



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO

DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE CONSTITUCIONAL Y  
DERECHOS HUMANOS

ÁREA DE DERECHOS HUMANOS

*Traducción realizada por Daniel Pamplona Castillejo, siendo tutora la profesora Yolanda Gómez Sánchez, en virtud del Convenio suscrito por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, el Ministerio de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*

*El TEDH no se hace responsable del contenido o calidad de la presente traducción*

GRAN SALA

**CASO DE MARKOVIC Y OTROS v. ITALIA**

*(Demanda n° 1398/03)*

SENTENCIA

ESTRASBURGO

14 de diciembre de 2006

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

**En el caso de Markovic y otros v. Italia,**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentado en Gran Sala compuesta por:

Luzius Wildhaber, presidente,  
 Christos Rozakis,  
 Jean-Paul Costa,  
 Nicolas Bratza,  
 Boštjan M. Zupančič,  
 Lucius Caflisch,  
 Ireneu Cabral Barreto,  
 Karel Jungwiert,  
 John Hedigan,  
 Margarita Tsatsa-Nikolovska,  
 Mindia Ugrehelidze,  
 Anatoly Kovler,  
 Vladimiro Zagrebelsky,  
 Egbert Myjer,  
 Davíd Thór Björgvinsson,  
 Danutė Jočienė,  
 Ján Šikuta, jueces,

y Lawrence Early, *Secretario de la Sección*,

Habiendo deliberado en privado el 14 de diciembre de 2005, el 9 de enero y el 25 Octubre de 2006,

Entrega la siguiente sentencia, que fue adoptada en la fecha mencionada anteriormente:

**PROCEDIMIENTO**

1. El caso se originó en una aplicación (nº. 1398/03) contra la República Italiana presentada ante el Tribunal de conformidad con el artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("la Convención") por diez ciudadanos de Serbia y Montenegro, Sr. Dusan Markovic y Sr. Zoran Markovic, Dusika Jontic y Vladimir Jontic, Draga Jankovic, Mirjana Stevanovic y Slavica Stevanovic, y Sra. Milena Dragojevic, Obrad Dragojevic y Dejan Dragojevic ("los solicitantes" o "los demandantes"), el 6 de diciembre de 2002.

2. Los solicitantes presentaron una solicitud ante el Tribunal a través de la Sra. A. Rampelli y están representados por el Sr. G. Bozzi, un abogado que ejerce en Roma, y el Sr. A. Bozzi y la Sra. C. Gatti, abogados ejerciendo en Milán. El Gobierno italiano ("el Gobierno demandado") estuvo representado por su agente, el Sr. I.M. Braguglia, y por su coagente, el Sr. F. Crisafulli.

3. Los demandantes reclamaron en particular una violación del artículo 6 de la Convención, tomada junto con el artículo 1, como resultado de una sentencia del Tribunal de Casación italiano según la cual los tribunales nacionales no tenían jurisdicción para examinar su reclamación de indemnización por daños como resultado de un ataque aéreo de las fuerzas de la OTAN.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

4. La solicitud fue asignada a la Primera Sección del Tribunal (Regla 52 § 1 del Reglamento de la Corte). En una decisión de 12 de junio de 2003, la Sección declaró la inadmisibilidad parcial de la solicitud con respecto a las quejas en virtud de los artículos 2, 10 y 13 (en la medida en que se considera absorbido por el artículo 6) y 17 del Convenio y decidió comunicar el resto de la solicitud al gobierno demandado para sus observaciones escritas. El 28 de abril de 2005, una Sala de esa Sección compuesta por Boštjan M. Zupančič, presidente, John Hedigan, Lucius Caflisch, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Vladimiro Zagrebelsky, Ebertbert Myjer y Davíd Thór Björgvinsson, jueces, y Vincent Berger, Secretario de la Sección, renunció a la jurisdicción a favor de la Gran Sala, ninguna de las partes se opuso a la renuncia (artículo 30 del Convenio y Regla 72).

5. La composición de la Gran Sala se determinó de conformidad con las disposiciones del Artículo 27 §§ 2 y 3 del Convenio y la Regla 24.

6. De conformidad con el Artículo 29 § 3 del Convenio y la Regla 54A § 3, la Gran Sala notificó a las partes que podría decidir examinar el fondo del caso al mismo tiempo que la cuestión de la admisibilidad.

7. Los solicitantes y el Gobierno demandado presentaron sus presentaciones. También se recibieron observaciones del Gobierno del Reino Unido, que el Presidente le había dado permiso para intervenir en el procedimiento escrito (artículo 36 § 2 del Convenio y artículo 44 § 2). El Gobierno de Serbia y Montenegro ejerció su derecho a intervenir (Artículo 36 § 1 del Convenio y Regla 44 § 1 (b)). Los demandantes respondieron a los comentarios de las partes intervinientes en la audiencia (Regla 44 § 5).

8. La audiencia se escuchó en público en el *Human Rights Building*, en Estrasburgo, el 14 de diciembre de 2005 (Regla 59 § 3).

Compareció ante el Tribunal:

(a) *por el gobierno demandado*

Sr. F. Crisafulli, *Co-agente*,  
Sra. A. Ciampi, *Asesora*;

(b) *por los solicitantes*

Sr. G. Bozzi, del Colegio de Abogados de Roma,  
Sr. A. Bozzi, del Colegio de Abogados de Milán, *Abogados*,  
Sr. D. Gallo, *Asesor* ;

(c) *por el Gobierno de Serbia y Montenegro*

Sr. S. Carić, *Agente*,  
Sra. K. Josifor,  
Sra. I. Banovcanin-Heuberger, *Asesores*.

El Tribunal escuchó las declaraciones del Sr. Crisafulli, la Sra. Ciampi, el Sr. G. Bozzi, Sr. A. Bozzi y Sr. Carić, y sus respuestas a las preguntas formuladas por los jueces.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

## LOS HECHOS

## I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

9. Los diez solicitantes son todos ciudadanos de Serbia y Montenegro, que en el momento de los hechos en cuestión se conocía como la República Federativa de Yugoslavia ("FRY", por sus siglas en inglés).

Los dos primeros demandantes, Dusan y Zoran Markovic, nacieron en 1924 y 1952 respectivamente, y aplicaron a el Tribunal en nombre de Dejan Markovic, hijo fallecido de Dusan Markovic y hermano de Zoran Markovic.

La tercera y cuarta, los solicitantes Dusika y Vladimir Jontic, nacieron en 1948 y 1978 respectivamente, y aplicaron a el Tribunal en nombre de Slobodan Jontic, difunto marido de Dusika Jontic y padre de Vladimir Jontic.

El quinto solicitante, Draga Jankovic, nació en 1947 y aplicó a el Tribunal en nombre de su difunto marido, Milovan Jankovic.

El sexto y séptimo solicitante, Mirjana y Slavica Stevanovic, nacieron en 1945 y 1974 respectivamente, y aplicaron a el Tribunal en nombre de Slavisa Stevanovic, hijo fallecido de Mirjana Stevanovic y hermano de Slavica Stevanovic.

El octavo, noveno y décimo solicitante, Milena, Obrad y Dejan Dragojevic, nacieron en 1953, 1946 y 1975 respectivamente, y aplicaron a el Tribunal en nombre de Dragorad Dragojevic, hijo fallecido de Milena y Obrad Dragojevic y hermano de Dejan Dragojevic.

10. Los demandantes presentaron la presente demanda para quejarse del resultado de un recurso de indemnización que habían interpuesto ante los tribunales italianos por un ataque aéreo contra la República Federativa de Yugoslavia.

**A. Antecedentes y bombardeo de la Radio-televizija Srbija (RTS)**

11. Los hechos del caso se refieren a los mismos hechos que los examinados por el Tribunal en su decisión en el caso de *Banković y otros v. Bélgica y otros*. ((dec .) [GS], n.º. 52207/99, TEDH 2001-XII). Los hechos en ese caso se resumieron de la siguiente manera:

“6. El conflicto en Kosovo entre las fuerzas serbias y albanos-kosovares durante 1998 y 1999 está bien documentado. En el contexto del conflicto creciente, junto con las preocupaciones crecientes y las iniciativas diplomáticas infructuosas de la comunidad internacional, el Grupo de Contacto de seis naciones (establecido en 1992 por la Conferencia de Londres) se reunió y acordó convocar negociaciones entre las partes en el conflicto.

7. El 30 de enero de 1999, y tras una decisión de su Consejo del Atlántico Norte (CAN), la Organización del Tratado del Atlántico del Norte (OTAN) anunció ataques aéreos en el territorio de la República Federativa de Yugoslavia en caso de incumplimiento de las exigencias de la comunidad internacional. Por lo tanto, se llevaron a cabo negociaciones entre las partes en el conflicto del 6 al 23 de febrero de 1999 en Rambouillet y del 15 al 18 de marzo de 1999 en París. El acuerdo de paz propuesto resultante fue firmado por la delegación albanesa de Kosovo pero no por la delegación serbia.

8. Considerando que todos los esfuerzos para lograr una solución política negociada a la crisis de Kosovo habían fracasado, el CAN decidió, y el 23 de marzo de 1999 el Secretario General de la

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

OTAN anunció, el comienzo de ataques aéreos (Operación Fuerza Aliada) contra la República Federativa de Yugoslavia. Los ataques aéreos duraron del 24 de marzo al 8 de junio de 1999.

...

9. Tres canales de televisión y cuatro estaciones de radio operaban desde las instalaciones de RTS en Belgrado. Las principales instalaciones de producción se ubicaron en tres edificios en la calle Takovska. La sala de control principal estaba ubicada en el primer piso de uno de los edificios y estaba atendida principalmente por personal técnico.

10. El 23 de abril de 1999, justo después de las 2 a.m. aproximadamente, uno de los edificios de RTS en la calle Takovska fue alcanzado por un misil lanzado desde un avión de las fuerzas de la OTAN. Dos de las cuatro plantas del edificio colapsaron y la sala de control principal fue destruida.

11. ... Veinticuatro objetivos fueron alcanzados en la República Federativa de Yugoslavia esa noche, incluidos tres en Belgrado”.

12. El colapso parcial del edificio RTS causó la muerte de dieciséis personas, incluidos los cinco familiares de los solicitantes.

### **B. Procedimientos civiles en el Tribunal de Distrito de Roma**

13. El 31 de mayo de 2000, los cuatro primeros demandantes interpusieron un recurso por daños y perjuicios ante el Tribunal de Distrito de Roma con arreglo al artículo 2043 del Código Civil italiano. Los otros seis solicitantes solicitaron unirse a los procedimientos el 3 Noviembre de 2000.

14. Los solicitantes creían que la responsabilidad civil por la muerte de sus familiares recaía en la Oficina del Primer Ministro italiano, el Ministerio de Defensa y en las fuerzas aliadas en el sur de Europa (AFSOUTH) del Comando de la OTAN.

Argumentaron que los tribunales italianos tenían jurisdicción para conocer el caso. En particular, sobre la base de la redacción del artículo 6 del Código Penal italiano, alegaron que el acto ilícito que había causado el daño alegado debía considerarse cometido en Italia en la medida en que la acción militar se había organizado en territorio italiano y parte de ella había tenido lugar allí. Basaron este argumento en el grado de compromiso de Italia - que implica el apoyo político y logístico sustancial - a la misión militar en cuestión. Específicamente, Italia, a diferencia de otros miembros de la OTAN, había proporcionado las bases aéreas desde donde despegaron las aeronaves que habían bombardeado Belgrado y la RTS. También se basó en el soporte de su reclamación en el artículo 174 del Código Penal Militar en tiempo de guerra y en el Convenio de Londres de 1951 y el Protocolo Adicional a el Convenio de Ginebra.

15. Los demandados argumentaron que los tribunales italianos no tenían jurisdicción para conocer el caso. Los demandantes suspendieron el procedimiento contra AFSOUTH.

16. La Oficina del Primer Ministro italiano y el Ministerio de Defensa consecuentemente solicitaron una resolución preliminar al Tribunal de Casación en la cuestión de la jurisdicción (*regolamento preventivo di giurisdizione*) en virtud del artículo 41 del Código de Procedimiento Civil italiano.

17. En comunicaciones escritas en fecha 16 de noviembre de 2001, el Abogado del Estado del Tribunal de Casación sostuvo que la solicitud de resolución preliminar debía

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

declararse inadmisibles ya que se refería al fondo de la reclamación y no a la cuestión de la jurisdicción. Declaró lo siguiente:

"Los organismos gubernamentales que defienden este reclamo han solicitado una resolución preliminar sobre el tema de la jurisdicción, argumentando que:

(a) dado que la acción se presenta contra el Estado italiano como un sujeto específico (unitario) de derecho internacional por actos realizados en el ejercicio de su *imperium (iure imperii)*, no puede presentarse ante los tribunales italianos;

(b) el párrafo 5 del artículo VIII del Convenio de Londres de 19 de junio de 1951, que Italia ratificó mediante la Ley n.º 1335 de 1955, no proporciona ninguna base para la acción o bien, tal como se aplica a los daños causados en el Estado receptor.

El gobierno intenta mostrar a través de esta cuestión jurisdiccional que el sistema legal italiano no contiene ninguna disposición o principio capaz de proporcionar una base para el supuesto derecho personal [*diritto soggettivo perfetto*] o de garantizarlo en abstracto.

En consecuencia, la posición es que:

(a) el gobierno sostiene que el Estado italiano no puede ser considerado responsable de los actos llevados a cabo en el ejercicio de su *imperium*;

(b) además, niegan que dicho Convenio de Londres pueda utilizarse para determinar el lugar donde se produjeron los actos que causaron el daño alegado (no es accidental que el solicitante haya citado las disposiciones del Código Penal referentes al lugar donde el daño fue cometido).

De ello se desprende que las cuestiones planteadas se refieren al fondo y no a la cuestión de la jurisdicción (véase la sentencia n.º 903 de 17 de diciembre de 1999) del Tribunal de Casación, sentado en pleno).

Por estos motivos, se solicita al Tribunal de Casación, que sesiona en pleno, que declare la inadmisibilidad de la demanda, con todas las consecuencias legales que eso conlleva".

18. En el fallo (n.º. 8157) de 8 de febrero de 2002, que se depositó en el registro el 5 de junio de 2002 y se transmitió a los demandantes el 11 de junio de 2002, el Tribunal de Casación, en pleno (*Sezioni Unite*), constató que los tribunales italianos no tenían jurisdicción. Razonó de la siguiente manera:

" ...

2. La reclamación busca imputar responsabilidad al Estado italiano sobre la base de un acto de guerra, en particular la conducción de hostilidades a través de la guerra aérea. La elección de los medios que lo harán ser utilizado para dirigir hostilidades es un acto de gobierno. Estos son actos a través de los cuales se realizan funciones políticas y la Constitución establece que se les asigne a un cuerpo constitucional. La naturaleza de tales funciones se opone a cualquier reivindicación de un interés protegido en relación con ello, de modo que los actos por los que se llevan a cabo puede o no tener un contenido específico - Véanse las sentencias del pleno de la corte de 12 de julio 1968 (n.º. 2452), 17 de octubre de 1980 (n.º. 5583) y 8 de enero de 1993 (n.º. 124). Con respecto a los actos de este tipo, ningún tribunal tiene el poder de revisar la forma en que se realizó la función.

3. Si bien el objetivo de las disposiciones de los acuerdos internacionales que regulan la conducción de las hostilidades - Protocolo adicional a el Convenio de Ginebra (artículos 35.2, 48, 49, 51, 52 y 57) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 2 y 15 § 2) - es proteger a los civiles en caso de ataque, son normas de derecho internacional, y por lo tanto también regulan relaciones entre Estados.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

Estos mismos tratados establecen el procedimiento para determinar una violación y las sanciones en caso de responsabilidad (artículo 91 del Protocolo y artículo 41 de la Convención); también designan los tribunales internacionales con jurisdicción para hacer tal descubrimiento.

Sin embargo, la legislación que implementa estas reglas en el Estado italiano no contiene ninguna disposición expresa que permita a las partes perjudicadas solicitar reparación al Estado por los daños sufridos como resultado de una violación de las normas del derecho internacional.

La noción de que las disposiciones a tal efecto pueden haberse introducido implícitamente en el sistema mediante la aplicación de normas de derecho internacional está en contradicción con el principio inverso que se ha mencionado que sostiene que los intereses individuales protegidos no son obstáculo para llevar a cabo funciones de naturaleza política.

De hecho, para permitir que se proporcione una reparación en el sistema nacional por las pérdidas sufridas como resultado de una violación del "tiempo razonable" en virtud del artículo 6 del Convenio sobre los Derechos Humanos, [el Estado] introdujo la legislación adecuada (Ley n°. 89 de 24 de marzo de 2001).

4. El no derecho a una revisión de la decisión del Gobierno en relación con la conducción de las hostilidades con respecto a las operaciones aéreas de la OTAN contra la República Federal de Yugoslavia se puede encontrar en el Convenio de Londres de 1951.

El hecho de que el avión utilizado para bombardear la estación de radio y televisión de Belgrado pudiese utilizar bases situadas en territorio italiano constituye solo un elemento de la operación altamente compleja cuya legalidad se pretende revisar y, por lo tanto, no es relevante para la aplicación de la norma establecida en el párrafo 5 del artículo VIII de la Convención, que por el contrario presupone la comisión de un acto susceptible de revisión.

19. El fallo del Tribunal de Casación llegar pone fin, *ipso jure*, al procedimiento del Tribunal del Distrito de Roma.

## II. DERECHO Y PRÁCTICAS NACIONALES PERTINENTES

20. Las disposiciones pertinentes de la Constitución italiana son las siguientes:

### **Artículo 10 § 1**

"El sistema legal italiano debe cumplir con las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional.

... "

### **Artículo 24 § 1**

"Todos pueden iniciar acciones legales para proteger sus derechos e intereses legítimos.

... "

### **Artículo 28**

"Los funcionarios públicos, otros agentes del Estado y las entidades públicas serán directamente responsables, de conformidad con el derecho penal, civil y administrativo, por los actos cometidos en violación de los derechos. En relación con tales actos, la responsabilidad civil se extenderá al Estado y las entidades públicas.

... "

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

**Artículo 113**

“La protección judicial de los derechos e intereses legítimos de los tribunales ordinarios y administrativos siempre será susceptible de actos de las autoridades administrativas públicas.

No puede ser excluido o limitado a remedios extraordinarios o categorías específicas de acto.

La ley especificará qué órganos judiciales están facultados para anular los actos de las autoridades públicas, en qué casos y con qué efectos”.

21. Artículo 31 del Real Decreto n°. 1024 del 26 de junio de 1924 establece:

"Ninguna apelación al *Consiglio di Stato*, sentado en su capacidad judicial, recaerá nuevamente en actos o decisiones del gobierno que impliquen el ejercicio del poder político”.

22. El artículo 2043 del Código Civil establece:

"Cualquier acto ilegal que cause daño a otro hará que el perpetrador sea responsable de los daños en virtud de la ley civil”.

23. El artículo 41 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere al tema de la jurisdicción, establece:

"Mientras no se haya determinado el fondo del procedimiento en primera instancia, cualquiera de las partes podrá solicitar una resolución sobre una cuestión de jurisdicción en virtud del artículo 37 del Tribunal de Casación, sentado como un tribunal completo. ...”

El artículo 37 del Código de Procedimiento Civil establece:

"Un fallo en el que un tribunal ordinario no tiene jurisdicción porque el caso se refiere a una autoridad pública o está dentro de la provincia de un tribunal especial, puede hacerse en cualquier momento y en cualquier nivel de jurisdicción, incluso por el tribunal de oficio”.

24. Las disposiciones pertinentes del Código Penal proporcionan:

**Artículo 6**

"Cualquiera que cometa un delito en el territorio del Estado será castigado de acuerdo con la ley italiana.

Se considerará que la ofensa se ha cometido en el territorio del Estado si la totalidad o parte del acto u omisión en el origen del delito o todas o algunas de las consecuencias de dicho acto u omisión ocurrieron allí”.

**Artículo 185**

"Restitución y compensación por daños.

La comisión de un delito dará lugar a una obligación de restitución en virtud de la ley civil [Artículos 2043 et seq. del Código Civil].

Cualquier delito que cause daño material [Artículo 2056 del Código Civil] o daño inmaterial [Artículo 2059 del Código Civil] impondrá una obligación al autor y a los responsables de sus acciones en virtud del derecho civil [Artículo 2047 del Código Civil] para reparar”.

25. El artículo 174 del Código Penal Militar de Guerra dice lo siguiente:

"Un comandante de una fuerza militar que, con el fin de infligir daños al enemigo, ordena o autoriza el uso de un medio o método de guerra que está prohibido por la ley o por un tratado internacional o que en todo caso es contrario al código de honor militar será responsable por condena con una pena mínima de cinco años de prisión, a menos que el acto en cuestión sea un delito en virtud de una disposición legal específica.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

Si el acto resulta en una masacre, el período mínimo de prisión será de diez años".

26. En la sentencia de 10 de julio de 1992 (n°. 124/1993), el Tribunal de Casación, actuando como tribunal en pleno, estableció la norma de que los tribunales no tenían jurisdicción para conocer de los casos contra las autoridades en relación con actos políticos.

Un sindicato había presentado una demanda en contra del Primer Ministro, El Ministerio de Administración Pública y el Ministerio de Educación, sobre la base de que el gobierno había dejado de cumplir con sus compromisos. El Tribunal de Casación señaló, *inter alia*, que un fallo de este tipo sólo podría comprometer la responsabilidad política del gobierno, pero no pudo crear un derecho. Decidió que los tribunales no tenían jurisdicción para escuchar el caso después de formular el siguiente principio:

"La acción legislativa es un acto político ya que es el medio estándar para realizar funciones políticas y gubernamentales. La conducta de la autoridad gubernamental en el presente caso no era, por lo tanto, capaz de derecho de causar daños individuales (ya sea a sus derechos personales o de sus legítimos intereses); en consecuencia escapa a todo escrutinio judicial".

27. Los tribunales italianos ya habían examinado de hecho esta cuestión en una serie de casos anteriores y habían dictaminado que, como eran de naturaleza política, los siguientes actos escaparon al escrutinio de los tribunales nacionales:

- (i) la renuncia al derecho a ejercer jurisdicción de conformidad con el Artículo VII del Acuerdo de 1951 entre las Partes en el Tratado del Atlántico Norte sobre el Estatuto de sus Fuerzas (Tribunal de Casación, Tercera División Penal, 21 de marzo de 1962, n°. 1645 *Kinardi y otros...*, *Giust Pen* [Justicia Criminal], 1963, III, p 80);
- (ii) la cesión de bienes pertenecientes a nacionales italianos en virtud del Convenio de Londres de 1951 (Tribunal de Casación, en pleno, 12 Julio de 1968, n°. 2452, *De Langlade v. The Treasury*, *Rivista diritto internazionale* [Revisión de Derecho Internacional], 1969, p. 583);
- (iii) el decreto del Ministerio de Transporte para la suspensión del permiso para el transporte de mercancías a Austria (Tribunal del Distrito de Roma, 18 de mayo de 1993, *Soc. S. y C. Transp. GmbH v. Ministerio de Transporte*, *Rivista diritto internazionale privato e processuale* [Revisión del derecho internacional privado y Procedimiento], 1995, p. 755);
- (iv) la decisión del Ministerio de Empleo que designa a los representantes de los empleados como delegados en la Organización Internacional del Trabajo (Tribunal Administrativo Regional de Lacio, 20 de agosto de 1976, n°. 492, *CISNAL v. Ministerio de Empleo y Ministerio de Asuntos Exteriores*, *Anuario italiano de Derecho Internacional*, 1978-79, página 184);
- (v) la declaración de guerra y disposiciones del tratado relativas a la indemnización por daños de guerra (Tribunal Administrativo Regional de Lacio (I), 28 de enero de 1985, n°. 106, *Pestalozza v. el Tesoro*, *Trib. Amm Reg.* [Revisión del Tribunal Administrativo Regional], 1985, p. 381).

28. El 11 de marzo de 2004, el pleno del Tribunal de Casación dictó una nueva resolución (n°. 5044) sobre la jurisdicción de los tribunales civiles italianos para conocer las demandas de indemnización por daños sufridos por una persona que había sido capturada por el ejército alemán en 1944 y fue deportado a trabajar para la industria

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

alemana. Alemania había invocado la inmunidad del Estado y los tribunales de primera instancia y apelación habían declarado que no tenían jurisdicción para dictar una orden contra ello. El Tribunal de Casación llevó a cabo un examen muy extenso de los tratados internacionales sobre delincuencia internacional, imprescriptibilidad, responsabilidad internacional de los Estados, inmunidad de jurisdicción y de la jurisprudencia de varios tribunales internacionales. Al considerar que el motivo de inmunidad falló y los tribunales italianos tuvieron que decidir el reclamo, declaró, *inter alia*:

" ... En la decisión n.º. 8157 de 5 de junio de 2002, este tribunal en pleno resolvió que los actos realizados por el Estado en el curso de las hostilidades escapan a cualquier control por parte de los tribunales, ya que son actos a través de los cuales se llevan a cabo funciones "políticas". La naturaleza de estas funciones "excluye cualquier reivindicación de un interés protegido en relación con esto, de modo que puede haber o no un contenido específico de los actos a través de los cuales se realizan". De conformidad con este principio, se realizaron las cortes italianas resolvieron no tener competencia para conocer de una demanda contra la Oficina del Primer Ministro italiano y el Ministerio de Defensa de Italia para la compensación por la destrucción de un objetivo no militar durante los ataques aéreos de la OTAN contra la República Federal de Yugoslavia o para las muertes de civiles resultantes. Sin embargo, es evidente, en primer lugar, que el hecho de que el tribunal no pueda impugnar la forma en que se llevan a cabo las acciones del jefe supremo de la res publica no le impide descubrir que se ha cometido un delito o que existe la responsabilidad relacionada con el derecho penal o civil (artículos 90 y 96 de la Constitución, artículo 15 de la Ley constitucional n.º. 1 de 1953 y artículo 30 de la Ley n.º. 20 de 1962); en segundo lugar, en virtud del principio de adaptación establecido por el artículo 10 § 1 de la Constitución, los principios "generalmente reconocidos" del derecho internacional que rigen los valores fundamentales constituidos por la libertad y la dignidad del ser humano y caracterizan los ataques más graves sobre la integridad de esos valores, ya que los "crímenes internacionales" se han integrado "automáticamente" en nuestro sistema y son totalmente aptos para su uso como un estándar por el cual se puede medir la injusticia del daño causado a otros por "actos" intencionales o negligentes. Es evidente, por lo tanto, que los principios se refieren a esta decisión no pueden ser tomados en consideración en el presente caso. ...

9.1 Otorgar inmunidad de jurisdicción a los Estados culpables de tales actos ilícitos está en manifiesta contradicción con las reglas normativas antes mencionadas porque constituye un obstáculo para la defensa de valores cuya protección, al igual que estas normas y principios, debe considerarse, por el contrario, esencial para la toda la comunidad internacional, incluso hasta el punto de justificar formas de respuesta obligatoria en los casos más graves. Tampoco hay duda de que la antinomia debe resolverse dando prioridad a las normas de mayor rango, ya que la minoría de los jueces (de ocho a nueve) expresaron en su opinión disidente anexa a la sentencia de Al-Adsani [v. el Reino Unido [GC], n.º. 35763/97, ECHR 2001-XI], al excluir en tales casos cualquier reclamación por parte del Estado de inmunidad judicial en tribunales extranjeros".

29. En 1993, el gobierno italiano decidió enviar una fuerza de expedición militar a Somalia para realizar operaciones de mantenimiento de la paz. Después de que la fuerza expedicionaria regresara a Italia, se descubrió que algunos de sus miembros habían participado en la tortura de prisioneros somalíes. Dos miembros de la expedición fueron acusados y condenados a prisión. También se les ordenó pagar una compensación a la parte civil. En el juicio n.º. 28154 de 7 Marzo de 2002, cuyo texto se depositó en la Secretaría el 10 de julio de 2002, el Tribunal Civil de Roma ordenó a otro militar italiano y al Ministerio de Defensa reparar los daños sufridos por los familiares de un civil que el soldado había matado ilegalmente.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

## III. OTRAS DISPOSICIONES PERTINENTES

30. Los demandantes se basaron en los tribunales nacionales en el Protocolo adicional de 8 de junio de 1977 a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I). El Protocolo, que Italia ha ratificado por la Ley n°. 672 de 11 Diciembre de 1985, contiene, *inter alia*, las siguientes disposiciones:

**Artículo 35 - Reglas básicas**

"1. En cualquier conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir métodos o medios de guerra no es ilimitado.

2. Está prohibido emplear armas, proyectiles y material y métodos de naturaleza de guerra para causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios.

3. Está prohibido emplear métodos o medios de guerra que pretendan, o puedan esperarse, que causen daños generalizados, a largo plazo y graves al medio ambiente.

... "

**Artículo 48 - Regla básica**

"Para asegurar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes civiles, las Partes en conflicto distinguirán en todo momento entre la población civil y los combatientes y entre los bienes civiles y los objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares".

**Artículo 49 - Definición de ataques y ámbito de aplicación**

"1. "Ataques" significa actos de violencia contra el adversario, ya sea en ataque o en defensa.

2. Las disposiciones del presente Protocolo con respecto a los ataques se aplican a todos los ataques en cualquier territorio que se realice, incluido el territorio nacional que pertenece a una Parte en conflicto pero que está bajo el control de una Parte adversa.

3. Las disposiciones de esta sección se aplican a cualquier guerra terrestre, aérea o marítima que pueda afectar a la población civil, civiles individuales u objetos civiles en tierra. Se aplican además a todos los ataques desde el mar o desde el aire contra objetivos en tierra, pero no afectan las normas de derecho internacional aplicables en conflictos armados en el mar o en el aire.

4. Las disposiciones de esta sección son adicionales a las normas relativas a la protección humanitaria contenida en la Cuarta Convención, particularmente en su artículo II, y en otros acuerdos internacionales vinculantes para las Altas Partes Contratantes, así como a otras normas de derecho internacional relacionadas con la protección humanitaria, la protección de civiles y objetos civiles en tierra, mar o aire contra los efectos de las hostilidades".

**Artículo 51 - Protección de la población civil**

"1. La población civil y los civiles individuales gozarán de protección general contra los peligros derivados de las operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se deben observar las siguientes reglas, que son adicionales a otras reglas de derecho internacional aplicables, en todas las circunstancias.

2. La población civil como tal, así como los civiles individuales, no serán objeto de ataques. Se prohíben los actos o amenazas de violencia cuyo principal propósito sea difundir el terror entre la población civil.

3. Los civiles gozarán de la protección que ofrece esta sección, a menos que participen directamente en las hostilidades y durante ese tiempo.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

4. Los ataques indiscriminados están prohibidos. Los ataques indiscriminados son:

- (a) aquellos que no están dirigidos a un objetivo militar específico;
- (b) aquellos que emplean un método o medios de combate que no pueden dirigirse a un objetivo militar específico; o
- (c) aquellos que emplean un método o un medio de combate cuyos efectos no pueden limitarse según lo requerido por este Protocolo;

y, en consecuencia, en cada uno de estos casos, son de naturaleza para atacar objetivos militares y civiles u objetos civiles sin distinción.

5. Entre otros, los siguientes tipos de ataques deben considerarse indiscriminados:

(a) un ataque por bombardeo por cualquier método o medio que trate como objetivo militar único una serie de objetivos militares claramente separados y distintos ubicados en una ciudad, pueblo, aldea u otra área que contenga una concentración similar de civiles u objetos civiles;

y

(b) un ataque que se puede esperar que cause pérdida accidental de vida civil, lesiones a civiles, daños a objetos civiles, o una combinación de ambos, que sería excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa anticipada.

6. Se prohíben los ataques contra la población civil o los civiles como represalia.

7. La presencia o los movimientos de la población civil o civiles individuales no se utilizarán para hacer que ciertos puntos o áreas sean inmunes a las operaciones militares, en particular en intentos de proteger objetivos militares de ataques o para proteger, favorecer u obstaculizar operaciones militares. Las Partes en el conflicto no deberán dirigir el movimiento de la población civil o civiles individuales a fin de intentar proteger objetivos militares contra ataques o para proteger operaciones militares.

8. Cualquier violación de estas prohibiciones no liberará a las Partes en conflicto de sus obligaciones legales con respecto a la población civil y los civiles, incluida la obligación de adoptar las medidas cautelares previstas en el artículo 57.

... "

### **Artículo 52 - Protección general de bienes civiles**

"1. Los objetos civiles no serán objeto de ataques o represalias. Los objetos civiles son todos los objetos que no son objetivos militares como se define en el párrafo 2.

2. Los ataques se limitarán estrictamente a objetivos militares. En lo que respecta a los objetos, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, propósito o uso contribuyen de manera efectiva a la acción militar y cuya destrucción, captura o neutralización total o parcial se da en las circunstancias imperantes en el momento, ofrece una ventaja militar definitiva.

3. En caso de duda si un objeto que normalmente se dedica a fines civiles, como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se está utilizando para hacer una contribución efectiva a la acción militar, se presumirá que no se da ese uso

... "

### **Artículo 57 - Precauciones en ataque**

"1. En la conducción de las operaciones militares, se debe tener cuidado constante de preservar a la población civil, los civiles y los bienes de carácter civil.

2. Con respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:

(a) aquellos que planean o deciden sobre un ataque deberán:

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

(i) hacer todo lo posible para verificar que los objetivos a atacar no sean civiles y no estén sujetos a protección especial sino que sean objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del Artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíban atacarlos;

(ii) tomar todas las precauciones posibles en la elección de los medios y métodos de ataque con el fin de evitar, y en cualquier caso minimizar, las pérdidas fortuitas, la vida civil, los daños a civiles y los daños a los bienes civiles;

(iii) abstenerse de decidir lanzar cualquier ataque que pueda causar una pérdida accidental de vida civil, lesiones a civiles, daños a bienes civiles, o una combinación de ambos, que sería excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

(b) un ataque será cancelado o suspendido si resulta evidente que el objetivo no es militar o está sujeto a protección especial o que se puede esperar que el ataque cause una pérdida accidental de vida civil, lesiones a civiles, daños a objetos civiles o una combinación de los mismos, que sería excesiva en relación con la ventaja militar concreta y directa anticipada;

(c) se dará una advertencia previa efectiva de los ataques que puedan afectar a la población civil, a menos que las circunstancias no lo permitan.

3. Cuando sea posible elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar similar, el objetivo que se seleccionará será aquel cuyo ataque pueda causar menos peligro para la vida civil y para los bienes civiles.

4. En la realización de operaciones militares en el mar o en el aire, cada Parte en conflicto, de conformidad con sus derechos y obligaciones conforme a las normas del derecho internacional aplicable en un conflicto armado, tomará todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas y daños a los civiles a los objetos civiles

5. No se puede interpretar que ninguna disposición de este Artículo autoriza ataque alguno contra la población civil, civiles u objetos civiles.

... "

#### Artículo 91 - Responsabilidad

"Una Parte en el conflicto que viole las disposiciones de los Convenios o de este Protocolo deberá, si el caso lo exige, estar obligado a pagar una indemnización. Será responsable de todos los actos cometidos por personas que formen parte de sus fuerzas armadas".

31. Los demandantes también se basaron en los tribunales nacionales en el párrafo 5 del artículo VIII del Convenio de Londres de 19 de junio de 1951 entre las Partes en el Tratado del Atlántico Norte sobre el estado de sus Fuerzas<sup>1</sup>, que Italia ratificó mediante la Ley n°. 1335 de 1955.

El artículo I define ciertos términos de la siguiente manera:

" ...

(d) «Estado emisor» significa la Parte Contratante a la que pertenece la fuerza;

(e) «Estado receptor» significa la Parte contratante en cuyo territorio se encuentra la fuerza o el componente civil, ya esté estacionado allí o en tránsito;

... "

El artículo VIII establece, *inter alia*:

" ...

---

<sup>1</sup> Serbia no es parte de este Tratado.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

5. Reclamaciones (distintas de las reclamaciones contractuales y aquellas a las que se aplican los párrafos 6 o 7 de este artículo) que surjan de actos u omisiones de miembros de una fuerza o componente civil realizados en el desempeño de un deber oficial, o de cualquier otro acto, omisión o los sucesos respecto de los cuales una fuerza o componente civil sea jurídicamente responsable y causen daños en el territorio del Estado receptor a terceros, distintos de cualquiera de las Partes Contratantes, serán tratados por el Estado receptor de conformidad con las siguientes disposiciones:

(a) Las reclamaciones se presentarán, se considerarán y liquidarán o se adjudicarán de conformidad con las leyes y reglamentaciones del Estado receptor con respecto a las reclamaciones derivadas de las actividades de sus propias fuerzas armadas.

(b) El Estado receptor podrá resolver dichos reclamos, y el pago del monto acordado o determinado por adjudicación será realizado por el Estado receptor en su moneda.

(c) Dicho pago, ya sea realizado en virtud de una resolución o de resolución del caso por un tribunal competente del Estado receptor, o la adjudicación definitiva por dicho tribunal que niegue el pago, será vinculante y concluyente para las Partes Contratantes.

(d) Todas las reclamaciones pagadas por el Estado receptor se comunicarán a los Estados emisores interesados junto con los detalles completos y una distribución propuesta de conformidad con los subpárrafos (e) (i), (ii) y (iii) a continuación. A falta de una respuesta en un plazo de dos meses, la distribución propuesta se considerará aceptada.

(e) El coste incurrido en las reivindicaciones satisfactorias de conformidad con los sub-párrafos anteriores y párrafo 2 de este artículo se distribuirá entre las partes contratantes, como sigue:

(i) Cuando un solo Estado emisor sea responsable, la cantidad adjudicada o adjudicada se distribuirá en la proporción del 25% con cargo al Estado receptor y del 75% con cargo al Estado que envía.

(ii) Cuando más de un Estado sea responsable por el daño, el monto adjudicado o adjudicado se distribuirá equitativamente entre ellos; sin embargo, si el Estado receptor no es uno de los Estados responsables, su contribución será la mitad que la de cada uno de los Estados remitentes.

(iii) Cuando el daño haya sido causado por los servicios armados de las Partes Contratantes y no sea posible atribuirlo específicamente a uno o más de esos servicios armados, la cantidad otorgada o adjudicada se distribuirá por igual entre las Partes Contratantes interesadas: sin embargo, si el Estado de recepción no es uno de los Estados cuyos servicios armados causaron el daño, su contribución será la mitad que la de cada uno de los Estados de envío interesados.

(iv) Cada semestre, se enviará a los Estados receptores interesados una declaración de las sumas pagadas por el Estado receptor en el transcurso del período semestral respecto de cada caso respecto del cual se haya aceptado la distribución propuesta en porcentaje, junto con una solicitud de reembolso. Dicho reembolso se realizará dentro del plazo más breve posible, en la moneda del Estado de recepción.

(f) En los casos en que la aplicación de las disposiciones de los subpárrafos (b) y (e) de este párrafo cause graves dificultades a una Parte Contratante, podrá solicitar al Consejo del Atlántico Norte que disponga una solución de naturaleza diferente.

(g) Un miembro de una fuerza o componente civil no estará sujeto a ningún procedimiento para la ejecución de una sentencia dictada contra él en el Estado receptor en un asunto que surja del desempeño de sus funciones oficiales.

(h) Salvo en la medida en que el subpárrafo (e) de este párrafo se aplique a las reclamaciones contempladas en el párrafo 2 de este Artículo, las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a cualquier reclamación derivada o relacionada con la navegación u operación de un buque o la carga, transporte o descarga de una carga, que no sean reclamos por muerte o lesiones personales a los que no se aplica el párrafo 4 de este Artículo.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

6. Las reclamaciones contra miembros de una fuerza o componente civil que se deriven de actos u omisiones dolosos en el Estado receptor que no se hayan realizado en el ejercicio de su deber oficial se tramitarán de la siguiente manera:

(a) Las autoridades del Estado receptor considerarán el reclamo y evaluarán la compensación al reclamante de manera justa y equitativa, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluida la conducta de la persona lesionada, y prepararán un informe sobre el asunto.

(b) El informe se entregará a las autoridades del Estado que envía, que decidirán sin demora si ofrecerán un pago *ex gratia* y, de ser así, de qué monto.

(c) Si se realiza una oferta de pago *ex gratia*, y el demandante la acepta en pleno cumplimiento de su reclamación, las autoridades del Estado emisor efectuarán el pago e informarán a las autoridades del Estado receptor de su decisión y de la suma abonada.

(d) Nada de lo dispuesto en este párrafo afectará la jurisdicción de los tribunales del Estado receptor para entablar una acción contra un miembro de una fuerza o un componente civil a menos y hasta que haya habido un pago en plena satisfacción del reclamo.

7. Las reclamaciones derivadas del uso no autorizado de cualquier vehículo de las fuerzas armadas de un Estado emisor se tramitarán de conformidad con el párrafo 6 de este artículo, excepto en la medida en que la fuerza o el componente civil sea jurídicamente responsable.

8. Si surge una controversia acerca de si un acto tortuoso u omisión de un miembro de una fuerza o componente civil se realizó en cumplimiento de un deber oficial o si el uso de cualquier vehículo de los servicios armados de un Estado que envía no fue autorizado, la pregunta se presentará a un árbitro designado de conformidad con el párrafo 2 (b) de este Artículo, cuya decisión sobre este punto será definitiva y concluyente.

9. El Estado emisor no podrá reclamar inmunidad de la jurisdicción de los tribunales del Estado receptor para los miembros de una fuerza o elemento civil con respecto a la jurisdicción civil de los tribunales del Estado receptor, excepto en la medida prevista en 5 el párrafo (g) de este artículo.

10. Las autoridades del Estado emisor y del Estado receptor cooperarán en la obtención de pruebas para una audiencia imparcial y la eliminación de las reclamaciones respecto de las cuales son objeto las Partes Contratantes.

... "

## LA LEY

### I. ADMISIBILIDAD DE LA APLICACIÓN

#### A. Objeción de falta de agotamiento de los recursos internos

32. El Gobierno demandado señaló que en los seis meses siguientes a la sentencia del Tribunal de Casación, que trata de la cuestión de la competencia únicamente con respecto al Estado italiano, no en relación con la OTAN o AFSOUTH, los solicitantes no habían reanudado el proceso contra la OTAN. En su opinión, esto refleja una falta de interés por parte de los solicitantes y constituye, aunque de manera indirecta, una falta de agotamiento de los recursos internos a su disposición en virtud de la ley italiana. El Gobierno demandado añadió durante la vista que la reclamación de los solicitantes se basaba en disposiciones que, aunque de relevancia a la acción penal, no podían ser

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

válidamente invocadas en los tribunales civiles y señalaron que los demandantes no habían podido mencionar ningún ejemplo de un caso en el que una demanda como la suya hubiera sido sentenciada con éxito.

33. Los solicitantes dijeron que habían presentado una demanda conjunta y múltiple de reparación por parte del Estado italiano y la OTAN. Sin embargo, después de que la OTAN reclamó inmunidad con respecto a su sede, retiraron su demanda contra esta con su consentimiento. Por lo tanto, la acción contra la OTAN se extinguió finalmente. Sin embargo, esto no afectó a la acción contra el Estado italiano. Los solicitantes señalaron que los argumentos del Gobierno demandado eran ilógicos, ya que requirieron a los solicitantes a iniciar un procedimiento ante los tribunales nacionales cuando, de acuerdo con los propios casos del Gobierno demandado, no tenían ningún derecho que válidamente podrían hacer valer.

34. El Tribunal observa que en *Banković y otros*, antes citado, que se basaban en los mismos hechos que la presente demanda, salvo que los demandantes en ese caso no interpusieron un recurso ante los tribunales italianos, el Gobierno italiano alegó que no se habían agotado los recursos internos y en realidad citó el caso *Markovic* como prueba de la existencia de un remedio. Los demandantes en el presente caso hicieron uso del recurso y llevaron a cabo los procedimientos que, en su opinión, tenían la mayor posibilidad de éxito en la medida de lo posible después de que la OTAN reclamara la inmunidad de la jurisdicción de los tribunales nacionales.

35. Corresponde al Gobierno alegar el no agotamiento para convencer al Tribunal de que el remedio era eficaz, disponible en teoría y en la práctica en el momento pertinente, es decir, que era accesible, era capaz de proporcionar reparación en relación con las quejas de los solicitantes y ofrece perspectivas razonables de éxito (véase *Sejdovic v. Italia* [GC], n.º. 56581/00, § 46, TEDH 2006-II).

El Gobierno demandado no ha proporcionado ningún ejemplo concreto de una acción civil que se haya entablado con éxito contra la OTAN. Por lo tanto, el Tribunal no encuentra convincente su argumento de que reanudar los procedimientos contra la OTAN habría ofrecido mejores perspectivas de éxito que el procedimiento contra el Estado italiano.

36. En estas circunstancias, la solicitud no puede ser desestimada por falta de agotamiento de los recursos internos en el sentido del artículo 35 § 1 del Convenio.

## **B. Sobre si los solicitantes entraron dentro de la "jurisdicción" del Estado Parte demandado en el sentido del Artículo 1 de la Convención**

### *1. Declaraciones del Gobierno demandado*

37. El Gobierno demandado alegó que la solicitud era inadmisibles porque era incompatible con las disposiciones del Convenio. Con referencia a la queja relativa al artículo 6, invitaron a el Tribunal a adoptar el razonamiento que había aplicado en *Banković y otros* al declarar inadmisibles *ratione loci* las quejas relativas a los derechos esenciales garantizados por el Convenio.

38. La referencia al artículo 1 en las preguntas que el Tribunal ha planteado a las partes y la conexión que indudablemente existía con la cuestión del artículo 6 indicaban que el Tribunal consideraba que la cuestión pertinente era si un derecho de acceso a los tribunales para hacer valer un derecho convencional en lugar de un derecho civil ordinario en el presente caso. Una persona que no estaba dentro de la jurisdicción

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

nacional no tenía derecho de acceso a un recurso que le permitiera reclamar una reparación por la pérdida de las autoridades del Estado de que se trate. Si un Estado no es responsable de los actos cometidos fuera de su territorio, difícilmente podría criticarse por negarse a aceptar una solicitud que denuncia las consecuencias de tales actos. Por ello, el Gobierno demandado alega que, a pesar de que -a diferencia de los solicitantes en *Bankovic y otros*- los demandantes en el presente caso se habían llevado a sí mismos dentro del ámbito de la jurisdicción del Estado mediante la presentación de una reclamación ante las autoridades para la reparación de sus pérdidas, su aplicación, así en *Banković y otros*, tuvo que ser considerada como un todo y todas las quejas, incluidas las contenidas en el artículo 6, fueron declaradas inadmisibles.

39. El Gobierno demandado señaló, además, que un análisis del sistema de toma de decisiones de la OTAN no reveló ninguna participación de Italia en la elección de los diversos objetivos y que todas las operaciones militares se habían llevado a cabo en cumplimiento de las normas del derecho internacional humanitario. En esas circunstancias, era muy difícil establecer una responsabilidad solidaria por parte de Italia. En consecuencia, no existía un vínculo jurisdiccional entre los solicitantes y el Estado italiano.

40. En las declaraciones del Gobierno demandado, sería absurdo que no existiera la obligación de proteger un derecho sustantivo para sostener que existía la obligación de proteger el derecho procesal correspondiente, es decir, proporcionar un medio para afirmar ese mismo derecho sustantivo en los tribunales nacionales.

41. El Gobierno demandado también planteó las mismas objeciones que en *Banković y otros* respecto de la responsabilidad individual de los Estados por actos cometidos por una organización internacional de la que eran miembros, y observó que sería ilógico retener al Estado, que no era responsable de los actos de las organizaciones internacionales de las que era miembro, responsables en virtud del Convenio de no tomar medidas nacionales para remediar las consecuencias de esos actos. Sostuvieron que, por lo tanto, la solicitud debía declararse inadmisibles por ser incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio.

## 2. Las presentaciones de los solicitantes

42. Los solicitantes se refieren a la objeción del Gobierno demandado en *Bankovic y otros* de falta de agotamiento de los recursos internos. Sostuvieron que equivalía a un reconocimiento, al menos en lo que respecta al ordenamiento jurídico interno, de que estaban dentro de la jurisdicción de los tribunales nacionales. Agregaron que el Abogado del Estado del Tribunal de Casación comparte ese punto de vista, ya que en sus comunicaciones escritas, que había argumentado que la falta de defensa de jurisdicción planteada por el Oficina del Primer Ministro debía ser desestimada.

43. Los demandantes continuaron diciendo que en *Banković y otros* no se había remitido previamente a los tribunales nacionales. Argumentaron que esa diferencia bastaba para demostrar que estaban indiscutiblemente dentro de la jurisdicción del Estado demandado en el sentido del artículo 1 del Convenio y, en consecuencia, gozaban de la protección del Convenio.

En su opinión, la decisión del Tribunal de Casación era incompatible con el artículo 1 de la Convención, ya que impidió cualquier aplicación práctica de las disposiciones del Convenio en el derecho interno.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

*3. Las declaraciones de las partes intervinientes***(a) El gobierno de Serbia y Montenegro**

44. El Gobierno de Serbia y Montenegro sostuvo que la denuncia presentada en virtud del artículo 6 del Convenio no era incompatible *ratione loci* con las disposiciones del Convenio. Observaron que los actos se habían cometido o en el territorio de Serbia y Montenegro o en el territorio de Italia, mientras que las consecuencias se habían sufrido únicamente en Serbia y Montenegro. Según ellos, el primer punto que el Tribunal tuvo que tomar en consideración fue que la aeronave que había bombardeado el edificio RTS había despegado en Italia, donde la decisión de llevar a cabo la redada había sido tomada en coordinación con la sede de la OTAN en Bruselas. Los actos en cuestión también incluyeron toda la preparación física y logística de la operación, que resultó en la muerte de dieciséis personas. En ese momento, Italia y los otros Estados miembros de la OTAN tenían control total sobre el uso de armas en el espacio aéreo serbio y montenegrino, pero finalmente fue Italia la que tuvo la capacidad aérea de bombardear el edificio RTS. Estos factores mostraron claramente el vínculo entre los acontecimientos en cuestión e Italia, a pesar de que las consecuencias solo se sufrieron en Serbia. En las declaraciones del gobierno de Serbia y Montenegro, el presente caso era, por lo tanto, suficientemente distinguible de *Banković y otros* (citado anteriormente) como para justificar una conclusión diferente que evitaría una denegación de justicia. Concluyeron por lo anterior que el acto denunciado en el presente caso no era exclusivamente extraterritorial.

**(b) El gobierno del Reino Unido**

45. El Gobierno británico señaló que en *Banković y otros* el Tribunal había decidido por unanimidad que todas las disposiciones del Convenio debían leerse a la luz del artículo 1 de la Convención, que definía el alcance de su aplicación. El efecto del artículo 1, como lo decidió el Tribunal en *Banković y otros* y en su decisión anterior en el presente caso (véase el párrafo 4 arriba), era que los derechos y libertades garantizados por el Convenio no eran aplicables a un incidente como un ataque -llevado a cabo en el curso de un conflicto armado- en un edificio fuera del territorio de los Estados contratantes de que se trate, porque las personas afectadas por ese ataque no se encontraban dentro de la jurisdicción de los Estados contratantes en cuestión.

46. Una vez que se estableció que el Convenio no era aplicable, se siguió que los que alegaban respecto de ese incidente no tenían ningún derecho en virtud del Convenio. En consecuencia, no podría surgir una obligación de los Estados Partes en el Convenio de proporcionar un recurso ante los tribunales nacionales por la violación de tales derechos.

47. Por lo tanto, era totalmente lógico que la Gran Sala de *Banković y otros* considerara que la reclamación era inadmisibile con respecto al artículo 13 una vez que había constatado que la solicitud no estaba comprendida en los artículos 2 y 10. Con referencia al caso de *Z y otros c. Reino Unido* ([GS], n.º. 29392/95, § 103, TEDH 2001-V), el Gobierno británico alegó que, en la medida en que el artículo 6, a diferencia del artículo 13, tenía una función distinta en referencia a la observancia de los derechos en virtud de las demás disposiciones de la Convención, la respuesta debe ser la misma en virtud de ese artículo.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

48. No importa que el solicitante individual haya entrado posteriormente en el territorio del Estado contratante y haya intentado iniciar el procedimiento allí. Si bien esa persona puede entrar en la jurisdicción de ese Estado contratante cuando ingrese en su territorio, ese hecho no puede hacer retroactivamente que el Convenio sea aplicable a un hecho pasado al que el Convenio no era aplicable en ese momento. Tampoco alteró el hecho de que, en el momento del incidente, esa persona no estaba dentro de la jurisdicción del Estado y, en consecuencia, no tenía el deber, en virtud del artículo 1, de garantizarles los derechos y libertades establecidos en el Convenio. Ni el artículo 13 ni el artículo 6 exigen que un Estado contratante proporcione un recurso por violación de otras disposiciones del Convenio si esas otras disposiciones no son aplicables al hecho en cuestión debido a su ámbito de aplicación en virtud del artículo 1.

#### 4. La evaluación del Tribunal

49. Se recordará que en *Banković y otros*, el Tribunal declaró: "En cuanto al 'sentido corriente' del término pertinente en el artículo 1 del Convenio, el Tribunal está convencido de que, desde el punto de vista del derecho internacional público, la competencia jurisdiccional de un Estado es principalmente territorial. Aunque el derecho internacional no excluye un ejercicio del Estado de la jurisdicción adicional territorialmente, las bases sugeridas de dicha jurisdicción (incluyendo la nacionalidad, bandera, relaciones diplomáticas y consulares, efecto, protección, personalidad pasiva y universalidad) son, como regla general, definidas y limitadas por los derechos territoriales soberanos de los otros Estados pertinentes."

50. No se encontró ningún "vínculo jurisdiccional" a los efectos del artículo 1 del Convenio entre las víctimas del acto imputado y los Estados demandados y sostuvo que la acción en cuestión no llevó a cabo la responsabilidad última del Convenio. A la luz de esa conclusión, consideró innecesario examinar las cuestiones restantes de admisibilidad que habían planteado las partes.

51. En cuanto a las demás denuncias presentadas por los demandantes en el presente caso (véase el apartado 4 arriba), el Tribunal las declaró inadmisibles por las circunstancias específicas del caso, en particular por el hecho de que los demandantes habían solicitado un recurso en los tribunales italianos que no justificaba una desviación a la jurisprudencia de *Banković y otros*.

52. Sin embargo, en lo que respecta a la reclamación en virtud del artículo 6, tomada en relación con el artículo 1 del Convenio, el Tribunal observa que en *Banković y otros* el Gobierno demandado subrayó que era posible interponer un recurso ante los tribunales nacionales italianos, lo que implicaba que la existencia de un vínculo jurisdiccional no puede excluirse para futuras reclamaciones formuladas sobre una base diferente. De hecho, los demandantes ya habían iniciado un proceso en los tribunales nacionales.

53. El Tribunal no comparte la opinión de los gobiernos italiano y británico de que el posterior inicio de un procedimiento a nivel nacional no da lugar a ninguna obligación por parte del Estado hacia la persona que interpone el procedimiento. Todo depende de los derechos que pueden reclamarse según la ley del Estado de que se trate. Si la legislación nacional reconoce un derecho a presentar una demanda y si el derecho reclamado es el que *prima facie* posee las características requeridas por el artículo 6 de la Convención, el Tribunal no ve ninguna razón por la cual tales procedimientos

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

internos no deberían estar sujetos al mismo nivel de escrutinio como cualquier otro procedimiento iniciado a nivel nacional.

54. 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 bajo 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.

El Tribunal considera que, una vez que una persona inicia una acción civil ante los tribunales de un Estado, existe indiscutiblemente, sin perjuicio del resultado del procedimiento, un "vínculo jurisdiccional" a los efectos del artículo 1.

55. El Tribunal observa que los demandantes en el presente caso interpusieron un recurso ante los tribunales civiles italianos. En consecuencia, considera que existía un "vínculo jurisdiccional" entre ellos y el Estado italiano.

56. En estas circunstancias, las objeciones preliminares del Gobierno basadas en la falta de un vínculo jurisdiccional deben ser desestimadas.

### **C. Sobre si el artículo 6 era aplicable a los procedimientos**

#### *1. Las declaraciones del Gobierno demandado*

57. El Gobierno demandado alegó que los artículos 6 y 13 no se aplicaban a los actos políticos. Basándose en la sentencia *Z y otros v. Reino Unido* (citada anteriormente), que sostiene que el concepto de acto político no podía considerarse una "barra de procedimiento" al poder de los tribunales internos de determinar un derecho sustantivo, sino una limitación en ese derecho.

58. Sostuvieron que no existía un derecho civil en el presente caso que pudiera decirse, al menos por motivos justificables, para ser reconocido por la legislación nacional.

59. Había tres razones para esto: en primer lugar, no existía ningún derecho a reparación por daños causados por un supuesto acto de guerra ilegal, ya sea bajo las normas de derecho internacional aplicables en el presente caso o en virtud del derecho interno italiano; en segundo lugar, el acto impugnado fue atribuible a la OTAN, no al Estado italiano; en tercer y último lugar, el derecho que pretendían invocar los solicitantes no estaba reconocido en la legislación interna porque la doctrina de los actos políticos excluía *in limine* cualquier acción contra el Estado.

#### *2. Las presentaciones de los solicitantes*

60. Los solicitantes señalaron que la cuestión de si su reclamación era fundada o infundada en el ordenamiento jurídico interno debería haber sido determinada por un tribunal. Sin embargo, la decisión del Tribunal de Casación les había impedido hacer valer en los tribunales italianos un derecho reconocido por el artículo 2043 del Código Civil. Por otra parte, se estaba en desacuerdo con que la jurisprudencia existente y posteriores decisiones de la corte. En las declaraciones de los solicitantes, la sentencia del Tribunal de Casación n.º. 5044 de 11 de marzo de 2004 (véase el párrafo 28 arriba), mostraba, en primer lugar, que la inmunidad de jurisdicción nunca puede extenderse al derecho penal, de modo que la responsabilidad civil por actos delictivos no puede, por

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

lo tanto, excluirse alguna vez y, en segundo lugar, que las normas de origen internacional que protegen los derechos humanos fundamentales son parte integrante del sistema italiano y, por lo tanto, podría invocarse en apoyo de una reclamación por daños causados por actos delictivos o por negligencia. Siguió que cualquier persona que alegue una violación de un derecho garantizado por tales reglas siempre tuvo derecho a la protección de los tribunales.

61. Los solicitantes añadieron que la conducta del Gobierno demandado era ambigua por decir lo menos: en *Bankovic y otros* habían declarado una falta de agotamiento de los recursos internos y se refirió a los propios procedimientos de los solicitantes ante el Tribunal de Casación. Sin embargo, el Gobierno demandado intentó ahora argumentar que los demandantes no tenían ningún derecho que pudieran hacer valer ante los tribunales nacionales, aunque parecían haber adoptado el punto de vista opuesto cuando el procedimiento aún estaba pendiente. Los solicitantes sostienen que, por tanto, había sido razonable considerar que poseían un derecho al menos discutible cuando iniciaron el proceso en los tribunales nacionales, ya que incluso el Gobierno demandado estaba lo suficientemente convencido de que tenían que basarse en ese argumento en los procedimientos internacionales.

### 3. Las declaraciones de las partes intervinientes

#### (a) El gobierno de Serbia y Montenegro

62. El Gobierno de Serbia y Montenegro señaló que, desde los hechos en cuestión, Serbia y Montenegro se había adherido a el Convenio y que sus ciudadanos tenían que poder hacer valer sus derechos no solo en los tribunales de su Estado de origen sino también en los tribunales de otros Estados miembros del Convenio en todos los casos en que haya una base jurídica para hacerlo.

#### (b) El gobierno del Reino Unido

63. El Gobierno británico argumentó que el artículo 6 § 1 no convertía a los órganos de ejecución del Convenio en un tribunal de apelación que determinaba los recursos de los tribunales nacionales en cuanto al contenido de la ley aplicable en esos tribunales, independientemente de que esa ley fuera de origen totalmente nacional o se derivara del derecho internacional público. En su presentación, las reglas generales de responsabilidad que liberaron al Estado de la responsabilidad por razones de política pública no entraban en absoluto en el ámbito del Artículo 6 § 1.

### 4. La evaluación del Tribunal

64. El Tribunal considera que la objeción de que la solicitud es incompatible *ratione materiae* con las disposiciones del Convenio está estrechamente relacionada con el fondo de la denuncia de los demandantes en virtud del artículo 6 del Convenio. Por lo tanto, considera apropiado unir esta objeción al fondo (véase, entre otras autoridades, *Airey v. Ireland*, 9 de octubre de 1979, § 19, serie A n.º. 32, y *Ferrazzini v. Italia* [GC], n.º. 44759/98, § 18, TEDH 2001-VII).

65. El Tribunal observa, además, que la solicitud plantea cuestiones de hecho y de derecho que requieren un examen de los méritos. En consecuencia, concluye que la solicitud no está manifiestamente infundada. Habiendo establecido también que no

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

existe otro obstáculo para su admisibilidad, declara admisible el resto de la solicitud (véanse *Vo v. France* [GC], n.º. 53924/00, § 45, TEDH 2004-VIII). De conformidad con su decisión de aplicar el artículo 29 § 3 del Convenio (véase el párrafo 6 arriba), el Tribunal considerará de inmediato los méritos de la demanda de los solicitantes (véase *Kleyn y otros v. Países Bajos* [GC], n.º. 39343/98, 39651/98, 43147/98 y 46664/99, § 162, TEDH 2003-VI).

## II. VIOLACIÓN ALEGADA DEL ARTÍCULO 6 § 1 DE LA CONVENCION TOMADO CONJUNTAMENTE CON EL ARTÍCULO 1

66. Basándose en el artículo 6 del Convenio tomada en conjunción con el artículo 1, los solicitantes se quejaron de la decisión del Tribunal de Casación de que los tribunales italianos no tenían jurisdicción.

Las partes pertinentes del artículo 6 dicen lo siguiente:

"En la determinación de sus derechos y obligaciones civiles..., todos tienen derecho a una audiencia justa... por... un tribunal..."

El artículo 1 establece:

"Las Altas Partes Contratantes garantizarán a todos los que se encuentren dentro de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la Sección I de [la] Convención".

### A. Las declaraciones de las partes

#### 1. Las declaraciones de los solicitantes

67. Los solicitantes señalaron que, en sus comunicaciones escritas, el Abogado del Estado en el Tribunal de Casación había declarado que las cuestiones planteadas se referían a los méritos del caso, no a la cuestión de la jurisdicción. Además, de conformidad con el derecho interno, una acción civil de indemnización por los daños causados por un delito no depende de si el delito se ha dictado en un proceso penal o si el delincuente ha sido condenado por un tribunal penal. En consecuencia, alegaron que tenían pleno derecho a solicitar la reparación del daño que habían sufrido sin que se les requiriera en primer lugar iniciar un proceso penal para establecer la responsabilidad penal individual, que era una forma de acción totalmente independiente.

68. En su presentación, su acción en el Tribunal de Distrito de Roma satisfizo todas las condiciones requeridas por el Artículo 6 del Convenio para que califique como un reclamo para la determinación de un derecho civil. Dado que habían interpuesto una acción ordinaria para la reparación del daño inmaterial causado por un acto ilegal, no cabía duda de que habían reivindicado un derecho protegido por la legislación nacional, que los tribunales tenían plena jurisdicción para determinar si el demandado residía en Italia. Además, incluso si la cuestión se examinó desde la perspectiva territorial, es decir, por referencia al *locus commissi delicti*, el artículo 6 del Código Penal italiano permitió que se iniciara un procedimiento incluso si solo parte del acto impugnado se cometió en territorio italiano. El bombardeo no podría haber tenido lugar sin el acuerdo de las autoridades políticas italianas y las instalaciones militares de la OTAN puestos a disposición por Italia, puesto que las incursiones se habían llevado a cabo desde el territorio italiano. Además, el artículo 185 del Código Penal italiano exige que la reparación de los delitos penales se realice de conformidad con el derecho civil. De ello

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

se desprendía que la naturaleza del derecho que los demandantes habían pretendido afirmar era de hecho civil y que era solo porque esa conclusión era ineludible que el Tribunal de Casación se había visto obligado a dictaminar que los tribunales italianos no tenían jurisdicción, eludiendo así las conclusiones del abogado del Estado.

69. Los demandantes afirmaron que la jurisprudencia del Tribunal de Casación, tanto antes como después de su sentencia en el presente caso mostró que un órgano jurisdiccional nacional sólo que podría considerarse que no tiene jurisdicción con arreglo a la ley italiana, si no existieran en el ordenamiento jurídico interno normas o principios teóricamente capaces de proteger el derecho personal que se pretendía afirmar (véase las sentencias del pleno del Tribunal de Casación n.º. 3316, de 31 de mayo de 1985 y n.º. 5740 de 24 de octubre 1988). En el caso de los solicitantes, sin embargo, el Tribunal de Casación sólo había sido capaz de encontrar a favor al Gobierno demandado y así denegar a los solicitantes el acceso a un tribunal haciendo caso omiso de las disposiciones del derecho nacional e internacional sobre las cuales los solicitantes basaron su demanda de indemnización por los daños causados por los actos de una autoridad pública italiana que implicaron no solo el bombardeo del edificio RTS, sino también todos los actos preparatorios realizados en Italia con el permiso y la asistencia de las autoridades italianas (véanse el artículo 2043 del Código Civil, el artículo 6 del Código Penal y el artículo 174 del Código Militar Penal de Guerra). Su decisión había privado a el Convenio Europea de Derechos Humanos de todos los efectos en el derecho interno y estaba en desacuerdo con la jurisprudencia del Tribunal requeridos los Estados miembros en el Convenio para garantizar el respeto efectivo de los derechos protegidos por el Convenio. Además, el Tribunal de Casación había caracterizado la conducta del Estado en el origen de la reclamación como un ‘acto de gobierno’. Se había deducido de ello que el acto en cuestión no estaba sujeta al control de los tribunales y se había ido a afirmar que este principio tuvo prioridad sobre el Convenio Europea de Derechos Humanos, por lo que los solicitantes fueron incapaces de confiar en ella para asegurar el derecho de acceso a los tribunales.

70. En la declaración de los solicitantes, esa proposición niega la primacía de la Convención, una primacía que también fue reconocida en el derecho interno a través del artículo 117 de la Constitución, que prevé: “El poder legislativo es ejercido por el Estado y las regiones de conformidad con la Constitución y los vínculos que surgen de la organización de la Comunidad y otras obligaciones internacionales”. Además, el bombardeo de la sede de la RTS no podía clasificarse en el derecho interno como un acto de gobierno capaz de impedir la revisión judicial. Según la ley italiana, un acto de gobierno excluía la jurisdicción de los tribunales administrativos, y solo de los tribunales administrativos, ya que solo ellos tomaban los actos de gobierno directamente en consideración en sus decisiones o tenían el poder de anularlos. Aunque el artículo 31 del Real Decreto n.º. 1054 de 26 de junio de 1924 introdujo en el sistema una limitación a la revisión judicial, no afectó los derechos personales, como el derecho a indemnización por daños y perjuicios, que podrían ser invocados en los tribunales ordinarios. En cualquier caso, incluso si la limitación jurisdiccional todavía pudiera decirse que existe en el sistema italiano después de la entrada en vigor de la Constitución, solo podría abarcar el acto de gobierno por el que se había decidido la participación de Italia en las operaciones militares en la ex República Federativa de Yugoslavia, no cada acto aislado u operación militar como la operación en el origen del presente caso. En realidad, una misión de bombardeo de ese tipo no podría caracterizarse como un acto de gobierno que escapó al control de los tribunales. En un

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

caso similar, la jurisdicción de los tribunales italianos para juzgar un caso relativo a actos criminales cometidos por soldados italianos durante la misión militar internacional en Somalia no fue desestimada. Por lo tanto, en la declaración de los solicitantes, ni el derecho interno ni el Convenio justifican la exclusión de un derecho de acceso a los tribunales para hacer valer un derecho a una indemnización por daños causados por los actos de una autoridad pública, aun cuando esos actos fueron originados en una decisión política. Era necesario distinguir entre los méritos de la demanda ante los tribunales y la cuestión de la jurisdicción. En cuanto a la cuestión general de los efectos del Convenio en el derecho interno, los demandantes se esforzaron por señalar la gravedad de algunas de las declaraciones que el Tribunal de Casación formuló en su sentencia que denegaban a los tribunales italianos toda jurisdicción. Observaron que el fallo fue contrario a las decisiones propias del Tribunal de Casación en casos anteriores (véanse, *inter alia*, las sentencias de *Polo Castro* (1988), *Mediano* (1993) y *Galeotti* (1998)) y podrían, si se confirman, tener implicaciones serias que van más allá de su propio caso, en vista del papel del Tribunal de Casación reunido en pleno como la máxima autoridad judicial. Agregaron, sin embargo, que el Tribunal de Casación había abandonado más tarde la línea que había tomado en su caso, lo que destacaba aún más la injusticia que habían sufrido.

## 2. Las declaraciones del Gobierno demandado

71. El Gobierno demandado dijo que el artículo 6 no era aplicable. La primera razón para esto era que el derecho reclamado por los solicitantes no era válido para ser reconocido en el derecho interno.

72. Observaron que los solicitantes habían invocado el artículo 2043 del Código Civil, los artículos 6 y 185 del Código Penal y el artículo 174 del Código Penal Militar de Guerra. En cuanto al artículo 2043, la responsabilidad del Estado en agravio sólo podría generarse por actos intencionales o negligentes para los que el Estado era responsable en virtud de diversas disposiciones de la legislación nacional. Sin embargo, las disposiciones en las que se ha basado no otorgan ningún derecho de reparación por las pérdidas causadas por un supuesto acto de guerra ilegal.

73. El efecto del artículo 6 del Código Penal fue establecer y determinar el ámbito de la jurisdicción territorial del Estado en casos criminales. En las declaraciones del Gobierno demandado, Italia no podía ser acusado de violar el derecho de acceso a un tribunal simplemente porque su derecho interno proporciona un mayor acceso a un tribunal que las leyes de otros Estados en que el artículo 6 § 2 del Código Penal que ofrece un recurso que permitía reclamar indemnizaciones por daños resultantes de actos cometidos en el extranjero. En cuanto a la aplicación combinada del artículo 174 del Código Penal Militar de Guerra y el artículo 185 del Código Penal, permitió la responsabilidad del Estado de participar en actos perpetrados por miembros de sus fuerzas armadas.

74. Todas las disposiciones en las que se basaron los solicitantes se referían a la comisión de un delito individual, mientras que su denuncia en el procedimiento se refería a los daños causados por las fuerzas aéreas de la OTAN que no podían haber implicado la responsabilidad penal individual de los miembros de las Fuerzas Armadas italianas. El Gobierno demandado señaló de paso que la jurisprudencia citada por los solicitantes era totalmente irrelevante puesto que afectaba a cualquiera de los

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

casos relativos a la responsabilidad individual de un miembro de las fuerzas armadas o los casos en los que la responsabilidad civil del Estado no se había establecido.

75. Tampoco había ningún fundamento jurídico para el derecho a la reparación reclamado por los demandantes en las normas aplicables al derecho internacional consuetudinario. En los tribunales internos, los demandantes habían referido a los artículos 35, 48, 51 y 91 del Protocolo adicional a las Convenciones de Ginebra (Protocolo I). Estas disposiciones restringían el derecho de las partes en un conflicto a elegir los métodos o medios por los cuales llevarían a cabo en la guerra al hacer que las operaciones se volvieran ilegales contra objetivos no militares. La intención era crear derechos y obligaciones únicamente a nivel interestatal y no conferir en derechos a las personas, incluso en los casos que implican la obligación de reparar. Las disposiciones no otorgan ningún derecho personal a obtener reparación por los daños sufridos en una guerra en los tribunales del Estado responsable, ni imponen a los Estados partes la obligación de cambiar su legislación nacional para otorgar ese derecho.

76. Aunque quizás sea deseable, en la actualidad no existe derecho a la reparación del daño resultante de un acto de guerra supuestamente ilegal en virtud de la legislación italiana e Italia no está obligada por ninguna obligación internacional de introducir ese derecho en su sistema jurídico interno. Llegar a la conclusión contraria implicaría interpretar el Artículo 6 de tal manera que se cree un derecho sustantivo para el cual no había fundamento en la legislación del país en cuestión. El artículo 6, sin embargo, no creó derechos. Además, constató que el artículo 6 del Convenio otorgaba un derecho de acceso a un tribunal para entablar una acción contra el Estado por actos ilícitos incluso en casos en que la violación del derecho civil era consecuencia de actos de política internacional, incluidas operaciones de mantenimiento de la paz y mantenimiento de la paz, menoscabaría los esfuerzos realizados para alentar a los gobiernos a cooperar en operaciones internacionales de ese tipo.

77. Dado que el acto impugnado era extraterritorial y había sido cometido por una organización internacional de la que Italia era miembro, sería extremadamente difícil establecer una responsabilidad solidaria por parte de Italia. Las perspectivas de instituir con éxito procedimientos en Italia para impugnar la legalidad de las acciones de las fuerzas de la OTAN en Kosovo eran remotas y pobres. De hecho, los solicitantes no habían proporcionado un solo ejemplo de un caso en el que tal reclamación había tenido éxito. En referencia a la sentencia *Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein v. Alemania* ([GC], n.º. 42527/98, TEDH 2001-VIII), el Gobierno demandado afirmó, por lo tanto, que no era posible afirmar que existía un vínculo suficiente entre el resultado del procedimiento y el reconocimiento de los derechos reclamados por los solicitantes.

78. Por último, la controversia no era de un tipo que pudiera presentarse ante los tribunales. El Tribunal de Casación había concluido que la cuestión fundamental que subyacía en la reclamación de los demandantes era si el acto impugnado era ilegal y comprometía la responsabilidad del Estado italiano. Al decidir que se trataba de un "acto político" que escapaba al control de los tribunales, el Tribunal de Casación no había establecido un límite al derecho de acceso a un tribunal sino que había definido el alcance del derecho sustantivo reclamado por los solicitantes. En las declaraciones del Gobierno demandado, la doctrina del acto político no creó un procedimiento que elimina o limita el derecho de remitir las quejas a los tribunales, impidiendo una acción contra el Estado *en limine*.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

79. En cuanto al fondo de la queja, y en caso de que el Tribunal dictamine que el artículo 6 del Convenio sea aplicable a pesar de los argumentos anteriores, el Gobierno demandado alegó que no hubo violación de esta disposición y que la restricción del derecho de los solicitantes al acceso a un tribunal era ajustado a derecho y al principio de la separación de poderes, y era proporcional al fin legítimo perseguido.

80. En la vista, la falta de jurisdicción de los tribunales nacionales no había dado lugar a una infracción del derecho de acceso a un tribunal garantizado por el artículo 6 del Convenio. El derecho no es ilimitado: puede ser regulado por el Estado y el Estado disfruta de un margen de apreciación al respecto. En Italia, ni el Estado, ni el gobierno, ni las autoridades públicas disfrutaron de ninguna forma general de inmunidad de jurisdicción. La decisión del Tribunal de Casación en el presente caso que los tribunales italianos no tenían jurisdicción no constituía una restricción aplicable a las reclamaciones de indemnización por la pérdida del Estado *per se*. Se refería solo a una categoría de acto muy limitada que afirmaba la "autoridad del Estado" en el nivel más alto. Se trataba de actos "políticos" que afectaban al Estado como una unidad en relación con la cual el poder judicial no podía considerarse como un "tercero". La legislación era un ejemplo típico de un "acto de gobierno" que podría causar daños a las personas. Sin embargo, el Tribunal ya había declarado que el Convenio no llegó a exigir a los Estados que proporcionaran mecanismos para impugnar la legislación.

81. Otros actos afirmaban la "autoridad del Estado" al más alto nivel: estos eran actos de política internacional y, a través de ellos, actos de guerra. La regla de que los actos que implementan decisiones políticas fundamentales de un Estado fueran excluidas legítimamente del ámbito de competencia judicial se deriva del principio de la separación de poderes y la necesidad de evitar la participación del poder judicial - que por definición no tenía legitimidad democrática - en la tarea de identificar los objetivos que sirvieron al interés general o de elegir los medios utilizados para lograr dichos objetivos. En resumen, el poder judicial no podría participar, incluso después del suceso, en la tarea de decidir la política nacional.

82. En las declaraciones del Gobierno demandado, hubo por lo tanto un propósito legítimo a la limitación impuesta sobre el acceso a los tribunales cuando el acto reclamado tenía un objetivo político. En cuanto a la regla de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido, el Gobierno demandado señaló que la exención de la jurisdicción no violó la esencia misma del derecho de la persona de acceso a un tribunal, ya que no impidió el acceso a toda la gama de acciones civiles o conferir inmunidad a grandes grupos de personas, pero se aplica solo a una categoría limitada y muy estrictamente definida de acciones civiles contra el Estado. Tampoco había ninguna duda de que el objetivo perseguido por la doctrina del acto político solo podía lograrse al destituir la jurisdicción de los tribunales. Por todos estos motivos, no hubo violación del artículo 6 del Convenio.

## **B. Las declaraciones de las partes intervinientes**

### *1. El gobierno de Serbia y Montenegro*

83. El gobierno de Serbia y Montenegro observó que el principio que exigía la reparación del daño era una noción fundamental que se remontaba al principio de la ley romana *neminem laedere* que había sido reconocido como principio general por los tratados internacionales de las naciones civilizadas. Dijeron que

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

el principio había sido aplicado por el Tribunal en *Osman v. Reino Unido* (28 de octubre de 1998, *Reports of Judgements and Decisions* 1998-VIII) cuando dictaminó que un Estado - que se había otorgado la inmunidad por motivos de orden público en un acto de responsabilidad extracontractual - debía proporcionar otros medios para que las víctimas de daños sufridos como resultado de un acto u omisión del Estado obtuvieran reparación.

84. El Gobierno de Serbia y Montenegro añadió que la explicación subyacente del artículo 6 del Convenio se encontraba en el principio del estado de derecho enunciado en el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa. Dijeron que sería difícil prever la aplicación de ese principio sin acceso a un tribunal y se refirió a la sentencia de *Fayed v. Reino Unido* (21 de septiembre de 1994, § 65, serie A, n.º 294-B), en la que el Tribunal declaró: "no sería coherente con el estado de derecho en una sociedad democrática o con el principio básico subyacente en el artículo 6 § 1, que las demandas civiles deben poder presentarse a un juez para su adjudicación, si, por ejemplo, un Estado podría, sin restricciones ni control por parte de los órganos de aplicación de la Convención, eliminar de la jurisdicción de los tribunales toda una gama de demandas civiles o conferir inmunidades de responsabilidad civil a grandes grupos o categorías de personas".

85. Finalmente, explicaron que en Serbia y Montenegro, ni los tribunales civiles ni los constitucionales podían negarse a tomar una decisión con el pretexto de que se trataba de un acto de gobierno. El único problema podría surgir si existían normas en virtud de la legislación nacional que permitieran revisar los actos en cuestión. La adopción de la doctrina del acto de gobierno limitaría considerablemente el objetivo perseguido en la aplicación de la ley, tanto en lo que respecta al acceso como a la eficacia de recursos como los garantizados por el Convenio. Por su propia naturaleza, tal doctrina justificaría que los actos relacionados con la aplicación de la política exterior se eliminaran del escrutinio por "razones de Estado", con el resultado de que la protección de los derechos humanos sería imposible. En las declaraciones del Gobierno de Serbia y Montenegro, la doctrina del estado de derecho debe prevalecer sobre el de la razón de Estado.

## 2. El gobierno del Reino Unido

86. El Gobierno británico sostuvo que una norma de derecho nacional según la cual un individuo no tenía derecho a indemnización, o su corolario de que el Estado no era responsable por los actos realizados por el Estado en la conducta de relaciones exteriores no violaba el artículo 6 § 1.

87. Señalaron que tal regla era común en las leyes tanto de los Estados miembros del Consejo de Europa como en otros lugares, aunque diferentes sistemas jurídicos la formulaban de diferentes maneras (por ejemplo, como regla general, las decisiones en la conducción de relaciones exteriores no eran justiciables o que una regla general relacionada con la responsabilidad no se extiende a los daños causados por actos de guerra u otras acciones tomadas por el Estado en el curso de sus relaciones internacionales).

88. Cualquiera que sea la forma en que se formule, esa norma es un límite en el alcance de la ley sustantiva del Estado de que se trate, no un límite al derecho de acceso a los tribunales para hacer cumplir esa ley. En la declaración del Gobierno británico, la posición de fondo era muy similar a la de *Z y Otros v. Reino Unido* (citado

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

anteriormente). Al igual que la regla restrictiva de la ley inglesa que estaba en cuestión en *Z y otros*, la norma del derecho nacional de que el Estado no estaba obligado a indemnizar a las personas por las pérdidas que habían sufrido a causa del Estado". Las decisiones sobre la conducta de las relaciones exteriores limitaron el alcance de las reglas generales de responsabilidad en su aplicación al Estado por razones de política pública. El Gobierno británico sostuvo que tratar esa norma como contrario al artículo 6 § 1 consistiría en hacer exactamente lo que el Tribunal había dicho reiteradamente que no podía hacer, a saber, crear, a modo de interpretación del artículo 6 § 1, un derecho sustantivo que no tiene ningún fundamento en el derecho del Estado contratante en cuestión.

89. Si bien el Gobierno Británico era de la opinión de que las reglas del tipo considerado anteriormente no estaban comprendidas en el ámbito del artículo 6 § 1 en absoluto, y si (contrariamente a esta postura) se considerara que lo hicieran, sostuvieron que deberían considerarse como limitaciones razonables y proporcionales al alcance de los derechos conferidos por el Artículo 6 § 1 que eran necesarios en una sociedad democrática.

90. El Gobierno británico ya había observado que muchos sistemas de legislación nacional tenían una norma similar a la aplicada por los tribunales italianos en el presente caso. Agregaron que tal regla cumplía un claro propósito público en un Estado democrático al definir la naturaleza de la separación de poderes entre los tribunales y el ejecutivo con respecto a la conducta de las relaciones exteriores y la actividad militar.

91. En la visión del Gobierno británico, dicha norma no se puede decir que viola el artículo 6 § 1 del Convenio.

## C. La evaluación de la Corte

### 1. Principios generales

92. El derecho de acceso a un tribunal en cuestión en el presente caso se deriva del artículo 6 y se estableció en *Golder v. Reino Unido* (21 de febrero de 1975, §§ 28-36, serie A n.º. 18), en el que el tribunal estableció, en referencia a los principios del estado de derecho y la evitación del poder arbitrario que subyace en gran parte de la Convención, que el derecho de acceso a un tribunal era un aspecto inherente de las salvaguardas consagradas en el artículo 6. Por lo tanto, el artículo 6 § 1 garantiza a todos el derecho a presentar un reclamo relacionado con sus derechos civiles y obligaciones ante un tribunal.

93. El Tribunal se refiere a su constante jurisprudencia en el sentido de que "el Artículo 6 § 1 se extiende solo a '*impugnaciones*' (disputas) sobre '*derechos y obligaciones*' (civiles) que pueden decirse, al menos por motivos justificables, para ser reconocidos bajo la ley doméstica; no garantiza de por sí cualquier contenido particular para '*derechos y obligaciones*' (civiles) en el derecho sustantivo de los Estados contratantes" (véase *James y otros v. Reino Unido*, 21 de febrero de 1986, § 81, serie A, n.º. 98; *Lithgow y otros v. Reino Unido*, 8 de julio de 1986, § 192, Serie A n.º. 102; y *The Holy Monasteries v. Greece*, 9 de diciembre de 1994, § 80, serie A n.º. 301-A). El Tribunal no puede crear, mediante la interpretación del artículo 6 § 1, un derecho sustantivo que no tenga base jurídica en el Estado de que se trate (véanse *Roche v. Reino Unido* [GC], n.º. 32555/96, §§ 116-17, TEDH 2005-X). Sin embargo, se aplicará a disputas de "naturaleza genuina y grave" sobre la existencia real del derecho así como

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

sobre el alcance o la forma en que se ejerce (véase *Bentham v. Países Bajos*, 23 de octubre de 1985, § 32, serie A n.º. 97, y *Z y otros v. Reino Unido*, citado anteriormente, § 87).

94. La distinción entre las limitaciones sustantivas y las garantías procesales determina la aplicabilidad y, según el caso, el alcance de las garantías en virtud del artículo 6. El hecho de que las circunstancias particulares y las denuncias formuladas en un caso puedan hacer innecesario extraer la distinción entre limitaciones sustantivas y obstáculos procesales (véase, entre otras autoridades, *A. v. Reino Unido*, n.º. 35373/97, § 65, TEDH 2002-X) no afecta el alcance del artículo 6 del Convenio que puede, en principio, no tener aplicación a las limitaciones sustantivas del derecho existente en el derecho interno.

95. Al evaluar, por lo tanto, si existe un "derecho" civil y al determinar la caracterización sustantiva o procesal que debe darse a la restricción impugnada, el punto de partida deben ser las disposiciones de la legislación interna pertinente y su interpretación por los tribunales nacionales (ver *Masson y Van Zon v. Países Bajos*, 28 de septiembre de 1995, § 49, serie A, n.º. 327-A). Además, cuando los tribunales nacionales superiores hayan analizado de manera exhaustiva y convincente la naturaleza precisa de la restricción impugnada, sobre la base de la jurisprudencia pertinente del Convenio y los principios extraídos de ella, esta Corte necesitaría fuertes razones para diferir de la conclusión alcanzado por esos tribunales al sustituir sus propios puntos de vista por los de los tribunales nacionales sobre una cuestión de interpretación del derecho interno (véase *Z y otros v. Reino Unido*, citado anteriormente, § 101) y al constatar, contrariamente a su opinión, que podría decirse que se trata de un derecho reconocido por la legislación nacional.

96. Finalmente, al llevar a cabo esta evaluación, es necesario mirar más allá de las apariencias y el lenguaje utilizado y concentrarse en las realidades de la situación (véase *Van Droogenbroeck v. Bélgica*, 24 de junio de 1982, § 38, serie A, n.º. 50). El Tribunal no debe verse indebidamente influenciado, por ejemplo, por las técnicas legislativas utilizadas (véase *Fayed*, citado anteriormente, § 67) o por las etiquetas colocadas en la restricción pertinente de la legislación nacional: la palabra "inmunidad" frecuentemente utilizada puede significar "inmunidad de responsabilidad" (en principio, una limitación sustantiva) o una "inmunidad de la demanda" (sugestiva de una limitación de procedimiento) (véase *Roche*, citado anteriormente, §§ 119-21).

97. Sin embargo, no sería congruente con el estado de derecho en una sociedad democrática o con el principio básico subyacente en el Artículo 6 § 1, a saber, que las demandas civiles deben ser sometidas a un juez para su adjudicación, si, por ejemplo, un Estado podría, sin restricción o control por parte de los órganos de aplicación de la Convención, eliminar de la jurisdicción de los tribunales toda una gama de demandas civiles o conferir inmunidades de responsabilidad civil a grandes grupos o categorías de personas (véase *Fayed*, citado anteriormente, § 65).

98. El artículo 6 § 1 también puede ser invocado por "cualquier persona que considere que una injerencia en el ejercicio de uno de sus derechos (civiles) es ilegal y se queja de que no ha tenido la posibilidad de presentarla ante un tribunal que cumpla con los requisitos de Artículo 6 § 1" (véanse *Le Compte, Van Leuven y De Meyere v. Bélgica*, 23 de junio de 1981, § 44, serie A, n.º. 43). Cuando hay una disputa seria y genuina en cuanto a la legalidad de tal interferencia, yendo a la misma existencia o el alcance del derecho civil afirmado, el Artículo 6 § 1 autoriza al individuo a "tener esta cuestión de la ley doméstica determinada por un tribunal" (ver *Sporrong y Lönnroth v.*

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

*Suecia*, 23 Septiembre de 1982, § 81, serie A, n.º. 52; véase también *Tre Traktörer AB v. Suecia*, 7 de julio de 1989, § 40, serie A, n.º. 159).

99. El derecho no es absoluto, sin embargo. Puede estar sujeto a restricciones legítimas tales como períodos de prescripción legales, seguridad para órdenes de gastos, regulaciones sobre menores y personas con problemas mentales (véase *Stubbings y otros v. Reino Unido*, 22 de octubre de 1996, §§ 51-52, *Informes 1996-I*, *Tolstoy Miloslavsky v. El Reino Unido*, 13 de julio de 1995, §§ 62-67, serie A, n.º. 316-B y *Golder*, citado anteriormente, § 39). Donde el acceso del individuo está limitado por la ley o, de hecho, el Tribunal examinará si la limitación impuesta menoscaba la esencia del derecho y, en particular, si persigue un objetivo legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretendía alcanzar (véase *Ashingdane v. Reino Unido*, 28 de mayo de 1985, § 57, serie A, n.º. 93). Si la restricción es compatible con estos principios, no surgirá ninguna violación del Artículo 6 (ver *Z y otros v. Reino Unido*, citado anteriormente, §§ 92-93).

## 2. Aplicación de estos principios en el caso presente

### (a) Aplicabilidad del artículo 6 del Convenio

100. En el presente caso, los demandantes interpusieron un recurso por daños y perjuicios contra el Estado conforme al Artículo 2043 del Código Civil y también se basaron en su reclamo sobre el Artículo 6 del Código Penal, el Artículo 174 del Código Penal Militar y sobre las disposiciones de la Protocolo adicional a el Convenio de Ginebra (Protocolo I) y del Convenio de Londres de 1951 (véanse los párrafos 22-25 y 30-31 arriba). Confiaron en varias autoridades aunque, como señaló el Gobierno demandado, ninguno de ellos estaba precisamente en completa armonía con el presente caso porque se referían principalmente a la responsabilidad individual de los miembros de las fuerzas armadas. El Gobierno demandado citó una decisión relativa a actos políticos. Sin embargo, si bien puede haber sido de alguna relevancia para la decisión en el presente caso, no fue lo suficientemente similar como para calificar como un precedente. Por lo tanto, sobre la base de los hechos del propio caso de los demandantes, se pidió a los tribunales nacionales que decidieran por primera vez si tal situación estaba comprendida en el artículo 2043 del Código Civil.

101. Por lo tanto, el Tribunal considera que desde el inicio del procedimiento hubo una disputa genuina y seria sobre la existencia del derecho al que los demandantes pretendían tener derecho en virtud del derecho civil. El argumento del Gobierno demandado es que no había derecho (civil), discutible a los efectos del artículo 6 debido a la decisión del Tribunal de Casación que, como un acto de guerra, el acto impugnado no era susceptible de control jurisdiccional, puede ser de relevancia solo para futuras alegaciones de otros denunciantes. El juicio del Tribunal de Casación no hizo las quejas de los solicitantes retrospectivamente indiscutibles (ver *Z y Otros v. Reino Unido*, citado anteriormente, § 89). En estas circunstancias, el Tribunal considera que los demandantes tenían, al menos en argumentos fundados, una reclamación en virtud del derecho interno.

102. En consecuencia, el artículo 6 es aplicable a las acciones de los solicitantes contra el Estado. Por consiguiente, el Tribunal desestima la objeción preliminar del Gobierno demandado sobre este punto. Por lo tanto, debe examinar si se cumplieron los requisitos de esa disposición en el procedimiento pertinente.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

**(b) Cumplimiento del Artículo 6 de la Convención**

103. En el presente caso, los demandantes alegaron que la decisión del Tribunal de Casación de que los tribunales italianos no tenían jurisdicción les había impedido el acceso a un tribunal y obtener una decisión sobre el fondo de su reclamación.

104. Los demandantes y el Gobierno de Serbia y Montenegro consideraron que el derecho a la reparación surgía directamente de la redacción de los códigos pertinentes, mientras que los otros dos gobiernos argumentaban que ese derecho no podía aplicarse a los actos de guerra ni a las operaciones de mantenimiento de la paz. Los solicitantes alegaron que su derecho a la reparación deriva del artículo 2043 del Código Civil, al tiempo que se basan en el artículo 6 del Código Penal, el artículo 174 del Código Penal Militar de Guerra y el Protocolo adicional a las Convenciones de Ginebra (Protocolo I).

105. En primer lugar, el Tribunal observa que, en la práctica, a los demandantes no se les impidió presentar sus quejas ante los tribunales nacionales.

106. El Tribunal de Casación consideró que la respuesta era clara, lo que explica por qué rechazó este punto jurisdiccional en términos más bien sumarios. Encontró lo siguiente: el acto impugnado fue un acto de guerra; como tales actos son una manifestación de decisiones políticas, ningún tribunal tiene el poder de revisar la manera en que se llevó a cabo esa función política; además, la legislación que dio efecto a los instrumentos de derecho internacional en los que se basaron los solicitantes no otorgó expresamente a las partes perjudicadas el derecho a reclamar una reparación del Estado por los daños sufridos como resultado de una violación de las normas del derecho internacional.

107. El Tribunal reitera los principios fundamentales establecidos por su jurisprudencia sobre la interpretación y la aplicación de la legislación nacional. Si bien el deber de la Corte, de acuerdo con el artículo 19 de la Convención, es garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las Partes Contratantes en la Convención, no es su función hacer frente a los errores de hecho o de derecho presuntamente cometidos por un tribunal nacional, a menos que hayan infringido los derechos y libertades protegidos por el Convenio.

108. Además, corresponde principalmente a las autoridades nacionales, especialmente a los tribunales, interpretar y aplicar el derecho interno. Esto también se aplica cuando el derecho interno se refiere a las normas del derecho internacional general o los acuerdos internacionales. El papel del Tribunal se limita a determinar si los efectos de esta interpretación son compatibles con el Convenio (véase *Waite y Kennedy v. Alemania* [GC], n.º. 26083/99, § 54, TEDH 1999-I; *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania* [GC], n.º. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, § 49, TEDH 2001-II, y *Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein*, citado anteriormente, §§ 43-50).

109. Aunque no es su papel expresar cualquier opinión sobre la aplicabilidad del Protocolo Adicional del Convenio de Ginebra (Protocolo I) o el Convenio de Londres, el Tribunal observa que las observaciones del Tribunal de Casación sobre las convenciones internacionales no parecen contener error alguno de interpretación. Hay dos razones para esto: en primer lugar, la afirmación de que el Protocolo I regula las relaciones entre los Estados es verdadera; en segundo lugar, los demandantes se basaron en el párrafo 5 del artículo VIII del Convenio de Londres, que se refiere a actos "... que causan daños *en el territorio del Estado receptor* a terceros..." (véase el párrafo 31 arriba), mientras que el daño a los solicitantes ocurrió en Serbia, no en Italia.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

En cuanto a la afirmación de que es el único órgano con poder para encontrar violaciones de la Convención, el Tribunal reitera que en virtud del Artículo 1, que dispone que "las Altas Partes Contratantes garantizarán a todas las personas dentro de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en Sección I de la Convención", la responsabilidad principal de implementar y hacer cumplir los derechos y libertades garantizados por el Convenio recae en las autoridades nacionales. El mecanismo de aplicación a el Tribunal es, por lo tanto, subsidiario de los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos (ver *Cocchiarella v. Italia* [GC], n°. 64886/01, § 38, TEDH 2006-V). Dado que, en el presente caso, la queja en virtud del artículo 2 del Convenio ha sido declarada inadmisibile (véase el párrafo 4 arriba), el Tribunal no considera que los efectos de la interpretación del Tribunal de Casación dan lugar a ningún problema de compatibilidad.

110. El Tribunal observa además que en virtud de los artículos 41 y 37 del Código de Procedimiento Civil, el punto jurisdiccional preliminar adoptado por los ministerios en este caso habría tenido que ser planteado en algún momento, incluso por el tribunal de primera instancia, de oficio, en vista de la participación de una autoridad pública (véase el párrafo 23 arriba). Por lo tanto, no constituía una forma de inmunidad que el Estado podía renunciar.

111. En consecuencia, no es posible concluir de la manera en que se interpretó la legislación interna o se aplicaron los tratados internacionales pertinentes en el derecho interno que existía un "derecho" a la reparación en virtud de la ley de responsabilidad civil en tales circunstancias. Incluso si la afirmación de los solicitantes es correcta que, como resultado de los cambios en la jurisprudencia, ha sido posible reclamar ese derecho desde el año 2004, esto no justifica la conclusión de que existía tal derecho antes de esa fecha.

112. El Tribunal también observa que el Tribunal de Casación ya había dictaminado en un caso anterior que los tribunales italianos no tenían jurisdicción sobre las autoridades por actos de naturaleza política y que tales actos no daban lugar a una acción contra el Estado porque no perjudicaron los intereses personales, que eran los únicos intereses capaces de otorgar un derecho a indemnización en virtud de la jurisprudencia interna (véase el párrafo 26 arriba). De hecho, fue después de la audiencia cuando el Tribunal de Casación proporcionó aclaraciones sobre lo que constituía un reclamo discutible en la ley. Al determinar los límites de su jurisdicción, el Tribunal de Casación marcó los límites de la ley de responsabilidad extracontractual.

113. El Tribunal no acepta la afirmación de los demandantes de que la decisión impugnada constituyó una inmunidad, *de facto* o en la práctica, debido a su carácter supuestamente absoluto o general. Como señaló acertadamente el Gobierno demandado, la decisión se refería únicamente a un aspecto del derecho a iniciar una acción contra el Estado, que es el derecho a reclamar daños y perjuicios por un acto de gobierno relacionado con un acto de guerra, y no puede considerarse arbitrario eliminación de la jurisdicción de los tribunales para determinar una amplia gama de demandas civiles (ver *Fayed*, antes citada, § 65). Como señaló el Gobierno británico y como observó el Tribunal en el párrafo 93 anteriormente, es un principio de la jurisprudencia del Convenio que el artículo 6 no garantiza en sí mismo ningún contenido particular para los derechos y obligaciones civiles en la legislación nacional. No es suficiente poner en juego el Artículo 6 § 1 que la inexistencia de una causa de acción en el derecho interno puede describirse como que tiene el mismo efecto que una inmunidad, en el sentido de

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

no permitir al solicitante demandar por una determinada categoría de daño (ver *Z y otros v. Reino Unido*, citado anteriormente, § 98).

114. El Tribunal considera que la decisión del Tribunal de Casación en el presente caso no equivale al reconocimiento de una inmunidad sino que es meramente indicativa de la magnitud de los poderes de revisión de los tribunales de los actos de la política exterior, tales como actos de guerra. Se llega a la conclusión de que la incapacidad de los solicitantes para demandar al Estado fue el resultado no de una inmunidad sino de los principios que rigen el derecho sustantivo de acción en el derecho interno. En el momento pertinente, la posición de la jurisprudencia interna excluía en este tipo de casos cualquier posibilidad de que el Estado fuera considerado responsable. Por lo tanto, no había ninguna limitación en el acceso a un tribunal del tipo en cuestión en *Ashingdane* (citado anteriormente, § 57).

115. De ello se sigue que los demandantes no pueden alegar que se les privó de ningún derecho a determinar el fondo de sus reclamaciones. Sus reclamos fueron examinados justamente a la luz de los principios legales nacionales aplicables a la ley de responsabilidad extracontractual. Una vez que el Tribunal de Casación había considerado los argumentos jurídicos pertinentes que ponían en tela de juicio la aplicabilidad del artículo 6 § 1 de la Convención, los solicitantes ya no podían reclamar ningún derecho en virtud de esa disposición a una audiencia de los hechos. Dicha audiencia solo habría servido para prolongar los procedimientos internos innecesariamente porque, incluso suponiendo que la decisión del Tribunal de Casación no puso fin automáticamente al proceso pendiente en el Tribunal de Distrito de Roma, este solo tendría poder para determinar la naturaleza de los actos impugnados y, en las circunstancias del caso, no habría tenido más alternativa que descartar el reclamo.

El Tribunal está de acuerdo con el Gobierno británico en que el presente caso guarda similitudes con el caso antes mencionado de *Z y otros v. Reino Unido*. Como en ese caso, los solicitantes en el presente caso tuvieron acceso a un tribunal; sin embargo, tenía un alcance limitado, ya que no les permitía tomar una decisión sobre el fondo.

116. A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que no ha habido violación del artículo 6 del Convenio.

## POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL

1. *Se une a los méritos*, por unanimidad, la objeción preliminar del Gobierno demandado con respecto a la aplicabilidad del artículo 6 de la Convención;
2. *Declara*, por unanimidad, que el resto de la solicitud es admisible.
3. *Sostiene*, por unanimidad, que el artículo 6 del Convenio es aplicable en el presente caso y, en consecuencia, *desestima* la objeción preliminar del Gobierno demandado;
4. *Sostiene*, por diez votos contra siete, que no ha habido violación del artículo 6 del Convenio.

Hecho en inglés y en francés, y presentado en una audiencia pública en el Human Rights Building, Estrasburgo, el 14 de diciembre de 2006.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

Lawrence Early  
Secretario

Luzius Wildhaber  
Presidente

De conformidad con el artículo 45 § 2 del Convenio y la Regla 74 § 2 del Reglamento de la Corte, las siguientes opiniones separadas se anexan a la presente Sentencia:

- (a) opinión concurrente del juez Costa;
- (b) opinión concurrente de la jueza Bratza junto con el juez Rozakis;
- (c) opinión disidente del juez Zagrebelsky junto con los jueces Zupančič, Jungwiert, Tsatsa-Nikolovska, Ugrekhelidze, Kovler y Davíd Thór Björgvinsson.

L.W.  
T.L.E.

## OPINIÓN CONCURRENTENTE DEL JUEZ COSTA

(Traducción)

1. He votado con la mayoría sobre las disposiciones operativas de la sentencia, en particular los puntos 3 y 4, pero no estoy de acuerdo con el razonamiento. Me gustaría explicar por qué, pero me limitaré a los puntos destacados.

2. ¿De qué se trataba fundamentalmente este caso? Al igual que en *Banković y otros c. Bélgica y otros* ((dec.) [GS], n.º. 52207/99, TEDH 2001-XII), se refería a las trágicas consecuencias de la destrucción parcial del edificio de la Radio-televizija Srbija (RTS) en Belgrado después de que fuera alcanzado por un misil disparado por un avión de la OTAN. Cinco de las personas que murieron como resultado del ataque aéreo, que se lanzó en relación con el conflicto de Kosovo, eran familiares de los solicitantes en el caso *Markovic*.

3. Los solicitantes consideran que las autoridades italianas y el Comando de la OTAN Fuerzas Aliadas en el sur de Europa responsables de las muertes conllevó una acción de responsabilidad contra ellos en el Tribunal de Roma (que posteriormente suspendió la acción contra las fuerzas de la OTAN).

4. Las autoridades italianas consideraron que el litigio era una cuestión de jurisdicción (*giurisdizione*) y, basándose en una disposición del Código de Procedimiento Civil, solicitaron una resolución preliminar sobre esta cuestión del Tribunal de Casación, que sesionó como un tribunal completo, ya que tenían derecho a actuar como cualquier otra parte en los procedimientos.

5. El Tribunal de Casación sostuvo que el Tribunal de Distrito no tenía jurisdicción. En vista de la naturaleza de la controversia y como se señala en el párrafo 19 de la presente sentencia, esta decisión puso fin al proceso pendiente ante el Tribunal de Distrito, *ipso jure*.

6. En estas circunstancias, los demandantes presentaron una solicitud ante el Tribunal en la que argumentaban que el artículo 6 § 1 del Convenio era aplicable y había sido violado ya que Italia les había negado el acceso a un tribunal.

7. La mayoría estuvo de acuerdo en que el Artículo 6 § 1 era aplicable pero sostuvo que no había habido violación.

8. En esencia, la decisión del Tribunal cuya disposición era aplicable se basa en el hecho de que los solicitantes, cuya acción fue fundada en la ley de responsabilidad civil (artículo 2043 del Código Civil) tuvieron, desde el principio, al menos fundamentación discutible bajo una reclamación en virtud de la legislación nacional.

9. Estuve un tanto indeciso acerca de unirme a la mayoría para apreciar la aplicabilidad del artículo 6 § 1. He tenido reservas similares en el pasado, en particular en el caso del *Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein contra Alemania* ([GS], n.º. 42527/98, TEDH 2001-VIII) y me referiré a mi opinión concurrente anexada a ese juicio. Sin embargo, el Tribunal ha apreciado que el Artículo 6 § 1 es aplicable en situaciones similares en varias ocasiones en el pasado, en particular cuando existe una disputa seria y genuina sobre la mera existencia de un "derecho" en el sentido del Artículo 6 § 1 (ver, entre otras autoridades, *Bentham c. Países Bajos*, 23 de octubre de 1985, serie A n.º. 97; *Mennitto c. Italia* [GS], n.º. 33804/96, §§ 25- 27, TEDH 2000-X; *Z y otros c. Reino Unido* [GS], n.º. 29392/95, § 89, TEDH 2001-V; y el *Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein*, citado anteriormente; y, para el punto de vista

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

opuesto, *Roche c. Reino Unido* [GS] , n°. 32555/96, §§ 124- 25, TEDH 2005- X). Por lo tanto, decidí diferir a la línea de autoridad dominante en la jurisprudencia. De hecho, se puede hacer un caso razonablemente convincente para decir que, dado que el Tribunal de Distrito de Roma no desestimó la solicitud *de plano* por falta de jurisdicción (como lo permitía una disposición separada del Código de Procedimiento Civil) o por una causa de acción y, dado que el tribunal pleno del Tribunal de Casación debía ser llamado para decidir el asunto, existía un "argumento discutible" según los fines de la jurisprudencia de la Corte.

10. Eso, sin embargo, no es el punto principal. Por lo tanto, el Tribunal fue unánime al considerar que el artículo 6 es aplicable.

11. Por el contrario, está extremadamente dividido sobre la cuestión de si ha habido una violación de esa disposición.

12. El primer argumento sobre el cual la mayoría se basó para concluir que no hubo violación no es algo que pueda aceptar. Su conclusión es la siguiente: "En primer lugar, el Tribunal observa que, en la práctica, a los demandantes no se les impidió presentar sus quejas ante los tribunales nacionales" (véase el párrafo 105 de la sentencia). Si bien esto puede ser cierto, ¿y qué? A pesar de que fueron capaces de iniciar un procedimiento en el Tribunal de Roma, éste fue impedido por la sentencia del Tribunal de Casación de examinar su denuncia ya que las actuaciones fueron, repito, poner fin *ipso jure*, antes de que siquiera hubieran comenzado. Seguramente es extraño decir que no se les impidió presentar sus quejas ante los tribunales nacionales. ¿Puede el derecho de acceso a un tribunal ser teórico e ilusorio (en este caso, que asciende a un mero acceso "físico"), o debe ser práctico y efectivo como se ha afirmado en otras esferas en docenas de juicios que comienzan con *Artico c. Italia* (13 de mayo de 1980, serie A n°. 37). En el presente caso, esto habría significado permitir al tribunal pertinente emitir una decisión razonada (incluso desestimar el reclamo) sobre el fondo de la disputa, sin un *judex ex machina* que dijera que no podía decidir nada en absoluto (párrafo 113 del juicio es instructivo aquí también).

13. Pero déjenme seguir. No contento con este primer argumento, que lógicamente debería haber sido autosuficiente ("primero y más importante"), la sentencia pasa a construir, en los párrafos 106 a 116, un razonamiento extenso que en esencia se reduce a sostener que:

(i) el Tribunal de Casación italiano es el tribunal italiano mejor posicionado para decidir cuestiones de derecho interno;

(ii) su decisión "fue el resultado no de una inmunidad sino de los principios que rigen el derecho sustantivo de acción en el derecho interno" (párrafo 114);

(iii) el hecho de que no existiera la posibilidad en virtud de la legislación italiana de responsabilizar al Estado no equivalía a una "limitación de acceso a un tribunal del tipo en cuestión en *Ashingdane*" (mismo párrafo).

14. Debo decir que encuentro esta línea de razonamiento poco convincente y contradictoria. No es convincente porque si todo lo que el Tribunal debe hacer es reconocer que el Tribunal de Casación tiene el derecho de interpretar el derecho interno, la solución fue otorgada sin necesidad de supervisión europea. En cuanto a la referencia a *Ashingdane (c. Reino Unido)*, 28 de mayo de 1985, serie A, n°. 93), es lógicamente errónea ya que el Tribunal en ese caso sostuvo que no había habido *violación* (por seis votos contra uno, el único juez en la minoría siendo mi último predecesor, el juez Pettiti). ¿Cómo y por qué proceso milagroso podría el hecho de que en el presente caso

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

no había ninguna limitación "del tipo en cuestión en *Ashingdane*" lleva a la conclusión de que no ha habido *violación* del Artículo 6 § 1? Eso no lo entiendo.

15. En mi opinión, hubiera sido más simple -y más claro- aplicar los principios estándar. El derecho de acceso a un tribunal no es absoluto, pero puede estar sujeto a limitaciones implícitas. Algunas de estas limitaciones son inherentes al derecho de acceso a un tribunal, por ejemplo, las derivadas de la inmunidad del Estado en el derecho internacional.

16. Como ejemplo, el Tribunal aplicó estos principios en *Fogarty c. Reino Unido* ([GS], n°. 37112/97, TEDH 2001-XI), con una opinión discrepante de mi colega el Magistrado Loucaides y una opinión concurrente de mi parte y la mis colegas Jueces Caflisch y Vajjić. Es cierto que *Fogarty* se refería a la inmunidad de jurisdicción otorgada por el Estado demandado a un tercer Estado (los Estados Unidos). Pero la situación es fácilmente transponible. El concepto de *acto de gobierno* es familiar tanto para el derecho comparado como para el derecho internacional y no hay un ejemplo más típico de un acto de gobierno que la decisión de enviar tropas a la batalla o, como Italia en el presente caso, participar en ataques aéreos como miembro de una organización internacional, en particular mediante el suministro de una base para los bombardeos aéreos y el apoyo logístico. Está claro que el artículo 2043 del Código Civil italiano ofrece una amplia gama de recursos cuasi-extracontractuales y, en general, se aplica al Estado italiano y en los procedimientos en los tribunales ordinarios (como el Tribunal de Distrito de Roma), no en los tribunales administrativos, a diferencia de la posición de países como Francia. Pero eso no es impedimento para que los tribunales nacionales juzguen las demandas contra el Estado italiano que fueron destituidas cuando la *base* de la responsabilidad radica en lo que sin duda es un acto de gobierno. En otras palabras, en el derecho interno italiano, no puede reclamarse en virtud del artículo 2043 del Código Civil cuando el acto presuntamente ilegal que causó la lesión es un acto de gobierno, el resultado de la ejecución de tal acto o una consecuencia indirecta del mismo.

17. ¿Esta exención de responsabilidad en el derecho interno constituye una interferencia desproporcionada en el derecho de acceso a un tribunal que ofrece el Convenio? ¿Constituye una denegación de justicia incompatible con el Convenio? Este es un punto debatible y ciertamente puedo entender la opinión expresada por la minoría que votó a favor de encontrar una violación del artículo 6. Sin embargo, si uno decide no ir tan lejos -por razones que, en mi opinión, no están en de manera absurda y de acuerdo con el derecho administrativo de muchos países europeos y el derecho internacional general tal como están aquí y ahora- entonces uno debería decirlo y citar una línea estándar de autoridad. Es por estas razones que soy crítico del razonamiento en el caso *Markovic*, sin embargo, no estoy de acuerdo con las conclusiones.

## OPINIÓN CONCURRENTENTE DEL JUEZ BRATZA EN UNIÓN DEL CON EL JUEZ ROZAKIS

1. Comparto la opinión de la mayoría de la Gran Sala que no ha habido violación del artículo 6 del Convenio en el presente caso y puede, en general, de acuerdo con el razonamiento del Tribunal 'juicio s. Añado algunas observaciones de mi propia sólo por la importancia de la cuestión central que ha dividido a la Corte, a saber, si la decisión del Tribunal de Casación de Italia que los tribunales nacionales no tenían jurisdicción para entretener a los solicitantes 'reclamación por daños y perjuicios en relación con la muerte de sus familiares equivalía a una restricción injustificada de su acceso a un tribunal a los efectos del artículo 6.

2. La distinción entre las disposiciones del derecho interno y la práctica que excluyen o restringen el acceso a un recurso judicial para determinar los méritos de las reclamaciones relacionadas con "derechos" de naturaleza civil reconocidos en el derecho interno y que, salvo justificación, contravengan el Artículo 6 y los que delimitan el contenido sustancial del "derecho" mismo y, en principio, a los que no se aplica el artículo 6, está consolidada en la jurisprudencia del Tribunal. El límite entre las restricciones de procedimiento y las limitaciones sustantivas a menudo ha resultado difícil de establecer en la práctica. Sin embargo, sigue siendo una distinción importante en vista del principio establecido de que el artículo 6 no garantiza ningún contenido particular para los "derechos" en el derecho sustantivo de los Estados contratantes y que sus garantías se extienden solo a los derechos que se pueden decir, al menos por motivos discutibles, para ser reconocido en la legislación nacional del Estado de que se trate.

3. Algunas disposiciones entran claramente en la categoría de restricciones de procedimiento: éstas incluyen los ejemplos a los que se hace referencia en la sentencia de los períodos de prescripción legales, las órdenes de seguridad de los costos y los reglamentos que rigen el acceso a un tribunal por parte de menores y personas con problemas de juicio. Otro ejemplo lo proporcionan el caso de *Tinnelly & Sons Ltd y otros y McElduff y otros c. El Reino Unido* (10 de julio de 1998, *Informes de fallos y decisiones* 1998-IV) que se refería a la cuestión de un certificado ministerial concluyente, el efecto de lo cual fue excluir a los tribunales nacionales 'examen de los méritos de las reclamaciones de trato discriminatorio. Tal vez más cerca de la frontera son los casos relativos a la concesión de diversas inmunidades de la demanda. Sin embargo, en los casos relativos a la concesión de inmunidades de los Estados ( véase *Al-Adsani v. El Reino Unido* [GS], núm . 35763/97 , TEDH 2001-XI, y *Fogarty v. El Reino Unido* [GS], núm. 37112 / 97, ECHR 2001-XI) y sobre organizaciones internacionales ( ver *Waite y Kennedy c. Alemania* [GC], n. ° 26083/99, ECHR 1999-I), el Tribunal interpretó tales inmunidades como obstáculos procesales que requerían justificación en lugar de como limitaciones a un derecho sustantivo en el derecho interno.

4. De los casos que cayeron al otro lado de la frontera, los de *Z y otros v. El Reino Unido* ([GC], n. ° 29392/95, ECHR 2001-V) y, más recientemente, *Roche v. El Reino Unido* ([ GC ], n° 32555/96, ECHR 2005- X ) son quizás los más significativos. En *Roche* , la Corte, tomando como partida - señalar la evaluación de la Cámara de los Lores . *Matthews v Ministerio de Defensa* , concluyó que el artículo 10 de la Ley de Procedimientos de la corona es una disposición de la ley sustancial, que d elimited los

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

derechos de servicemenn reclamar en agravio contra la Corona por lesiones personales sufridas durante el servicio y no debía considerarse que confiere a la Corona una inmunidad frente a un reclamo por negligencia que de otro modo hubiera estado abierto a un servicio militar n. Más directamente relevante para el presente caso, el Tribunal en *Z y otros contra el Reino Unido* llegó a la conclusión de que la incapacidad de los solicitantes para demandar a la autoridad local por negligencia por no tomar medidas para eliminarlos de la custodia de los padres por los que habían sido descuidados y maltratados, no provenía de una inmunidad conferida a la autoridad local sino del los principios aplicables que rigen el derecho sustantivo de acción en el derecho interno, un elemento esencial de los cuales es que debe ser justo y razonable imponer un deber de diligencia a los acusados en las circunstancias particulares del caso.

5 . El presente caso no encaja fácilmente en ninguna de las categorías establecidas. A los demandantes se les impidió tener los méritos de su demanda de daños y perjuicios determinados por los tribunales italianos por la decisión del Tribunal de Casación de que esos tribunales carecían de competencia para entender el reclamo. En el procedimiento prejudicial, los demandantes alegaron que los tribunales italianos tenían tal competencia sobre la base, *inter alia* , que los supuestos actos ilícitos que dieron lugar a la muerte de sus familiares deben considerarse como cometidos en Italia, en el sentido de que la acción militar pertinente se había organizado en suelo italiano y parte de ella había tenido lugar allí: se afirmó que Italia había prestado un apoyo sustancial y logístico a la acción de la OTAN y, a diferencia de otros miembros de la OTAN, proporcionó las bases aéreas desde donde despegaron las aeronaves que bombardearon Belgrado y la RTS. Los solicitantes se basaron además en el Código Penal Militar de Guerra , en el Convenio de Londres de 1951 y en el Protocolo A adicional a los Convenios de Ginebra (Protocolo I) como fundadores de la jurisdicción del tribunal nacional .

6. Al decidir que los tribunales no tenían jurisdicción para conocer las reclamaciones, el Tribunal de Casación sostuvo que la naturaleza de los actos y funciones de los que se invocaba para imputar responsabilidad al Estado italiano -en particular, la conducción de hostilidades a través de la guerra aérea- de modo que los tribunales no tenían competencia para revisar la forma en que se llevaron a cabo esas funciones. El Tribunal de Casación rechazó además, por los motivos expuestos en la sentencia, la alegación de los demandantes de que la jurisdicción de los tribunales italianos se encontraba en el derecho interno en los instrumentos internacionales invocados.

7 . En marcado contraste con el caso típico de un impedimento procesal sobre el acceso a un tribunal, el hecho de que los tribunales italianos no pudieron examinar los méritos del reclamo no se derivaba de una medida legislativa o el ejercicio de una facultad discrecional del ejecutivo para excluir el jurisdicción de los tribunales o limitar sus poderes de revisión o eliminar una clase particular de reclamo del control judicial. Por otra parte, el Tribunal de Casación ' La decisión de que los tribunales nacionales carecen de jurisdicción no puede, en mi opinión, equipararse con la concesión de una inmunidad general a los acusados de la demanda. La decisión de declinar su competencia era una limitación autoimpuesta, el Tribunal de Casación de concluir no sólo que tal competencia no fue conferido por los instrumentos invocados por los solicitantes, pero que la naturaleza de los solicitantes 'reclamación dio lugar a cuestiones que no eran capaz de ser determinado en los tribunales nacionales. Lo

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

hizo aplicando el concepto de acto de gobierno, un concepto familiar en los sistemas de derecho civil, según el cual los actos políticos del gobierno en ámbitos que incluyen las relaciones internacionales, la política exterior y la conducción de hostilidades no pueden ser revisados por los tribunales nacionales .

8 . En mi opinión, la decisión del Tribunal de Casación ha de verse no como la creación de una barra de procedimiento para la determinación de los solicitantes ' derechos por los tribunales nacionales, sino más bien como una limitación sustancial sobre esos derechos, el Tribunal de Casación la conclusión de que, debido a la naturaleza de las cuestiones planteadas por su reclamo, los solicitantes no tenían una causa de acción justiciable en el derecho interno.

9 . Se argumenta que el Tribunal de Casación ' decisión s era incompatible con su propia jurisprudencia anterior y posterior, que el bombardeo de la RTS no podía ser clasificada en la legislación nacional como un acto de gobierno capaz de excluir a la revisión judicial y que, en sosteniendo que no había ninguna competencia para determinar los solicitantes ' reclamación, el Tribunal de Casación había hecho caso omiso o mal interpretado las disposiciones de la legislación nacional e internacional sobre los que se basaba la reclamación erróneamente. La dependencia también se basa en la escasez del razonamiento del tribunal y en el hecho de que no hubo ponderación de los intereses en conflicto por parte del tribunal en la jurisdicción para ser excluidos.

10 . En cuanto al argumento anterior, las cuestiones de interpretación y aplicación del derecho interno son, como subraya la sentencia, principalmente para que lo determinen los tribunales nacionales y, en mi opinión, no existen motivos sobre los cuales el Tribunal pueda sustituir su propia opinión por la del Tribunal de Justicia. de Casación o sostiene que esas opiniones son arbitrarias o manifiestamente irrazonables.

11 . El último argumento me da mayor motivo de duda. El razonamiento del Tribunal de Casación fue breve y abierto a la crítica de que no contenía ninguna exposición de los límites de la doctrina del "acto de gobierno" que lo estaba aplicando y ningún análisis claro de las cuestiones a las que los solicitantes ' reclamo dio origen , lo que hizo que el caso no sea justiciable. Sin embargo, sucinta que el tribunal ' razonamiento s Es decir, me parece que los motivos de la decisión emergen con suficiente claridad, sobre todo cuando se lee con la jurisprudencia antes citada por el propio Tribunal de Casación y se hace referencia en los párrafos 26 y 27 del el Tribunal ' juicio s. Los solicitantes ' reclamación se refería a muertes que ocurrieron como resultado del bombardeo de la estación de radio en Belgrado como parte de las operaciones de la OTAN durante el altamente complejo conflicto de Kosovo y la determinación de los méritos de la reclamación implicaría inevitablemente que los tribunales nacionales tuvieran que decidir cuestiones relacionadas con la la legalidad de la operación como una cuestión de derecho internacional, así como la revisión de la legitimidad de los actos y decisiones del gobierno italiano en el ejercicio de sus poderes soberanos en el ámbito de la política exterior y la conducción de las hostilidades. La opinión clara del Tribunal de Casación era que estas cuestiones quedaban fuera del alcance adecuado de la revisión de los tribunales nacionales y que los demandantes carecían de causa de acción que los tribunales pudieran determinar.

12 . La doctrina del "acto de gobierno" no tiene límites muy precisos y la aplicación de la doctrina debe depender inevitablemente de las circunstancias particulares del caso en el que se plantea. Además, al igual que la doctrina de la inmunidad del Estado, con la que a veces puede superponerse, no es estática, sino que

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

puede cambiar y desarrollarse a lo largo del tiempo. En mi opinión, al concluir en el momento pertinente que, en las circunstancias particulares del caso de que se trata, la doctrina no solo era material sino que impedía a los tribunales nacionales determinar las cuestiones planteadas en el caso, el Tribunal de Casación no excedía ninguna límites aceptables.

En consecuencia, se ha producido en mi opinión habido ninguna restricción injustificada de los solicitantes ' acceso a un tribunal en violación del artículo 6 del Convenio.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

OPINIÓN DISIDENTE DEL JUEZ ZAGREBELSKY JUNTADO POR  
 LOS JUECES ZUPANČIČ, JUNGWIERT, TSATSA-NIKOLOVSK A,  
 UGREKHELIDZE, KOVLER Y DAVID THÓR BJÖRGVINSSON  
 (Traducción)

Este caso, que se refiere únicamente al derecho a un tribunal en virtud del artículo 6 de la Convención, plantea una cuestión de suma importancia en virtud de la Convención, a saber, la posición del individuo cuando se enfrenta cara a cara con la autoridad. Esta es la autoridad en su forma más formidable: autoridad basada en la "razón de Estado". Fue por pura casualidad que surgió la pregunta en un caso contra Italia. Podría haber sido otro Estado con la misma facilidad. La pregunta es, por lo tanto, de interés para todos.

En su discurso a la Asamblea Parlamentaria el 19 de agosto de 1949 presentando la propuesta de instituir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, PH Teitgen dijo: "Tres cosas aún amenazan nuestra libertad. La primera amenaza es la razón eterna del Estado. Detrás del Estado, cualquiera que sea su forma, si fuera democrático, siempre acecha como una tentación permanente, esta razón de Estado. ... Incluso en nuestros países democráticos debemos estar en guardia contra esta tentación de sucumbir a la razón de Estado." <sup>2</sup>¿Hay alguna razón para suponer que esta advertencia dirigida a los catorce Estados miembros de la que se compuso la Asamblea del Consejo de Europa en ese momento es de menor relevancia para nuestra Europa actual de cuarenta y seis naciones?

Lamento que la conclusión adoptada por la mayoría debería haber añadido el Tribunal 'respaldo autorizada s a la fuerte llamado que se hace, incluso hoy en día, a favor de la 'razón de Estado'. La "razón de ser" tiene poco tiempo para el derecho, y aún menos para el "estado de derecho", que apenas se puede concebir sin la posibilidad de tener acceso a los tribunales (véase *Golder v. Reino Unido*, 21 de febrero). 1975, § 34, serie a no 18; y, en el mismo sentido con respecto al sistema legal italiano, el Tribunal Constitucional 'juicio s no 26 de 1999)..

El Tribunal de Casación declaró en el presente caso: "... los intereses individuales protegidos no son obstáculo para llevar a cabo funciones de naturaleza política. "Las funciones políticas y los derechos individuales no pueden, por lo tanto, coexistir, ya que no se pueden afirmar derechos en relación con los actos políticos. Esa es una afirmación bastante calva, incompatible con el Convenio y al menos dudosa en el derecho interno, como se refleja en las disposiciones pertinentes de la Constitución (véase el párrafo 20 de la sentencia), en el hecho de que el alcance del artículo 31 del Decreto no. 1024 de 1924 se limita al único tribunal administrativo con poderes de revisión (*Consiglio di Stato*) y en la falta de algún ejemplo entre las decisiones del Tribunal de Casación citadas por el Gobierno de una situación comparable a la obtenida en el presente caso (véase el párrafo 100 de la sentencia). De hecho, el propio Tribunal dijo que los demandantes tenían, al menos por motivos fundados, una reclamación en virtud de la legislación nacional, razón por la cual se consideró que el artículo 6 era aplicable (véase el párrafo 101 de la sentencia).

<sup>2</sup> Recopilatorio de los "trabajos preparatorios", vol. 1, p. 41, Martinus Nijhoff, La Haya, 1975.

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

También observo que el Tribunal de Casación no especificó -si bien es cierto que la distinción es algo artificial en casos concretos- si consideró que había "inmunidad de responsabilidad" o "inmunidad de la demanda" (véase el párrafo 96 de la sentencia )

Al igual que el Gobierno demandado y el Gobierno británico, la mayoría (véase el párrafo 115 de la sentencia) se refería a *Z y otros c. El Reino Unido* ([GC], n. ° 29392/95, § 93, ECHR 2001-V ) en la que el Tribunal concluyó que , aunque los hechos y el fondo del caso no habían sido examinados, el grado de acceso al tribunal otorgado a los solicitantes era suficiente para cumplir los requisitos del artículo 6. Los solicitantes habían tratado de persuadir al los tribunales para ampliar el alcance del derecho a la indemnización más allá de lo que previamente se había aceptado. Las partes ' se escucharon argumentos en cada uno de los diversos niveles de jurisdicción a través de los cuales el caso pasó y fueron tratados exhaustivamente en la sentencia final. Sin embargo, la posición en el presente caso fue todo lo contrario. Aunque los solicitantes tuvieron acceso a los tribunales italianos, solo se les dijo que ni los tribunales civiles ni ningún otro tribunal italiano tenían jurisdicción para conocer su caso. De este modo, el Tribunal de Casación limitó, para todos los fines prácticos, el alcance de la ley general de reparación contenida en el artículo 2043 del Código Civil. Además, a diferencia de los tribunales nacionales en *Z y otros c. El Reino Unido* , no equilibró los intereses en pugna en juego y no intentó explicar por qué en las circunstancias específicas de los demandantes . si el hecho de que el acto impugnado fuera de naturaleza política debería derrotar su acción civil.

Es fácil ver cómo la naturaleza discrecional -a veces totalmente discrecional- de los actos políticos o gubernamentales puede llevar a la exclusión de todo derecho a impugnarlos. Desde esta perspectiva, la exclusión puede estar justificada por la naturaleza de la función desempeñada por el gobierno y la necesidad de proteger la libertad de decisión política. No son solo campos como los asuntos exteriores, la defensa nacional y la seguridad general los que están preocupados por la exclusión. Sin embargo, para ser compatible con el principio del Estado de Derecho y el derecho de acceso a los tribunales inherentes a él, el alcance de la exclusión no puede extenderse claramente más allá de los límites establecidos en las normas jurídicas que regulan y circunscriben el ejercicio de la libertad. las atribuciones gubernamentales relevantes (acto de gobierno).El objetivo legítimo antes mencionado no puede ir más allá del alcance de la discreción que la autoridad del gobierno tiene derecho a ejercer dentro de las limitaciones impuestas por la ley. En el presente caso, los demandantes alegaron ante los tribunales nacionales que las autoridades italianas "las acciones habían contravenido las normas de derecho nacional y el derecho internacional consuetudinario sobre los conflictos armados". Al hacerlo, plantearon la cuestión de los límites que se deben colocar en la noción de "territorio del Estado " libre de todo escrutinio judicial.

Es motivo de gran preocupación que ni el Tribunal de Casación ni el Tribunal hayan proporcionado ninguna definición de lo que podría calificarse como un "acto de gobierno" o un "acto político" (que no son conceptos idénticos) o de cuáles pudieran ser las limitaciones de tales actos. Cualquier acto de una autoridad pública será, directa o indirectamente, el resultado de una decisión política, ya sea de contenido general o específico. Sin embargo, en mi opinión, debido a que es un concepto demasiado vago y demasiado general, la fórmula de "función de naturaleza política" excluye cualquier "limitación implícita" del derecho de acceso a un tribunal. En el párrafo 113 de la sentencia, el Tribunal pretende limitar el alcance del principio se ha aceptado por

## SENTENCIA MARKOVIC Y OTROS V ITALIA

señalar que el Tribunal de Casación 's decisión: "se refería solo a un aspecto del derecho a iniciar una acción contra el Estado, que es el derecho a reclamar daños y perjuicios por un acto de gobierno relacionado con un acto de guerra." Sin embargo, el Tribunal de Casación ' decisión s, lo que a el Tribunal ' visión s satisfizo los requisitos de la Convención, se basa simplemente en la naturaleza política del acto impugnado (véase párrafo106 de la sentencia). Tampoco está claro cómo o por qué se puede establecer una distinción entre los actos políticos de guerra y otras formas de acto político a los efectos de decidir si se debe dar acceso a un tribunal.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Casación decidió no tener en cuenta la naturaleza de los procesos judiciales entablados por los solicitantes: estos procedimientos no se referían directamente Italia ' participación de s en el conflicto armado como miembro de la OTAN y su propósito no era tener una acto de gobierno puesto a un lado. Su objetivo era simplemente obtener una compensación por las consecuencias remotas del acto político en cuestión, consecuencias que eran puramente potenciales y no relacionadas con el propósito de los actos. A pesar de la naturaleza general del derecho establecido en el artículo 2043 del Código Civil italiano, el Tribunal de Casación finalmente se negó a aceptar que cualquier tribunal italiano tuviera jurisdicción para escuchar las reclamaciones de los demandantes en virtud de la legislación nacional, únicamente porque la decisión de participar en las operaciones militares antes mencionadas era de naturaleza política. El Tribunal de Casación, por lo tanto, fue más allá de cualquier objetivo legítimo, la doctrina del acto político puede ser reconocida como un avance y más allá de los límites de la proporcionalidad.

Puedo entender por qué los Estados deberían tratar de protegerse contra la amenaza de acciones legales como la del presente caso. Sin embargo, lamento que la mayoría del Tribunal haya aceptado una solución que golpea la base misma del Convenio.