado en el artículo 1 de los tratados mencionados debe ser interpretado a la luz de su significado en el Derecho Internacional Público<sup>(13)</sup>. Desde dicha perspectiva, el ámbito de jurisdicción de un Estado es, principalmente, territorial. Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH):

“Article 1 sets a limit, notably territorial, on the reach of the Convention. In particular, the engagement undertaken by a Contracting State is confined to ‘securing’ the listed rights and freedoms to persons within its own ‘jurisdiction’ (...)”<sup>(14)</sup>.

Por lo tanto, el término “jurisdicción” mencionado en el artículo 1 de ambos tratados regionales ha de asimilarse a una noción territorial en la medida que un Estado ejerce su jurisdicción, de ordinario, sobre los hechos acontecidos al interior de su territorio y, se presume, sobre la totalidad del mismo<sup>(15)</sup>. Por tanto, en principio, es evidente que cualquier violación cometida en el territorio de un Estado implica que se encuentra “bajo la jurisdicción” de dicho Estado para efectos del artículo 1 del tratado<sup>(16)</sup>.

No obstante lo anterior, el territorio no debe ser comprendido como espacio al que se limita la validez del orden jurídico del Estado, ya que el Derecho Internacional permite que las leyes de un Estado puedan aplicarse más allá de sus fronteras y tengan efectos extraterritoriales<sup>(17)</sup>. Así, por ejemplo, el Estado ejerce jurisdicción sobre las actividades de sus funcionarios diplomáticos y consulares fuera de su territorio<sup>(18)</sup>, así como sobre los hechos ocurridos abordo de naves y aeronaves registradas o de bandera de ese Estado, entre otros<sup>(19)</sup>.

Considerando lo expuesto, la cuestión que corresponde aquí analizar es qué sucede cuando un Estado actúa fuera de sus fronteras *vis-à-vis* la jurisdicción de los tribunales regionales de derechos humanos.

Antes de abordar la cuestión planteada, es fundamental aclarar que las limitaciones territoriales no están permitidas por el CEDH ni la CADH<sup>(20)</sup>. Dicho en otras palabras, ya sea a través del instrumento de aceptación de la competencia contenciosa de un tribunal internacional (el ejemplo es Turquía, como veremos) o a través de una reserva al tratado de Derechos Humanos, los Estados no pueden limitar unilateralmente el ámbito de aplicación *ratione loci* del CEDH<sup>(21)</sup> o la CADH<sup>(22)</sup>.

(13) “The notion of ‘jurisdiction’ within the meaning of Article 1 of the Convention must be considered as reflecting the position under public international law”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Assanidze vs. Georgia*. Sentencia del 8 de abril de 2004. Parágrafo 317.

(14) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Soering vs. Reino Unido*. Sentencia de 7 de julio de 1989. Parágrafo 86.

(15) Ver *supra* nota a pie de página número 5.

(16) RODRIGUEZ-PINZON, Diego. *Jurisdicción y competencia en las peticiones individuales del sistema interamericano de derechos humanos*. Buenos Aires: Revista Argentina de Derechos Humanos, 2001. pp. 24 y siguientes.

(17) CARRILLO SALCEDO, Antonio. *Op. cit.* p. 260.

(18) “It is clear, in this respect, from the constant jurisprudence of the Commission that authorised agents of a State, including diplomatic or consular agents, bring other persons or property within the jurisdiction of that State to the extent that they exercise authority over such persons or property. In so far as they affect such persons or property by their acts or omissions, the responsibility of the State is engaged. Therefore, in the present case the Commission is satisfied that the acts of the Danish ambassador complained of affected persons within the jurisdiction of the Danish authorities within the meaning of Article 1 of the Convention”. COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso W.M. vs. Dinamarca*. Aplicación 17392/90. parágrafo 1.

(19) “While international law does not exclude a State’s exercise of jurisdiction extra-territorially, the suggested bases of such jurisdiction (including nationality, flag, diplomatic and consular relations, effect, protection, passive personality and universality) are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of the other relevant States”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bakovic y otros vs. Bélgica y otros*. *Op. cit.* parágrafo 59. De igual forma, “in certain exceptional cases, jurisdiction is assumed on the basis of non-territorial factors, such as: acts of public authority performed abroad by diplomatic and consular representatives of the State; the criminal activities of individuals overseas against the interests of the State or its nationals; acts performed on board vessels flying the State flag or on aircraft or spacecraft registered there; and particularly serious international crimes (universal jurisdiction)”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Assanidze vs. Georgia*. *Op. cit.* parágrafo 137.

(20) SALADO OSUNA, Ana. *Las restricciones a la aceptación de la competencia contenciosa de los órganos internacionales de derechos humanos*. En: [http://www.portalfio.org/cuadernos-2/articulos/LAS\\_RESTRICCIONES\\_A\\_LA\\_ACEPTACION\\_DE\\_LA\\_COMPETENCIA\\_DE\\_LOS\\_ORGANOS\\_INTERNACIONALES\\_DE\\_DERECHOS\\_HUMANOS.pdf](http://www.portalfio.org/cuadernos-2/articulos/LAS_RESTRICCIONES_A_LA_ACEPTACION_DE_LA_COMPETENCIA_DE_LOS_ORGANOS_INTERNACIONALES_DE_DERECHOS_HUMANOS.pdf).

(21) “Taking into consideration the character of the Convention, the ordinary meaning of Articles 25 and 46 in their context and in the light of their object and purpose and the practice of Contracting Parties, the Court concludes that the restrictions *ratione loci* attached to Turkey’s Article 25 and Article 46 declarations are invalid”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loizidou vs. Turquía*. Sentencia de excepciones preliminares del 23 de febrero de 1995. parágrafo 81.

(22) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción (...). Una objeción o cualquier otra actuación del Estado realizada con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocua, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence* de la *compétence*, por ser maestra de su jurisdicción (...). Tal como el Tribunal ha señalado en su jurisprudencia constante, el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula *pétrea* que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 y 62.2 de la Convención Americana. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados partes por razones de orden interno”. *Caso Baena Ricardo y otros contra Panamá*. Sentencia del 28 de noviembre de 2003. parágrafos 68 y 71.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH)<sup>(23)</sup>, no ha tenido ocasión de enfrentar situaciones de extraterritorialidad en su jurisprudencia. De hecho, el análisis de su competencia *ratione loci* se ha visto limitado a constatar que los hechos expuestos en la demanda se hayan desarrollado dentro del territorio del Estado demandado.

En contraste, en el sistema europeo de Derechos Humanos, la jurisprudencia del TEDH ha contribuido de manera notable -aunque no exenta de avances y retrocesos- a este importante debate. Dicho tribunal ha señalado en múltiples ocasiones que el concepto de jurisdicción contemplado en el artículo 1 del CEDH no está necesariamente restringido al territorio nacional de las Altas Partes Contratantes<sup>(24)</sup>. En tal virtud, en circunstancias excepcionales, los actos de un Estado parte del CEDH fuera de su territorio, o que producen sus efectos fuera del mismo, pueden “activar” la jurisdicción del TEDH a la luz del artículo 1.

Esto ocurrió, por ejemplo, en el célebre Caso *Loizidou vs. Turquía*<sup>(25)</sup>, suscitado como consecuencia de la ocupación por tropas turcas del norte de Chipre. En dicha oportunidad el TEDH sostuvo:

“Bearing in mind the object and purpose of the Convention, the responsibility of a Contracting Party may also arise when as a consequence of military

action -whether lawful or unlawful- it exercises effective control of an area outside its national territory. The obligation to secure, in such an area, the rights and freedoms set out in the Convention derives from the fact of such control whether it be exercised directly, through its armed forces, or through a subordinate local administration”<sup>(26)</sup>.

Precisamente, esta sentencia sentó las bases de la denominada “teoría del control efectivo”, que ha tenido cierta influencia sobre otros sistemas<sup>(27)</sup>, según la cual un Estado incurre en responsabilidad internacional cuando ejerce el control, *de iure o de facto*, de un área fuera de su territorio nacional<sup>(28)</sup>. En los hechos, Turquía ejercía el control efectivo sobre el territorio del norte de Chipre ocupado por sus tropas<sup>(29)</sup> y, por lo tanto, se hallaba obligada a garantizar los derechos y libertades previstos en el CEDH, entre ellos, el derecho de la demandante al libre disfrute de su propiedad. Tales hechos caen, entonces, “bajo la jurisdicción” de Turquía.

En ese orden de ideas, el TEDH añadió que el Estado que ejerce el control efectivo de un territorio fuera sus fronteras no solo responde por las acciones que cometan sus tropas, soldados u oficiales, sino también por los actos de la administración local y por los actos de privados que vulneran derechos, en casos de omisión<sup>(30)</sup>.

Con posterioridad al Caso *Loizidou vs. Turquía*, el TEDH emitió su sentencia en el Caso *Bankovic vs.*

(23) Los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos no serán abordados en este artículo.

(24) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Drozd y Janousek vs. España y Francia*. Sentencia de 26 de junio de 1992. párrafo 91.

(25) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loizidou vs. Turquía*. *Op. cit.* La demandante, la señora Loizidou, nació en Kyrenia, Chipre, donde poseía una serie de predios. Luego de desatada la invasión turca del norte de Chipre, la demandante fue impedida de regresar a Kyrenia y de hacer uso de sus tierras. En 1989, participó junto a otras mujeres en una marcha defendiendo el derecho de los refugiados chipriotas de origen griego a regresar a sus tierras en la zona ocupada por militares turcos, siendo arrestada. En julio de 1989, la señora Loizidou demandó a Turquía ante el TEDH alegando la violación de sus derechos a la libertad personal, integridad, vida privada y familiar, y al disfrute de la propiedad. En el procedimiento ante el TEDH, el Estado turco interpuso dos excepciones preliminares alegando la falta de competencia *ratione loci* del tribunal. En primer lugar, Turquía sostuvo que el TEDH carecía de competencia para conocer el caso porque los hechos no caían bajo la jurisdicción de Turquía, sino de la “República Turca del Norte de Chipre”. En segundo lugar, argumentó que Turquía no había aceptado la competencia de la Comisión Europea ni del Tribunal para conocer actos ocurridos fuera de su territorio metropolitano, de conformidad su declaración de aceptación de competencia de 1987. Véase párrafos 10 y siguientes.

(26) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loizidou vs. Turquía*. *Op. cit.* párrafo 62.

(27) Por ejemplo, la CIDH resolvió lo siguiente: “Si bien (estar sujeto a su jurisdicción) se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un *locus* extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su autoridad y control”. *Caso Coard y otros vs. Estados Unidos 10.951*. 29 de setiembre de 1999.

(28) Las reglas que regulan la responsabilidad internacional de Estado señalan que este responde por la actuación de sus agentes aun cuando actúen *ultra vires* o contraviniendo instrucciones. Al respecto, “a State may also be held responsible even where its agents are acting *ultra vires* or contrary to instructions. Under the Convention, a State’s authorities are strictly liable for the conduct of their subordinates; they are under a duty to impose their will and cannot shelter behind their inability to ensure that it is respected”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ilascu y otros vs. Moldavia y Rusia*. *Op. cit.* párrafo 319.

(29) Además, cabe señalar que Turquía ejercía el control sobre la denominada República Turca del Norte de Chipre (TRNC). “Such control, according to the relevant test and in the circumstances of the case, entails her responsibility for the policies and actions of the ‘TRNC’. Those affected by such policies or actions therefore come within the ‘jurisdiction’ of Turkey for the purposes of Article 1 of the Convention. Her obligation to secure to the applicant the rights and freedoms set out in the Convention therefore extends to the northern part of Cyprus”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loizidou vs. Turquía*. *Op. cit.* párrafo 56.

(30) “(...) The acquiescence or connivance of the authorities of a Contracting State in the acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdiction may engage that State’s responsibility under the Convention”. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loizidou vs. Turquía*. *Op. cit.* párrafo 81.

*Bélgica y otros*<sup>(31)</sup>, que para muchos significó un retroceso en la “teoría del control efectivo”.

En este fallo, el TEDH ratificó el carácter esencialmente territorial del concepto “jurisdicción” del artículo 1 del CEDH, añadiendo que cualquier escenario de extraterritorialidad resulta excepcional y requiere de sustento según las circunstancias cada caso<sup>(32)</sup>:

“The case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government”<sup>(33)</sup>.

Para las demandantes, el concepto de “jurisdicción” del artículo 1 facultaría a toda persona afectada por un acto imputable a un Estado parte del CEDH -dondequiera en el mundo que el acto sea cometido o despliegue sus efectos- a recurrir ante el TEDH<sup>(34)</sup>. El TEDH descartó tal tesis en la medida que el Convenio opera esencialmente en un contexto regional<sup>(35)</sup> y no ha sido diseñado para ser aplicado en cualquier parte del mundo. Además, aparentemente establece una nueva regla para

activar su competencia frente a actos extraterritoriales: es necesario que el territorio en cuestión hubiera sido normalmente cubierto por el Convenio (por ejemplo, en el Caso *Loizidou vs. Turquía*, antes de la invasión de Turquía, el CEDH era aplicable en el territorio de chipriota).

“(…) The Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention, in an essentially regional context and notably in the legal space (*espace juridique*) of the Contracting States. The Federal Republic of Yugoslavia clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States. Accordingly, the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights protection has so far been relied on by the Court in favour of establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention”<sup>(36)</sup>.

Por lo expuesto, el TEDH rechazó la existencia de un vínculo jurisdiccional entre las presuntas víctimas y los Estados demandados.

Luego de este caso, el TEDH abordó nuevamente la problemática de los actos extraterritoriales de Estado, esta vez frente a hechos desarrollados en Irak, es decir, un Estado no europeo. Así, en el Caso *Issa y otros vs. Turquía*<sup>(37)</sup>, a diferencia del Caso

(31) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bankovic y otros vs. Bélgica y otros*. Op. cit. Las demandantes son todas ciudadanas de la República Federal de Yugoslavia y acuden al TEDH en representación de sus familiares fallecidos en el bombardeo de la estación de Radio Televizije Srbije por parte de las fuerzas militares de la OTÁN el 23 de abril de 1999, durante el conflicto armado de Kosovo. Las demandantes imputan a los Estados Miembros de la OTÁN, y Estados partes del CEDH, la violación de los derechos a la vida, libertad de expresión y acceso a la justicia. Véase parágrafos 6 y siguientes.

(32) *Ibid.* Parágrafo 61.

(33) *Ibid.* Parágrafo 71.

(34) “Furthermore, the applicants notion of jurisdiction equates the determination of whether an individual falls within the jurisdiction of a Contracting State with the question of whether that person can be considered to be a victim of a violation of rights guaranteed by the Convention. These are separate and distinct admissibility conditions, each of which has to be satisfied in the afore-mentioned order, before an individual can invoke the Convention provisions against a Contracting State”. *Ibid.* parágrafo 75.

(35) En el caso del continente americano, no cabe duda de la vocación regional de la Organización de Estados Americanos (OEA). Así, en el Preámbulo de la Carta de la OEA se afirma que los Estados partes tienen como cierto que “la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”. Seguidamente se afirma que “el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. La misma idea se desprende del primer artículo de dicha Carta, en el cual se afirma que: “los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional”. En el artículo 2 de la Carta se enumeran los propósitos de la OEA, muchos de los cuales son de carácter regional. De igual manera, en el Preámbulo de la CADH, se lee lo siguiente: “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social (...)”.

(36) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bakovic y otros vs. Bélgica y otros*. Op. cit. parágrafo 80.

(37) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Issa y otros vs. Turquía*. Sentencia del 30 de marzo de 2005. Las demandantes son mujeres iraquíes dedicadas al pastoreo en el poblado de Azadi, Irak, cerca de la frontera con Turquía. En abril 1995, las demandantes se percataron que tropas turcas habían cruzado la frontera e ingresado en territorio iraquí, encontrándose cerca del área donde vivían y trabajaban. Señalan que cuando un grupo de once pastores partió del pueblo a realizar sus tareas de pastoreo, se encontraron con las tropas turcas, siendo agredidos por ellos. Según su versión, solo cuatro pastores regresaron al pueblo, encontrándose los cuerpos sin vida de los demás en los días siguientes. Las demandantes llevaron al Estado turco ante el TEDH por la supuesta violación de los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, vida privada y familiar, igualdad, entre otros. En una primera etapa del procedimiento, el Estado de Turquía confirmó que realizó operaciones militares en el norte de Irak, entre marzo y abril de 1995. Empero, señaló que las tropas solo avanzaron hasta el monte Medina, no existiendo indicios de la presencia de tropas militares en el área indicada por las demandantes, más aun si el pueblo de Azadi se encuentra a diez kilómetros al sur de la zona donde se llevaron a cabo las operaciones militares. En una segunda etapa del procedimiento, y conocido el Caso *Bankovic y otros*, el Estado turco interpuso una

*Loizidou vs. Turquía*, el TEDH declaró fundada la excepción *ratione loci* planteada por Turquía, pues si bien la presencia de tropas turcas en el norte de Irak fue un hecho reconocido por el Estado demandado, no existían pruebas suficientes sobre la presencia de las mismas en el poblado de Azadi, lugar donde ocurrieron los hechos objeto de controversia:

“The Court does not exclude the possibility that, as a consequence of this military action, the respondent State could be considered to have exercised, temporarily, effective overall control of a particular portion of the territory of northern Iraq. Accordingly, if there is a sufficient factual basis for holding that, at the relevant time, the victims were within that specific area, it would follow logically that they were within the jurisdiction of Turkey (...). However, notwithstanding the large number of troops involved in the aforementioned military operations, it does not appear that Turkey exercised effective overall control of the entire area of northern Iraq<sup>(38)</sup>.”

Como puede apreciarse, el Estado turco ejerció, por lo menos de manera temporal y parcial, el control efectivo sobre parte del territorio iraquí. Sin embargo, es por razones probatorias que el TEDH declara fundada la excepción preliminar interpuesta por Turquía. Algunos críticos opinan que con esta sentencia el TEDH ha fijado un estándar de pruebas muy alto para demostrar que un Estado ejerce jurisdicción extraterritorial, más aun en casos de operaciones encubiertas, donde evidentemente existen mayores restricciones probatorias<sup>(39)</sup>.

Cabe destacar, igualmente, que el TEDH aparentemente abandona la tesis desarrollada en el Caso *Bankovic y otros vs. Bélgica y otros* sobre la aplicación regional del CEDH a un *espace juridique* europeo, en la medida que acepta, por lo menos teóricamente, que Turquía pudo ejercer el control efectivo de una parte del territorio de un Estado no

europeo (y donde el CEDH no era “normalmente” aplicable). Esta cuestión sería ratificada en el caso que veremos enseguida.

En el Caso *Öcalan vs. Turquía*<sup>(40)</sup>, el más reciente de los mencionados, el TEDH señaló que el demandante, el señor Abdullah Öcalan, se encontró bajo la jurisdicción de Turquía desde el momento de su detención por agentes de seguridad turcos en territorio de Kenia.

“The Court notes that the applicant was arrested by members of the Turkish security forces inside an aircraft registered in Turkey in the international zone of Nairobi Airport. It is common ground that, directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was under effective Turkish authority and therefore within the ‘jurisdiction’ of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory. It is true that the applicant was physically forced to return to Turkey by Turkish officials and was under their authority and control following his arrest and return to Turkey<sup>(41)</sup>.”

Aunque en este caso no queda del todo claro si estamos ante un supuesto de control efectivo, de simple aplicación del principio de pabellón o de competencia *ratione personae*, nótese aquí que el TEDH declaró que el Estado demandado ejerció jurisdicción extraterritorial fuera del *espace juridique* europeo y, por lo tanto, era responsable de la vida e integridad física del demandante desde su detención en el continente africano. Esto contradice abiertamente lo sostenido en la sentencia del Caso *Bankovic y otros vs. Bélgica y otros*, aunque es prematuro saber si esto representa un giro definitivo en la jurisprudencia del TEDH.

Ahora bien, la denominada “teoría del control efectivo” no está restringida, sin embargo, a casos de ocupación militar. En realidad, esta teoría ha sido

excepción preliminar por incompetencia *ratione loci* del TEDH, a la luz de dicha sentencia (que en opinión de Turquía significaba un reconocimiento de que la jurisdicción extraterritorial es excepcional, y que el CEDH está circunscrito a un ámbito regional-europeo). Véase párrafos 10 y siguientes.

(38) *Ibid.* Párrafos 75 y 76.

(39) ABDEL-MONEM, Abdil. *The Long Arm of the European Convention of Human Rights and the Recent Development of Issa v. Turkey*. En: *Human Rights Brief*. American University, Center for Human Rights and Humanitarian Law. Volumen 12. Número 2. Washington D.C: 2006. pp. 9-11.

(40) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Öcalan vs. Turquía*. Sentencia del 12 de mayo de 2005. Abdullah Öcalan es un ciudadano turco y líder del Partido de Trabajadores de Kurdistan (PKK), sindicado por Turquía de ser responsable de la muerte de alrededor de diez mil personas como consecuencia de la perpetración de actos de terrorismo. En octubre de 1998, Öcalan fue expulsado de Siria, donde residía por largos años. Luego de intentar obtener infructuosamente asilo político en varios países europeos, Öcalan fue llevado a Kenia, donde fue recibido en Nairobi por agentes de la Embajada de Grecia. Ante la negativa del Embajador de Grecia de revelar la identidad de Öcalan a las autoridades de Kenia, el Ministro de Relaciones Exteriores de ese país señaló que la presencia de esa persona ponía en peligro la seguridad de su país, ante lo cual el Embajador aceptó llevar a Öcalan fuera de Kenia. El 15 de febrero, agentes de Kenia recogieron a Öcalan de la Residencia del Embajador de Grecia para llevarlo al aeropuerto. En el camino, luego de una discusión, el vehículo en el que iba Öcalan se salió del convoy, atravesó por una zona de seguridad y apareció en la pista de aterrizaje, al pie de un avión. Ahí se encontraban agentes de seguridad turcos que lo esperaban para llevarlo a su país. Öcalan permaneció 20 horas recluido en el avión antes de poder despegar. A su llegada a Turquía, fue recluido en la prisión de alta seguridad ubicada en la isla de Imrali, siendo luego condenado a pena de muerte por la Corte de Seguridad del Estado, pena conmutada posteriormente por la de cadena perpetua. Öcalan acudió al TEDH en 1999, donde alegó que el Estado turco había vulnerado, entre otros, sus derechos a la vida, libertad personal, debido proceso e integridad personal. Véase párrafos 13 y siguientes.

(41) *Ibid.* párrafo 91.

invocada por algunos Estados en circunstancias sin connotación militar.

Tal fue la situación suscitada en el Caso *Matthews vs. Reino Unido*<sup>(42)</sup>. La demandante, ciudadana de Gibraltar (territorio dependiente del Reino Unido donde resulta aplicable el CEDH), acudió al TEDH alegando la violación del artículo 3 del Protocolo 1 al CEDH (que prevé la obligación de los Estados de asegurar elecciones libres y democráticas) en tanto el Reino Unido no habría cumplido con convocar elecciones para el Parlamento Europeo en territorio de Gibraltar, en incumplimiento de las normas comunitarias sobre la materia.

Como parte de sus descargos, el Reino Unido argumentó que los actos adoptados por la Comunidad Europea, o como consecuencia de un requerimiento suyo, no podían ser imputados a los Estados miembros de la Comunidad, pues no ejercían sobre ellos un "control efectivo". Al respecto, el TEDH descartó la tesis del Estado por lo siguiente:

"The suggestion that the United Kingdom may not have effective control over the state of affairs complained of cannot affect the position, as the United Kingdom's responsibility derives from its having entered into treaty commitments subsequent to the applicability of Article 3 of Protocol 1 to Gibraltar, namely the Maastricht Treaty taken together with its obligations under the Council Decision and the 1976 Act. Further, the Court notes that on acceding to the European Community Treaty, the United Kingdom chose, by virtue of Article 227(4) of the Treaty, to have substantial areas of European Community legislation applied to Gibraltar"<sup>(43)</sup>.

De modo similar, en el Caso *Drodz y Janousek vs. Francia y España*<sup>(44)</sup>, los demandantes alegaron que Francia y España ejercían el control efectivo de las instituciones judiciales de Andorra, en razón de que el tribunal de ese Estado incluía jueces franceses y españoles. Al respecto, el tribunal sostuvo lo siguiente:

"Whilst it is true that judges from France and Spain sit as members of Andorran courts, they do not do so in their capacity as French or Spanish judges. Those courts (...) exercise their functions in an autonomous manner; their judgments are not subject to supervision by the authorities of France or Spain. Moreover, there is nothing in the case-file which suggests that the French or Spanish authorities

attempted to interfere with the applicants trial. Finally, it should be recalled that the secondment of judges or their placing at the disposal of foreign countries is also practised between member States of the Council of Europe, as is demonstrated by the presence of Austrian and Swiss jurists in Liechtenstein"<sup>(45)</sup>.

Habiendo analizado los principales casos del sistema europeo sobre la competencia extraterritorial del TEDH, podemos llegar a la siguiente conclusión: Cuando agentes del Estado A, militares o civiles, ejercen poder y autoridad (*de facto* o *de iure*) sobre personas situadas en el Estado B, o cuando los actos del Estado A despliegan sus efectos en el Estado B, debe presumirse que continúa la obligación del Estado A de respetar los derechos humanos pertinentes a la luz del artículo 1 del CEDH o de la CADH<sup>(46)</sup>. Empero, la cuestión de si los actos extraterritoriales han de ubicarse necesariamente dentro del espacio jurídico regional -implícito en el tratado de derechos humanos respectivo- para que el tribunal regional conserve competencia sobre el caso constituye, a la fecha, una discusión todavía lejos de estar resuelta. Como hemos visto en las páginas anteriores, la jurisprudencia europea está llena de avances y retrocesos en ese sentido.

#### 4. El ámbito *ratione loci* en el DIH

En términos generales, el ámbito de aplicación espacial de las normas del DIH está determinado por el contenido de una u otra norma en concreto. En este marco, la aplicación de estas normas puede referirse ya sea al ámbito geográfico en el cual se desenvuelven las hostilidades, como podría ser el caso de las normas relativas a los métodos y medios de conducción de hostilidades, o de manera más amplia, involucrar a la totalidad del territorio de una parte en conflicto. Lo segundo está ejemplificado en el régimen de protección de la población civil bajo ocupación de la parte adversaria<sup>(47)</sup>.

Así, tenemos que el régimen jurídico de los territorios bajo ocupación ha sido materia de un tratamiento de larga data en las normas del DIH y, en particular, de aquellas que regulan los conflictos armados internacionales.

Punto de partida y referente indiscutible es el artículo 43 del Reglamento de la Convención IV de la Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra

(42) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Matthews vs. Reino Unido*. Sentencia del 18 de febrero de 1999.

(43) *Ibid.* párrafo 34.

(44) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Drodz y Janousek vs. Francia y España*. *Op. cit.*

(45) *Ibid.* párrafo 96.

(46) MERON, Theodor. *Extraterritorialidad de los tratados sobre derechos humanos*. En: *American Journal of International Law* N° 89, 1995.

(47) Sobre el régimen de ocupación Sassòli y Bouvier señalan: "Las règles de DIH concernant les territoires occupés s'appliquent a chaque fois qu'un territoire, lors d'un conflit armé, passe sous le contrôle de l'ennemi de la puissance qui contrôlait ce territoire auparavant, ainsi que dans tous les cas d'occupation par un belligérant, même lorsqu'il ne rencontre pas de résistance armée et qu'il ne s'agit des lors d'un conflit armé". SASSÒLI, Marco y Antoine BOUVIER. *Un Droit dans la Guerre*. Volumen I. Ginebra: CICR, 2003. pp. 192-193.

Terrestre, el cual exige a la potencia ocupante hacer todo lo posible para restablecer y conservar el orden y la vida públicos en el territorio ocupado<sup>(48)</sup>. Además, entre otros aspectos, el Reglamento “prohíbe a la potencia ocupante obligar a la población a brindar información sobre sus propias tropas o medios de defensa; requiere que se respete el honor de la familia y las convicciones religiosas; prohíbe la confiscación de la propiedad privada así como el pillaje; prohíbe penalidades generales sobre la población y se califica a la potencia ocupante solo como administrador y usufructuario de las propiedades públicas; y, exige que las instituciones dedicadas a la religión, a la caridad, a la educación, a las artes y ciencias sean sujetas al tratamiento de propiedad privada”<sup>(49)</sup>.

Asimismo, los Convenios de Ginebra de 1949 requieren a las Altas Partes Contratantes respetar y hacer respetar los Convenios en todas las circunstancias, lo cual incluye también “todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia”<sup>(50)</sup>. El Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, de similar manera, determina su ámbito de aplicación en los casos de ocupación territorial<sup>(51)</sup>.

Sobre la base de las ideas precedentes en torno al régimen jurídico de un territorio bajo ocupación, resulta pertinente preguntarse si, además de las normas de DIH, resultan de aplicación extraterritorial los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Para tal fin, la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en el Caso de las *Consecuencias Legales de la Construcción de un muro en la Zona de Ocupación Palestina*<sup>(52)</sup>, nos proporciona una importante aproximación. En efecto, la CIJ llegó a la conclusión que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales así como también la Convención sobre los Derechos del Niño, de los cuales es parte el

Estado de Israel, se aplican extraterritorialmente en los territorios ocupados por este (Riviera Occidental y Gaza):

“(…) La Corte considera que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio (…).

Los territorios ocupados por Israel han estado sujetos durante más de 37 años a su jurisdicción territorial en calidad de potencia ocupante. En el ejercicio de las facultades de que dispone sobre esta base, Israel está obligado por las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño (...), ese instrumento contiene un artículo 2 según el cual los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción (...). La Convención es en consecuencia aplicable en el territorio palestino ocupado”<sup>(53)</sup>.

De esa forma, la CIJ coincide -aunque no lo señala de manera expresa- con el Comentario General 31 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas<sup>(54)</sup>. En un inicio, los pronunciamientos del Comité respecto a las comunicaciones individuales consideraron la no aplicación extraterritorial en situaciones de conflicto armado y ocupación militar. No obstante, con posterioridad el Comité tomó distancia de una interpretación literal del ámbito *ratione loci* del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -obligación de respetar y garantizar los derechos a todos los individuos “que se encuentren en su territorio y bajo su jurisdicción”-, en comunicaciones individuales en las que encontró que tenía jurisdicción en instancias excepcionales en el supuesto en el cual agentes estatales habían tomado acciones ilegales contra ciudadanos de un Estado que vivían en el extranjero<sup>(55)</sup>. En tal sentido, en el

(48) “Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, este tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”. Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907. Reglamento anexo a la Convención IV de la Haya, artículo 43.

(49) *Ibid.* Artículos 42 y siguientes. Cfr. Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, artículos 49, 53, 55 y 56.

(50) Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, artículo 2 común.

(51) Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, artículo 3. Principio y fin de la aplicación. Sin perjuicio de las disposiciones aplicables en todo momento: (...) b) la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo cesará, en el territorio de las Partes en conflicto, al término general de las operaciones militares y, en el caso de territorios ocupados, al término de la ocupación, excepto, en ambas circunstancias, para las personas cuya liberación definitiva, repatriación o reasentamiento tenga lugar posteriormente.

(52) CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA. *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004.

(53) *Ibid.* párrafos 110, 112 y 113.

(54) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIONES UNIDAS. *Comentario General 31*. UN Doc.CCPR/C/21/Rev. 2004

(55) Véase los siguientes pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de la ONU: *Caso López Burgos vs. Uruguay. Comunicación 52/1979*. UN Doc. CCPR/C/13/D/52/1979. 1981; *Caso Celiberti de Casariego vs. Uruguay. Comunicación 56/1979*. UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979. 1981; y *Caso Montero vs. Uruguay. Comunicación 106/1981*. UN Doc. CCPR/C/OP/2. 1983/1990. Los Casos *Burgo* y *Celibeti* involucraron el secuestro de ciudadanos uruguayos por agentes secretos uruguayos en Brasil y Argentina; mientras que el Caso *Montero* se generó a raíz de la confiscación del pasaporte de un ciudadano uruguayo por el consulado uruguayo en Alemania.

Comentario General 31 el Comité refleja tal cambio de criterio como se puede desprender del siguiente párrafo:

“States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party. This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation”<sup>(56)</sup>.

No obstante lo expuesto, la posición de la CIJ y del Comité de Derechos Humanos han sido criticadas fuertemente por un sector importante de la doctrina<sup>(57)</sup>. El fundamento de tal crítica resulta básicamente de la conjunción de una interpretación literal-sistemática, cierta práctica estatal y la revisión de los *travaux préparatoires* que impedirían la aplicación extraterritorial de los tratados de DIDH en un territorio bajo ocupación o en contexto de conflicto armado. La idea subyacente es que el DIH, al ser una *lex specialis* frente al DIDH, debe ser aplicado en situaciones de conflicto armado y ocupación de territorios<sup>(58)</sup>. Por lo tanto, el DIH no puede ser remplazado por las normas del DIDH cuya aplicación extraterritorial no sería factible en el desarrollo de las hostilidades.

Sobre la práctica estatal que respalda la crítica mencionada, podemos mencionar el Caso *Al Skeini y otros vs. Secretary of State for Defense*, el cual involucró alegaciones de violaciones al CEDH por parte de fuerzas de ocupación británicas en Irak. La Alta Corte de Inglaterra y Gales concluyó que el “dictamen amplio” del Caso *Issa y otros vs. Turquía*

fue inconsistente con el Caso *Bankovic y otros vs. Bélgica y otros*<sup>(59)</sup>. En tal sentido, la Alta Corte señaló haciendo referencia *inter alia* que:

“(...) That as a result the article 1 jurisdiction does not extend to a broad, world-wide extra-territorial personal jurisdiction arising from the exercise of authority by party states agents anywhere in the world, but only to an extra-territorial jurisdiction which is exceptional and limited and to be found in specific cases recognised in international law. (...) There remains the question whether the deaths with which we are concerned can come within the other recognised exception as resulting from the extra-territorial activity of state agents. (...) To broaden the exception currently under discussion into one which extends extra-territorial jurisdiction to the situations concerned in the case (...) would be illegitimate in two respects: it would drive a coach and horses through the narrow exceptions illustrated by such limited examples, and it would side-step the limitations we have found to exist under the broader (albeit still exceptional) doctrine of ‘effective control of an area’. Although article 2 claims are of course a matter of particular and heightened concern, if jurisdiction existed in these five cases, there would be nothing to stop jurisdiction arising, or potentially arising, across the whole range of rights and freedoms protected by the Convention”<sup>(60)</sup>.

De lo anterior, podemos señalar que la Alta Corte, sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, ha establecido que la jurisdicción de un Estado parte, según el artículo 1 del CEDH, es esencialmente territorial. La extraterritorialidad se extiende a puestos de avanzada de la autoridad estatal en el extranjero, tales como embajadas y consulados. A su vez, esta excepción puede aplicarse a una prisión operada por un Estado parte en el territorio de otro Estado con el consentimiento de este segundo Estado, el cual no sea parte del CEDH, incluso si tal territorio está bajo un control efectivo del primer Estado<sup>(61)</sup>.

(56) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIONES UNIDAS. *Comentario General 31*. *Op. cit.* párrafo 10.

(57) Véase, entre otros a DENNIS, Michael. *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*. En: *American Journal of International Law*. Volumen IC. Número 1, 2005. pp. 119-141.

(58) Sobre este punto la CIJ ha señalado en su opinión consultiva sobre la legalidad del uso o amenaza de las armas nucleares que: “the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one’s life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities. Thus whether a particular loss of life, through the use of a certain weapon in warfare, is to be considered an arbitrary deprivation of life contrary to Article 6 of the Covenant, can only be decided by reference to the law applicable in armed conflict and not deduced from the terms of the Covenant itself”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Legalidad de la Amenaza o Uso de las Armas Nucleares*. Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996. párrafo 25. No obstante, de la lectura del texto transcrito no resulta demasiado claro si puede ser utilizado como una base para una aplicación más amplia de los tratados de derechos humanos extraterritorialmente, que incluyan períodos de conflictos armados o situaciones de ocupación militar.

(59) Véase *supra* sección 1.

(60) ALTA CORTE DE INGLATERRA Y GALES. *Caso Al Skeini y otros vs. Secretary of State for Defence*. Decisión de 14 de diciembre de 2004. párrafos 269, 284 y 285. En: <http://www.baillii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2004/2911.html>

(61) La Alta Corte hizo referencia a cierta práctica estatal para respaldar su razonamiento y por ende puntos resolutivos: “(...) It seems to us

De otro lado, en el ámbito jurisprudencial americano, podemos citar la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el Caso *Rasul vs. Bush*<sup>(62)</sup> respecto a la aplicabilidad a doce detenidos en la Bahía de Guantánamo del derecho a invocar *habeas corpus*. Las instancias inferiores habían rechazado las peticiones sobre la base de falta de jurisdicción, al sostener que los extranjeros detenidos fuera del territorio soberano de los Estados Unidos no pueden invocar la acción de *habeas corpus*. La Corte Suprema, en decisión por mayoría, sostuvo que existía jurisdicción sobre el estatuto americano relevante, el cual autoriza a las cortes distritales “dentro de sus respectivas jurisdicciones” a recibir demandas de *habeas corpus* presentadas por personas que invoquen estar en custodia en violación de las leyes de Estados Unidos. Asimismo, se afirmó que tales jurisdicciones se extienden a los extranjeros que se encuentran en un territorio fuera de los Estados Unidos en el cual este ejerza jurisdicción plena y exclusiva incluso sin una soberanía definitiva. La Corte Suprema recuerda que, por acuerdo de 1903 -confirmado en 1934- los Estados Unidos reconocieron la soberanía definitiva de Cuba sobre la Bahía de Guantánamo. No obstante, Cuba aceptó que durante el período de ocupación, Estados Unidos ejercería su completa jurisdicción y control sobre y dentro de las respectivas áreas. En tal sentido, la Corte Suprema concluyó que:

“(...) By the express terms of its agreements with Cuba, the United States exercises ‘complete jurisdiction and control over the Guantanamo Bay Naval Base, and may continue to exercise such control permanently if it so chooses. 1903 Lease Agreement, Article III y 1934 Treaty, Article III. Respondents themselves concede that the habeas statute would create federal-court jurisdiction over the claims of an

American citizen held at the base. Considering that the statute draws no distinction between Americans and aliens held in federal custody, there is little reason to think that Congress intended the geographical coverage of the statute to vary depending on the detainee’s citizenship. Aliens held at the base, no less than American citizens, are entitled to invoke the federal court’s authority”<sup>(63)</sup>.

En todo caso, sea que estemos a favor de una u otra posición, no podemos dejar de reconocer que la propia CIJ reconoció de manera expresa al DIH como *lex specialis* y, a la vez, la posibilidad de suspender la aplicación de normas de tratados de DIDH en los supuestos de conflicto armado, entre otros:

“(...) La Corte considera que la protección que ofrecen los convenios y convenciones de Derechos Humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que figuran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (y sus homólogos artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En cuanto a la relación entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de los Derechos Humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el Derecho Internacional Humanitario, otros pueden estar contemplados exclusivamente en el Derecho de los Derechos Humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del Derecho Internacional. Para responder a la cuestión que se le ha planteado, la Corte tendrá que tomar en consideración ambas ramas del Derecho Internacional, es decir, el Derecho de los Derechos Humanos y, como *lex specialis*, el Derecho Internacional Humanitario”<sup>(64)</sup>.

that it is not at all straining the examples of extra-territorial jurisdiction discussed in the jurisprudence considered above to hold that a British military prison, operating in Iraq with the consent of the Iraqi sovereign authorities, and containing arrested suspects, falls within even a narrowly limited exception exemplified by embassies, consulates, vessels and aircraft, and in the case of *Hess v. United Kingdom*, a prison. It seems to us that our interpretation of *Drozdz* also lends support to our conclusion, as do the two cases discussed (at paras 220/221 above) from Canada and the United States, viz *Cook v. The Queen* and *Rasul v. Bush*. We can see no reason in international law considerations, nor in principle, why in such circumstances the United Kingdom should not be answerable to a complaint, otherwise admissible, brought under articles 2 and/or 3 of the Convention”. *Ibid.* parágrafo 287.

(62) Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Caso Rasul y otros vs. Bush*. Presidente de los Estados Unidos de América. Decisión de 28 de junio de 2004. En: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-334.pdf>

(63) La Corte Suprema también indicó que: “Application of the habeas statute to persons detained at the base is consistent with historical reach of the writ of *habeas corpus*. At common law, courts exercised habeas jurisdiction over the claims of aliens detained within sovereign territory of the realm, as well as the claims of persons detained in the so-called “exempt jurisdiction”. *Ibid.* pp. 13 y 14.

(64) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino*. *Op. cit.* parágrafo 106.

En lo referente a la pregunta de si los tribunales internacionales de Derechos Humanos pueden aplicar directamente DIH, podemos hacer referencia a la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH. En efecto, ambas cortes han señalado que si bien no pueden aplicar directamente normas de DIH, la utilización de sus principios, normas convencionales y consuetudinarias es de la mayor importancia para una adecuada interpretación de la violación de normas de los respectivos tratados de Derechos Humanos, particularmente las que pertenecen al núcleo duro de Derechos Humanos como el derecho a la vida o a la integridad física.

A nivel del *case law* de la CIDH véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. parágrafo 207; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Las Palmeras vs. Colombia* (Excepciones Preliminares). Sentencia de 4 de febrero de 2000. parágrafo 33. En su momento la CIDH sugirió la aplicación directa del DIH: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Tablada*. parágrafo 161. Véase también: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Las Palmeras vs. Colombia*. *Op. cit.* parágrafos 28 y siguientes.

Un aspecto final y directamente vinculado al tema de este punto es la determinación del grado de control que tiene el Estado sobre un órgano *de facto* o *de iure* para así identificar a las partes involucradas en un conflicto armado y, por consiguiente, la aplicación del respectivo régimen jurídico. De esa manera, y complementariamente al desarrollo detallado sobre la materia en el punto anterior a la luz de la jurisprudencia del TEDH, aquí haremos una referencia general a la jurisprudencia internacional relativa al DIH. Como punto de partida tenemos que la CIJ en el Caso *Nicaragua vs. Estados Unidos* utilizó el denominado *test* del “control específico”, el cual implica un elevado nivel de control para poder atribuir responsabilidad internacional a los Estados Unidos en relación a las acciones de los Contras que lucharon en un conflicto armado no internacional contra el gobierno sandinista de Nicaragua<sup>(65)</sup>.

Como corolario de lo anterior, solo se atribuyó responsabilidad internacional a los Estados Unidos en algunos casos en los que se dio tal grado de control elevado. Esa perspectiva fue acogida por la Cámara de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (en adelante TPIEY) en el Caso *Prosecutor vs. Tadic*<sup>(66)</sup>, con lo cual no se consideró como conflicto armado interno internacionalizado<sup>(67)</sup>, el conflicto acaecido en el territorio de Bosnia-Herzegovina entre los bosnio-serbios (respaldados por Serbia) y los bosnio-musulmanes<sup>(68)</sup>. Sin embargo, la Cámara de Apelación del TPIEY en el mismo asunto señaló que, en el caso de grupos que se organizaran bajo una estructura militar -por

ejemplo el caso de grupos paramilitares- el criterio de “control efectivo” no era el más indicado, a diferencia del caso de un individuo privado o de un grupo organizado de manera no militar. Para ello, se tomó en cuenta el criterio de control general *-overall control-* que implica:

“(…) control by a State over subordinate armed forces or militias or paramilitary units may be of an overall character and must comprise more than mere provision of financial assistance or military equipment or training. [El test del *overall control* requiere que un Estado] has a role in organizing, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing and equipping or providing operational support to that group [pero que] does not go so far as to include the issuing of specific orders by the State, or its direction of each individual operation”<sup>(69)</sup>.

De esa forma se consideró que se había producido una internacionalización del conflicto armado no internacional acaecido en el territorio de la ex Yugoslavia por la participación de Serbia, con lo cual la Cámara de Apelación del TPIEY consideró aplicables normas que regulan conflictos armados internacionales brindándose así una mayor protección a las víctimas<sup>(70)</sup>.

## 5. El ámbito *ratione loci* en la jurisdicción penal internacional

En este punto analizaremos la jurisdicción de los tribunales penales internacionales en función del

En lo referente a la jurisprudencia del TEDH: Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Loizidou vs. Turquía*. Sentencia de 18 de diciembre de 1996. párrafo 43; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bankovic vs. Bélgica*. Decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ergi vs. Turquía*. Sentencia de 28 de julio de 1998; TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gulec vs. Turquía*. Sentencia de 27 de julio de 1998; -en sentido contrario- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Engel vs. Holanda*. Sentencia de 23 de noviembre de 1976.

- (65) “(…) whether or not the relationship of the contras to the United States Government was so much one of dependence on the one side and control on the other that it would be right to equate the *contras*, for legal purposes, with an organ of the United States Government, or as acting on behalf of that Government”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. *Caso de las actividades paramilitares y militares en y contra Nicaragua*. *Op. cit.* párrafo 109.
- (66) “(…) while, as in the *Nicaragua* case, the evidence available to this Trial Chamber clearly shows that the ‘various forms of assistance provided’ to the armed forces of the *Republika Srpska* by the Government of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) was ‘crucial to the pursuit of their activities’ and, as with the early years of the *contras* activities, those forces were almost completely dependent on the supplies of the VJ to carry out offensive operations, evidence that the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) through the VJ ‘made use of the potential for control inherent in that dependence’, or was otherwise given effective control over those forces and which it exercised, is similarly insufficient”. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor vs Tadic, IT-94-1-T*. Opinión y fallo de 7 de mayo de 1997. párrafo 605.
- (67) Un conflicto armado no internacional puede internacionalizarse en los casos siguientes: “a) El Estado víctima de una insurrección reconoce a los insurgentes como beligerantes; b) uno o varios extranjeros intervienen con sus propias fuerzas armadas en favor de una de las partes; c) dos Estados intervienen con sus fuerzas armadas a favor de una de las partes (...)”. VERRI, Pietro. *Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2002. p. 26.
- (68) “The consequence of this finding, as far as this trial is concerned, is that, since Article 2 of the Statute is applicable only to acts committed against ‘protected persons’ within the meaning of the Geneva Conventions, and since it cannot be said that any of the victims, all of whom were civilians, were at any relevant time in the hands of a party to the conflict of which they were not nationals, the accused must be found not guilty of the counts which rely upon that Article (...)”. *Ibid.* párrafo 608.
- (69) TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor vs. Tadic, IT-94-1-A*. Sentencia de 15 de julio de 1999. párrafo 137.
- (70) Tal perspectiva de la Cámara de Apelación es conforme a la práctica estatal, así como a los pronunciamientos de órganos judiciales (Caso *Loizidou*), órganos cuasi jurisdiccionales (asunto de la Matanza de Río Frío ante la CIDH), así como tribunales arbitrales como el

ámbito espacial, sobre el que pueden ejercer sus funciones. Se hará énfasis en el caso de la CPI dada su importancia actual como expresión de la jurisdicción penal internacional. En tal sentido, se estudiará la problemática y supuestos de competencia *ratione loci* de esta área del DPI.

Como punto de partida, podemos señalar que los tribunales militares internacionales de Nüremberg y Tokio debido a su naturaleza *ad hoc* y, por lo tanto excepcional, tenían delimitado su ámbito de competencia territorial en sus respectivos estatutos. Ámbito espacial que, como resulta lógico, se configuró por los espacios geográficos - particularmente los territorios ocupados- en los que se cometieron los crímenes contra la paz, contra la humanidad y de guerra, durante la Segunda Guerra Mundial<sup>(71)</sup>. Desde esta perspectiva con estos tribunales se empieza a quebrar el binomio clásico de soberanía estatal-jurisdicción penal. Este binomio que también puede ser apreciado en el *ius puniendi*

exclusivo y excluyente ejercido por el Estado en relación a los crímenes cometidos en su territorio, empieza a ceder terreno a una, hasta entonces, desconocida jurisdicción penal internacional.

Ahora bien, en la década pasada la comunidad internacional institucionalizada a través del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, respondió frente a los crímenes de guerra, genocidio y de lesa humanidad cometidos en la ex Yugoslavia y Ruanda por medio de la creación de los respectivos tribunales penales internacionales *ad hoc*. Dentro de este contexto, de la revisión del Estatuto del TPIEY podemos constatar que existe una equiparación entre la noción de territorio de ese Estado y la competencia *ratione loci* de esta jurisdicción penal internacional toda vez que el tribunal ejerce jurisdicción sobre “las violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas a partir de 1991 en el territorio de la ex Yugoslavia”<sup>(72)</sup>. En el caso de Ruanda, si bien en principio hay una equivalencia entre la competencia

de Irán-Estados Unidos el cual señaló que: “(...) the new government accepted their activity in principle and their role in the maintenance of public security, calls for more discipline, phrased in general than specific terms (...). Under international law Iran, cannot, on the one hand, tolerate the exercise of governmental authority by revolutionary ‘Komitehs’ or ‘Guards’ and at the same time deny responsibility for wrongful acts committed by them”. *Asunto Kenneth P. Yeager vs. The Islamic Republic of Iran*. Citado por: KRESS, Claus. *L'organe de facto en droit international public. Réflexions sur l'imputation a l'État de l'acte d'un particulier a la lumière des développements récents*. En: *Revue Générale de Droit International Public*. Tomo CV. Número 1, 2005. p. 111.

(71) Es en este contexto, a través del Acuerdo de Londres, que las potencias vencedoras deciden constituir el Tribunal de Nüremberg, estableciéndose de manera expresa que “there shall be established after consultation with the Control Council for Germany an International Military Tribunal for the trial of war criminals whose offenses have no particular geographical location (...)”. Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, artículo 1. En: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtchart.htm>. Similar situación caracterizó la competencia territorial del Tribunal Militar Internacional de Tokio respecto a los crímenes cometidos en el lejano oriente. Nos interesa resaltar que la redacción antes citada es un ejemplo claro de la amplitud territorial sobre la cual se basó la jurisdicción del Tribunal de Nüremberg (y también el de Tokio) máxime si recordamos que de manera expresa en el preámbulo del Acuerdo de Londres se encuentra idéntica redacción, precisamente sin ligar su comisión al territorio de un(os) Estado(s) en concreto, aunque como es lógico dentro del marco general de lo que se denominó “Europa ocupada”.

Acuerdo de Londres, preámbulo, párrafos 3 y 4. (...) AND WHEREAS the Moscow Declaration of the 30th October 1943 on German atrocities in Occupied Europe stated that those German Officers and men and members of the Nazi Party who have been responsible for or have taken a consenting part in atrocities and crimes will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of these liberated countries and of the free Governments that will be created therein.

AND WHEREAS this Declaration was stated to be without prejudice to the case of major criminals whose offenses have no particular geographical location and who will be punished by the joint decision of the Governments of the Allies; (...).

Respecto al Tribunal de Tokio, se debe mencionar que los Estados que tomaron parte en la acusación y en el juicio fueron: Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido, India, Estados Unidos, Filipinas, China, la ex Unión Soviética, Francia y los Países Bajos. Evidencia relativa a Manchuria, Mongolia, Tailandia, Camboya, Burneo y las posesiones territoriales portuguesas en el este de Asia fue también ofrecida por el Fiscal y recibida como tal por el Tribunal. No obstante, ninguno de estos Estados o territorios fueron reconocidos como “haber estado en guerra” con Japón, por lo que no fueron asociados formalmente con los procedimientos.

Por otro lado, se debe precisar que las competencias *ratione materiae* de los Tribunales de Nüremberg y Tokio fueron respectivamente: artículos 6.a y 5.a (crímenes contra la paz); artículos 6.b y 5.b (crímenes de guerra); artículos 6.c y 5.c (crímenes contra la humanidad).

(72) Estatuto del TPIEY, artículo 1.

El Estatuto de este tribunal define a la jurisdicción territorial en términos clásicos en tanto abarca “(...) el territorio de la ex República Federativa Socialista de Yugoslavia, con inclusión de su superficie terrestre, su espacio aéreo y sus aguas territoriales”. Estatuto del TPIEY, artículo 8.

Resulta relevante enfatizar que si bien la verificación del criterio *ratione loci* es necesario para activar la jurisdicción del TPIEY, no resulta suficiente. En efecto, el *case law* del TPIEY ha exigido un vínculo entre los crímenes de competencia *ratione materiae* del TPIEY con el conflicto armado desarrollado en el territorio de la ex Yugoslavia, como se puede apreciar claramente en el siguiente pasaje: “The existence of an armed conflict or occupation and the applicability of international humanitarian law to the territory is not sufficient to create international jurisdiction over each and every serious crime committed in the territory of the Former Yugoslavia. For a crime to fall within the jurisdiction of the International Tribunal, a sufficient nexus must be established between the alleged offence and the armed conflict which gives rise to applicability of international humanitarian law”. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor vs Tadic, IT-94-1-T*. Opinión y fallo de 7 de mayo de 1997. párrafo 572.

De otra parte, se debe precisar que la competencia *ratione materiae* de este tribunal es la siguiente: infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2), violaciones de las leyes o prácticas de guerra (artículo 3), genocidio (artículo 4) y crímenes contra la humanidad (artículo 5).

*ratione loci* del tribunal y el territorio ruandés; la primera es más amplia, en tanto el tribunal puede determinar responsabilidad individual por los crímenes cometidos en el territorio de Estados vecinos, y en concreto en los campos de refugiados<sup>(73)</sup>.

Antes de pasar a analizar el Estatuto de la CPI, podemos referirnos a los tribunales penales mixtos o llamados también internacionalizados que, además del caso kosovés, se han establecido por acuerdo -entre la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas y los Estados respectivos- en Sierra Leona, Timor Oriental y Camboya. En estos casos, existe equivalencia entre la competencia *ratione loci* de los tribunales y los territorios de los correspondientes Estados<sup>(74)</sup>.

En lo que se refiere a la competencia *ratione loci* de la CPI, el estatuto de la CPI o Estatuto de Roma parte del principio de soberanía estatal, toda vez que la jurisdicción de la Corte es complementaria, en tanto los tribunales de un Estado parte del estatuto de la CPI tendrán *prima facie* competencia sobre los crímenes cometidos en el territorio de ese Estado. En todo caso, la CPI actuará, en términos generales, en los casos en que tal Estado no pueda o no quiera sancionar a los responsables de los crímenes competencia *ratione materiae* de la CPI<sup>(75)</sup>.

En tal sentido, si el crimen es cometido por un individuo en el territorio de un Estado parte, la CPI tiene jurisdicción de conformidad con lo señalado de manera expresa en el artículo 12 de su estatuto<sup>(76)</sup>. Como puede deducirse, esta disposición es conforme con el principio de soberanía estatal, pues la jurisdicción de la CPI está sujeta a la ratificación del estatuto por el Estado respectivo. No obstante, la jurisdicción de la CPI no está limitada solo a un criterio territorial, ya que cuando un Estado parte o el fiscal remiten un caso se puede considerar el criterio de personalidad activa -nacionalidad del perpetrador-.

En este punto, es de valía recodar que durante la Conferencia Diplomática de Roma, que dio origen a la CPI, existieron dos posiciones encontradas sobre la exigencia o no de la condición de la nacionalidad del Estado parte para activar la jurisdicción de la CPI. Los Estados Unidos enfatizaron que el eventual sometimiento a la jurisdicción de la CPI de sus efectivos que actúan en operaciones multinacionales -operaciones humanitarias incluidas- sin que Estados Unidos sea parte del estatuto -por el criterio territorial, sin considerar el criterio de nacionalidad activa-, podría desalentar tales operaciones<sup>(77)</sup>. Lo cierto es que, si bien la posición americana no prosperó, el gobierno de los Estados Unidos ha suscrito una serie de acuerdos bilaterales -los

- (73) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, artículo 1. El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses, presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas "en el territorio de Estados vecinos". Pese a que el término "Estados vecinos" no es definido, el Consejo de Seguridad tuvo en consideración principalmente los campos de refugiados en Zaire y otros Estados vecinos (Burundi, Uganda y Tanzania) en los cuales se alegó la comisión de violaciones serias del DIH, en conexión con el conflicto armado en territorio ruandés. Lo anterior se confirmó, en su momento, por la Resolución 978 del Consejo de Seguridad la cual incluyó numerosas referencias a las condiciones y actos de violencia ocurridos en campos de refugiados fuera del territorio ruandés o en los campos de refugiados cerca de los límites de Ruanda: "(El Consejo de Seguridad) Insta a los Estados en cuyo territorio se hayan producido actos graves de violencia dentro de campamentos de refugiados a que arresten y detengan, de conformidad con su derecho interno y las normas pertinentes del derecho internacional, a las personas contra las cuales haya pruebas suficientes de que han incitado actos de ese tipo o han participado en ellos, y a que entreguen a esas personas a las autoridades competentes a los fines de su enjuiciamiento, e insta también a los Estados interesados a que mantengan al tanto al Secretario General de las medidas que hayan tomado con ese objeto". S/RES/978 (1995). Resolución de 27 de febrero de 1995. párrafo 5. De otro lado, cabe recordar que la competencia *ratione materiae* de este tribunal comprende: genocidio (artículo 2), crímenes contra la humanidad (artículo 3), violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y al Protocolo adicional II.
- (74) A manera de ejemplo, podemos mencionar el artículo 1 (Competencia de la Corte Especial) del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona que establece que: "1. The Special Court shall, except as provided in subparagraph (2), have the power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone (...)."
- (75) La competencia *ratione materiae* de la CPI está constituida por: crimen de agresión (artículo 5.2.d) que está a la espera de definición; genocidio (artículo 6); crímenes de lesa humanidad (artículo 7) y crímenes de guerra (artículo 8). Sobre el tema de la relación de complementariedad entre la CPI y los tribunales nacionales véase artículos 1 y 17.
- (76) Estatuto de la CPI, artículo 12. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia 2. (...) la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son Partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:  
"a) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave".
- (77) Sobre el particular, la posición americana puede ser sintetizada en las siguientes palabras de Wedgwood: "(...) A broad criminal jurisdiction has certainly been exercised by the United States in the prosecution of extraterritorial conduct in the field of narcotics, securities regulation and antitrust, among others. But there is arguably a difference between exercising jurisdiction as part of national criminal justice authority, and turning a defendant over an international body in which his own state has chosen not to participate. All states claiming territorial integrity and political independence within the Westphalian system are bound to respect the domestic governance of other countries, including their legitimate exercise of public authority over criminal behaviour, limited by the jurisdictional rules of International Law. But, one might argue, states are not obliged to participate in an international body. The genius behind the Rome Statute was to build a stable regime founded on state consent rather than the peremptory authority of the Security Council. It may, then, seem in tension to prosecute third party nationals under that regime". WEDGWOOD, Ruth. *The International Criminal Court: An American View*. En: *European Journal of International Law*. Volumen X. Número 1, 1999. p. 99.

llamados SOFA- precisamente para evitar que las fuerzas de mantenimiento de paz o tropas americanas emplazadas en Estados extranjeros partes del estatuto de la CPI, sean sometidas ya sea a las jurisdicciones nacionales o a la jurisdicción complementaria de la CPI<sup>(78)</sup>.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que en el supuesto de que los crímenes hayan sido cometidos en el territorio de un Estado parte, siendo el acusado nacional de un Estado que no ha ratificado el estatuto de la CPI o que no ha reconocido su jurisdicción, la participación de la CPI solo puede darse en dos casos. Primero, si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas lo determina de conformidad con el estatuto de la CPI; segundo, si el Estado no parte en cuyo territorio se cometió el crimen ha hecho una declaración, por la que acepta la competencia de la CPI, de conformidad con el artículo 12.3 del estatuto de la CPI<sup>(79)</sup>. Esta declaración, debe ser expresa e inequívoca, y también debe precisar respecto a qué crímenes se aplica. En tal sentido, por ejemplo, un Estado no parte del estatuto de la CPI podrá, a través de la citada declaración, activar la competencia *ratione loci* de la CPI para los crímenes cometidos en su territorio.

De otra parte, incluso con respecto a los Estados partes tenemos un factor que altera el ejercicio de la competencia *ratione loci* de la CPI. En este contexto, según el artículo 124 -aplicable solo a crímenes de guerra- se da a los Estados partes, la posibilidad de no aceptar transitoriamente la competencia de la CPI para los crímenes cometidos en su territorio<sup>(80)</sup>. Se observa con claridad que se suscita un problema de interacción entre los artículos 124 y 12. Esta situación

se complica si consideramos que el estatuto de la CPI no contempla el supuesto en el que, por un lado, el Estado en cuyo territorio se cometió el crimen es parte del estatuto y, por otro lado, el Estado de nacionalidad del sospechoso es también parte del estatuto pero ha efectuado la declaración aludida.

Pese a los problemas expuestos, tenemos que la actuación del Consejo de Seguridad sobrepasa los límites de conexión territorial o personalidad activa antes citados. En efecto, el Consejo de Seguridad, de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, puede remitir una situación en la que haya probabilidad de haberse configurado alguno o varios crímenes de competencia de la CPI, sin necesidad de algún vínculo de conexión<sup>(81)</sup>, lo cual alude a una especie de jurisdicción universal<sup>(82)</sup>.

Consideramos que, de conformidad con los fines tanto del DIH como del DPI -proteger a las víctimas y evitar la impunidad- la posibilidad amplia -sin restricciones de tipo territorial- del Consejo de Seguridad de activar la jurisdicción de la CPI es un avance de gran importancia. Esta observación se ha verificado en la práctica reciente toda vez que el Consejo remitió la situación acaecida en la región de Darfur, Sudán -Estado que firmó pero no ratificó el Estatuto de Roma- a través de la Resolución 1593. Sin el mecanismo otorgado al Consejo, la CPI habría sido impedida *ex ante* de determinar responsabilidad internacional individual por los crímenes de lesa humanidad y de guerra acaecidos en Darfur, como se desprende de la propia Resolución del Consejo:

"[El Consejo de Seguridad] 1. Decide remitir la situación en Darfur desde el 1 de julio de 2002 al Fiscal de la Corte Penal Internacional. (...) Alienta también a

(78) En este sentido, los abogados del departamento de Estado de los Estados Unidos han intentado alterar la aplicación del artículo 98.2 -cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega-, a través de la elaboración de tratados (*Status of forces agreements-SOFA*) que protejan a todos los nacionales americanos de la CPI.

(79) Estatuto de la CPI, artículo 12. Condiciones previas para el ejercicio de la competencia. (...) 3. Si la aceptación de un Estado que no sea Parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX.

(80) Estatuto de la CPI, artículo 123. Disposición transitoria. (...) un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 (crímenes de guerra) cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio (...). Esta declaración constituye, de igual forma, el único posible obstáculo a una eventual remisión de un caso por el Consejo de Seguridad ante la CPI.

(81) Estatuto de la CPI, artículo 13. Ejercicio de la competencia. La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si (...):

(...) c) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes.

(82) Se debe precisar que la jurisdicción universal consiste en la posibilidad según la cual un tribunal nacional juzgue a individuos sin la necesidad de que el crimen se haya cometido en el territorio del Estado respectivo -principio de territorialidad-, que el perpetrador sea nacional de ese Estado -principio de nacionalidad activa-, o que la víctima sea nacional de ese Estado -principio de nacionalidad pasiva-; criterios que rigen de manera general las competencias de los tribunales nacionales. Asimismo, la jurisdicción universal respecto a los crímenes de Derecho Internacional puede ser de origen convencional o consuetudinario. En cualquier caso, como señala Antonio Cassese, el ejercicio de jurisdicción universal en el caso de crímenes internacionales, debido a la naturaleza de los intereses vulnerados, no equivale a una "breach of the principle of sovereign equality of States, nor does it lead to undue interference in the internal affairs of the State where the crime has been perpetrated". CASSESE, Antonio. *International Law*. 2da. edición. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 452.

la Corte a que, según corresponda y de conformidad con el Estatuto de Roma, apoye la cooperación internacional con medidas nacionales destinadas a promover el imperio de la ley, proteger los Derechos Humanos y combatir la impunidad en Darfur<sup>(83)</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, este supuesto como sugiere Bourgon<sup>(84)</sup>, estaría restringido por la declaración del artículo 124, en tanto si bien el Consejo de Seguridad no está restringido a crímenes cometidos en el territorio de un Estado parte, no podría actuar *ultra vires* frente a la declaración expresa de un Estado parte, declaración que en todo caso es de carácter temporal.

Finalmente, como supuestos adicionales de competencia *ratione loci* de la CPI y no previstos de forma expresa en su estatuto tenemos, en primer lugar, el caso que un crimen sea cometido en el territorio de dos Estados. Si los dos Estados son partes del estatuto de la CPI no habrá ningún problema. No obstante, si solo uno de ellos lo es, entonces se deberá tener en cuenta que ya sea que el crimen se cometa en todo o en parte dentro de un territorio existirá jurisdicción territorial<sup>(85)</sup>. En segundo lugar, tenemos el supuesto según la cual un crimen sea cometido fuera del territorio de un Estado pero en una de sus naves o aeronaves. Al respecto, el estatuto de la CPI adopta el criterio de Estado de matrícula para crímenes cometidos a bordo de una nave o aeronave. Sin embargo, en caso que no se pueda determinar el Estado de matrícula, las opciones sucesivas serían: a) el Estado de nacionalidad del presunto perpetrador y, si este no

es Estado parte, entonces; b) el Consejo de Seguridad podría activar la jurisdicción de la CPI, siempre que el Estado de nacionalidad no haya formulado la declaración del artículo 124 antes aludida.

## 6. A manera de conclusión

Los sistemas de protección regional de Derechos Humanos, los tribunales internacionales que aplican y/o interpretan el DIH, y la CPI enfrentan enormes y permanentes retos en materia de regulación y control de la actuación extraterritorial de los Estados *vis-à-vis* los objetivos del DIDH, DIH o DPI. Por esta razón, qué duda cabe que los casos esbozados en el presente artículo son solo una pequeña muestra de los casos y ejemplos de extraterritorialidad que ciertamente veremos en el futuro y que demandan de los tribunales nacionales e internacionales una respuesta que dé mayor eficacia a la protección del ser humano. Así, en diciembre pasado, los medios norteamericanos anunciaban los intentos desesperados de la familia del ex dictador Saddam Hussein por evitar su ejecución en Irak, para lo cual habrían presentado incluso una medida cautelar ante la CIDH. Así las cosas, no nos queda más que esperar la reacción del sistema interamericano, concretamente de la Corte Interamericana -aunque con alcances limitados solo a los Estados americanos que han reconocido su competencia-, ante los desafíos que impone la globalización y la coyuntura internacional. AB

(83) S/RES/1593/ (2005), parágrafo 3. Resolución de 31 de marzo de 2005.

A su vez, también el Consejo de Seguridad puede determinar la suspensión de la investigación o del enjuiciamiento. Estatuto de la CPI, artículo 16. Suspensión de la investigación o del enjuiciamiento. En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pide a la Corte que suspenda por un plazo que no podrá exceder de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones.

(84) BOURGON, Stéphane. *Jurisdiction ratione loci*. En: CASSESE, Antonio y otros (Editores). *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*. Volumen II. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 568.

(85) Al respecto debemos señalar que tradicionalmente, la jurisdicción territorial por crímenes cometidos en más de un Estado ha sido objeto de debate a lo largo de los años. Ello, se ha debido al contraste entre la teoría objetiva, que alude a los efectos del crimen frente a la teoría subjetiva, que se da cuando al menos un elemento material o elemento constitutivo de un crimen ocurre dentro de un Estado. Sin embargo en la actualidad, como sugiere Bourgon, el ejercicio de jurisdicción puede ser alegada por todos los Estados. Cfr. *Ibid.* p.567. Adicionalmente, por ejemplo, el artículo 693 del *Code de procédure pénale* francés, activa la jurisdicción si uno de los elementos ocurre en Francia. Cfr. BLAKESLEY, C. L. *Jurisdiction*. En: BASSIOUNI, M (Editor). *International Criminal Law*. Volume II. Procedural and Enforcement Mechanisms. 2da. edición. New York: Transnational Publishers, 1999. p. 558.