

MÁS ALLÁ DEL TRADICIONAL ENFOQUE DEL CONTROL EFECTIVO: LOS RENOVADOS VÍNCULOS JURISDICCIONALES QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

BEYOND THE TRADITIONAL APPROACH OF EFFECTIVE CONTROL: THE RENEWED JURISDICTIONAL LINKS THAT JUSTIFY THE EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES.

ENRIQUE J. MARTÍNEZ PÉREZ*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROGRESIVA MODULACIÓN DEL ENFOQUE CLÁSICO DEL CONTROL EFECTIVO. III. LA *PROCEDIMENTALIZACIÓN* DEL VÍNCULO JURISDICCIONAL DESARROLLADA POR EL TEDH: LA BÚSQUEDA DE LAS “CARACTERÍSTICAS ESPECIALES”. IV. EL ENFOQUE *FUNCIONAL* DESARROLLADO POR LOS ÓRGANOS DE TRATADOS: LA NECESIDAD DE OTROS FACTORES ADICIONALES PARA SU ACTIVACIÓN. V. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: Los órganos de control regionales e internacionales se están enfrentando en los últimos tiempos a casos cada vez más complejos porque se tratan de situaciones en las que los individuos sufren violaciones por la conducta (acciones y omisiones) de los Estados cuyos efectos se extienden fuera de sus fronteras, incluso sin un contacto físico directo, de modo que los tradicionales modelos espacial y personal, que exigen un control efectivo sobre una zona fuera de su territorio o sobre las personas, se convierten en títulos incapaces, al menos en su interpretación clásica, de dar respuesta a la aplicación extraterritorial de los tratados internacionales de derechos humanos. Ante esta realidad, están apareciendo nuevos vínculos o nexos jurisdiccionales, que podemos denominar como procedimental y funcional. El primero de ellos se activaría por la iniciación de procesos relativos a la salvaguarda de los derechos más allá del espacio jurídico convencional. El segundo tendría en cuenta la capacidad del Estado para cumplir sus obligaciones, combinado con otros factores como la nacionalidad, la autoridad o el poder, el conocimiento de la situación origen de las violaciones, el impacto o la influencia decisiva o la relación causal entre los actos y omisiones estatales y la afectación de los derechos humanos.

ABSTRACT: *Regional and international monitoring bodies are nowadays facing increasingly complex cases because they deal with situations in which individuals suffer violations as a consequence of the conduct of*

Fecha de recepción del trabajo: 25 de octubre de 2023. Fecha de aceptación de la versión final: 30 de noviembre de 2023.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Valladolid, enriquejesus.martinez@uva.es. Trabajo realizado en el marco del proyecto «La incidencia de la jurisprudencia de los tribunales europeos y de los órganos de expertos en el derecho interno» (PID2020-17611 GB-I00/AEI/10.13039/501100011033) y del GIR de la Universidad de Valladolid «Derecho de Familia y Derechos Humanos. Family Law and Human Rights». También del proyecto I+D+i TED2021-130264B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por Unión EuropeaNextGenerationEU/PRTR.

states (actions and omissions) whose effects extend beyond their borders, even without direct physical contact. Thus, the traditional spatial and personal models, which require effective control over an area outside their territory or over individuals, become incapable, at least in their classic interpretation, of responding to the extraterritorial application of international human rights treaties. In the face of this reality, new jurisdictional links are appearing, that can be named as procedural and functional. The first of these links would be activated by the initiation of processes relating to the safeguarding of rights even beyond the conventional legal space. The second one would take into account the capacity of the state to fulfil its obligations, combined with other factors such as nationality, authority or power, knowledge of the situation giving rise to the violations, the impact or decisive influence or causal link between state acts and omissions, and the affectation of human rights.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, extraterritorial, jurisdicción, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órganos de tratados

KEYWORDS: *human rights, extraterritorial, jurisdiction, European Court of Human Rights, treaty bodies*

I. INTRODUCCIÓN

Los instrumentos jurídico-internacionales de derechos humanos, tanto regionales como universales, salvaguardan los derechos de los individuos que se encuentran sometidos a la jurisdicción de un Estado. Se trata, por tanto, de una condición *sine qua non*, que habrá que comprobar de manera previa para que pueda ser atribuible su responsabilidad. Los respectivos órganos de control instaurados por ellos consideran que la jurisdicción es primordialmente territorial, admitiendo solo en supuestos excepcionales que pueda extenderse a los actos realizados o que producen efectos fuera de su territorio. Se trata de los clásicos enfoques espacial y personal, no exento de críticas¹, que exigen un control efectivo sobre el territorio o las personas fuera de sus fronteras. Sin embargo, durante los últimos años, y aunque la casuística es aún reducida, han ido reconociéndose nuevos criterios que amplían el ámbito de aplicación extraterritorial de los tratados internacionales en la materia.

Dichos modelos ven la luz cuando se están produciendo una serie de situaciones en que los individuos sufren los efectos de las políticas de los Estados (actos u omisiones) sin que estos tengan una presencia física sobre el territorio. Son muchas veces conductas que se producen dentro de las fronteras, sin un control o autoridad sobre las víctimas, pero que impactan o influyen más allá de ellas. En estos casos, se requiere una interpretación actualizada de los factores que determinan el nexo o vínculo jurisdiccional para garantizar plenamente los derechos reconocidos convencionalmente, ya que el esquema tradicional es incapaz de dar una respuesta coherente y clara².

1 Entre otros, MILANOVIC, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy*, Oxford UP, Oxford 2011; TZEVELEKOS, V. P. “Reconstructing the Effective Control Criterion in Extraterritorial Human Rights Breaches: Direct Attribution of Wrongfulness, Due Diligence, and Concurrent Responsibility”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 36, 2014, pp. 129-178; VANNESTE, F., *General international law before human rights courts: assessing the specialty claims of international human rights law*, Intersentia, Oxford, 2010, pp. 145-166.

2 TOUZÉ, S., “Si la compétence l’emportait sur le territoire? Réflexions sur l’obsolescence de l’approche territoriale de la notion de juridiction”, *Revue québécoise de droit international*, número hors-série, 2020 (70 ans de la Convention européenne des droits de l’homme : L’Europe et les droits de la personne), pp. 189–200.

Ciertamente, esta renovación o adaptación ya se venía vislumbrando en el marco del sistema universal de derechos humanos (y en algún pronunciamiento de la Corte Interamericana en el ejercicio de su jurisdicción consultiva), siendo el sistema europeo el más reacio a seguir un punto de vista más expansivo³. Hoy en día, ya podemos hablar de un proceso de desconstrucción del control efectivo, al menos en relación con las obligaciones negativas con un alcance extraterritorial, al contemplarse una reducción del umbral exigido y nuevos indicadores para que pueda determinarse la jurisdicción⁴.

Respecto al primer modelo, que denominaremos *procedimental*, desarrollado por el TEDH, la jurisdicción vendría determinada por la incoación de un procedimiento en el derecho interno. Tradicionalmente, venía aplicándose a las investigaciones en los casos de pérdidas humanas en operaciones militares. Ahora, en cambio, se va extendiendo a otras obligaciones positivas, como las que garantiza el ejercicio efectivo del derecho a entrar en su territorio. Y, además, por lo que aquí nos interesa, cubre supuestos de violaciones más allá del espacio jurídico del Convenio Europeo. Esta ampliación, que exige previamente la constatación de un vínculo entre el individuo y el Estado demandado, se determina por la existencia de *características especiales*, una fórmula presente de manera reiterada en la jurisprudencia del TEDH pero que es muy difícil de descifrar, por lo que sacar conclusiones a partir de ella en aras a ofrecer unos parámetros interpretativos extrapolables a otras situaciones no es tarea fácil.

El segundo modelo, *funcional*, que venía reclamándose desde los tribunales y la doctrina, se ha gestado sobre todo en los órganos de tratados de Naciones Unidas. Toma como punto de partida la capacidad del Estado de cumplir sus obligaciones, pero que, para no ser un criterio excesivamente amplio, se valora con el examen de elementos *de iure* y *de facto*. Entre los factores más destacados a tenerse cuenta es la nacionalidad, exigencia necesaria, pero no independiente. Junto a ella, la capacidad se puede desencadenar por la combinación de otras exigencias, como el poder del Estado y el conocimiento de la situación origen de las violaciones, el impacto o la influencia decisiva o la relación causal entre los actos y omisiones estatales y la afectación de los derechos humanos.

II. LA PROGRESIVA MODULACIÓN DEL ENFOQUE CLÁSICO DEL CONTROL EFECTIVO

Los tratados internacionales sobre derechos humanos no contienen cláusulas iguales sobre su ámbito de aplicación *ratione loci*. Así, ciñéndonos a los examinamos en el presente trabajo, vemos que el artículo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales señala que deben garantizarse los derechos y libertades a toda

3 MILANOVIC, M., “Jurisdiction and responsibility. Trends in the jurisprudence of the Strasbourg Court”, en AAKEN, A. y MOTO, I. (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 102.

4 JANER TORRENS, J.D., *Conflictos territoriales y Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 68.

persona que se encuentre *bajo la jurisdicción* de un Estado Parte⁵. En el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales guarda silencio al respecto⁶, mientras que otros sí que las recogen, pero con una redacción diferente. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que los Estados deben comprometerse a respetar los derechos a todos los individuos “que se encuentren en su *territorio* y estén sujetos a su *jurisdicción*”⁷; la Convención sobre los Derechos del Niño dice que se asegurará “su aplicación a cada niño *sujeto a su jurisdicción*”⁸; y la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes indica que los Estados tomarán “medidas legislativas, administrativas judiciales o de otra índole, eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté *bajo su jurisdicción*”⁹.

Que no se incluyan disposiciones al respecto no ha sido ningún obstáculo para que pueda afirmarse que dicho tratado pueda ser aplicable fuera de su propio territorio. La Corte Internacional de Justicia así lo corroboró respecto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “no cabe excluir que se aplique tanto a los territorios sobre los cuales un Estado parte tiene soberanía como a aquéllos sobre los que ese Estado ejerce una *jurisdicción territorial*”¹⁰. Ciertamente, pese a esta asimetría normativa, los diferentes órganos de control de los derechos humanos parten, en principio, de un mismo planteamiento. Los órganos de tratados de Naciones Unidas han dictaminado que la jurisdicción no se limita al territorio¹¹, de modo que un Estado no puede sustraerse a las obligaciones contraídas convencionalmente simplemente porque la vulneración se cometió fuera de su territorio¹². Y el Tribunal Europeo de Derechos humanos considera que la jurisdicción es fundamentalmente territorial¹³, se presume que se ejerce normalmente en el conjunto de su territorio¹⁴, pero en circunstancias excepcionales (que debe interpretarse de manera restrictiva), reconoce su competencia respecto a actos de los Estados realizados o que producen efectos fuera de su territorio¹⁵.

Según el enfoque clásico, de manera muy sintética, un Estado ejercería su jurisdicción extraterritorial cuando controla un espacio o zona fuera de sus fronteras (modelo espacial) o ejerce

-
- 5 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, de 4 de noviembre de 1950), Eur. TS No. 5, 213 *UNTS* 221.
 - 6 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 993, núm. 14531, pág. 3.
 - 7 Art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 999, núm. 14668, pág. 241).
 - 8 Art. 2.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1577, pág. 3.
 - 9 Art. 2.1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1465, pág. 85.
 - 10 *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva de 9 de julio de 2004, ICJ Reports (2004), párr. 112.
 - 11 *P.N. et al. c. Finlandia*, comunicación núm. 100/2019, doc. CRC/C/91/D/100/2019, apartado 10.8.
 - 12 *López Burgos c. Uruguay*, comunicación núm. 52/1979, doc. CCPR/C/OP/1, de 29 de julio de 1981, apartado 12.1; *Celiberti de Casariego c. Uruguay*, comunicación núm. 56/1979, doc. CCPR/C/OP/1, de 29 de julio de 1981, apartado 10.3.
 - 13 TEDH, *Soering c. Reino Unido*, n.º 14038/88, § 86, de 7 de julio de 1989.
 - 14 TEDH, *Assanidzé c. Georgia [GS]*, n.º 71503/01, § 139, decisión de inadmisión de 8 de abril de 2004.
 - 15 TEDH, *N.D. y N.T. c. España*, n.º 8675/15 y 8697/15, § 51, de 3 de octubre de 2017.

su autoridad o control sobre las personas en el territorio de otro Estado (modelo personal)¹⁶. La verificación del control efectivo, según el TEDH, es una cuestión de hecho, independiente de la existencia de una actuación internacionalmente ilícita¹⁷. Se trata, siempre, de una comprobación compleja pues la jurisprudencia sigue siendo muy imprecisa, sin que quede claro, por ejemplo, cuál es el grado de control necesario¹⁸. Pero el control territorial efectivo no es el único supuesto que se contempla, pues también es posible la aplicación del Convenio cuando haya un ejercicio de autoridad en el extranjero sobre las personas o un control de los agentes del Estado, o cuando un Estado hace uso, en una zona situada fuera de su territorio, de prerrogativas de los poderes públicos¹⁹. Siguiendo este modelo, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “los Estados Parte deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte, aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte”²⁰. Y otros órganos de expertos, como el Comité contra la Tortura, afirman que la jurisdicción puede extenderse cuando un Estado ejerza, directa o indirectamente, *de facto* o *de jure*, control sobre personas²¹.

El TEDH, a pesar de su pronunciamiento en el asunto *Banković*, con un modelo estrictamente territorial, ha admitido, como los órganos de expertos de Naciones Unidas, supuestos excepcionales desde ambas perspectivas. Por lo que se refiere al modelo espacial, según la jurisprudencia consolidada, ha señalado que deben respetarse los derechos del Convenio cuando se produce una acción militar, lícita o no, fuera del territorio nacional controlado directamente por sus fuerzas armadas o mediante una administración local subordinada²². Y desde el mo-

-
- 16 Entre otros, desde un punto de vista doctrinal, COOMANS, F. y KAMMINGA M. T. (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Amberes 2004; DUTTWILER, M., “Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights”, en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30 (2), 2012, pp. 137-162; GONZÁLEZ VEGA, J. A., “¿Colmando los espacios de “no derecho” en el convenio europeo de derechos humanos?”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 24, 2008, pp. 141-175; LI, K., *Reconceiving Extraterritorial Jurisdiction. From Formality to Function*, Nomos, Bden-Baden, 2022; NIGRO, R. “The Notion of Jurisdiction in Article 1: Future Scenarios for Extra-Territorial Application of the European Convention on Human Rights”, en *Italian Yearbook of International Law*, vol. XX, 2010, pp. 11-30.
- 17 TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, n.º 55721/2007, § 139, de 7 de julio de 2011; *Catan y otros c. Moldavia y Rusia*, núm. 43370/04, 18454/06, 8252/05, § 106, de 19 de octubre de 2012.
- 18 FLEURY GRAFF, T., “Extraterritorialite et jurisdiction en matiere de droits del l’homme «Jurisdiction, jurisdiction, quand tu nous tiens, on peut bien dire: “Adieu prudence”»”, en MIRON, A. y BÉRANGÈRE, T. (dir.), *Extraterritorialites et Droit International*, Pedone, París. 2020, p. 227; MALLORY, C., *Human rights imperialists. The extraterritorial application of the European Convention on Human Rights*, Hart, Oxford, 2020, pp. 161-162.
- 19 TEDH, *Bankovic y otros c. Bélgica* [GS], n.º 52207/1999, § 71, decisión de inadmisión de 12 diciembre 2001.
- 20 Observación general núm. 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004.
- 21 *P. K. et al. C. España*, comunicación núm. 323/2007, doc. CAT/C/41/D/323/200, de 10 de noviembre de 2008, apartado 8.2.
- 22 Entre las primeras, véase (TEDH, *Loizidou c. Turquía* (excepciones preliminares), n.º 15318/89, § 62, de 23 de marzo 1995) y las últimas, véase (TEDH, *HF y otros c. Francia*, n.º. 24384/19 44234/20, § 187, de 14 de septiembre de 2022).

delo personal, si sus autoridades o agentes realizan actos que producen efectos fuera de su territorio, como las actuaciones de los agentes diplomáticos o consulares presentes en territorio extranjero²³; si media el consentimiento, la invitación o la aquiescencia de la autoridad local; si de conformidad con la costumbre y acuerdo se desempeñan funciones ejecutivas o judiciales; o si se recurre al uso de la fuerza por parte de agentes del Estado para someter a las víctimas en el exterior de sus fronteras, siempre y cuando estén bajo su autoridad o control físico²⁴.

Como se ha señalado acertadamente, durante los últimos años se está produciendo una erosión del criterio del control efectivo, una reducción del umbral exigido en relación con las obligaciones extraterritoriales²⁵. Y no solo porque se aceptan situaciones en las que solo hay un control temporal²⁶, sino porque nos encontramos con actuaciones en las que se viene afirmado el control sin contacto directo físico. Sería supuestos como disparar desde medios aéreos o terrestres sobre individuos que se encuentran en otro territorio²⁷ o suministrar sustancias químicas a una víctima en el extranjero por agentes estatales²⁸.

Pero, además, consideramos que se está perfilando continuamente el concepto espacial de jurisdicción con la aplicación de nuevos indicadores que van más allá de la capacidad de la presencia militar del Estado en la zona²⁹. Estos se han desarrollado en el contexto de conflictos territoriales en los que no hay una invasión militar, sino que las injerencias soberanas se producen por la colaboración con los procesos secesionistas³⁰. En estos casos el Tribunal ha determinado la jurisdicción cuando se ejerza una *influencia decisiva* sobre el territorio derivado del apoyo económico, militar o político³¹.

Dicho planteamiento parece ser respaldado por la doctrina, siendo los *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (2011)³² el que ofrece una mejor delimitación de la extraterritorialidad de las obligaciones en esta materia³³. En dicho documento privado, elaborado por un grupo de relevantes académicos, se aclara, sobre la base de la jurisprudencia de los

23 TEDH, *Droz y Janousek c. Francia y España*, n.º 12747/87, § 91, de 26 de junio de 1992.

24 Entre las primeras, véase (TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, n.º 55721/2007, § 136, de 7 de julio de 2011) y las últimas, véase (TEDH, *Georgia c. Rusia* (II), n.º 38263/08, § 133-136, de 21 de enero de 2021).

25 JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, pp. 62-69.

26 TEDH, *Issa y otros c. Turquía*, n.º 31821/96, § 77, de 16 de noviembre de 2004.

27 TEDH, *Pad y otros c. Turquía*, n.º 60167/00, § 54, decisión de inadmisión de 28 de junio de 2007; Andreou c. Turquía, n.º 45653/99, § 25, de 27 de octubre de 2009.

28 TEDH, *Carter c. Rusia*, n.º 20914/07, § 128, de 21 de septiembre de 2021.

29 TEDH, *Catan y otros contra Moldavia y Rusia*, n.º 43370/04, 18454/06, 8252/05, § 107, de 19 de octubre de 2012.

30 JANER TORRENS, J.D., *op. cit.*, 79-80.

31 TEDH, *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia*, n.º 48787/99, § 331, de 8 de julio de 2004; *Mozer c. Moldavia y Rusia*, n.º 11138/10, § 102, de 23 de febrero de 2016; *Mamasakhlisi y otros c. Georgia y Rusia*, n.º 29999/04 y 41424/04, § 331, de 7 de marzo de 2023.

32 Disponible en https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf

33 BONET PÉREZ, J., “Jurisdicción y obligaciones jurídicas internacionales del Estado en materia de Derechos económicos, sociales y culturales”, en BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R.A., *La extraterritorialidad y la protección internacional de los derechos humanos respecto a conductas de los actores privados*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 247.

sistemas de protección regionales y universales, que los Estados deben respetar los derechos tanto en situaciones “en las que las autoridades competentes *sabían o debería haber sabido* que la conducta de los Estados tendría efectos en los derechos humanos de otro territorio” como “en situaciones en las que el Estado, actuando por separado o conjuntamente, a través del poder ejecutivo, legislativo o judicial, está en condiciones de *ejercer influencia de carácter decisivo*”[...]” (principio 9. letras b) y c)³⁴.

III. LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DEL VÍNCULO JURISDICCIONAL DESARROLLADA POR EL TEDH: LA BÚSQUEDA DE LAS “CARACTERÍSTICAS ESPECIALES”

Más allá de los derechos puramente procedimentales, la jurisprudencia del TEDH ha ido imprimiendo paulatinamente un enfoque procesal a los derechos sustantivos reconocidos convencionalmente³⁵. Son un conjunto de exigencias o mecanismos de carácter instrumental que contribuyen a mejorar la salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos, y que pueden servir para prevenir o sancionar las violaciones cometidas, dando lugar a una ampliación de la competencia *ratione materiae* de cada tribunal³⁶. Esta extensión del campo de aplicación de algunos derechos es aún mayor si tenemos en cuenta que los tribunales podrían examinar hechos originados fuera del territorio del Estado demandado. Esto viene ocurriendo, esencialmente, con relación al derecho a la vida (art. 2 del Convenio), aunque también se han planteado casos en torno al artículo 6 (derecho a un proceso equitativo), donde han nacido un conjunto de obligaciones *ex ante* (de naturaleza preventiva) y obligaciones *ex post* (de carácter reparador).

Como se ha recordado por el TEDH, cada vez que se examina un asunto desde esta perspectiva procesal, el mero hecho de que se incoe un procedimiento en un Estado no basta para establecer la jurisdicción: siempre debe acreditarse adicionalmente un vínculo entre el Estado y el individuo, no basta con el ejercicio de prerrogativas de poder público, pues en caso contrario nos encontraríamos con una aplicación casi universal del Convenio Europeo³⁷. Lo que deja claro la jurisprudencia es que los requisitos que determinan la existencia de un “vínculo jurisdiccional” depende de quién inicie el procedimiento. Limitada su aplicación a los casos en lo que se discutía el deber de llevar a cabo una investigación efectiva, por la pérdida de vidas durante las operaciones militares de los Estados parte en el extranjero, ahora se ha ampliado a otros campos, cubriendo supuestos de violaciones más allá del espacio jurídico del Convenio.

34 Al respecto, DE SCHUTTER, O., EIDE, A., KHALFAN, A., ORELLANA, M., SALOMON, M. y SEIDERMAN, I., “Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 34, 2012, pp. 1105-1109.

35 Con detalle, PANAGOULIAS, K. I., *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 2011.

36 DUBOUT, E., “La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l’homme”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, vol. 70, 2007, p. 414.

37 TEDH, *M.N. y otros c. Bélgica* [GC], nº. 3599/18, § 123, decisión de inadmisibilidad de 5 de mayo de 2020.

1. Las actuaciones a iniciativa propia por parte de las autoridades nacionales.

El vínculo jurisdiccional nace cuando las autoridades nacionales inician, según el derecho interno, una investigación o procedimiento sobre las muertes ocurridas fuera del territorio de un Estado parte³⁸. Es una consecuencia de la obligación procesal de llevar a cabo una investigación efectiva, que se desencadenaba inicialmente con respecto a la dimensión material del derecho a la vida, pero que, sin embargo, se ha convertido actualmente en un obligación separada e independiente, desconectada de la anterior, pudiendo dar lugar a una violación distinta y en consecuencia a una primera ampliación de la jurisdicción extraterritorial³⁹. Ahora bien, como ha indicado el Tribunal, “el establecimiento de un vínculo jurisdiccional en relación con la obligación procesal prevista en el artículo 2 no significa que el acto material sea necesariamente competencia del Estado Contratante o que dicho acto sea atribuible a ese Estado”⁴⁰.

Este principio fue consagrado en la sentencia *Güzelyurtlu*, en un caso donde el Estado demandado, Turquía, tenían un control efectivo sobre el territorio donde se produjeron los hechos. No ha sido extrapolable a otras situaciones donde se investigaba las muertes ocurridas en el marco de operaciones militares extraterritoriales amparadas por Naciones Unidas, más allá del territorio de los Estados contratantes, bajo el argumento de que si se admitiesen este tipo de quejas, si el mero de hecho de abrir una investigación desencadenara siempre, sin requisitos adicionales, el vínculo jurisdiccional, podría disuadir en el futuro a los Estados participantes en esas operaciones a llevar a cabo actuaciones internas para esclarecer los hechos⁴¹. Asimismo, no se ha admitido cuando los procedimientos iniciados en el ámbito interno no tienen relación con los derechos presuntamente violados posteriormente ante el Tribunal⁴².

En estos casos, sin embargo, al demandante le queda una segunda oportunidad, que no es otra que demostrar la presencia de “características especiales” del asunto⁴³; un modelo previsto en principio cuando no se haya iniciado ninguna investigación o procedimiento en un Estado parte, pero que puede aplicarse también a este tipo de situaciones⁴⁴.

2. El papel de la confusa fórmula de las “características especiales”.

La competencia *ratione loci* puede reconocerse también, según una sólida pero frágil jurisprudencia, si existe un vínculo de conexión con el Estado demandado a partir de la constatación de *características especiales* que, según el Tribunal, no deben ser definidas *en abstracto*, sino que depende de cada caso concreto y pueden ser muy diferentes⁴⁵. En ningún momento se ha

38 TEDH, *Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía* [GC], n.º. 36925/07, § 188, 29 de enero de 2019.

39 TEDH, *Ucrania y los Países Bajos c. Rusia*, n.º 8019/16, 43800/14 y 28525/20, § 573, de 30 de noviembre de 2022.

40 TEDH, *Hanan contra Alemania*, [GC], n.º. 4871/16, § 143, de 16 de febrero de 2021.

41 *Idem*, § 135.

42 TEDH, *HF y otros c. Francia*, n.º. 24384/19 44234/20, § 194, de 14 de septiembre de 2022.

43 TEDH, *Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía* [GC], n.º. 36925/07, § 190, 29 de enero de 2019.

44 TEDH, *Georgia c. Rusia (II)*, n.º 38263/08, § 331, sentencia (Fondo) de 21 de enero de 2021.

45 TEDH, *Güzelyurtlu y otros c. Chipre y Turquía* [GC], n.º. 36925/07, § 190, 29 de enero de 2019.

examinado su naturaleza, ni se ha determinado con claridad si se deben cumplir aislada o acumulativamente. Lo que descubrimos de las últimas decisiones es, sin embargo, una progresiva ampliación de la jurisdicción extraterritorial, no solo por abarcar, como apuntábamos más arriba, situaciones fuera del espacio jurídico convencional, sino también por alcanzar obligaciones derivadas de nuevos derechos.

El concepto de “espacio jurídico”, como es bien sabido, fue utilizado por primera vez en el asunto *Bankovic*, donde se advierte, también por primera vez, que las obligaciones de los Estados parte están territorialmente limitadas⁴⁶. Para el Tribunal, el Convenio es “un tratado multilateral que opera [...] en un contexto esencialmente regional, y más particularmente en el espacio jurídico de los Estados contratantes. [...]. No tiene, por tanto, vocación de aplicarse en todo el mundo, ni siquiera respecto del comportamiento de los Estados contratantes”⁴⁷. En pronunciamientos posteriores, sin embargo, el Tribunal descartó la limitación de dicha noción, si bien, como recientemente se ha apuntado por algunos jueces, no fue tan lejos para revocar la jurisprudencia anterior⁴⁸. Así se desprende de sus palabras en el asunto *Al-Skeini*, donde se afirmó, en el contexto de una ocupación por fuerzas armadas extranjeras, que el Estado debe seguir siendo responsable de las violaciones cometidas, porque de lo contrario se privaría a la población de los derechos hasta ahora disfrutados, dando lugar a un vacío de protección en el espacio jurídico convencional. La jurisdicción puede existir fuera del territorio cubierto por los Estados parte porque el Tribunal nunca ha aplicado dicha restricción⁴⁹.

A) EN EL MARCO DEL “ESPACIO JURÍDICO” CONVENCIONAL.

La obligación de investigar bajo el artículo 2 del Convenio se ha afirmado a partir de ciertas técnicas o instrumentos procesales. Se puede deducir, por ejemplo, de lo dicho en el asunto *Rantsev*. En opinión del Tribunal, dicho precepto no exigía que los Estados adoptasen una legislación penal interna que incluyese un principio de jurisdicción nacional que permitiera la investigación de sus nacionales, pero, en cambio, podría nacer esa responsabilidad de la petición de asistencia judicial, algo que no ocurrió en el caso concreto⁵⁰. También se ha afirmado en el asunto *Romeo Castaño*, en un contexto diferente al asunto anterior, pues no se examinaba el incumplimiento del Estado demandado (Bélgica) de la obligación de investigar un asesinato, sino la falta de cooperación con las autoridades españolas para que el presunto asesino fuese entregado a nuestro país para ser juzgado⁵¹. Las “características especiales”, en este caso, se deduce de la existencia de mecanismos comunitarios obligatorios de cooperación en materia

46 ORTEGA TEROL, J.M. y SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia a Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 3, 2002, p. 506.

47 TEDH, *Bankovic y otros c. Bélgica* [GS], n.º 52207/1999, § 80, decisión de inadmisión de 12 diciembre 2001.

48 Opinión parcialmente disidente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 9 (en el asunto TEDH, *Georgia c. Rusia (II)*, n.º 38263/08, sentencia (Fondo) de 21 de enero de 2021).

49 TEDH, *Al-Skeini y otros c. Reino Unido*, n.º 55721/2007, § 142, de 7 de julio de 2011.

50 TEDH, *Rantsev c. Chipre y Rusia*, n.º 25965/04, § 244-245, de 7 de enero de 2010.

51 TEDH, *Romeo Castaño c. Bélgica*, n.º 8351/17, § 39, de 9 de julio de 2019.

penal en el marco de la orden de detención europea, dando lugar a un vínculo jurisdiccional entre los demandantes y Bélgica⁵².

Más sorprendente ha sido el razonamiento del Tribunal en el asunto *Georgia c. Rusia (II)*⁵³. Cabe recordar que en este supuesto examinó los hechos distinguiendo si estos se habían producido durante la “fase activa de las hostilidades” o durante “la “fase de ocupación posterior al cese de las hostilidades”⁵⁴. En el segundo caso, la solución sobre la aceptación de la jurisdicción no fue controvertida porque aplicó su clásica doctrina al considerar que la Federación de Rusia ejerció un “control efectivo” sobre un territorio extranjero⁵⁵. No así respecto a la primera fase, pues no aceptó su competencia al considerar que las operaciones militares durante un conflicto armado internacional que buscan dominar un determinado territorio en un contexto de caos impiden hablar de un “control efectivo” sobre un área⁵⁶ o de una forma de “autoridad y control de agentes estatales” sobre los individuos⁵⁷. Como apuntaron algunos jueces, lo que hace el Tribunal no es sino resucitar el precedente del asunto *Banković*, en su opinión de manera errónea, porque los hechos en este caso, a diferencia de aquel, habían acontecido en el espacio jurídico convencional, siendo además ambos, demandante y demandado, Estado parte del Convenio⁵⁸.

Esta exclusión de la jurisdicción solo afectó a la parte sustantiva del artículo 2 del Convenio, que recoge la obligación de proteger la vida de las personas. Trayendo a colación la doctrina del caso *Güzelyurtlu*, apuntó varios motivos que le llevan a afirmar su competencia para examinar las violaciones de dicho artículo desde la perspectiva procesal, esto es, la obligación de investigar los crímenes de guerra cometidos durante la fase activa de las hostilidades. El primero de ellos deriva de las normas del Derecho Internacional Humanitario (y del propio derecho interno) relativas a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. De hecho, las autoridades judiciales del Estado demandado habían iniciado procesos penales en respuesta a las denuncias de las víctimas. Segundo, porque después del cese de las hostilidades se produjo un “control efectivo” sobre el territorio donde se desarrollaron los acontecimientos. Y, por último, porque los presuntos sospechosos se encontraban en Rusia o bajo su control, lo que impedía a Georgia llevar a cabo una investigación adecuada⁵⁹. En suma, podríamos estar ante una nueva obligación que deberá ser tenida muy en cuenta por los Estados parte en el

52 *Idem*, § 41.

53 Entre otros, SALINAS ALCEGA, S. “The Invasion of Ukraine from the Point of View of the European Court of Human Rights: Extraterritorial Responsibility of Russia and (Un)Control of International Humanitarian Law”, en (Hors-série 2023) *Revue québécoise de droit international*, número spécial (Le droit international humanitaire applicable au conflit armé entre la Russie et l’Ukraine) [sous presse].

54 Véase, PETIT DE GABRIEL, E.W., “Georgia, Rusia, la CIJ y el TEDH. Límites jurisdiccionales, complementariedad y protección vicaria de los derechos humanos”, en TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S. y ESÓSITO, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos*, La Ley, Madrid, 2022, pp. 213-218.

55 TEDH, *Georgia c. Rusia (II)*, nº 38263/08, § 174, sentencia (Fondo) de 21 de enero de 2021.

56 *Idem*, § 126.

57 *Idem*, § 137.

58 Opinión parcialmente disidente del juez Chanturia, párr.14; véase también Opinión parcialmente disidente del juez Pinto de Albuquerque, párr. 30.

59 TEDH, *Georgia c. Rusia (II)*, nº 38263/08, § 331, sentencia (Fondo) de 21 de enero de 2021.

Convenio cuando desplieguen sus fuerzas armadas más allá de su territorio, pues desde esta perspectiva sería irrelevante si se cometieron dentro de la jurisdicción del Estado.

B) FUERA DEL ESPACIO CONVENCIONAL: DE LA OBLIGACIÓN PROCESAL SEPARADA DE INVESTIGAR LA PÉRDIDA DE VIDAS HUMANAS A LAS OBLIGACIONES EN EL CONTEXTO DE LA REPATRIACIÓN.

El ámbito de aplicación del Convenio se ha ampliado aún más porque se pueden investigar los hechos que hayan tenido lugar fuera del espacio jurídico del Convenio, no sólo en el ámbito de las obligaciones procesales del derecho a la vida (art. 2) sino también del derecho a no ser expulsado del territorio del Estado del que es nacional (art. 3 del Protocolo nº 4).

a) La obligación procesal de investigar las muertes

En el asunto *Hanan*, el Tribunal constató, en vista a las “características especiales” del caso, que existía un vínculo jurisdiccional entre Alemania y los demandantes que activaba la obligación de investigar las muertes de civiles fuera del territorio de los Estados parte del Convenio por los ataques aéreos en Afganistán en el contexto de operaciones de la OTAN. Afirmaba, sobre la base de esta doctrina, que también puede aplicarse a situaciones extraterritoriales ajenas a las del Convenio, como ya ocurrió en el asunto *Markovic*. En ese caso, relativo a la vulneración del artículo 6, en el que los demandantes reclamaban que las autoridades italianas les habían impedido acceder a los tribunales, se dijo que “aunque la naturaleza extraterritorial de los hechos supuestamente en el origen de una acción puede tener un efecto sobre la aplicabilidad del artículo 6 y el resultado final del procedimiento, no puede en ninguna circunstancia afectar la jurisdicción *ratione loci* y *ratione personae* del Estado interesado. Si los procedimientos civiles se presentan en los tribunales nacionales, el artículo 1 del Convenio exige al Estado que garantice en esos procedimientos el respeto de los derechos protegidos por el artículo 6”⁶⁰.

Las razones en las que se apoyaba eran un conjunto de obligaciones jurídico-internacionales asumidas por el Estado demandado, algunas ya reconocidas en asuntos anteriores, como las que nacen de las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Humanitario relativas a la responsabilidad penal de los integrantes de las fuerzas armadas por crímenes de guerra⁶¹. También las que surgen de las disposiciones del Acuerdo del Estatuto de las Fuerzas Internacionales de Asistencia para la Seguridad (ISAF) en Afganistán, “que refleja la práctica habitual de los Estados que aportan contingentes para misiones militares bajo mandato de la Naciones Unidas”. Es ciertamente, según advierte el Tribunal, una norma para evitar situaciones de inmunidad, aunque también es una norma de jurisdicción, al determinar quién puede incoar un procedimiento penal contra el personal militar⁶². Y, finalmente, las que resultan de la rati-

60 TEDH, *Markovic y otros v. Italia*, nº. 1398/03, § 54, de 14 de diciembre de 2006.

61 TEDH, *Hanan c. Alemania*, nº. 4871/16, § 137, 16 de febrero de 2021.

62 *Idem*, § 138.

ficación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, plasmadas internamente en el Código Alemán de Crímenes contra el Derecho Internacional⁶³.

En suma, se produce una ampliación de los supuestos fijados en la sentencia *Güzelyurtlu*⁶⁴, al establecerse la obligación procesal de investigar las muertes fuera del espacio jurídico del Convenio, que, seguramente, será de aplicación para todos o casi todos los Estados, en cuanto que las “circunstancias especiales” indicadas por el Tribunal son ciertamente obligaciones comunes de la inmensa mayoría de ellos.

b) *Las obligaciones en el contexto de la repatriación.*

Después de la caída del *Estado Islámico*, los campamentos del este de Siria se llenaron de esposas e hijos de yihadistas. Según las organizaciones que trabajan sobre el terreno, se encontraban en condiciones deplorables, de extrema vulnerabilidad, con graves problemas de salud física y mental derivados de la desnutrición, las condiciones climáticas extremas, la violencia y la explotación sexual. A partir de 2019, algunos Estados, entre ellos Francia, comenzaron a organizar la repatriación de los niños. Sin embargo, este proceso se paralizó por diferentes razones de índole ética, política y jurídica internas, lo que llevó a los familiares a iniciar reclamaciones ante las autoridades gubernamentales y judiciales. La falta de una respuesta favorable a sus intereses los llevó a incoar procedimientos paralelos antes instancias internacionales diferentes: por una parte, una demanda ante el TEDH, y, por otra, comunicaciones individuales ante los órganos de tratados de Naciones Unidas. Aunque todos ellos han constatado la vulneración de ciertas obligaciones convencionales, no hubo coincidencia ni respecto al derecho sustantivo violado ni, por lo que aquí nos interesa, los argumentos que declaran la competencia o jurisdicción de ambos órganos de control.

b.1) *La ausencia de una obligación positiva de proteger a las madres y los niños de los tratos inhumanos o degradantes.*

Para el TEDH la apertura de procedimientos internos por los familiares no es suficiente para desencadenar la competencia del Estado demandado en relación con el artículo 3 del Convenio que recoge la prohibición de la tortura⁶⁵. Como ya había decidido previamente en otros asuntos, una “conclusión distinta equivaldría a consagrar una aplicación casi universal del Convenio sobre la base de las decisiones unilaterales de cualquier persona, independientemente del lugar del mundo en que se encuentre, y por lo tanto a crear una obligación ilimitada para los Estados contratantes de permitir la entrada de una persona que pudiera correr el riesgo de sufrir malos tratos contrarios al Convenio fuera de su jurisdicción”⁶⁶. Tampoco la activaría los procesos penales abiertos por terrorismo por el propio Estado demandado, en tanto que

63 *Idem*, § 140.

64 Opiniones parcialmente disidentes de los jueces Grozev, Ranzoni y Eicke, párr. 17.

65 TEDH, *HF y otros c. Francia*, nº. 24384/19 44234/20, § 194, de 14 de septiembre de 2022.

66 TEDH, *M.N. y otros c. Bélgica*, nº. 3599/18, § 123, de 5 de marzo de 2020.

los hechos investigados nada tienen que ver con las violaciones de los derechos alegados ante el TEDH. Atendiendo a las observaciones de los terceros Estados intervinientes, afirmó que una interpretación diferente disuadiría a los Estados a iniciar investigaciones a pesar de sus obligaciones internacionales⁶⁷.

No considera, tampoco, apartándose de las decisiones sobre asuntos similares de los órganos de tratados de Naciones Unidas, que la nacionalidad de los demandantes o la capacidad operativa de Francia para repatriar sean elementos particulares que fundamentan el ejercicio de la jurisdicción⁶⁸. Tampoco que las decisiones internas tengan un impacto sobre la situación de los individuos en el extranjero⁶⁹. Añadió, además, que el Derecho internacional consuetudinario, tanto en lo relativo a la protección diplomática como la asistencia consular, no contemplaba la obligación de repatriar a los nacionales, aun cuando pudiesen sufrir tratos inhumanos o degradantes en el extranjero⁷⁰.

b.2) La obligación positiva de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a entrar en su territorio.

En el mismo caso que estamos examinando (*HF y otros c. Francia*), señaló, en cambio, que acontecían “características especiales” que permitían establecer la jurisdicción respecto al artículo 3. 2 del Protocolo n.º 4 (Prohibición de la expulsión de los nacionales), donde se señala que “nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional”⁷¹. Dicha disposición, se dice, debe interpretarse en el contexto actual, con nuevos retos frente al terrorismo y la seguridad nacional, más allá de la intención primigenia de prohibir toda forma de exilio, de modo que beneficie a los nacionales que se encuentran fuera del territorio de los Estados⁷².

Los elementos por los que se decanta esta vez, amén del vínculo jurídico entre el Estado y sus nacionales, son: que los demandantes presentaron solicitudes oficiales de repatriación y asistencia sobre la base de valores fundamentales de las sociedades democráticas; que sus familiares se enfrentaban a una amenaza real e inmediata para sus vidas y su integridad física, debido a las condiciones en los campamentos incompatibles con la dignidad humana; que el único modo de abandonar los campamentos sería con la ayuda de las autoridades francesas; y que las autoridades kurdas habían manifestado su voluntad de entregar a los detenidos⁷³.

No debe sin embargo deducirse de ellos ninguna obligación de repatriación de los nacionales⁷⁴. Tan solo exige el Tribunal que se cumplan ciertas obligaciones positivas para que el derecho

67 *Idem*, §195.

68 TEDH, *HF y otros c. Francia*, n.º. 24384/19 44234/20, § 198-199, de 14 de septiembre de 2022.

69 *Idem*, § 200.

70 *Idem*, § 201.

71 Como apuntaba ya la doctrina: NABIL, H., “La juridiction de l’État, une notion sous tension”, en *Annuaire français de droit international*, vol. 65, 2019. pp. 750-763;

72 *Idem*, § 210.

73 *Idem*, § 213.

74 *Idem*, § 259.

consagrado en dicha disposición sea eficaz, pues si el Estado de niega a tomar medidas dejaría al nacional en una situación *de facto* equivalente al exilio que se quiere evitar. Entre ellas, se exige que el procedimiento esté rodeado de garantías contra la arbitrariedad. Ahora bien, no nacen a partir de este pronunciamiento nuevos derechos procesales, exigibles en todos los casos, pues, limitando aún más su alcance, advierte que previamente es preciso comprobar que existen circunstancias excepcionales por la presencia de factores extraterritoriales que amenazan, por ejemplo, la vida o la integridad física de familiares de los demandantes, sobre todo los niños. Para ello, esta vez sí, acudió a las conclusiones previas de los órganos de control de Naciones Unidas, del Comité de los Derechos del Niño, que instaba a las autoridades francesas a tener en cuenta el interés superior del niño y que consideraba que su situación representaba una amenaza inminente y previsible para la vida de los niños víctimas⁷⁵.

En todo caso, y a diferencia de lo dictaminado por el Comité como veremos luego, que recomendó la adopción de medidas urgentes para proceder a la repatriación de las víctimas, el Tribunal aquí solo mantiene que deben volver a examinarse las solicitudes para entrar en el territorio francés a través de un proceso con las garantías precisas para evitar cualquier arbitrariedad.

IV. EL ENFOQUE FUNCIONAL DESARROLLADO POR LOS ÓRGANOS DE TRATADOS: LA NECESIDAD DE OTROS FACTORES ADICIONALES PARA SU ACTIVACIÓN

Más allá del régimen jurídico internacional que ordena los espacios marinos, este enfoque apenas se había utilizado hasta fechas recientes en la práctica internacional. Jurisprudencialmente, tan solo encontramos referencias a él en la opinión concurrente del juez Bonello en el asunto *Al-Skeini*, que consideraba que la jurisdicción no debía ser ni territorial ni extraterritorial, sino que debía ser funcional⁷⁶. Esta se ejercería cuando se estuviese bajo la autoridad o el control de un Estado Parte. Según sus palabras, “la jurisdicción dimana del mero hecho de haber asumido obligaciones [de derechos humanos] y de tener la capacidad de cumplirlas (o no cumplirlas)”⁷⁷. Desde Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos, en relación con el derecho a la vida, ya aprobó en este sentido la Observación general núm. 36, que, sin hacer referencia expresa al carácter funcional, consideró que la obligación de respetarlo se extiende a todas las personas sobre cuyo disfrute se ejerce el poder o el control efectivo, incluyendo las que se encuentran fuera del territorio, pero cuyo derecho a la vida se ve afectado por actividades de manera directa y razonablemente previsible⁷⁸.

Desde un punto de vista doctrinal, son muy diferentes las visiones de que se ofrecen de este enfoque. Así, se ha afirmado que dicha lectura de la jurisdicción revela “funciones guber-

75 *Idem*, § 269.

76 Opinión concurrente del juez Bonello en el asunto TEDH, *Al-Skeini*, n.º 55721/2007, de 7 de julio de 2011, párr. 12.

77 Párr. 13.

78 Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 36, *Artículo 6: derecho a la vida*, doc. CCPR/C/GC/36, de 3 de septiembre de 2019.

namentales” a través de las cuales el Estado ejercer sus poderes⁷⁹, mediante su competencia normativa, judicial o ejecutiva en un caso concreto⁸⁰. Para otros autores, este enfoque denota la capacidad del Estado para cumplir las obligaciones⁸¹. Los Estados tendrían la responsabilidad de proteger los derechos de los individuos en aquellas situaciones en las que ellos puedan operar y razonablemente se espera que los hagan en función de los medios para evitarlo⁸².

Esta orientación no es fácil de llevarla a la práctica porque podría llevar a una ampliación desmesurada de las obligaciones que tengan que asumir los Estados, a no ser que viniese equilibrada con la combinación de otros factores⁸³. Además, podría originar una mayor incertidumbre jurídica, en tanto que resulta complejo determinar el grado de previsibilidad, el nivel de control o el poder ejercido. En todo caso, parece que es asumido ya por algunos órganos de control regionales y universales, lo que nos permite conocer con mayor detalle aquellas consideraciones que mayor peso dan a este enfoque⁸⁴.

1. La nacionalidad: no es una base autónoma pero necesaria.

De acuerdo con el jurisprudencia o doctrina de los órganos de control, el vínculo de la nacionalidad es un elemento relevante pero no es por sí mismo suficiente un título competencial. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *HF y otros c. Francia*), como ya apuntamos, no lo tuvo en cuenta en conexión con el artículo 3 del Convenio, pues en ese caso se estaría reclamando que se respetasen estas obligaciones sin tener un control sobre el terreno donde se están infringiendo los malos tratos⁸⁵. Sí en cambio respecto al artículo 3. 2 del Protocolo nº 4, en tanto que el derecho allí consagrado se refiere específicamente a los nacionales y no a los extranjeros. Así pues, según sus palabras, la nacionalidad de las personas que se encuentran en los campamentos, junto a su deseo de volver a su país, constituyen “fuertes vínculos de hecho y de derecho” con el Estado demandado, si bien no puede considerarse una circunstancia suficiente o una base autónoma de jurisdicción⁸⁶.

79 El profesor Carrillo Salcedo indicaba que para que el Convenio fuera aplicable era suficiente que el Estado pudiese ejercer cierto poder sobre la persona afectada (en “Article 1”, en PETITTI, L. E., DECAUX, E. IMBERT, P., *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, Economica, 2.ª ed., París, 1999, p. 135).

80 MORENO-LAX, V., “The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, *S.S. and Others v. Italy*, and the “Operational Model”, *German Law Journal*, vol. 21, 2020, pp. 402-403.

81 MILALOVIC, M., “Surveillance and cyber operations”, en GIBNEY, M, ERDEM TÜRKELLI, G. KRAJEWSKI, M. (eds.), *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*, Wouter Vandenhoe, Nueva York, 2022, p. 379

82 SHANY, Y., “Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law”, *Law And Ethics Of Human Rights*, vol. 7, 2013, p.67.

83 MILANOVIC, M., *Extraterritorial Application...*, *op. cit.*, p. 56.

84 MALLORY, C., *Human Rights Imperialists. The Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, Hart, Oxford 2020, p. 206.

85 TEDH, *HF y otros c. Francia*, nº. 24384/19 44234/20, § 198, de 14 de septiembre de 2022.

86 Párr. 205.

Los dos Comités de Naciones Unidas (Derechos del Niño y contra la Tortura) que han conocido de estos asuntos han adoptado la misma orientación, recurriendo a este criterio pero no de manera aislada sino contextualizándolo en el marco de las circunstancias concretas del caso. En ambas decisiones, las observaciones del Comité fueran idénticas: el Estado parte, como Estado de nacionalidad de las víctimas tiene capacidad y autoridad para proteger sus derechos adoptando medidas a fin de repatriarlos u ofreciendo otras respuestas consulares.

Aunque las recomendaciones a las que llegaron ambas instancias (que prosigan los esfuerzos para asegurar la repatriación de los familiares) fueron celebradas por la doctrina, preocupaba que su razonamiento fuera potencialmente arbitrario. Entre otros motivos, consideraron que estábamos ante un problema que debía resolverse de manera colectiva, no de manera individualizada, por lo que no debería utilizarse criterios, como el de nacionalidad, que sirviesen en realidad para repartir la carga del problema, algo que es incompatible con la naturaleza universal de los derechos humanos⁸⁷. Su aplicación podría ser por tanto improcedente cuando juega un papel relevante para justificar obligaciones extraterritoriales de derechos humanos⁸⁸.

2. La capacidad, combinada con elementos *de iure* y *de facto*, en los casos de omisiones del Estado.

A diferencia del TEDH, los órganos de expertos son cada vez más proclives a utilizar este criterio para determinar su competencia, en situaciones y ante violaciones de derechos muy dispares, como la repatriación, operaciones de rescate en el mar o los fenómenos ambientales. En todos los casos, la capacidad como criterio para determinar la jurisdicción exige sin embargo la presencia de otros elementos, como el conocimiento, el impacto de las acciones u omisiones estatales o una relación de causalidad.

A) CONOCIMIENTO Y PODER DE INTERVENCIÓN.

En varios asuntos resueltos por diferentes Comités de Naciones Unidas, que examinaban la vulneración de derechos por la negativa de las autoridades francesas a la repatriación de nacionales vinculados con actividades terroristas, podemos encontrar una primera aproximación a este enfoque⁸⁹. El Comité de los Derechos del Niño, que ya había utilizado el criterio de la capacidad en su decisión de admisibilidad⁹⁰, y en contra de la postura del Estado, que defendía

87 MILANOVIC, M., “Repatriating the Children of Foreign Terrorist Fighters and the Extraterritorial Application of Human Rights” *EJIL:Talk!* (10 de noviembre 2020) <www.ejiltalk.org/repatriating-the-children-of-foreign-terrorist-fighters-and-the-extraterritorial-application-of-human-rights/>

88 RAIBLE, L., “Extraterritoriality between a rock and hard place”, *QIL, Zoom-in*, vol. 82, 2021, p. 16.

89 Un enfoque criticado por la doctrina desde una perspectiva estrictamente hermeneútica: EMBERLAND, M. ” The Committee on the Rights of the Child’s Admissibility Decisions in the ‘Syrian Camps Cases’ against France: a Critique from the Viewpoint of Treaty Interpretation”, en *Human Rights Law Review*, 2023, vol. 23, 1–11

90 *S. B. y otros c. Francia*, comunicación núm. 77/2019, doc. CRC/C/86/D/R.77/2019, de 25 de febrero de 2021, apartado 8.8; *S. H. y otros c. Francia*, comunicaciones núms. 79/2019 y 109/2019, doc. CRC/C/85/D/79/2019–CRC/C/85/D/109/2019, apartado 9.7.

las clásicas doctrinas sobre la jurisdicción, enumeró una relación de factores que demostraban la autoridad de Francia para proteger los derechos de los niños. Por una parte, el *poder* del Estado de intervenir para proteger los derechos de sus nacionales, que ya se había demostrado al repatriar a otros niños, junto al consentimiento de las autoridades *de facto* y de los familiares⁹¹. Por otra, el *conocimiento* de la situación por parte de las autoridades francesas, de donde se derivaba la obligación positiva de proteger a esos niños contra un riesgo inminente de que se viese vulnerado su derecho a la vida⁹².

Por su parte, el Comité contra la Tortura, utilizando la misma *ratio decidendi*, sin entrar a examinar si existe una obligación internacional de repatriación de los nacionales, consideró que dada la capacidad de *intervención* (aunque no eran los responsables de las violaciones sufridas) tenía la obligación de tomar las medidas necesarias para impedir que se cometiesen actos que constituyesen tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁹³.

B) CAPACIDAD Y CAUSALIDAD: EL CONTROL SOBRE LA FUENTE DE LOS DAÑOS

La responsabilidad de algunos Estados europeos (por su omisión o actuación negligente) en el Mar Mediterráneo en las operaciones de salvamento marítimo de los migrantes provenientes del norte de África, ha sido examinada en dos asuntos por los órganos de tratados de Naciones Unidas, en concreto, por el Comité de Derechos Humanos. Se tratan de dos demandas contra Malta e Italia sobre los mismos hechos, si bien, en lo que se refiere al examen de admisibilidad, se llegaron a conclusiones diferentes. Es importante en este caso describir lo que aconteció el 11 de octubre de 2013. El suceso se produjo a 113 km al sur de Lampedusa (Italia) y a 218 km de Malta. Las víctimas, que habían llegado a Libia, fueron trasladadas a un pesquero, que pocas horas después de hacerse al mar, comenzó a hundirse por los disparos de un barco, lo que llevó a uno de ellos a llamar al servicio italiano de emergencias marítimas. Les informaron que se encontraba en la zona de búsqueda y salvamento de Malta y les instaron a que se pusieran en contacto con ellos. Ambos centros de salvamento (Italia y Malta) evitaron, durante varias horas, asumir la responsabilidad de la operación. Cuando definitivamente recibieron el orden de intervenir, era demasiado tarde: en el naufragio murieron más de doscientas personas, sesenta de ellos niños⁹⁴.

Aunque la demanda contra Malta fue inadmitida por no haberse agotado los recursos internos disponibles, el Comité no dio la razón al Estado en lo relativo a la falta de jurisdicción. De su argumentación podemos discernir dos motivos complementarios. Por un lado, parece basarse en la existencia de obligaciones jurídico-internacionales. Partiendo de la idea de que deben respetarse los derechos a toda persona bajo su control efectivo, incluidos los migrantes e in-

91 *S. B. y otros c. Francia*, comunicación núms. 77/2019, 79/2019 y 109/2019, doc. CRC/C/89/D/77/2019, CRC/C/89/D/79/2019, CRC/C/89/D/109/2019, de 9 de marzo de 2022, apartado 6.4.

92 Apartado 6.9.

93 *L. V. y otros c. Francia*, comunicación núm. 922/2019, doc. CAT/C/75/D/922/2019, de 2 de marzo de 2023, apartado 7.5.

94 Más detalles sobre los hechos: *A. S. y otros c. Malta*, comunicación núm. 3042/2017, doc. CCPR/C/128/D/3043/2017, de 28 de abril de 2021, apartados 2.1 a 2.4.

dividuos que buscan asilo, considera que dicha garantía (sobre todo el derecho a la vida) debe extenderse más allá de su territorio, a todos aquellos a bordo de un buque bajo su pabellón o que se encuentren en peligro en el mar según las normas marítimas internacionales. Nos recuerda que el artículo 98 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece la obligación (con ciertas limitaciones) de proteger la vida de los individuos en caso de un desastre marítimo y la obligación de crear y mantener un servicio de búsqueda y salvamento⁹⁵. Igualmente, que el Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimo 1979 (SAR)⁹⁶ y el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974⁹⁷, fijan zonas de responsabilidad de los Estados en esta materia⁹⁸. Del análisis de sus reglas se concluye que efectivamente la embarcación en peligro se encontraba en la zona de búsqueda y salvamento en la que Malta había asumido la responsabilidad.

Por otro lado, se menciona la Observación general núm. 36 (2018), que, como se ha dicho por la doctrina, ampararía “situaciones en las que lo relevante no es en qué lugar se produce la actividad del Estado y si este tiene control sobre los territorios o los individuos, sino la *capacidad* de la actuación estatal para *afectar* derechos humanos, en cualquier lugar en el que se encuentren las personas afectadas”⁹⁹. También la jurisprudencia previa del Comité (el asunto *Munaf*) donde se decía que se podría ser responsable de violaciones extraterritoriales si hubiera un vínculo en la cadena causal que hiciese posibles violaciones en otra jurisdicción¹⁰⁰. De todo ello se llega a la conclusión de que el Estado maltés había ejercido “el control efectivo de la operación de rescate, lo que podría dar lugar a una relación causal directa y razonablemente previsible entre los actos y omisiones de los Estados parte y el resultado final de la operación”¹⁰¹.

La solución adoptada por el Comité no es pacífica. Y es que, como se ha apuntado, ambos regímenes internacionales no son equiparables, pues mientras los mecanismos de protección de los derechos humanos tienen al individuo como centro del sistema, en el caso de la regulación de los espacios marinos la persona solo es protegida incidentalmente, sin que haya una

95 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 10 de diciembre de 1982), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1834, núm. 31363, pág. 3.

96 Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos (Hamburgo, 27 de abril de 1979), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1405, núm. 23489, pág. 97.

97 Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974 (Londres, 1 de noviembre de 1974), Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1184, núm. 18961, pág. 2.

98 Con más detalle, SOBRINO HEREDIA, J.M. y OANTA, G.A., “Control y vigilancia de las fronteras en los diferentes espacios marítimos”, *AFDUDC*, vol. 14, 2010, pp. 782–787.

99 NAGORE CASAS, M., “Los acuerdos de capacitación a terceros estados para la contención migratoria: Nuevos desarrollos en el concepto de jurisdicción de los tratados de derechos humanos”, en ABRISKETA, J. (dir.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 239.

100 *Munaf c. Rumanía*, comunicación núm. 1539/2006, doc. CCPR/C/96/D/1539/2006, de 21 de agosto de 2009, apartado 14.2. Dicha referencia fue criticada por uno de los miembros del Comité (Andreas Zimmermann) que en un voto particular disidente defendió que ambas situaciones no eran comparables porque en el asunto aludido la víctima se encontraba en la Embajada, donde el Estado ejercía su jurisdicción.

101 Apartado 6.7.

atribución directa de derechos¹⁰². Según la opinión disidente del miembro del Comité, Andreas Zimmermann, no es fácil defender que la obligación de proteger del Pacto pueda derivarse del incumplimiento de obligaciones que se encuentran en otro conjunto o sector del Derecho internacional, como es el Derecho del mar¹⁰³. Estamos ante normas diferentes: las de derechos humanos consagran derechos de las personas frente al Estado y las del Derecho del mar obligaciones del Estado que debe ser desarrolladas en la legislación interna.

Dicha decisión, además, podría poner en peligro el objetivo último de estas normas de salvamento marítimo, ya que los Estados, advertidos de que su actuación podría hacerles responsables desde el punto de vista del Pacto, al hallarse bajo su jurisdicción, puede que sean cada vez más reacios a asumir esas obligaciones derivadas del Derecho del mar¹⁰⁴.

En todo caso, parece que el Comité era consciente de no podía operar con un enfoque funcional ilimitado, muy expansivo, sino que esa potencial capacidad de actuación debía valorarse con otros factores¹⁰⁵, teniendo en cuenta otras obligaciones jurídicas separadas, en otro cuerpo normativo, y el elemento causal. Esa combinación de elementos, que nos recuerda a la fórmula de las “características especiales”, donde lo que se resalta es el control o el poder sobre la fuente de las violaciones de los derechos humanos (que no sobre las víctimas), no es del todo novedosa, ya que encontramos algún precedente en otros sistemas regionales de derechos humanos.

Sería el caso del sistema interamericano, donde la Corte de Derechos Humanos, en el marco de la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar a los derechos humanos, dijo, como defendía parte de la doctrina¹⁰⁶, que la jurisdicción nacería cuando hubiese un ejercicio de poder o autoridad sobre la fuente contaminante. En sus palabras, “cuando el Estado de origen ejerce un *control efectivo* sobre las actividades llevadas a cabo que causaron el daño y consecuente violación de derechos humanos”¹⁰⁷. Pero esto no ocurriría en todos los

102 ABRISKETA, J. “El derecho del mar y los derechos humanos”, en OANTA, G. (coord.), *El derecho del mar y las personas y grupos vulnerables*, Bosch, Barcelona, 2018, p. 37.

103 Anexo I, Voto particular (disidente) de Andreas Zimmermann, miembro del Comité, apartado 5.

104 Apartado 9.

105 Al respecto, en un análisis desde la perspectiva del TEDH, PAPASTAVRIDIS advertía que “knowledge or reasonable certainty of the distress situation alone does not suffice, because the element of the “physical control and authority,” which the presence of the on-the-scene coordinator and the rescue units reassure, would be missing. Should both elements exist, the persons come under the authority and control of these units and thus within the jurisdiction of the coastal State for ECHR purposes [...] The establishment of the jurisdiction of the State concerned over the persons in distress at sea does not necessarily entail the responsibility of that State for the violation of the respective rights under the ECHR. As stated above, there are certain conditions that the ECtHR would assess in this regard” (en “The European Convention of Human Rights and Migration at Sea: Reading the “Jurisdictional Threshold” of the Convention Under the Law of the Sea Paradigm”, *German Law Journal*, núm. 21, 2020, p. 434.

106 Entre otros, VIÑUALES, J. E., “A human rights approach to extraterritorial environment protection?”, en BHUTA, N. (ed.), *The frontiers of human rights. Extraterritoriality and its challenges*, Oxford University Press, Nueva York, pp. 197–202.

107 *Medio ambiente y derechos humanos* (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal-Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos

casos, sino solo cuando medie “una *relación de causalidad* entre el hecho que ocurrió en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio”¹⁰⁸.

De lo que ya no se puede hablar es de un pronunciamiento aislado. Aunque, una vez más, estamos ante una demanda declarada finalmente inadmisibile, el asunto *Chiara Sacchi y otros*, ante el Comité de los Derechos del Niño, consolida el modelo que estamos examinando. Los autores de esta demanda, un grupo de menores de diferentes nacionalidades, defendieron en su queja que el Estado no había adoptado medidas preventivas contra el cambio climático, poniendo en riesgo su vida, su salud y su cultura. Aplicando las conclusiones de la citada opinión consultiva, el Comité indicó que los niños estarían bajo la jurisdicción del Estado en el caso de que existiese un vínculo causal entre sus acciones u omisiones y el impacto negativo sobre los derechos de los niños situados fuera de su territorio¹⁰⁹. No obstante, consideró necesario evaluar, para establecer la jurisdicción, diferentes requisitos que habitualmente se examinan como una cuestión de fondo. Primero, defendió que el Estado parte tenía un *control efectivo sobre la fuente* de las emisiones de carbono dentro de su territorio, por su *capacidad* para regular dichas actividades y hacer cumplir la legislación interna¹¹⁰. Segundo, adujo que los daños de las omisiones del Estado eran *razonablemente previsibles*¹¹¹. Y, tercero, mantuvo que las víctimas habían sufrido *personalmente* un daño real y sensible.

C) EL IMPACTO O LA INFLUENCIA DECISIVA DE LA ACTUACIÓN ESTATAL: EL CRITERIO DE LA PROXIMIDAD.

La otra demanda contra Italia por las operaciones de salvamento, que sí se admitió, fue sin embargo muy controvertida, a tenor, nada habitual, del número de opiniones particulares de los miembros del Comité. Y es que se recurrió en este asunto a un nuevo criterio para determinar la jurisdicción: una *relación especial de dependencia* entre las personas de la embarcación en peligro e Italia. Pero ¿cuáles son los elementos jurídicos y fácticos que le llevan a dicha conclusión? Antes de nada, hay que recordar que la embarcación no se encontraba en su zona de búsqueda y salvamento y que fueron las autoridades maltesas las que asumieron la responsabilidad de la operación. Pese a ello, afirmó que las autoridades italianas colaboraron en ella debido a la *proximidad* en la que se encontraba un navío de la marina italiana a la embarcación en peligro. Hubo, además, un *contacto inicial* entre ésta y el centro de salvamento italiano. Y, en suma, una *participación* permanente en la operación de salvamento. Paralelamente, como ya se dijo en el caso contra Malta, existía un *deber* de socorro y de cooperación en las operaciones de salvamento según diferentes obligaciones jurídicas del Derecho del mar. De la combinación de todos estos factores, el Comité llegó a la siguiente conclusión: “las personas que

Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017, Serie A No. 23, párr. 104 (las cursivas son nuestras).

108 Párr. 101 (las cursivas son nuestras).

109 *Chiara Sacchi y otros c. Argentina*, comunicación n.º 104/2019, de 22 de septiembre de 2021, doc. CRC/C/88/D/104/2019, apartado 10.7.

110 Apartado 10.9

111 Apartado 10.11.

se encontraban en la embarcación en peligro se vieron *directamente afectadas* por las decisiones adoptadas por las autoridades italianas de un modo que era razonablemente previsible”¹¹².

Lo que parece sugerir el Comité, como apuntaron algunos de sus miembros, es que la jurisdicción se deriva de la posibilidad de actuar en la operación, sin que haya realmente un control efectivo, porque ciertamente solo se produjo un primer contacto sin que Italia asumiera la coordinación de la operación. Dicho enfoque, que podría ser válido para los casos de conflictos “negativos” de jurisdicción, en las que ningún Estado se hace responsable, no lo es para los “positivos”, donde sí lo hay¹¹³.

Dicha decisión no encuentra su reflejo en la jurisprudencia del TEDH sobre las operaciones en el mar, que se ha pronunciado, efectivamente, a favor de la aplicación del Convenio, pero en supuestos de interceptación por parte de los agentes estatales. En el caso *Medvedyev* fue una fragata francesa la que detuvo y apresó a un carguero, bajo pabellón de un tercer Estado, para más tarde llevarlo a puerto y ponerlo a disposición judicial a los miembros de la tripulación. Para el Tribunal, el Estado ejerció un control total y absoluto de manera continua e ininterrumpida, por lo menos *de facto*, hasta que fueron entregados a las autoridades judiciales francesas¹¹⁴.

Tampoco creemos que se pueda comparar con el asunto *Hirsi Jamaa*, aunque en este caso los acontecimientos ocurrieron durante una operación de salvamento, en una situación de *push back* marítima¹¹⁵. La interceptación de las embarcaciones, donde se encontraban a bordo ciudadanos somalíes y eritreos, se produjo a 35 millas náuticas al sur de Lampedusa, también en el área de responsabilidad de salvamento maltés, por los guardacostas y servicios de vigilancia aduanera italianos. Los pasajeros fueron trasladados a buques militares italianos y más tarde devueltos a Trípoli, sin que fueran informados en ningún momento de su destino final. En contra de la opinión del gobierno italiano, que negaron que sus autoridades ejercieran un

112 *A.S. y otros c. Italia*, comunicación núm. 3042/2017, doc. CCPR/C/130/D/3042/2017, de 28 de abril de 2021, apartado 7.8 (las cursivas son nuestras).

113 Voto particular conjunto (disidente) de Yuval Shany, Christof Heyns y Photini Pazartzis (anexo I), apartado 6. Además, concedores de esta decisión, es muy posible que los Estados traten de evitar cualquier contacto con estas embarcaciones para no crear una situación de “dependencia” (Voto particular (disidente) de Andreas Zimmermann (anexo II), apartado 4).

114 TEDH, *Medvedyev y otros c. Francia*, nº 3394/03, § 67, de 29 de marzo de 2010. Al respecto, CACHO SÁNCHEZ, Y., “Los límites de la lucha internacional contra el tráfico ilícito de estupefacientes en alta mar”, en *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 17, 2008.

115 Sobre dicho asunto, BOLLO AROCENA, M.D., “Push back, expulsiones colectivas y non refoulement. Algunas reflexiones a propósito de la sentencia dictada por la gran sala del TEDH en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*”, en TORRES BERNÁRDEZ, S. LÓPEZ MARTÍN, A.G. (coord.), *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez*, Iprolex, Madrid, 2012, pp. 647-666; CASTRO SÁNCHEZ, C., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH— Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), *Hirsi Jamaa e.a. c. Italia*, 27765/09. “Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo nº 4 – Tortura y tratos inhumanos y degradantes – derecho a un recurso efectivo – prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 46, 2013, pp. 1119-1135; LENZERINI, F., “Il principio del “non-refoulement” dopo la sentenza “*Hirsi*” della Corte europea dei diritti dell’uomo”, en *Rivista di diritto internazionale*, vol. 95, 2012, pp. 721-761.

control absoluto y exclusivo sobre los demandantes, pues su actuación no podía catalogarse como una operación policial marítima, sino una intervención en alta mar de personas en situación de peligro impuesta por el Convenio de Montego Bay, observó, precisamente a partir de las normas consuetudinarias contempladas en este instrumento jurídico internacional, que los buques cuando navegan en alta mar están sujetos exclusivamente a la jurisdicción del Estado cuyo pabellón enarbola, de modo que cuando se constate que haya un control sobre un individuo podría afirmarse que hay un control *de iure*¹¹⁶, sin que sea relevante el argumento de que exista un control mínimo en el momento de la actuación¹¹⁷. En suma, durante el periodo que va desde el momento en que las víctimas subieron a bordo de los buques de la armada italiana hasta que fueron entregadas a las autoridades libias hubo un control continuo y exclusivo *de iure y de facto*¹¹⁸.

Así pues, como ha afirmado algún autor, las constataciones a las que llega en este asunto el TEDH solo deberían extenderse a situaciones equiparables, esto es, cuando haya una interceptación en alta mar con un control sobre las personas en las que coincide la presencia de un título de jurisdicción en el Derecho internacional y la efectividad de su ejercicio por los agentes estatales¹¹⁹. No sería el caso resuelto por el Comité que acabamos de examinar, ya que, en verdad, las autoridades italianas no embarcaron a los migrantes en uno de los buques de rescate pertenecientes al Estado, ni fueron llevados a puerto. Tampoco se enviaron buques en el marco de una operación de salvamento de personas en el mar en situaciones de peligro.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El TEDH sigue aferrado al doble modelo espacial y personal que le exige, cuando se tiene que enfrentar a nuevas situaciones con respecto a conductas estatales con efectos extraterritoriales, recurrir a elementos o factores inéditos para mantener una explicación lo más coherente posible con su clásica jurisprudencia y así no parecer arbitrario. Por el contrario, los órganos de tratados de Naciones Unidas parecen decididos, sin ambages, a utilizar renovados criterios, con una orientación *pro homine*, que parecen ampliar el alcance territorial de las obligaciones estatales enunciadas en los tratados universales de derechos humanos.

Igual es un poco atrevido en estos momentos hablar de nuevos modelos alternativos a los clásicos ya existentes, pero de lo que no cabe duda es que el enfoque del criterio del control efectivo, clave para determinar la competencia *ratione loci*, requiere de una necesaria renovación que dé respuesta a aquellas situaciones en las que los Estados, conocedores de dicha doctrina, sortean situaciones, con nuevas estrategias, para evitar que su conducta pueda encajar en el esquema jurisdiccional tradicional.

116 TEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, nº. 27765/09, § 77, de 23 de febrero 2012.

117 Apartado 79.

118 Apartado. 81.

119 SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles migratorios y derechos humanos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, p. 128.

Ya sabemos que los órganos de control no llevan a cabo su tarea de una manera aislada, sino en armonía con los principios y reglas jurídicas internacionales del que forma parte integrante¹²⁰, por lo que es habitual encontrar en sus pronunciamientos continuas referencias a otras decisiones de instancias judiciales regionales e internacionales¹²¹. No obstante, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las decisiones de otros órganos no son *determinantes*¹²², incluso aunque estemos antes cláusulas muy similares. En cualquier caso, y siempre teniendo presente que cada sistema tiene sus propias peculiaridades¹²³, debe justificarse con mayor rigor, para evitar la fragmentación en este sector del Derecho internacional¹²⁴, las razones por las que no siempre se lleva a cabo esta armonización. Con todo, los razonamientos divergentes no encierran, en muchos casos, sino una mera diferencia nominal, en razón a los conceptos manejadas, pues en el fondo sus planteamientos llevan a resultados parejos, como ocurre con los indicadores o elementos presentes en las decisiones de los órganos de expertos y la fórmula de las “características especiales”.

120 *Judge c. Canadá*, comunicación n.º 829/1998, 5 de agosto de 2002, doc. CCPR/C/78/D/829/1998, párr. 10. 3; *Harun c. Suiza*, comunicación núm. 758/2016, de 6 de diciembre de 2018, doc. CAT/C/65/D/758/2016; *Fogarty c. el Reino Unido* [GS], n.º 37112/97, § 35, de 21 de noviembre de 2001; TEDH, *Al-Saadoon y Mufdhi c. el Reino Unido*, n.º 61498/08, § 126, de 2 de marzo de 2010; *Cyprus c. Turquía*, n.º 25781/94, § 23, de 12 de mayo de 2014

121 Al respecto, BURGORGUE-LARSEN, L., “Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des Droits Fondamentaux de L’Union Européenne”, *Chemins d’Europe: Mélanges en l’honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, pp. 145-173; FOROWICZ, M., *The reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010; TOUZÉ, S., “Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l’homme”, en *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 115, 2011, pp. 517-532; ZIELEME, I., “Case-Law of the European Court of Human Rights and integrity of International Law”, en HUESA VINAIXA, R. y WELLENS, K. (dir.), *L’influence des sources sur l’unité et la fragmentation su Droit International*, Bruylant, Bruselas 2006, pp. 187-210.

122 TEDH, *Correia de Matos c. Portugal* [GS], n.º 56402/12, § 137, de 4 de abril de 2018.

123 BREMS, E., “Smart Human Rights Integration”, en BREMS, E. Y OUALD CHAIB, S. (eds.), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users’ Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishers, 2018, p. 183

124 Opinión disidente de los jueces Tsotsoria, Motoc y Mits en el asunto *Correia de Matos c. Portugal*.

