

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN 2011: ALGUNOS AVANCES, RETROCESOS Y DESAFÍOS

*Dinka Benítez*¹

*Claudio Fuentes*²

*Sylvana Mariangel*³

*Judith Schönsteiner*⁴

En el presente artículo se estudian recientes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han marcado hitos en el trabajo de este y que podrían influenciar, tarde o temprano, al sistema interamericano: en el caso de M.S.S. contra Bélgica y Grecia, el TEDH realiza una aplicación dispar del principio de no devolución, al concentrar su análisis, respecto de Grecia, en aspectos procesales más que en determinar si existió o no fundamento para la solicitud de asilo, criterio completamente distinto al utilizado al analizar la situación de Bélgica con respecto a los mismos hechos. En el caso Lautsi contra Italia, la Cámara y la Gran Sala del TEDH discrepan acerca de la presencia de crucifijos en escuelas públicas, resolviendo de forma positiva y negativa respectivamente, según criterios diversos: el test de proporcionalidad o el margen de apreciación. En el caso X y otros contra Austria, pendiente aún en su resolución, el TEDH deberá optar por decidir aplicar la jurisprudencia mayoritaria en materia de derechos de gays, lesbianas y transexuales, que se inclina por el margen de apreciación o por recurrir nuevamente, como en el caso E.B. contra Francia, al test de proporcionalidad. Finalmente, en los casos Al-Jedda y Al Skeini, el TEDH resolvió si es o no aplicable el Convenio Euro-

1 Egresada de Derecho y asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

2 Abogado y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Diego Portales, Académico e investigador de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios.

3 Alumna del Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales y asistente de investigación del Centro de Derechos Humanos.

4 Doctora en Derecho por la Universidad de Essex, Inglaterra, profesora y directora (i) del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

peo de Derechos Humanos a actuaciones fuera del territorio de los Estados, desarrollando así el concepto de jurisdicción. Según se observa en todos estos casos, el Tribunal ha debido identificar, especificar o modificar los criterios con los cuales evaluar los hechos presentados; como en algunos de ellos los criterios son ambivalentes, se observa un proceso de “ir y venir” muy interesante de analizar.

Introducción

Los sistemas de protección de derechos humanos, tanto el sistema universal de las Naciones Unidas como los sistemas regionales, han evolucionado significativamente para dar respuestas a los cambios culturales y a los nuevos conflictos sobre interpretación, limitación y ponderación de derechos que se han presentado durante las últimas décadas.

Los tribunales regionales de derechos humanos han desarrollado su jurisprudencia a partir de los temas emergentes que les son planteados por los habitantes de los Estados Parte. En este sentido, adquiere importancia la tarea permanente de actualizarse sobre los desarrollos más recientes de su jurisprudencia. En esta contribución al Anuario de Derecho Público, queremos presentar algunos hitos claves que han marcado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyos fallos tienen menor conocimiento en Chile por la simple razón que nuestro país no es parte del Consejo de Europa. No obstante, se trata de temas de Derecho internacional que podrían llegar a reflejarse en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Hemos decidido abordar tres asuntos en este artículo, por su relevancia actual con respecto a la interpretación que se debe dar a los tratados regionales de derechos humanos: primero, el tema de la corresponsabilidad de dos Estados por el principio de no devolución en materias de refugiados; segundo, la figura interpretativa del margen de apreciación propia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio Europeo o CEDH, indistintamente); y, finalmente, el problema de la extraterritorialidad de las obligaciones estatales. El primer tema, por tratarse de una norma universal de *ius cogens*, tendrá suma relevancia cuando el sistema interamericano tenga que revisar asuntos similares. Sobre el segundo tema, la libertad de portar símbolos religiosos en espacios públicos –un tema que ha llegado a Chile a propósito de casos de discriminación a niñas y mujeres musulmanas en el ámbito escolar y laboral–,

existen confusiones que conviene despejar antes de entrar a la discusión –no embarcada aquí– sobre si acaso la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o CADH, indistintamente) permitiría a la Corte IDH aplicar el margen de apreciación. Por lo pronto, en el más reciente caso que este tribunal decidió contra Chile,⁵ el pleno de la Corte dejó claro que el concepto no era aplicable. El tercer tema pareciera tener considerable importancia por las similitudes entre los artículos en el Convenio Europeo y la Convención Americana que confieren jurisdicción a ambos tribunales regionales.

1. Responsabilidades compartidas en la aplicación del principio de no devolución

Actualmente en la Unión Europea (UE) rige el Reglamento Dublín II, conforme al cual será el Estado miembro de la UE por el que ha ingresado a la Comunidad un solicitante de asilo el responsable de realizar el procedimiento para examinar dicha solicitud. Lo anterior significa que, si el solicitante ingresa a un segundo Estado miembro y formula en este su solicitud de asilo, el segundo Estado podrá, aplicando el Reglamento, reenviar al solicitante al país de entrada. Ello ocurrió en el caso M.S.S. contra Bélgica y Grecia, decidido por la Gran Sala del TEDH el 21 de enero de 2011.

1.1 Hechos particulares del caso

En junio de 2009, el ciudadano afgano M.S.S. presentó, en nombre propio, una demanda ante el TEDH motivada por la actuación de las autoridades belgas y griegas, quienes le negaron la solicitud de asilo.

El demandante abandonó Kabul por medio de un contrabandista, quien le habría quitado sus documentos de identificación, ingresando a la UE, según consta en su registro de huellas dactilares, a través de Grecia el 7 de diciembre de 2008. Durante su estadía en dicho país no formuló solicitud de asilo a las autoridades. En febrero de 2009 ingresa a Bélgica, país donde sí solicitó asilo. Al realizar el examen de huellas dactilares las autoridades belgas advirtieron que ya había ingresado a la UE por Grecia, por lo que aplicaron el Reglamento de Dublín,⁶ entendiendo que competía a las autoridades griegas resolver la so-

5 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero de 2012.

6 El Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, conocido comúnmente como el

licitud, dándoles oportuno aviso. Con todo, estas últimas no se pronunciaron durante dos meses.⁷

El demandante solicitó no ser deportado, señalando, entre otras consideraciones, el riesgo de permanecer en territorio griego debido a las pésimas condiciones en las cuales vivían los solicitantes de asilo, las deficiencias del proceso de asilo, la ausencia de un acceso eficaz a los procesos judiciales y las razones que lo llevaron a huir de Kabul. El 19 de mayo de 2009 las autoridades belgas rechazaron su solicitud, argumentando que no eran responsables de analizar el asilo y fijaron su expulsión para el 29 de mayo de 2009; sin embargo, el mismo día, su abogado presentó un recurso para dejar sin efecto su expulsión. La audiencia fue fijada inmediatamente, su abogado no se presentó y su solicitud fue denegada. Rehusándose a tomar el avión, el demandante fue detenido y deportado a Grecia el 15 de junio, donde fue igualmente detenido.

El 18 de junio fue liberado y se le otorgó una tarjeta de identificación de asilo griega, ordenándose cumplir con un control de identidad cada dos días ante la policía, lo cual incumplió por no tener un domicilio que reportar; por otro lado, las condiciones de vida para solicitantes de asilo en Grecia eran precarias y se vio obligado a vivir en la calle. En dos oportunidades, el demandante intentó abandonar Grecia con documentos falsos, motivado por las difíciles condiciones de vida, pero fue detenido por las autoridades y llevado a la frontera para ser expulsado, cuestión de la que desistieron debido a la presencia de policía turca. Al momento del fallo, el peticionario se encontraba con tarjeta de asilo en Grecia.

1.2 Consideraciones y decisión del Tribunal

En primer lugar, con respecto a Grecia, el TEDH determinó violaciones al artículo 3 del Convenio Europeo por las condiciones de detención y de vida que M.S.S. sufrió como solicitante de asilo en dicho país.⁸ El demandante fue detenido en condiciones degradantes y recibió malos tratos por parte de la policía griega durante su detención. Además, señaló que, si bien no se desprende un deber estatal de proporcionar asistencia financiera a los solicitantes de asilo, el señor M.S.S., cuando fue liberado, no pudo cubrir sus necesidades

Reglamento de Dublín, corresponde a un instrumento de uso común dentro de la Unión Europea, conforme al cual los Estados Miembros deben evaluar las solicitudes de refugio que se presenten.

7 Según establece el artículo 18.1 del *Reglamento de Dublín*.

8 Prohibición de tortura, penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

básicas de subsistencia. Con respecto a los artículos 13⁹ en relación con 2¹⁰ y 3, el Tribunal reconoció la situación generalizada de inseguridad que impera en Afganistán –lo que sería la base de aplicar artículo 3 y el principio de no devolución–, pero se limitó a establecer que el Estado no aseguró las garantías requeridas para evitar una devolución arbitraria del solicitante. En este sentido, el tribunal constató que existen en Grecia “dificultades prácticas en la aplicación del sistema de Dublín [...] deficiencias del procedimiento de asilo y la práctica de la devolución directa o indirecta en forma individual o de forma colectiva”.¹¹

En segundo lugar, con respecto al actuar del estado belga, se le acusó de exponer al demandante al riesgo derivado de las deficiencias del procedimiento de asilo en Grecia.¹² Al respecto, en 2008, el TEDH resolvió en el caso K.R.S. contra Reino Unido¹³ que el traslado de personas al país por el que ingresaron a la EU no viola los derechos garantizados por el Convenio Europeo.¹⁴ En este caso el Tribunal analizó nuevamente este punto, estableciendo que en ciertas circunstancias trasladar a un solicitante de asilo al país de ingreso es contrario al Convenio Europeo. En efecto, señaló que “no comparte el argumento del estado belga sobre la falta de información sobre la situación en Grecia que motivaba el temor del solicitante”,¹⁵ consideró que, desde el caso K.R.S. de 2008, los informes demostraban las “dificultades prácticas en la aplicación del Reglamento de Dublín en Grecia, las deficiencias del procedimiento de asilo y la práctica de la devolución directa o indirecta en forma individual o de forma colectiva”.¹⁶ Por otra parte, estableció que el formulario de la Oficina de Extranjería no “contiene una sección para explicar las razones por las cuales el solicitante rechaza ser transferido al país de ingreso”.¹⁷ En estas circunstancias, el Tribunal adquirió la convicción de que “la situación general era

9 Derecho a un recurso efectivo.

10 Derecho a la vida.

11 TEDH, Caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, op. cit., párrafo 347.

12 *Ibíd.*, párrafo 232 y siguientes.

13 TEDH, Caso *K.R.S. contra Reino Unido*, decisión sobre admisibilidad, de 2 de diciembre de 2008.

14 *Ibíd.*, conclusiones, p. 18.

15 TEDH, Caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, decisión de fondo, de 21 de enero de 2011, párrafo 346. Todas las traducciones son nuestras.

16 *Ibíd.*, párrafo 347.

17 *Ibíd.*, párrafo 351.

conocida por las autoridades belgas y [éstas] no debían trasladar al solicitante toda la carga de la prueba”.¹⁸ En suma, consideró que “en el momento de la expulsión del solicitante, las autoridades belgas sabían o debían haber sabido que él no tenía ninguna garantía de que su solicitud de asilo sería examinada seriamente por las autoridades griegas”.¹⁹

Asimismo, determinó que hubo una violación del artículo 3 por la decisión de las autoridades belgas de expulsar al demandante a sabiendas de las condiciones de vida deficientes en Grecia.²⁰ En consecuencia, el TEDH estableció que el recurso jurídico existente en Bélgica “no suspendía la ejecución de la orden [de expulsión]”,²¹ rechazando la defensa del Estado, que señaló que el recurso podía ser interpuesto como *procedimiento de extrema urgencia*, y suspendía la orden de expulsión por 72 horas.²² El Tribunal reconoce que constituye un avance,²³ pero no es suficiente porque “cualquier denuncia de que la expulsión a otro país va a exponer a la persona a un trato prohibido por el artículo 3 de la Convención requiere un análisis exhaustivo y riguroso y que, a reserva de un cierto margen de apreciación a los Estados, conforme al artículo 13 se exige que el órgano competente debe ser capaz de examinar el fondo de la denuncia y garantizar una reparación adecuada”.²⁴ Por ende, no cumple las garantías exigidas en virtud de los artículos 13 y 3 del Convenio Europeo.²⁵

1.3 Análisis del fallo

El TEDH analizó los hechos del caso bajo los artículos 3 y 13 con respecto a Grecia y Bélgica, pero, pese a la vinculación de los hechos, examinó figuras legales distintas respecto de cada país. En particular, el tribunal no analizó una posible violación del artículo 3 por parte de Grecia en relación al principio de no devolución; más bien, optó por aplicar solamente una (nueva) exigencia de debido proceso, mientras que al Estado belga le aplicó el principio de no

18 Ibid., párrafo 352.

19 Ibid., párrafo 358.

20 Ibid., párrafo 367.

21 Ibid., párrafo 386.

22 Ibid.

23 Ibid., párrafo 387.

24 Ibid.

25 Ibid., párrafo 396.

devolución a través del artículo 3,²⁶ tal como lo había hecho en todos los casos anteriores.²⁷

Yendo al fondo del asunto, la Corte determinó en este fallo que, para que el recurso sea eficaz en términos del artículo 13 del Convenio Europeo, no solo debe tener efecto suspensivo sino que debe proporcionar un control riguroso de la petición de asilo.²⁸ Es aclaratorio el voto concurrente del juez Villiger quien, pese a estar de acuerdo con la decisión final, cuestionó la construcción argumentativa sobre la base de vincular la violación del artículo 3 con el 13 del Convenio, a la vez que el tribunal omitió pronunciarse sobre el “temor fundado” en que se basaba la defensa del demandante a la luz del artículo 3 del Convenio. Al respecto, es preciso señalar que la Corte usualmente había hecho referencia a la Convención de Ginebra de 1951 para interpretar el artículo 3 frente a casos de no devolución.²⁹

En efecto, señala el voto que la demanda se relacionaba con los riesgos de la deportación que el demandante argumentó “y que habría enfrentado nuevamente en caso de ser deportado a su país”.³⁰ Además, la Corte consideró probado el peligro que corría el demandante por la situación en su país de origen.³¹ Pese a ello, la Corte desistió de examinar la actuación de Grecia conforme al artículo 3 de forma autónoma y solo lo analizó conjuntamente con el artículo 13 sobre recursos judiciales. Adicionalmente, en relación a Bélgica, aplicó el principio de no devolución a las condiciones *en Grecia*, mas no a la posibilidad de que Grecia tomara una decisión incorrecta en expulsarlo, a pesar del peligro que le esperaría en Afganistán. El juez Villiger observó que, mediante esta interpretación “innovadora”,³² no sustentada por jurisprudencia anterior, el tribunal corre el riesgo de “devaluar” (“down-grade”)³³ la protección del refugiado ante la devolu-

26 Ibid., voto razonado del juez Villiger, párrafo 4.a.

27 TEDH, Caso *Chahal contra Reino Unido*, 15 de noviembre de 1996; Caso *Jabari contra Turquía*, núm. 40035/98, CEDH 2000 VIII.

28 TEDH, Caso *M.S.S. contra Bélgica y Grecia*, op. cit., párrafos 386 a 397, donde la Corte critica el recurso existente y las consecuencias que trae. En particular, párrafos 387 a 390.

29 Ibid., En particular, véanse los párrafos 54, 55 y 216.

30 Ibid., párrafo 40.

31 Ibid., párrafo 196 y ss.

32 Ibid., voto razonado del juez Villiger, párrafo 94.

33 Ibid., párrafo 95.

ción, al concentrar el análisis de la solicitud en problemas netamente procesales.³⁴⁻³⁵

En este sentido, la argumentación de la Corte, en opinión del juez Villiger, dejó en una situación de peligro al demandante, ya que en último término era el riesgo de ser expulsado la verdadera razón por la que la Corte encontró una violación al artículo 13. Con todo, esto debiera reflejarse en una violación autónoma del artículo 3, como ocurrió en casos anteriores. Si lo que señala el juez se confirma, el tribunal perdería su capacidad de subsanar la omisión por parte del Estado de proteger a una persona de la persecución que podría esperarle en su país de origen. Esto sería especialmente preocupante en el sentido que el principio de no devolución se refiere a una obligación de resultado y no a una obligación de medios: no es suficiente garantizar un debido proceso a la persona que solicita asilo o refugio, sino que es necesario garantizar que efectivamente no sufra violaciones a su derecho a la integridad física y a la vida en el país a donde es expulsada.

2. La libertad de conciencia y de religión y el derecho a la educación ante crucifijos en escuelas públicas y otros símbolos religiosos

En los años 2009 y 2011, la Cámara y la Gran Sala del TEDH resolvieron el caso *Lautsi*³⁶ de dos formas absolutamente distintas. El primer fallo de la Cámara, que determinó que la presencia obligatoria de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas violaba la libertad de conciencia de una familia atea, tuvo tal impacto social que reunió la oposición más amplia a un fallo particular en la historia del TEDH.³⁷ Por lo anterior, y debido al gran interés público del caso, su análisis no solo plantea una discusión estrictamente jurídica, sino que también tiene importantes connotaciones políticas. De hecho, se ha llegado a afirmar que, de no haber fallado la

34 *Ibíd.*, párrafos 94-95.

35 *Ibíd.*, decisión de fondo, de 21 de enero de 2011, párrafo 299.

36 TEDH, Caso *Lautsi y otros contra Italia*, sentencias del 3 de noviembre de 2009 por la Segunda Sala y del 18 de marzo de 2011 por la Gran Sala.

37 Veinte países se habrían opuesto oficialmente a la sentencia, uniéndose en defensa de los crucifijos. Colina, "Why 20 Nations are Defending the Crucifix", disponible en: <http://www.zenit.org/article-29956?l=english> [last accessed 1 July 2011]. Citado en McGoldrick, Dominic, "Religion in the European Public Square and in European Public Life - Crucifixes in the Classroom?", en *Human Rights Law Review*, Volumen 11, 2011, p. 472. Disponible en <http://hrlr.oxfordjournals.org/content/11/3/451.full>

Gran Sala como lo hizo en 2011, la exitosa implementación de los fallos del tribunal europeo podría haberse visto estado amenazada.³⁸

2.1. Sentencia de la Cámara en 2009: El test de proporcionalidad

En 2009 la Segunda Sala del TEDH consideró que la existencia de cruces y crucifijos en los colegios públicos italianos violaba los derechos a la educación de la demandante y sus hijos de 11 y 13 años (artículo 2 del Protocolo N° 1 del Convenio), así como su libertad de creencia y religión (artículo 9 del Convenio). Se estableció que el Estado tiene la obligación de abstenerse de imponer creencias en lugares en que circulen personas “vulnerables”,³⁹ siendo la escolaridad de los niños un área particularmente sensible, en donde el poder del Estado se impone en mentes que carecen (dependiendo del grado de madurez) de una capacidad crítica.⁴⁰ Por lo demás, la presencia de crucifijos en las aulas iría más allá del uso de símbolos de contexto histórico, siendo identificados como un signo religioso. El Tribunal reiteró la obligación de respetar la neutralidad confesional en la educación pública apelando a un laicismo “estricto o agresivo”,⁴¹ según se ha denominado por sus detractores. Por lo anterior, el TEDH consideró que no hay margen de apreciación que pueda permitir a los Estados regular el asunto con discreción, mientras no se afecten otros derechos humanos.

En la práctica, el principio de neutralidad confesional ha sido considerado parte de una doctrina de tolerancia que propende a la igualdad de las religiones. Sin embargo, en la región existe una diversidad entre países de tendencia secular como Francia y Turquía, en donde la expresión de la religión está casi exclusivamente relegada al espacio privado, y países con “iglesias establecidas” como Dinamarca, Grecia o Reino Unido.⁴² El caso de Italia, si bien con tendencia secular, ha estado históricamente marcado por una identidad cristiana y una mayor vinculación con las religiones en general. Particularmente desde la enmienda de 1984 al Pacto de Letrán (que regula la relación del estado Italiano con el Vaticano), la religión ca-

38 *Ibíd.*, p. 500.

39 TEDH, Caso *Lautsi y otros contra Italia*. Sentencia del 18 de marzo de 2011, párrafo 48.

40 *Ibíd.*

41 McGoldrick, *op. cit.* pp. 452 y 463.

42 *Ibíd.*, p. 455.

tólica dejó de ser la única reconocida y, en lo que interesa, la Corte Constitucional, resolviendo sobre la obligatoriedad de la enseñanza católica en los colegios públicos,⁴³ afirmó que la Constitución contiene el principio de secularismo.

En este primer fallo del caso *Lautsi*, el Tribunal Europeo indicó que la libertad negativa de educación no se limitaba a la ausencia de servicios o de educación religiosa, sino que se extendía a las prácticas y símbolos que expresan una creencia, una religión o el ateísmo, mereciendo este derecho una protección especial si es *el Estado* el que expresa la creencia y si los disidentes se encuentran en una situación de la que no pueden sustraerse.⁴⁴ Por lo demás, el Estado no logró convencer a la Cámara sobre cómo los crucifijos podían servir al pluralismo educativo esencial en una sociedad democrática,⁴⁵ por lo que se estableció que la obligatoriedad de los crucifijos en las salas restringía el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones (artículo 2 del Protocolo N° 1 del Convenio).

La polémica causada por la sentencia fue considerable; se criticó el fallo por su falta de respeto a la identidad italiana.⁴⁶

2.2. Sentencia de la Gran Sala (Grand Chamber)

El año 2011, la Gran Sala, luego de profundas presiones sociales y políticas, volvió a conocer el asunto en virtud del artículo 43 del Convenio, esto es, a solicitud del Estado, que, como parte, puede en casos excepcionales⁴⁷ solicitar la remisión del asunto ante la Gran Sala de 17 jueces. La Gran Sala consideró que la presencia de crucifijos no violaba los derechos a la educación ni la libertad de conciencia y religión de los demandantes; re-

43 Tribunal Constitucional de Italia Caso N° 203/89. Citado en Corte Europea de Derechos Humanos, Segunda Sala, caso *Lautsi contra Italia*. Petición N° 30814/06, sentencia del 3 de noviembre de 2009, p. 5. Párrafo 25.

44 TEDH, Caso *Lautsi y otros contra Italia*. Sentencia del 18 de marzo de 2011, párrafo 55.

45 *Ibid.*, párrafo 56.

46 Incluso la Ministra de Educación de la época afirmó que “nadie, ni siquiera un Tribunal Europeo de motivación ideológica, tendría éxito borrando nuestra identidad”. De la misma forma, treinta y tres miembros del Parlamento Europeo presentaron indicaciones respecto a que el Tribunal Europeo no era un Tribunal Constitucional y que debía respetar el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación apelando a la unidad en la identidad cultural. Citado en McGoldrick, *op. cit.*, p. 470.

47 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de Europa. Artículo 43 solicitud en casos en que el asunto plantea una “cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general”.

firiéndose a jurisprudencia anterior,⁴⁸ estableció que no puede exigirse al Estado que proporcione una forma particular de enseñanza.⁴⁹

Según el Tribunal Internacional, la decisión de Italia de mantener crucifijos en todas las aulas de colegios públicos cae dentro del margen de apreciación del Estado, pues el caso se fundamenta en temas valóricos sobre los cuales no existe un consenso, ya que la región se caracteriza por una gran diversidad en el ámbito del desarrollo cultural e histórico. Según esta nueva apreciación, la presencia de crucifijos no es suficiente por sí misma para ser considerada un método de adoctrinamiento, sino que, por el contrario, el crucifijo es un símbolo “pasivo” concordante con el principio de neutralidad del Estado,⁵⁰ no existiendo evidencia de que la exhibición de los símbolos religiosos influenciara a los alumnos.⁵¹ En definitiva, se estableció (revocando la sentencia de 2009) por 15 votos contra 2 que no fueron violados el artículo 2 del Protocolo N° 1 del Convenio en conjunto con el artículo 9, ni habría causa para examinar la alegada discriminación del artículo 14 de la Convención (prohibición de discriminación).⁵²

2.3. Análisis de la sentencia de 2011

La controversia sobre símbolos religiosos en espacios públicos es un tema visto anteriormente por el Tribunal Europeo. La polémica generada por el fallo de 2011 radica en que resolvió el problema por medio del margen de apreciación de los Estados, mientras que, en casos anteriores, tal como en el fallo de 2009 en el caso *Lautsi*, el TEDH utilizó el test de proporcionalidad y, por ende, se hizo directamente cargo del problema.

Al respecto, en el caso *Dogru v. Francia* de 2009 no se consideraron violados los derechos de los artículos 9 del Convenio y artículo 2 N° 1 del Protocolo (mismos derechos alegados en *Lautsi*), pues la prohibición del uso del velo por parte de una estudiante durante las clases de educación física y su consecuente expulsión de la escuela fue evaluada bajo el test de proporcionalidad.

48 TEDH, Caso *Lautsi*, op. cit., párrafo 62. Citando a propósito del lugar de la religión en el curriculum escolar: *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen contra Dinamarca*, sentencia del 7 de diciembre de 1976; *Folgero y otros contra Noruega*, sentencia del 29 de junio de 2007; y *Hasan and Eylem Zengin contra Turquía*, sentencia del 9 de enero de 2007.

49 TEDH, Caso *Lautsi*, op. cit., párrafo 61.

50 *Ibid.*, párrafo 72.

51 *Ibid.*, párrafo 66.

52 *Ibid.*, párrafo 32.

lidad, manteniéndose su expulsión. El TEDH entendió que la medida tuvo base legal (justificación suficiente de derecho interno), perseguía un objetivo legítimo (la protección de los derechos de la estudiante, las libertades de los demás y el orden público) y era necesaria en una sociedad democrática en que coexisten diversas religiones. En el caso *Dahlab v. Suiza*⁵³ el Tribunal estableció como necesaria en una sociedad democrática la prohibición del uso del velo por parte de una profesora al considerar que representaba un poderoso símbolo religioso visible.

Es interesante notar que, mientras en casos como estos, que tratan de individuos ejerciendo religiones minoritarias, el Tribunal aborda el problema de fondo aplicando el test de proporcionalidad y la necesidad en una sociedad democrática (aunque no sin polémicas),⁵⁴ en el caso *Lautsi* (2011) el Tribunal decidió entregar la discusión al Estado. Se produce entonces la paradoja de prohibir en el caso de Francia las prendas de vestir musulmanas *de las alumnas*, mientras que se permite *al Estado* italiano que se imponga la presencia de crucifijos. De lo anterior se desprende el trato diferenciado que se da a las religiones mayoritarias y minoritarias, otorgando margen de apreciación en el primer supuesto y aplicando un test de proporcionalidad y necesidad poco estricto en el segundo, lo que parece, en rigor, injustificado aun reconociendo que el Estado tendría el derecho a limitar el derecho a la libertad de expresar la religión públicamente. Por lo menos debería aplicar el mismo criterio a todos al decidir sobre las limitaciones. Además, la presión que ha recibido el tribunal de cambiar el criterio del primer fallo, otorgando mayores niveles de discreción, explica en gran medida las diferencias entre *Lautsi* (2009) y *Lautsi* (2011).

Mientras tanto, los tribunales nacionales de Europa, en un comportamiento idéntico a los primeros procedimientos administrativos del caso *Lautsi*, seguirán desestimando solicitudes de retiro de símbolos religiosos sin violar, en principio, el Convenio Europeo. Y aun más, luego del fallo de la Corte Europea, el argumento se fortalece al apropiarse esta de conceptos de “identidad cultural” como decisión política y justificar el contenido religioso en lugares públicos. Tal es el caso de España, donde el Tribunal Superior rechazó el retiro de un símbolo religioso dispuesto en lugar público al estimar que “la

53 TEDH, *Caso Dahlab contra Suiza*, decisión de admisibilidad de 15 de febrero de 2001.

54 Ver, por ejemplo, opinión dada por el juez Lech Garlicki sobre estos asuntos: “Lech Garlicki y la religión en tela de juicio: símbolos en el banquillo”, publicada el 14 de junio de 2010 en <http://www.cafebabel.es/article/33977/simbolo-religion-europa-tribuna-derechos-humanos.html>.

neutralidad e imparcialidad del Estado exigida por el artículo 16.3 CE no es en forma alguna incompatible con la presencia de símbolos religiosos en lugares públicos que como el presente no son sino expresión de la historia y cultura de nuestro país”.⁵⁵

Como vemos, el significado de los símbolos religiosos y su lugar en el espacio público es algo sobre lo cual si bien aún no hay consenso en Europa, es contrario a una sociedad cuya diversidad aumenta. Así, la continua aplicación del margen de apreciación de los Estados en cuanto a las religiones mayoritarias no se condice con el derecho a expresar creencias minoritarias, que se ha reducido aplicando un test de proporcionalidad poco estricto, restringiendo considerablemente el núcleo del derecho que no está sujeto a limitaciones.

Recientemente, el Sistema Interamericano fue requerido para pronunciarse sobre esta misma temática, a partir de la denuncia de Fabiola Palominos quien, en 2010, había sido obligada en Chile a quitarse el velo en un banco para cobrar un cheque.⁵⁶ De ser el caso admisible –parece haber transcurrido, prima facie, el plazo para presentar una denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, la institución interamericana tendría que decidir si el actuar del banco y el posterior rechazo del recurso de protección por cuestiones de forma (la Señora Palominos no contó con apoyo legal) constituía discriminación, o sea, una distinción arbitraria. Queda por verse el raciocinio que aplicará el sistema; según la jurisprudencia hasta ahora producida, la Comisión vería cuestiones de fondo de este tipo de casos bajo el prisma del debido proceso y del test de proporcionalidad.

4. Diversidad sexual respecto a la adopción de un niño por parte de la pareja lesbiana de su progenitora⁵⁷

El 1 de diciembre de 2011 el Tribunal Europeo recibió en audiencia el caso de una pareja conformada por dos mujeres. Una de ellas fue madre en 1995.

55 Tribunal Superior de Justicia de España. Sentencia 648/2011, de 06 de septiembre de 2011, considerando 9°.

56 *El Mostrador*, “Musulmana acude a la CIDH por discriminación en uso de velo”, 15 de abril de 2012, disponible en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/04/15/musulmana-acude-a-la-cidh-por-discriminacion-en-uso-de-velo/>; Ver también, *Emol.com*, “Musulmana denuncia al Estado por denegación de justicia”, 15 de abril de 2012, disponible en <http://diario.elmercurio.com/2012/04/15/nacional/nacional/noticias/f8f51eb9-9c30-4e98-a690-d6bcdafef9cee.htm>.

57 TEDH, Caso *X y otros contra Austria*. Audiencia de 1 de diciembre de 2011. Sentencia pendiente.

Viviendo juntas y compartiendo el cuidado del niño, solicitaron en 2005 su adopción por parte de la pareja. Austria no dio lugar a la solicitud señalando que el Código Civil no permite este tipo de adopción sin cortar la relación con la madre o el padre natural, que la expresión “padres” hace referencia a personas de distinto sexo y que en este caso el niño mantenía una relación con su padre biológico, el que se opuso a la adopción. Aunque la decisión del tribunal se encuentre pendiente al momento de enviar este tomo a prensa, las consideraciones expresadas en la audiencia informan de manera notoria sobre el desarrollo de los derechos del niño y de personas homosexuales, y el margen de apreciación del Estado, especialmente considerando que el tribunal otorga el derecho a una audiencia solamente en muy pocos casos.

Las demandantes, y el niño como segundo solicitante, argumentan que en el derecho interno el artículo 182 N° 2 del Código Civil austriaco permite una figura idéntica a lo que ellas pidieron: que uno de los padres adopte al hijo de otro sin romper el vínculo con el primero y pasando el niño, en definitiva, a ser hijo de la pareja. Por ello se solicitó la inconstitucionalidad de la norma del Código Civil, que constituiría una discriminación contra ellas por motivo de su orientación sexual. El asunto se derivó al tribunal civil austriaco, que evocó un amplio margen de apreciación del Estado en la regulación de adopción por homosexuales como idea establecida previamente en el caso *Fretté v. Francia*.⁵⁸ La justicia nacional concluyó que el legislador persigue un objetivo legítimo de mantener la relación del niño con los padres (biológicos) de ambos sexos.⁵⁹

En la audiencia, más específicamente, la representante del Estado, Señora Homs, arguyó que la adopción del hijo de una mujer lesbiana por su pareja no fue rechazada por su orientación sexual, sino por su sexo, ya que el derecho austriaco no permitía la adopción por una mujer en reemplazo del padre. Mientras tanto, el representante de los peticionarios, el Señor Graupner, explicó que la denuncia ante el tribunal europeo se basaba en el rotundo rechazo por la justicia austriaca a discutir el fondo del caso. Declarando automáticamente imposible un examen del fondo, no se permitía tener una decisión razonada que ponderara el interés superior del niño –con la expresa voluntad

58 Ibid. Exposición de los hechos. 2 de febrero de 2009, p. 2. Citando a TEDH, *Caso Fretté contra Francia*. Sentencia del 26 de mayo de 2002. Ver en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkpr197/view.asp?action=html&documentId=847284&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

59 Ibid., p. 3

de ser adoptada por la pareja de su madre– y los derechos parentales del padre.⁶⁰ Así, el caso se argumentó, en gran medida, como un caso de acceso a la justicia.

4.1. El margen de apreciación en la jurisprudencia del TEDH

En la jurisprudencia del Tribunal europeo se ha establecido que, ante la falta de consensos europeos en determinadas materias, procede un amplio margen de apreciación para los estados, pero este derecho se vuelve impracticable cuando lo que está en juego es el núcleo mismo de este, como, por ejemplo, el cuidado de los niños biológicos por una persona de orientación homosexual.⁶¹ En este sentido, si el Tribunal no otorga contenido concreto a los derechos de las personas homosexuales, lesbianas y, adicionalmente, con identidad de género diversa, en cuanto a la posibilidad de adoptar o, lo que es lo mismo, reconoce un amplio margen de apreciación de los estados, la jurisprudencia regional no soluciona el problema de indeterminación. Por el contrario, si utiliza el test de proporcionalidad o ponderación de derechos, al menos se aproximará a delimitar en qué casos las personas con orientación sexual distinta tendrán la posibilidad de adopción (o tuición) de niños y niñas, distinguiendo así un área donde el control de la Convención Europea de Derechos Humanos es directo y otra donde el Estado puede *justificar* la imposición de limitaciones al derecho.

Es imprescindible, entonces, distinguir los casos de adopción de los casos de tuición de hijos propios por parte de padres o madres homosexuales. En tales situaciones, como en el caso *Salgueiro contra Portugal* de 1993, el tribunal determinó que “no le permitió ningún margen de discrecionalidad al Estado. Una interpretación restrictiva de [esta sentencia] podría llevar a la conclusión de que el Tribunal simplemente determinó que la religión y la orientación sexual eran argumentos irrelevantes en el contexto de la custodia [...]”.⁶² En consecuencia, no se justifican las limitaciones del derecho ni el margen de apreciación en casos de tuición de niños biológicos.

60 Ibid. Grabación de la audiencia del 1 de diciembre de 2011, disponible en http://www.echr.coe.int/ECHREN/Header/Press/Multimedia/Webcasts+of+public+hearings/webcastEN_media?id=20111201-1&lang=lang&flow=high.

61 TEDH. Caso *Salgueiro contra Portugal*, sentencia del 21 de diciembre de 1999.

62 Por todos, Van Dijk, Pieter (eds.), *Teoría y práctica del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, (Universidad de los Andes) 2006, p. 716.

4.2. Interpretación evolutiva de los derechos de las minorías sexuales

Hasta ahora el contenido de los derechos de las personas gays, lesbianas y transexuales en la jurisprudencia europea presenta vaivenes: recientemente se amplían los derechos de las personas homosexuales que deseen adoptar un niño (E.B v Francia 2008) pero se niega protección a las parejas para contraer matrimonio, aunque se les reconoce legalmente como parejas si el derecho interno lo hace (Schalk y Kopf v. Austria).⁶³ Por lo anterior, analizaremos jurisprudencia que permite a grandes rasgos delimitar el núcleo de los derechos hasta ahora protegidos a nivel europeo para personas con orientación sexual diversa. Este núcleo abarca, entre otras, materias laborales, de herencia, cuidado de los hijos biológicos, derecho penal y tributario, igualdad en las fuerzas armadas y libertad de reunión.⁶⁴ Los casos a mencionar en relación a la pregunta específica son X, Y y Z v. Reino Unido de 1997, Fretté v. Francia de 2002 y E.B v. Francia de 2008. La revisión de esta jurisprudencia permite trazar posibles interpretaciones en el caso X pendiente ante el Tribunal.

El primer caso, X, Y y Z v. Reino Unido de 1997, aborda la adopción de un niño concebido por inseminación artificial; la discusión de fondo es la transexualidad de la mujer que deseaba adoptar al hijo de su pareja. En el caso, la Corte Europea consideró que no se había violado el derecho a una vida familiar (artículo 8 de la Convención) puesto que no puede implementarse una obligación formal para el Estado de reconocer como padre de un niño a una persona que no lo es biológicamente, lo anterior teniendo en cuenta la complejidad de la transexualidad en cuestiones científicas, legales, morales y sociales.⁶⁵

El caso Fretté v. Francia de 2002 se originó por haberse negado la solicitud de adopción de un hombre francés soltero; la justicia del país justificó su decisión en razón de la homosexualidad del peticionario y por no existir un modelo estable de función materna. El Tribunal Internacional se inclinó por otorgar un amplio margen de apreciación al Estado ante la ausencia de consensos europeos⁶⁶ y al considerar la medida objetiva y razonable frente al interés superior del niño, por cuanto la adopción sig-

63 Johnson, Paul, "Homosexuality, Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights", en *Human Rights Law Review*, Vol. 11, tema 3, 2011, p. 579.

64 Por ejemplo, TEDH, Caso *Alekseyev contra Rusia*, sentencia del 11 de abril de 2011. Véase también Van Dijk 2006.

65 TEDH, Caso X, Y y Z *contra Reino Unido*, sentencia del 22 de abril de 1997, párrafo 52.

66 TEDH, Caso *Frette contra Francia*, sentencia del 26 de mayo de 2002, párrafo 40 y ss.

nifica la entrega de un niño a una familia y aún psicólogos y psiquiatras se encuentran divididos sobre las posibles consecuencias que pueda tener la adopción por uno o más padres homosexuales.⁶⁷ En definitiva, no se violaron los artículos 14 (no discriminación) ni 8 (vida privada y familiar), artículo este último que no garantiza el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar.⁶⁸

Recientemente, el caso E.B v. Francia de 2008⁶⁹ marcó importantes precedentes en la materia, siendo los hechos coincidentes en temas de adopción por personas solteras homosexuales y lesbianas. En 1998 una mujer, quien declaró mantener una relación con otra mujer, solicitó autorización para adoptar un niño; pese a las buenas descripciones de sus capacidades, se le negó tal autorización por su orientación lesbiana.⁷⁰ El Tribunal Internacional consideró que este caso difería en ciertos aspectos del caso Fretté respecto al tratamiento administrativo, pues se consideró la actitud de su pareja y cualidades personales de la solicitante. A diferencia del caso Fretté, el Tribunal concluyó que la consideración de la orientación sexual tiñó el análisis de *todos los factores* y fue el único factor determinante para la decisión de adopción, hecho que no era compatible con la Convención, por lo que declaró violados los artículos 8 y 14 del Convenio.⁷¹

Lo interesante del caso E.B. es que, a diferencia del caso Fretté, el Tribunal no consideró que el caso caía dentro del margen de apreciación, por lo que aplicó el test de proporcionalidad y propósito legítimo que tiene que ser acreditado para justificar un trato diferenciado. La razón de ello fue que se trataba de discriminación producida por una norma de derecho interno (que permitía adoptar a las personas solteras), mientras que, en el caso Fretté, estimó directamente que, por falta de consensos, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación, puesto que la orientación sexual no fue el único criterio que los tribunales internos habían tomado en consideración para llegar a su decisión.

Como resultado de lo anterior, las sentencias fueron distintas. Pese a ello, se argumentó que el Tribunal debió abordar directamente en E.B (como lo

67 Ibid., párrafo 42.

68 Ibid., párrafo 32.

69 TEDH, Caso *E.B. contra Francia*, sentencia del 22 de enero de 2008.

70 Ibid., párrafo 10.

71 Ibid., párrafos 71, 96 y 97.

hizo en Fretté) la cuestión de si la orientación sexual del solicitante cayó dentro de ese margen de apreciación; de haber comprobado que la adopción por personas solteras homosexuales no era sujeta al margen de apreciación, “E.B. habría ofrecido un rechazo con mayor autoridad al consenso homofóbico”.⁷² No obstante, aplicando el test de proporcionalidad, el tribunal implícitamente, pero de manera clara, indica que los hechos no caían dentro del margen de apreciación, ya que, si no, no hubiera tenido que aplicar el test. Lo que sí vale la pena destacar es que entre Fretté y E.B. transcurrieron seis años, lo que explica, con respecto a la interpretación evolutiva que tiene que aplicar el tribunal, que el test puede cambiar sin perder la consistencia en la jurisprudencia.

Recientemente, el caso *Gas and Dubois v. France*,⁷³ resuelto en marzo de este año por una de las Salas del Tribunal Europeo, reiteró el reconocimiento del margen de apreciación de los Estados al considerar que no había evidencia de una diferencia de trato basada en orientación sexual de una pareja compuesta por dos mujeres frente a la negativa de la solicitud de adopción del hijo de la otra mujer. Lo anterior, fundamentado esencialmente en la reiterada jurisprudencia de la Corte respecto a que, si bien la Convención no obliga a los Estados Miembros a conceder a parejas del mismo sexo acceso al matrimonio, si el Estado eligió proporcionar a parejas del mismo sexo un medio alternativo de reconocimiento, ello no implica per se reconocer los mismos derechos. Frente a este caso, en que existía una prohibición por ley interna para obtener el permiso de adopción simple, la decisión final del Estado, según la Corte, no se basó en la orientación sexual de las mujeres, pues la adopción simple implica perder el vínculo con el padre o la madre anterior, cuestión que también se aplicaba a una pareja heterosexual.

La jurisprudencia de la Corte Europea en estas materias ha logrado consolidar una interpretación evolutiva de ciertos derechos de las personas homosexuales, lesbianas y transexuales, y, aun más, hizo coincidir las decisiones internas (reconociendo a cada Estado un margen de apreciación) con una interpretación progresiva del Convenio Europeo como en el caso E.B., pero el contenido de estos derechos, nos indica el Tribunal, se debe a que la sociedad europea reconoce consensos en cuanto a que los destinatarios tienen estos (y no otros) derechos. Por el contrario, en la medida que no existan dichos acuerdos, el Tribunal no marca una tendencia ni agrega mayor contenido a la

72 Johnson, op. cit., p.590.

73 TEDH, Caso *Gas and Dubois contra Francia*, sentencia del 15 de marzo de 2012.

interpretación que hasta ahora se ha dado. Por tanto, si bien la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado progresivamente en los derechos de estas personas, las opciones de resolución se limitan a, por un lado, reconocer el margen de apreciación de los Estados y que cada sociedad limite el contenido de sus derechos o, por otro, evaluar mediante el test de proporcionalidad si las decisiones internas se ajustan al Convenio, tal como lo hizo en E.B versus Francia.

Finalmente, consideramos que este tipo de decisiones de la jurisprudencia europea va en el mismo sentido dado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁴ y, así, las discusiones sostenidas por el Tribunal Europeo cobran vigencia en aquellos temas que se presenten por primera vez en el Sistema Interamericano. Ello fue así, específicamente, en el caso *Atala Riffo versus Chile*, donde la Corte Interamericana se pronunció en febrero de 2012 a propósito de una decisión de quitar a una madre lesbiana la tuición de sus hijas en base a su orientación sexual. No obstante, la incorporación del margen de apreciación como un estándar jurídico, siendo este ajeno a la Convención y tradición interpretativa interamericana, debe ser evaluada con mucha cautela.

5. La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo

El 8 de noviembre de 2002 el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) adoptó la Resolución 1441 en que reconoció el incumplimiento de Irak de sus obligaciones relativas a la cooperación y desarme nuclear, adoptadas ante la Agencia Internacional de Energía Atómica. Posteriormente se notificó al gobierno de Saddam Hussein y se otorgó oportunidad de cumplir las obligaciones. Ante la negativa iraquí, el 20 de marzo de 2003, tropas aliadas⁷⁵ ingresaron a Irak con el objetivo de derrocar al régimen. El 1 de mayo del mismo año declararon el fin de las operaciones militares mayores. Estados Unidos y Reino Unido asumieron las fuerzas de ocupación y crearon la CPA –Autoridad Provisional de la Coalición– para ejercer temporalmente el poder. Una de las funciones gubernamentales que ejerció la CPA fue proveer la seguridad en Irak. Este rol fue reconocido por el CSNU bajo la Resolución 1483 del 23 de mayo de 2003. La ocupación finalizó, y con ello la existencia de la CPA, cuando, el 28 de junio de 2004, el poder y la autoridad fueron traspas-

74 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29.

75 Compuestas por Estados Unidos en su mayoría, un gran número de Reino Unido y pequeños contingentes de Australia, Dinamarca y Polonia.

sados al gobierno interino iraquí. La presencia de tropas británicas en dicho país generó interrogantes acerca de la posible aplicación de la Convención Europea por parte del TEDH en dos casos.

El caso *Al-Jedda*⁷⁶ se refiere a la reclusión de Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda por fuerzas británicas en Irak durante 3 años. El peticionario viajó en 2004 desde Londres a Irak, donde fue detenido por soldados estadounidenses para posteriormente ser llevado a Basora y recluido en Sha'aibah⁷⁷ hasta el 30 de diciembre de 2007. El caso fue presentado ante la Corte Europea el 3 de junio de 2008. A su vez, el caso *Al Skeini y otros*⁷⁸ se refiere al fallecimiento de seis civiles iraquíes en diversas circunstancias en el contexto de operaciones militares desarrolladas por el ejército británico en Basora durante 2003. La demanda fue presentada ante la Corte Europea de derechos humanos el 11 de diciembre de 2007. La Gran Sala de la Corte Europea se pronunció en ambos casos el 7 de junio de 2011.

5.1 “Control efectivo” como criterio de jurisdicción

Para el adecuado análisis de estos casos, aunque no se trata de hechos completamente iguales, es central el concepto “jurisdicción” contemplado en el artículo 1 del Convenio, el cual ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el TEDH.

En el caso *Bankovic y otros*,⁷⁹ el TEDH determinó que este concepto debía ser interpretado conforme al derecho internacional público, según el cual “jurisdicción” es “primordialmente territorial”.⁸⁰ Con todo, la línea jurisprudencial adoptada por la Corte en el caso *Bankovic* ha sido criticada desde la doctrina. Hampson indica que seguir este criterio podría llevar a “resultados absurdos”⁸¹ porque, “si las normas relativas a conflictos armados no pudie-

76 TEDH, *Caso Al-Skeini contra Reino Unido*, sentencia del 7 de julio de 2011.

77 Centro de detenciones dirigido por fuerzas británicas.

78 TEDH, *Caso Al-Jedda contra Reino Unido*, sentencia del 7 de julio de 2011. Centro de detenciones dirigido por fuerzas británicas.

79 TEDH, *Bankovic y otros contra Bélgica, República Checa, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, España, Turquía y el Reino Unido*, decisión de admisibilidad, 12 de diciembre de 2001. En el caso se argumentó que un país que se introduce en el espacio aéreo de otro Estado y bombardea, ejerce durante ese momento “jurisdicción” para los efectos de su responsabilidad por las violaciones de derechos humanos presuntamente cometidas. La Corte lo rechazó.

80 *Ibid.*, párrafo 62.

81 Hampson, Françoise, “The scope of the extra-territorial applicability of international human rights” en Gilbert, Hampson, Sandoval (Eds.) ‘The Delivery of Human Rights: Essays in honour of Professor Sir Nigel Rodley’, (Routledge) 2011, p 181.

ran aplicarse, no habría responsabilidad bajo el derecho internacional por la muerte deliberada de un sujeto X, [cometido] en un Estado B, [pero provoca] por un agente del Estado, a menos que ejercieran control físico sobre él a la vez”.⁸²

En 2004, la Corte se pronunció de manera más consistente en el caso *Issa y otros contra Turquía*,⁸³ donde precisó que, en circunstancias excepcionales, los actos estatales que se desarrollan fuera de su territorio o cuyos efectos se producen fuera de su “jurisdicción territorial”, pueden generar responsabilidad. Esta se compromete donde, como consecuencia de actividades legales o ilegales, el Estado “ejerza control efectivo del área”⁸⁴ situada fuera del territorio nacional. El objetivo tras el estándar elaborado en *Issa* era evitar que pueda interpretarse el artículo 1 del Convenio de forma tal que permita a un Estado parte vulnerar los derechos humanos en territorio de otro Estado donde tenga control efectivo e impedir violaciones que en su propio territorio no podría cometer. En el caso particular, no obstante, el tribunal no encontró violación del Convenio, justamente porque no se estableció, según los hechos probados, tal control efectivo.⁸⁵

En suma, de los casos *Bankovic* e *Issa* se desprenden los siguientes criterios: “en primer lugar, que la competencia suele ser territorial. En segundo lugar, que se extiende al territorio sobre el cual el Estado ejerce un control efectivo. Tercero, que se extiende a las personas en dicho territorio y otros [quienes] presuntamente [estén] bajo control físico del Estado y, por último, que se aplica a las actividades diplomáticas y consulares [realizadas en otro país]”.⁸⁶

Sin embargo, la doctrina critica que, en el caso *Bankovic*, “[el tribunal] confundió la idea de jurisdicción extraterritorial con aplicación extraterritorial como resultado del ejercicio de jurisdicción”, que son dos cosas distintas, y

82 Hampson, Françoise, “The Scope of the Extra-Territorial Applicability of International Human Rights” en Gilbert, Hampson, Sandoval (eds.), *The Delivery of Human Rights: Essays in Honour of Professor Sir Nigel Rodley*, (Routledge) 2011, p. 181.

83 TEDH. Caso *Issa y otros contra Turquía*, Sentencia del 16 de noviembre de 2004. El caso fue presentado por ciudadanos iraquíes quienes acusaron ser atacados por fuerzas militares turcas en un sector cercano a la frontera turca mientras ejercían sus labores de pastoreo. Alegaron que se estaba realizando una operación militar transfronteriza dirigida a perseguir y eliminar terroristas. La Corte rechazó el caso por considerar que Turquía no ejercía un control efectivo de dichas actividades militares.

84 *Ibid.*, párrafo 71.

85 *Ibid.*, párrafo 75.

86 Hampson, op. cit., p. 178.

también confundió “el ejercicio de jurisdicción con legalidad”,⁸⁷ que no siempre van asociados. Con todo, es importante destacar que, a partir del caso *Bankovic*, la Corte estableció que el “ejercicio de todos o algunos de los poderes públicos que normalmente ejerce el gobierno [territorial]”⁸⁸ puede otorgar jurisdicción. En este sentido, el ejercicio de jurisdicción “[n]o depende de la ocupación ni del consentimiento del Estado territorial”.⁸⁹

En el caso *Al Skeini* y otros, frente a detenciones y ejecuciones, nuevamente se discutió el concepto de “jurisdicción” y la argumentación del Reino Unido. La Corte analizó los principios relevantes en materia de jurisdicción bajo el artículo 1 del Convenio y los aplicó al caso concreto; estos son 1) principio de territorialidad. 2) autoridad y control del agente estatal, 3) control efectivo del área y 4) el espacio jurídico del Convenio. Aplicados estos al caso concreto, se estableció que “Reino Unido asumió autoridad y responsabilidad para el mantenimiento de la seguridad en el sudeste de Irak. En esas circunstancias excepcionales la Corte considera que Reino Unido, a través de sus soldados que participan en las operaciones de seguridad en Basora durante el período en cuestión, ejercen autoridad y control sobre las personas que murieron en el curso de las operaciones de seguridad, para establecer un vínculo jurisdiccional entre el fallecido y Reino Unido para efectos del artículo 1 de la Convención”.⁹⁰ Por lo anterior, Reino Unido debió investigar las muertes de los demandantes en Irak; al incumplir esa obligación, estaba vulnerando los artículos 1 y 2 –sobre el derecho a la vida– del Convenio Europeo.

En este caso, la Corte reconoce que las muertes “fueron causadas por los actos de los soldados británicos durante las operaciones de seguridad llevadas a cabo por las fuerzas británicas en varias partes de la ciudad de Basora”.⁹¹ Aplicando el concepto del “control efectivo”, determina que las muertes de 5 de las víctimas se produjeron bajo el control de autoridades británicas. Por otro lado, la última de las seis personas que falleció durante un tiroteo entre soldados británicos y otros hombres armados no pudo ser considerada víctima por razones ajenas al test de control efectivo.⁹²

87 *Ibid.*.

88 *Ibid.*, p. 179.

89 *Ibid.*

90 TEDH, *Caso Al-Skeini*, op. cit., párrafo 149

91 *Ibid.*, párrafo 150.

92 *Ibid.*, párrafo resolutivo 5.

En el caso Al-Jedda, el argumento giró alrededor de la pregunta de si el tribunal tenía jurisdicción sobre los actos cometidos por soldados británicos fuera de los recintos de detención, no teniendo entonces “control físico” sobre las personas. El Estado argumentó que la responsabilidad por la reclusión del demandante era imputable a Naciones Unidas.⁹³ Al respecto, el tribunal rechazó el argumento que el CSNU había emitido una resolución que previera la asignación de roles en Irak en caso de que el régimen fuera derrocado. Específicamente, el CSNU no tuvo control efectivo sobre las tropas de las fuerzas multinacionales y, por ende, no puede ser atribuida la reclusión del señor Al-Jedda a Naciones Unidas⁹⁴ porque fue detenido en un centro de reclusión dirigido exclusivamente por fuerzas británicas, bajo autoridad y control del Reino Unido.⁹⁵

El Estado argumentó también que la Resolución 1546 del CSNU establecía la obligación de utilizar la reclusión en Irak y que, por aplicación del artículo 103⁹⁶ de la Carta de Naciones Unidas, prevalecía sobre las obligaciones del artículo 5.1 del Convenio Europeo. La Corte observó que Naciones Unidas fue creada no solo para “mantener la paz y la seguridad, sino también lograr la cooperación internacional promover y fomentar el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales”, concluyendo que no había intención de imponer a los Estados obligaciones de violar derechos humanos. La Corte consideró que la Resolución 1546 no establecía expresamente la reclusión y solo se refería a “adoptar las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y estabilidad en Irak”. En cambio, la medida de reclusión fue mencionada como ejemplo de una “amplia gama de actividades” en un documento suscrito por el Secretario de Seguridad de Estados Unidos incluido como anexo a la Resolución. Además, la Corte reconoció que la Resolución había dejado abierta a los Estados parte y a las fuerzas multinacionales la elección de las medidas apropiadas para contribuir al mantenimiento de la seguridad y estabilidad. Ante la ausencia de disposición contraria, la Corte establece que los Estados parte y las fuerzas multinacionales debían cumplir

93 *Ibíd.*, párrafo 64.

94 *Ibíd.*, párrafo 82.

95 *Ibíd.*, párrafo 85.

96 Carta de Naciones Unidas. Artículo 103: En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta.

sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Por ende, la Corte consideró que el Convenio consagrando el derecho establecido en el artículo 5.1 sobre libertad y seguridad era aplicable a la detención.

Para resolver, la Corte aplicó el estándar fáctico mencionado antes, estableciendo que existe jurisdicción si el Estado extranjero ejerce algunos de los poderes públicos que normalmente son ejercidos por un gobierno soberano. En particular en el caso *Al-Jedda*, la Corte sostuvo que la reclusión del señor Al-Jedda era atribuible al Estado porque se encontraba bajo jurisdicción de Reino Unido. Además, sostuvo que Reino Unido no tenía ninguna obligación en virtud de una resolución del CSNU para detener de forma preventiva y sin revisión judicial. Agregó que el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas no tenía relación –desechando la defensa del Estado– y, por lo tanto, el señor Al-Jedda fue detenido ilegalmente a la luz del artículo 5.1.

En suma, la Corte consideró que la detención se realizó en dependencias de exclusivo control y autoridad británicos. Por otro lado, pese a que el tiempo de detención se prolongó más allá de la entrega del poder interno al gobierno local, “siendo incluso revisada por funcionarios iraquíes y representantes no británicos de la coalición de fuerzas [...] Este control no operó para prevenir que la detención siguiera adelante.”⁹⁷ En base a lo anterior, se desprende que las tropas pueden tener “control efectivo” aun cuando exista un gobierno local.

Conclusión

Las decisiones de la Gran Sala del TEDH se caracterizan por resolver materias de alta complejidad y por examinar la aplicación del Convenio a nuevas materias. No siempre, como se evidenció en 2011, esta evolución de la jurisprudencia se genera sin controversias. En los tres casos en comento decididos ya por el tribunal, se mostró que el TEDH ha aplicado criterios que no parecen del todo consistentes. Adicionalmente, en el caso pendiente de decisión, estamos ante jurisprudencia anterior inconclusa que se espera el tribunal aclarará. A pesar de estas dificultades, es informativa la discusión europea para las consideraciones que tendrá que tomar en cuenta el Sistema Interamericano en su momento.

Primero, en el caso *M.S.S.*, el test aplicado sobre el estándar de no devolución es diferente para los dos Estados demandados, sin que exista una razón

⁹⁷ TEDH. Caso *Al-Jedda*, op. cit., párrafo 85.

que convenza a todos los jueces. Así, se aplicó a Bélgica una prohibición de devolución a Grecia –por el peligro vital para M.S.S., estando no obstante radicado en Afganistán–, mientras que, con respecto a Grecia, país que tenía que decidir sobre la expulsión fuera de la Unión Europea, se traduce la norma *ius cogens* de no devolución a un estándar procedimental.

Segundo, en los casos sobre la libertad de religión, el test que se aplica a religiones minoritarias, como es el caso Dahlab, es diferente al criterio que se usa para religiones mayoritarias (caso Lautsi). Así, la restricción de la expresión individual de una religión o creencia minoritaria, tal como el portar el velo islámico, se evalúa según el test de proporcionalidad si afecta valores como la seguridad pública; si, por el contrario, una creencia personal va directamente dirigida contra una religión mayoritaria, tal como evidenció la presencia de crucifijos en las salas de clases de escuelas públicas, se concede margen de apreciación al Estado, lo que le exime de aplicar el test de proporcionalidad, reduciendo así la protección de la creencia minoritaria.

Tercero, el Tribunal Europeo tendrá que confirmar o “distinguir” la aplicabilidad del test de proporcionalidad al que recurrió en el caso E.B. cuando resuelva, prontamente, el caso X y otros contra Austria sobre adopción de niños y niñas por parte de parejas homosexuales, decisiones que se han dejado al margen de apreciación del Estado. Dista el caso Salgueiro, en este contexto, donde, al igual que la decisión de la Corte Interamericana en el caso Atala, se determinó que el margen de apreciación no aplica para decisiones sobre la tuición de los niños biológicos de personas homosexuales. El interés del niño no puede determinarse solamente con referencia a la orientación sexual de uno de sus padres.

Finalmente, los casos Al-Jedda y Al-Skeini constituyen evidencia de una interpretación evolutiva de la cláusula de jurisdicción del Convenio que, como algunos argumentan, a pesar de basarse en el mismo test de “control efectivo”, había sido leído de manera distinta en el caso Bankovic. Será interesante observar en los años por venir cómo se consolida la jurisprudencia, cuáles son los casos que van a constituir excepciones a las líneas jurisprudenciales del tribunal y cuáles representarán ejemplos para la interpretación evolutiva que debe hacerse de los tratados de derechos humanos y del Convenio en particular.

Mirando hacia nuestro continente, el debate jurisprudencial europeo servirá de insumo –a adoptar o a desechar– cuando, ante la Comisión y Corte Interamericana, se aleguen casos similares.