

Traducción realizada por Manuel Pérez Venegas siendo tutora la profesora Carmen Quesada Alcalá, 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 y el Ministerio de Justicia no se hacen responsables del contenido o calidad de la presente traducción.

GRAN SALA

Art 1 • Existencia del vínculo jurisdiccional relativo a la obligación de investigar muertes de civiles provocadas por ataques aéreos ordenados durante las hostilidades activas en un conflicto armado • Existencia de “circunstancias especiales” que establecen un vínculo: jurisdicción exclusiva de Alemania sobre sus tropas con respecto a delitos graves y obligación de investigar en virtud del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y Derecho interno • Imposibilidad jurídica para las autoridades afganas para iniciar una investigación art. 2 (procedimiento) • Adecuación, prontitud, celeridad razonable e independencia de la investigación • Ausencia de conflicto normativo entre el DIH y el art. 2 • Hechos establecidos de manera fiable como resultado de un análisis exhaustivo para determinar la legalidad del recurso a la fuerza letal • Participación de familiares y control público • Existencia de recursos efectivos para determinar la eficacia de la investigación.

CASO HANAN contra ALEMANIA

(Demanda n.º. 4871/16)

SENTENCIA

ESTRASBURGO

16 de febrero de 2021

Esta sentencia es definitiva, pero puede ser objeto de revisión editorial

En el caso de Hanan contra Alemania,

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

Jon Fridrik Kjølbro, *presidente*,
Linos-Alexandre Sicilianos,
Ksenija Turković,
Paul Lemmens,
Yonko Grozev,
Helen Keller,
Aleš Pejchal,
Faris Vehabović,
Carlo Ranzoni,
Mārtiņš Mits,
Tim Eicke,
Lətif Hüseynov,
Lado Chanturia,
Arnfinn Bårdsen,
Erik Wennerström,
Saadet Yüksel,
Anja Seibert-Fohr, *jueces*,

y Johan Callewaert, *Secretario Adjunto de la Gran Sala*,

Habiendo deliberado en privado el 26 de febrero de 2020 y el 2 de diciembre 2020,
Pronuncia la siguiente sentencia, adoptada en la última fecha mencionada:

PROCEDIMIENTO

1. El caso se inicia por la demanda (nº. 4871/16) contra la República Federal de Alemania interpuesta ante el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (el Convenio) por un nacional afgano, Abdul Hanan (el demandante), el 13 de enero de 2016.

2. El demandante estuvo representado por el Sr. W. Kaleck, abogado en ejercicio en Berlín. El Gobierno alemán (el Gobierno) estuvo representado por dos de sus agentes, la Sra. A. Wittling-Vogel y la Sra. N. Wenzel, del Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor.

3. Durante el procedimiento, el demandante alegó que el Estado demandado no había llevado a cabo una investigación efectiva, como exige la parte procesal en el artículo 2 del Convenio, sobre el ataque aéreo del 4 de septiembre de 2009 cerca de Kunduz, Afganistán, que había provocado la muerte, entre otros, a dos hijos del demandante. Basándose en lo establecido en el artículo 2 y en el artículo 13 del Convenio, el demandante alegó que no había tenido recursos internos para impugnar la decisión final sobre la investigación penal llevada a cabo por el Fiscal General alemán (*Generalbundesanwalt*).

4. La demanda fue turnada a la Sección Quinta del Tribunal de Justicia (artículo 52.1 del Reglamento del Tribunal - el Reglamento). El 2 de septiembre de 2016 la demanda fue notificada al Gobierno. El 27 de agosto de 2019 una Sala de dicha Sección, integrada por Yonko Grozev, Presidente, Angelika Nußberger, André Potocki, Carlo Ranzoni, Mārtiņš Mits, Lətif Hüseynov, Lado Chanturia, jueces, y Claudia Westerdiel, Secretaria de Sección, decidió inhibirse de su competencia en favor de la Gran Sala, sin ningún tipo de objeción por las partes (artículo 30 del Convenio y artículo 72 del Reglamento).

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

5. La composición de la Gran Sala se determinó de conformidad con los artículos 26.4 y 26.5 del Convenio y del artículo 24 del Reglamento. Se decidió también examinar el fondo de la demanda además de su admisibilidad (artículo 29.1 del Convenio). Durante las deliberaciones, Faris Vehabović y Arnfinn Bårdsen, jueces suplentes, reemplazaron a André Potocki y Robert Spano, que no pudieron participar en el examen ulterior del caso (artículo 24.3 del Reglamento). Jon Fridrik Kjølbro reemplazó a Linos-Alexandre Sicilianos como Presidente de la Gran Sala en el curso del procedimiento.

6. Tanto el demandante como el Gobierno presentaron sendos documentos con observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto (artículo 59.1 del Reglamento).

7. Además, se recibieron observaciones de terceros Gobiernos, como Dinamarca, Francia, Noruega, Suecia y Reino Unido, así como del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex, el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán, de la Sociedad Abierta de Iniciativa de Justicia y el Observatorio de Derechos (Reino Unido), a los cuales el Presidente de la Gran Sala había autorizado a intervenir en la fase de investigación del procedimiento (artículo 36.2 del Convenio y 71.1 y 44.3 del Reglamento). Las partes respondieron a estas observaciones en sus exposiciones orales durante la vista (artículos 71.1 y 44. 6).

8. Se celebró una audiencia pública en el Edificio de los Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 26 de febrero de 2020 (artículos 71 y 59.3 del Reglamento). Con autorización del Presidente, los Gobiernos de Francia y Reino Unido, así como el Observatorio de Derechos (Reino Unido), participaron en el procedimiento oral ante la Gran Sala.

Han comparecido ante el Tribunal:

(a) *por parte del Gobierno*

Sra. A. WITTLING-VOGEL,
Sra. N. WENZEL,
Sra. H. KRIEGER,
Sra. S. WEINKAUFF,
Sr. S. SOHM,
Sra. M. WITTENBERG,
Sra. J.DROHLA,
Sr C. RITSCHER,
Sra. D. GMEL,
Sra. S. HEINE,
C. BARTHE,

*Agente,
Abogada,*

Consejero;

(b) *por parte del demandante*

Sr. W. KALECK,
Sr. D. AKANDE,
Sr. F. JESSBERGER,
Sra. C. MELONI,
Sr. A. SCHÜLLER,
Sra. SYCHENKOVA,

Abogado,

Consejera;

(c) *por el Gobierno francés, tercer interviniente*

Sr. F. ALABRUNE,
Sra. E. LEBLOND,
Sr. R. STAMMINGER,

Agente,

E. GOUIN,	<i>Consejero;</i>
(d) <i>por el Gobierno de Reino Unido, tercer interviniente</i>	
Sr. WICKREMASINGHE,	<i>Agente,</i>
Sir JAMES EADIE <i>QC</i> ,	<i>Abogado,</i>
J. SWORDS,	<i>Consejero;</i>
(e) <i>por el Observatorio de Derechos (Reino Unido), tercer interviniente</i>	
Sr. S. WORDSWORTH <i>QC</i> ,	<i>Abogado,</i>
Sr. C. YEGINSU,	
Sra. G. SCHUMACHER,	<i>Consejera.</i>

El Tribunal de Justicia escuchó las intervenciones de la Sra. Wittling-Vogel, la Sra. Krieger, Kaleck, el Sr. Akande, el Sr. Alabrune, el Sr. James Eadie y el Sr. Wordsworth y las respuestas de la Sra. Krieger, el Sr. Kaleck, el Sr. Akande, el Sr. James Eadie y el Sr. Alabrune en relación a las preguntas formuladas por los jueces.

LOS HECHOS

1. ANTECEDENTES DEL CASO

9. El demandante nació en Omar Khel, Afganistán, y vive allí.

10. Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, los Estados Unidos, junto con Reino Unido, iniciaron operaciones militares en Afganistán el 7 de octubre de 2001. Esta operación llamada Libertad Duradera, contemplaba la destrucción de campos de entrenamiento de terroristas e infraestructuras, así como la captura de los líderes de al-Qaeda y la caída del régimen Talibán.

11. El 16 de noviembre de 2001, el Parlamento alemán autorizó el despliegue de hasta 3.900 soldados alemanes como contribución a la operación “Libertad Duradera”. El contingente incluía alrededor de 100 soldados de la Fuerzas Especiales, que posteriormente participaron en operaciones de lucha contra el terrorismo en Afganistán.

12. A principios de diciembre de 2001, veinticinco líderes afganos se reunieron en Bonn bajo los auspicios de las Naciones Unidas para decidir sobre un plan de gobierno para el país. Establecieron una Autoridad Provisional afgana y a quién iba a ser su líder. En el acuerdo de 5 de diciembre de 2001 (el Acuerdo de Bonn, véase el párrafo 71 *infra*) se solicitaba la asistencia de la comunidad internacional para el mantenimiento de la seguridad en Afganistán y preveía el establecimiento de una Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF).

13. El 20 de diciembre de 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas autorizó el establecimiento de la ISAF. La ISAF debía ayudar a la Autoridad Provisional en el mantenimiento de la seguridad en Kabul y zonas circundantes y permitir que tanto la Autoridad Provisional como las Naciones Unidas operasen en un ambiente seguro. Si bien la ISAF se centró principalmente en el mantenimiento de la seguridad, las fuerzas empeñadas en la operación Libertad Duradera se dedicaron a la lucha contraterrorista y de contrainsurgencia.

14. El 22 de diciembre de 2001, el Parlamento alemán autorizó el despliegue de Fuerzas Armadas alemanas como parte de la ISAF (véase el párrafo 91 *infra*).

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

15. El 11 de agosto de 2003, la OTAN asumió el mando de la ISAF y posteriormente, la misión de la ISAF se extendió más allá de la zona de Kabul. A finales de 2006, la ISAF era responsable de la seguridad en todo el territorio afgano.

16. Después de que la OTAN asumiera el mando de la ISAF, su Cuartel General (Cuartel General de la ISAF) y el Comandante de la Fuerza de la ISAF (COMISAF) quedaron bajo el Mando de la Fuerza Conjunta Aliada de la OTAN y del Comandante del Cuartel General Supremo de las Potencias Aliadas en Europa. Bajo el Cuartel General de la ISAF, se encontraban los cinco Mandos Regionales (RC), que coordinaban todas las actividades civiles y militares regionales realizadas por los elementos militares de los equipos de reconstrucción¹ provincial (PRT) en sus respectivas áreas de responsabilidad. Mientras que el Cuartel General la ISAF (HQ ISAF) / COMISAF mantuvo el control operacional, los PRT estaban bajo el mando - en la modalidad de control táctico - del respectivo Mando Regional.

17. Las tropas alemanas fueron desplegadas bajo el RC Norte, el cual estaba liderado por Alemania. En el momento de los hechos, el Comandante del RC norte era el General de Brigada alemán V. El equipo provincial de reconstrucción de Kunduz, que formaba parte del RC norte, estaba bajo las órdenes del Coronel alemán K.

18. Paralelamente a la estructura de mando de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad, el mando y el control administrativo y disciplinario se mantuvo en los Estados que aportaban los contingentes (véase el párrafo 75 *infra*). Por consiguiente, las tropas en el PRT Kunduz estaban, en ese sentido, bajo el mando y control del Coronel K., el cual se encontraba a su vez bajo el mando y control de General de Brigada V. Este último también mandaba todo el contingente alemán de la ISAF en Afganistán y fue colocado - a través del Mando de Operaciones de Fuerzas Conjuntas *Bundeswehr* - bajo el mando del Ministerio Federal de la Defensa.

19. En el momento de los hechos, el RC norte constaba de aproximadamente 5.600 soldados, 4.245 de los cuales eran alemanes. Alrededor de 1.500 soldados estaban asentados en el PRT de Kunduz incluyendo dos unidades de operaciones especiales alemanas.

20. A partir de abril de 2009, la situación de seguridad en la provincia de Kunduz se deterioró. Especialmente durante las elecciones de agosto y septiembre de 2009, se produjo un mayor número de ataques contra las tropas de la ISAF, que sufrieron varias bajas. Según una declaración hecha por el Coronel K., ante la Comisión Parlamentaria de Investigación alemana, las tropas alemanas preveían ser atacadas cada vez que salían de sus bases.

II. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

(a) El ataque aéreo del 4 de septiembre de 2009

21. El 3 de septiembre de 2009, los insurgentes robaron dos camiones cisterna, matando a uno de los dos conductores. Más tarde, ese mismo día, los camiones cisterna quedaron inmovilizados en un banco de arena del río Kunduz, a unos siete kilómetros de la base del PRT de Kunduz. Para recuperar el combustible de las cisternas, los insurgentes hicieron venir a los habitantes de los pueblos cercanos.

¹ Los equipos de reconstrucción provincial eran pequeños equipos de personal militar y civil que trabajaba en las provincias de Afganistán para proporcionar seguridad a las actividades de ayuda y contribuir a las tareas de asistencia humanitaria o de reconstrucción en zonas de conflictos o en regiones con niveles elevados de inseguridad (<https://www.nato.int/docu/review/2007/issue3/english/art2.html>).

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

22. Alrededor de las 8 p.m. un informante avisó al PRT de Kunduz sobre el robo de los camiones cisterna. Alrededor de las 9 p.m. el PRT de Kunduz fue formalmente informado de dicho acontecimiento. A las 9.55 p.m. una aeronave previamente empeñada en otra operación recibió la orden de localizar los camiones cisterna de combustible. En 00.15 a.m. las cisternas fueron avistadas por el avión de vigilancia. El video con las imágenes transmitidas desde la aeronave al puesto de mando mostraba a los dos camiones cisterna, así como varios vehículos al lado del banco de arena y a numerosas personas. En el transcurso de la noche, el Capitán X., - que estaba presente en el puesto de mando junto con los Sargentos W., y Y., - solicitó en varias ocasiones al intérprete de servicio obtener información directa del informante que había advertido al PRT de Kunduz del robo de los camiones y transmitirle algunas preguntas del Coronel K. Alrededor de las 00.30 a.m. el informante notificó del vaciado parcial de las cisternas por los insurgentes armados, así como como la ausencia de civiles en el banco de arena. La descripción del informante correspondía a la que se podían discernir en las imágenes del video. A las 00.48 horas, el avión de vigilancia se estaba quedando sin combustible y regresó a su base. Poco después, el Sargento W. se puso en contacto con el Cuartel General de la ISAF para solicitar el envío de otro avión para continuar con la misión. Se le advirtió que el apoyo aéreo solo podía ser proporcionado si las tropas de la ISAF estaban “en contacto”, es decir, si las tropas de la ISAF estaban en contacto real con los insurgentes. Alrededor de la 1 de la mañana, el Coronel K. declaró que las “tropas estaban en contacto”, a pesar de que no existía contacto enemigo en el sentido literal del término, y dos aviones F-15 de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos fueron enviados sobre la zona del banco de arena, donde varias personas continuaban sacando combustible de los camiones cisternas, los cuales seguían atacados.

23. Los aviones F-15 sobrevolaron el banco de arena alrededor de la 1.10 a.m. Tuvo lugar una conversación entre los pilotos y el puesto de mando sobre si usar bombas de 500 libras o 2.000 libras y sobre el riesgo de daños colaterales a bienes civiles cerca del banco de arena. En respuesta a las repetidas preguntas del Coronel K., el informante confirmó que solo los insurgentes y no personal civil estaban cerca del banco de arena. Después de rechazar la sugerencia de los pilotos para hacer una “demostración de fuerza” volando a baja altitud sobre las cisternas para dispersar a la gente en ese punto, el Coronel K. dio la orden de bombardear dichos camiones cisterna que todavía seguían inmobilizados. Dos bombas de 500 libras fueron lanzadas a las 1.49 horas.

24. Los F-15 estadounidenses realizaron un primer reconocimiento inmediatamente después de su ataque aéreo. Además, una aeronave no tripulada inspeccionaba el lugar del ataque aéreo alrededor de las 8 a.m. de la mañana siguiente.

25. El ataque aéreo destruyó los dos camiones cisterna de combustible y provocó la muerte, entre otros, a dos hijos del demandante: Abdul Bayan y Nesarullah. Tenían doce y ocho años de edad, respectivamente. El número total de víctimas del ataque aéreo nunca se ha llegado a determinar (véanse los párrafos 40 y 65-69 *infra*). El Gobierno de Alemania hizo pagos gratificables de 5.000 dólares americanos por persona a las familias de los 91 individuos muertos y a once personas heridas.

B. Investigaciones sobre el ataque aéreo

1. Investigación in situ

26. Más tarde, esa misma mañana, después de haber sido informado del ataque aéreo, el General de Brigada V. envió un equipo de investigación de la Policía Militar alemana

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

(*Feldjäger*) de Masar-i-Sharif a Kunduz para apoyar al PRT de Kunduz en la investigación del ataque aéreo.

27. A las 12.13 p.m. del mismo día, un equipo de PRT de Kunduz partió hacia el lugar del ataque aéreo, llegando a las 12.34 p.m. Ningún miembro del equipo de Masar-i-Sharif, que había salido de su base a las 12.24 horas y que aún no había llegado a la base del PRT de Kunduz, participó en la inspección del lugar donde se produjo el bombardeo. El equipo de PRT de Kunduz, que iba acompañado de un centenar de miembros de las Fuerzas de Seguridad afganas encargadas de su protección, se encontró con un lugar ampliamente modificado, con solo unos pocos coches destruidos y ningún cuerpo. Durante la inspección, el equipo, fue atacado, pero lograron continuar la investigación después del intercambio de disparos. Posteriormente, al regreso del equipo a la base a las 14.23 horas, se celebró una reunión de evaluación a partir de las 14.45 horas. A la misma asistieron el Coronel K. y miembros del equipo de Policía Militar desplegado desde Masar-i-Sharif, que había llegado mientras tanto.

28. Los días 4 y 5 de septiembre de 2009, miembros del PRT de Kunduz, de la Policía Militar y del “Equipo de Acción Inicial” de la ISAF (véase el párrafo 65 *infra*) visitaron hospitales y aldeas de la zona y donde se recogieron los testimonios de varias personas sobre el ataque aéreo. El Coronel K. estuvo parcialmente involucrado en algunas entrevistas y fue mantenido al corriente de la investigación.

29. La Policía Militar presentó su informe al General de Brigada V. el 9 de septiembre de 2009.

2. Investigación de la Fiscalía alemana

30. El día del ataque aéreo, el oficial del Servicio Jurídico de las Fuerzas Armadas informó a la Fiscalía de Potsdam (donde se encuentra el *Bundeswehr*, Mando de Operaciones) sobre el ataque aéreo. El 7 de septiembre de 2009, este último inició una investigación preliminar, que fue transferida más tarde a la oficina del Fiscal en Leipzig (el entonces lugar de destino del Coronel K.) y posteriormente al Fiscal General de Dresden (Fiscal superior al Fiscal de Leipzig). Después del trabajo preparatorio adicional, que incluyó intercambios con el Ministerio Federal de la Defensa en relación con el marco jurídico de las Fuerzas Armadas en el despliegue en Afganistán y la posible existencia de un hecho justificativo (*Rechtfertigungsgrund*), el 5 de noviembre de 2009, el Fiscal General de Dresden pidió a la Fiscalía General Federal que examinara la posibilidad de asumir el enjuiciamiento del caso a la luz de posible responsabilidad en virtud del Código de Crímenes del Derecho Internacional (véase párrafos 94 a 95 y 101 *infra*). En este momento, el Fiscal General Federal ya estaba en proceso de determinar si tenía competencia, tras haber iniciado una investigación preliminar el 8 de septiembre 2009.

31. En cuanto al curso de la investigación, el Fiscal General Federal, mediante carta de 27 de noviembre de 2009, pidió al *Bundeswehr* Mando de Operaciones transmitir todas las conclusiones pertinentes del ataque aéreo en cuestión para mayor aclaración. Tres días después el *Bundeswehr* Mando de Operaciones envió un número considerable de informes. Proporcionó más documentación adicional el 16 de diciembre de 2009. Por carta de 8 de diciembre 2009, el Fiscal General Federal pidió copias de los expedientes presentados a la Comisión Parlamentaria de Investigación (véase el apartado 69), que posteriormente se le proporcionaron; también recibió copias de las transcripciones de las audiencias de la comisión. El 21 de diciembre de 2009 el Fiscal General envió un amplio catálogo de preguntas al *Bundeswehr* Mando de Operaciones, que fueron respondidas en una carta

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

fecha a 8 de febrero de 2010. El 23 de febrero de 2010, una carta con preguntas adicionales fue dirigida al Ministerio Federal de la Defensa de Alemania, a las cuales respondió.

32. El 12 de marzo de 2010, sobre la base de los hechos constatados hasta ese momento, el Fiscal General Federal abrió una investigación penal contra el Coronel K. y el Sargento W., el cual había asistido al Coronel K. en la noche del ataque aéreo. Del 22 al 25 de marzo de 2010 el Fiscal General Federal interrogó a los dos sospechosos y entrevistó a dos testigos (Capitán X. y Sargento Mayor Y.), quienes habían estado presentes en el puesto de mando de la base en Kunduz en el momento de los hechos. Además, fueron analizados los documentos recogidos y los vídeos grabados por los aviones.

33. El 16 de abril de 2010, el Fiscal General Federal sobreseyó la investigación penal por falta de motivos suficientes para incriminar a los sospechosos de haber incurrido en responsabilidad penal en virtud del Código de Delitos del Derecho Internacional o el Código Penal. Determinó que la situación en Afganistán en el momento de los hechos, al menos en la parte norte del país donde estaban desplegadas las Fuerzas Armadas alemanas, correspondía a la de un conflicto armado no internacional en el sentido del Derecho Internacional Humanitario, a pesar de la participación de tropas internacionales. Llegó a la conclusión de que Afganistán había aceptado el despliegue de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad y que estas combatían en nombre de las autoridades afganas. La insurgencia talibán y los grupos afiliados a la misma, descritas con detalle en la decisión, debían ser clasificadas desde el punto de vista del Derecho Internacional como “partes del conflicto”. Estimó que la existencia de este conflicto armado no internacional desencadenó la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario (véase también el artículo 25 de la Ley Fundamental, apartado 93) y del Código alemán de Derecho Internacional. Los soldados alemanes que formaban parte de la ISAF eran combatientes regulares y, por lo tanto, no penalmente responsables por los actos de guerra permitidos por el Derecho Internacional. El Fiscal General Federal concluyó que el Coronel K. estaba exento de responsabilidad porque no tenía la intención de matar o de herir a civiles, así como tampoco causar daños a bienes civiles, según lo establecido Código Penal del Derecho Internacional, en particular en su artículo 11.1 n.º. 3 (véase el párrafo 95 *infra*). La responsabilidad en virtud del Código Penal, por asesinato, además de por cualquier otro delito, fue excluida porque la legalidad del ataque aéreo bajo el amparo del Derecho Internacional servía de defensa exculpatoria.

34. Un comunicado de prensa fue emitido el 19 de abril de 2010, donde se resumía las principales conclusiones del Fiscal General e indicando que la mayor parte de la información sobre los hechos era clasificada como secreto de defensa. El 13 de octubre de 2010 se preparó una versión escrita de la decisión de sobreseimiento del procedimiento.

35. Quedo establecido que se habían evaluado las siguientes pruebas:

- informe de investigación del COMISAF con todos los anexos;
- documentación aplicable en la OTAN/ISAF (procedimientos operativos normalizados, reglas de enfrentamiento en combate, normativa de nivel táctico, matriz de evaluación de inteligencia, instrucciones especiales relativas a operaciones aéreas);
- informe de la Policía Militar de 9 de septiembre de 2009, con 44 anexos (incluidos fotografías y vídeos);
- declaración por escrito del Coronel K. de 5 de septiembre de 2009 dirigida al Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas alemanas;
- informe del Coronel N., miembro del equipo de investigación de la ISAF, de 6 de septiembre de 2009;

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

- informe del representante de la región de Kunduz al Presidente afgano de 4 de septiembre de 2009;
- informe de la comisión de investigación afgana al Presidente afgano;
- lista de presuntas víctimas del ataque aéreo establecida por la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán (MANUA);
- informe de una ONG de 5 de septiembre de 2009 (clasificado como secreto de defensa);
- informe del Equipo de Acción Inicial de la ISAF de 6 de septiembre de 2009;
- actas de las conversaciones mantenidas por el PRT de Kunduz con la comisión afgana de investigación, con representantes locales y con una delegación del Equipo de Acción Inicial;
- declaración por escrito del Mando de Operaciones de las Fuerzas Armadas alemanas de 8 de febrero de 2010, en respuesta a las preguntas del Fiscal General del 21 de diciembre de 2009;
- 164 expedientes del Ministerio Federal de la Defensa;
- actas de las audiciones de los dos inculpados y del Capitán X. ante la Comisión Parlamentaria de Defensa actuando como primera comisión de investigación;
- interrogatorio de los dos sospechosos, así como de los testigos (el Capitán X. y el Mayor Y.) por el Fiscal General Federal;
- Transcripciones de las conversaciones de radio entre los pilotos de las aeronaves F-15 y el Sargento Mayor W. así como los videos correspondientes.

36. El Fiscal General Federal consideró que en su decisión de sobreseer el procedimiento tenían que ser aclarados, en particular, dos aspectos: la evaluación subjetiva de la situación del Coronel K. cuando ordenó el ataque aéreo y el número exacto de personas que habían muerto o habían resultado heridas como consecuencia del ataque.

37. La versión del Coronel K. se basó en que ordenó el ataque creyendo que no había civiles cerca de los camiones cisterna, solo insurgentes talibanes. El Fiscal estimó creíble y corroborada esta versión por la gran cantidad de circunstancias objetivas, por las declaraciones de las personas que habían estado presente en el puesto de mando en el momento de los hechos y por las imágenes de los vídeos tomadas desde los aviones antes y durante el ataque aéreo.

38. El Fiscal General era de la opinión de que dado que el lanzamiento de las bombas se produjo por la noche a las 1.49 horas, durante el Ramadán, con el pueblo más cercano situado al menos a 850 metros de distancia, en una zona bastión de los insurgentes, la presencia de civiles parecía poco probable desde el punto de vista de un observador objetivo. También tuvo en cuenta los siguientes elementos: los militares habían sido informados mediante un aviso de inteligencia sobre un ataque planeado contra la base alemana con vehículos cargados de explosivos; numerosos ataques de este tipo se habían ya cometido en Afganistán en los meses anteriores al 4 de septiembre de 2009; el Coronel K. no tenía motivos para dudar de la exactitud de la información de inteligencia proporcionada por el informante, el cual había trabajado con dicho informante solo unos días antes y la información proporcionada había sido fiable; el Capitán X. había llamado al informante por orden del Coronel K. al menos siete veces para verificar la evolución de la situación y para confirmar que solo los insurgentes estaban presentes en el lugar, considerando al informante como fiable; la información proporcionada por el informante correspondía a las imágenes de video grabadas

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

por los aviones. El Fiscal General consideró que el Coronel K. había actuado en esta situación con la misma diligencia que en ocasiones anteriores, cuando tuvo que tomar decisiones sobre operaciones que podían causar víctimas civiles colaterales.

39. Las demás personas presentes en el puesto de mando declararon de manera creíble haber actuado con la convicción de que solo había insurgentes y no civiles en el lugar. Era poco probable obtener otra información complementaria sobre si el Coronel K. había pensado o no provocar víctimas civiles cuando ordenó el ataque aéreo. El Capitán X., que también fue interrogado, era la única persona presente en el momento de la transmisión de la información y tampoco había indicios de que hubiera un error en el envío de la misma. En su opinión, la comunicación de radio entre los pilotos y el puesto de mando no contenía ninguna indicación de que el Coronel K. hubiera actuado con la intención de provocar bajas civiles. No había dudas de que los camiones cisterna estaban en manos de los talibanes y que nada hacía pensar que estos combatientes ya no estuvieran cerca de los camiones cisterna en el momento del ataque aéreo. Además, los talibanes no se podrían distinguir de los civiles por la vestimenta que llevaban, y por lo tanto fue imposible para los pilotos establecer si las personas alrededor de los camiones cisterna eran civiles.

40. El Fiscal General continuó su razonamiento indicando que el número de víctimas civiles no constituía una prueba circunstancial que permitiese deducir cuál era la intención subjetiva del Coronel K. El número de personas muertas o heridas por el ataque aéreo, y cuántos de ellos eran talibanes o civiles, no se pudo determinar. Teniendo en cuenta las conclusiones divergentes de los distintos informes, los métodos por los que se habían establecido los elementos disponibles, y las pruebas, incluyendo el material de vídeo, era probable que hubiera alrededor de cincuenta muertos o heridos. Es cierto que dos conocidos comandantes talibanes estaban entre los muertos, y los informes disponibles permitieron llegar a la conclusión de que había muchos más talibanes que civiles entre las víctimas. No fue posible obtener elementos más precisos sobre este asunto, ya que las costumbres religiosas de la población afgana impidieron el uso de técnicas modernas de investigación forense, incluida la exhumación para el análisis de ADN, lo cual habría sido necesario. En cualquier caso, el número de personas presente en el lugar de los hechos, en el momento del ataque aéreo, no permite poner en duda la suposición del Coronel K. de que se trataba exclusivamente de combatientes talibanes.

41. En cuanto a la responsabilidad del Coronel K., con arreglo al Código de Delitos del Derecho Internacional, el Fiscal General Federal consideró que el ataque aéreo del 4 de septiembre de 2009 y el objetivo se encontraban dentro del contexto funcional, constituyendo elementos contemplados dentro del artículo 11.1 punto 3 del Código, dado que se trataba de un ataque militar en el marco de un conflicto armado no internacional en Afganistán. El componente subjetivo del delito, por el contrario, no estaba presente. En efecto, indicaba que, para que se constituyera la infracción, debía demostrarse una intención directa de causar daños colaterales desproporcionados. El Coronel K. había declarado de forma creíble que había actuado bajo la premisa de que solo los insurgentes estaban presentes en el lugar y por lo tanto no se puede decir con un mínimo grado de certeza que pensara provocar daños a los civiles, lo que si hubiera constituido una infracción. El Fiscal General concluyó que la cuestión de la desproporción del daño colateral no se podía tener en cuenta.

42. El Fiscal constató que los camiones cisterna habían sido robados por un grupo organizado de combatientes talibanes armados y que tanto los miembros de ese grupo como los camiones eran objetivos militares legítimos en el momento en que el Coronel K. había ordenado el ataque aéreo. Con respecto a los talibanes, el Fiscal General Federal explicó que en virtud del Derecho Internacional todas las personas que se han integrado funcionalmente y

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

ejercido una función de combate continua dentro de grupos armados perdían la condición de civiles, llegando a ser objetivos militares legítimos. Esas personas también podían ser atacadas fuera del ámbito de las hostilidades en curso hasta que hubieran renunciado a esta función de combate de una manera duradera y definitiva (ver párrafo 80 *infra*).

43. El Fiscal General Federal consideró que el Derecho Penal General había seguido siendo aplicable y concluyó que su competencia se extendía a enjuiciar los delitos tipificados en el Código Penal en los que se produjo la acción militar en el ámbito del Código de Crímenes contra el Derecho Internacional. Sin embargo, ni el Coronel K. podía ser considerado responsable de conformidad con el Código Penal, ni tampoco el Sargento Mayor W. de haber ayudado e instigado al Coronel K. a pesar de que los elementos constitutivos objetivos y subjetivos del delito de asesinato hubieran estado presentes, al considerar que las acciones del Coronel K. habían sido lícitas según el Derecho Internacional, y que sirven de defensa exculpatoria en relación a su acción militar.

44. El Fiscal considera que la situación jurídica de las víctimas del ataque aéreo fue crucial para determinar la legalidad de la acción. Los combatientes armados afiliados a una parte no estatal en un conflicto armado no internacional y civiles que participaban directamente en las hostilidades son objetivos legítimos para ataques militares, mientras que los civiles que no participan directamente en las hostilidades no lo son. Los combatientes talibanes armados que habían secuestrado los dos camiones cisterna - y que probablemente representaban la mayoría de las víctimas del ataque aéreo - eran miembros de un grupo armado organizado que era parte del conflicto. Por lo tanto, eran objetivos militares legítimos cuya “destrucción” era permisible dentro de los límites de la necesidad militar, lo cual no representa una restricción en el caso presente.

45. El Fiscal reconocía que el ataque aéreo también había provocado la muerte de civiles que estaban protegidos por el Derecho Internacional Humanitario y que no eran objetivos legítimos de un ataque militar. Podría aceptarse como premisa que todas las víctimas de ataques aéreos que no eran combatientes talibanes eran civiles que no participaban de forma directa en las hostilidades, incluidos los que estaban ayudando a los talibanes a vaciar los camiones de combustible inmovilizados en el banco de arena, así como los que estaban tratando de obtener combustible para su propio beneficio. Sin embargo, la orden del Coronel K. de realizar el ataque aéreo fue legítima bajo el Derecho Internacional, incluso teniendo en cuenta que había causado la muerte de civiles protegidos por el Derecho Internacional humanitario. El Derecho Internacional Humanitario sólo prohíbe los ataques contra civiles como tales o contra un objetivo militar cuando los daños civiles en el momento de ordenar el ataque fueran desproporcionados (excesivos) en relación a la ventaja militar concreta, real y directa (véase párrafo 81 *infra*). El principio militar de desproporcionalidad, es decir, de prohibición de causar daños excesivos, no podía equipararse al concepto más estricto de irracionalidad, y que la convicción fundada en razones objetivas que tenía el responsable del ataque en el momento de la acción militar era determinante, tanto en relación a la ventaja militar táctica como a los daños colaterales civiles previsibles. Estos solo eran pertinentes a los fines de apreciar la proporcionalidad en el caso de que el Comandante no hubiera tomado “todas las precauciones posibles” para evitar mayores riesgos de daños colaterales civiles previsibles. Así, en este sentido, solo podría imputarse desproporción en un caso de exceso de confianza.

46. El ataque aéreo en cuestión tenía dos objetivos militares: destruir los camiones cisterna y el combustible robado por los talibanes, así como matar a los combatientes. Dadas las circunstancias conocidas por el Coronel K. (la distancia del banco de arena de los lugares habitados, la hora de la noche y la presencia de talibanes armados), y dadas las declaraciones

del informante, el Coronel K. no tenía motivos para sospechar la presencia de civiles en el lugar. Tampoco hubo ninguna posibilidad de llevar a cabo un reconocimiento y/o medidas preventivas de manera oportuna. El Coronel K. no estaba obligado a aceptar el riesgo de que los talibanes se apoderaran definitivamente de los camiones cisterna o del combustible. Las circunstancias proporcionaban suficientes indicios de que las personas en cuestión constituían un objetivo legítimo para un ataque militar: no era necesario que el Coronel estuviera absolutamente seguro de que no había civiles en el lugar.

47. Sin embargo, incluso suponiendo que el Coronel K. debería haber previsto el riesgo de causar la muerte de varias docenas de civiles protegidos, esto no habría sido desproporcionado respecto a la ventaja militar esperada como tampoco habría violado el principio de utilizar los medios menos letales posibles. De hecho, la cuestión de los medios adecuados se había debatido antes del ataque aéreo entre el Coronel K., el Sargento Mayor W. y los pilotos. Contrariamente a la recomendación de estos últimos de utilizar medios más potentes, el Coronel K. había optado por utilizar pequeñas bombas con espoletas de explosión con retardo, que limitaban el alcance efectivo de las mismas.

48. La conclusión de que la orden de ataque era admisible en virtud del Derecho Internacional no se ve afectada por la obligación general de advertencias antes de un ataque que podría potencialmente causar daños colaterales a la población civil. A pesar de que el Coronel K. se había basado en la justificable suposición de que el ataque que había ordenado no afectaría a ningún civil, no se podría prescindir de la mencionada obligación si las circunstancias imperantes así lo sugerían (véase el párrafo 81 *infra*). El hecho de haber realizado una advertencia previa podría haber frustrado el objetivo militar legítimo de eliminar a los combatientes talibanes.

49. Finalmente, el Fiscal General estimó que incluso en el caso hipotético de que el Coronel no hubiera respetado las reglas internas de las ISAF, especialmente las reglas de enfrentamiento, no habría tenido repercusión para evaluar la legalidad de su conducta militar ya que esas reglas eran solo un conjunto de restricciones que la fuerza se autoimpone con el objetivo de conseguir una solución política a largo plazo en el conflicto afgano, las cuales preveían un nivel de protección de la población civil más elevado que lo establecido por el Derecho Internacional.

3. La participación del demandante en la investigación y sus impugnaciones a la decisión de sobreseimiento del procedimiento

(a) Acceso al expediente de la investigación

50. El 12 de abril de 2010, el demandante, a través de su representante legal, presentó una demanda penal ante el Fiscal General Federal en relación con la muerte de sus dos hijos. Asimismo, solicitó el acceso al expediente de la investigación. El representante del demandante se personó para actuar en su nombre, así como en nombre de los familiares de otras 113 personas presuntamente asesinadas por el ataque aéreo. Mediante carta de 27 de abril de 2010, el Fiscal General informó al representante del demandante de que la investigación penal había sido sobreseída, y que, para pronunciarse sobre la petición de acceso al expediente de la investigación, las autoridades debían examinar de forma más detallada la condición de víctima del demandante. Posteriormente, el demandante presentó observaciones mediante sendas cartas de 9 de junio 2010 y 7 de julio de 2010, las cuales el Fiscal General Federal rechazó por falta de fundamento, también mediante cartas de 16 de julio de 2010 y 3 de septiembre de 2010. El 1 de septiembre 2010 el representante legal del demandante restringió su solicitud de acceso al expediente de la investigación, solicitándola

únicamente para el demandante y no para todas las personas a las que representaba. El 3 de septiembre de 2010 el demandante fue autorizado al acceso a las partes no clasificadas del expediente de investigación. Una notificación de la decisión de sobreseimiento se notificó al representante del demandante el 15 de octubre de 2010, dos días después de haberse acordado. El representante del demandante consultó el expediente en los locales de la Fiscalía General del Tribunal de Justicia el 26 de octubre de 2010.

(b) Solicitud de apertura de un procedimiento por parte del demandante

51. El 15 de noviembre de 2010, el demandante presentó una demanda ante el Tribunal de Apelación de Düsseldorf solicitando que se presentaran cargos contra los sospechosos o, con carácter subsidiario, que el Fiscal competente siguiera investigando el asunto con el objetivo de determinar su responsabilidad en virtud del Código Penal. En particular, señaló que ciertas medidas de investigación eran necesarias para establecer las circunstancias objetivas del ataque aéreo.

52. El 13 de diciembre de 2010, el Fiscal General Federal presentó observaciones y pidió que se desestimara la demanda por falta de los requisitos formales necesarios o, con carácter subsidiario, por estar infundada sobre la base de que las alegaciones del demandante no podían demostrar un motivo suficiente para mantener que los sospechosos eran penalmente responsables. Refutando la alegación del demandante sobre la supuesta investigación, sostuvo que, todas las medidas de investigación necesarias se habían llevado a cabo. Además, añadió que, a pesar de las alegaciones de hecho del demandante, no se habría producido una violación del Derecho Internacional Humanitario.

53. El 16 de febrero de 2011, el Tribunal de Apelación de Düsseldorf desestimó la petición del demandante de apertura del procedimiento por no cumplir con los requisitos formales (véase párrafo 99 *infra*). El Tribunal consideró que el demandante no había fundamentado, al menos en un grado suficiente, algunas de las pruebas, en la que el Fiscal Federal basó la decisión de sobreseimiento de 13 de octubre de 2010, considerando igualmente que las observaciones del demandante no permitían distinguir los elementos a los cuales él había tenido o no acceso. Añadió que el demandante se había limitado a presentar algunas partes de ciertas pruebas, en particular las que le parecían corroborar las acusaciones que había formulado, y que, por lo tanto, había incumplido su obligación de mencionar también los elementos que podían exculpar a los imputados. En particular, no había expuesto en profundidad (i) la declaración del Coronel K. al Jefe de Estado Mayor de 5 de septiembre de 2009; (ii) el informe de la Policía Militar de 9 de septiembre de 2009; (iii) el acta de las comunicaciones de radio entre los pilotos y el Sargento Mayor W. justo antes al lanzamiento de las bombas; o (iv) el video de los aviones F-15, además de no haber anticipado ningún argumento con el objeto de demostrar que el Fiscal General había valorado de forma errónea las pruebas. En particular, se constata que el demandante había señalado que el informe de la ONG, al que se le había concedido acceso, concluía que el ataque aéreo era ilegal y contrario al Derecho Internacional Humanitario, pero no había expuesto las consideraciones claves que condujeron a esta apreciación, aplicable también respecto a la nota del General de Brigada V., de 4 de septiembre de 2009. En consecuencia, el Tribunal de Apelación concluye que las observaciones sobre los hechos no le permiten determinar, sobre la base presentada por el demandante, si existía motivos suficientes para incoar un procedimiento contra los sospechosos y por lo tanto razón para presentar cargos. El demandante además, no había presentado pruebas apropiadas ni definitivas, para incriminar a los sospechosos, en particular la alegación de que el informante local no había estado presente en el banco de arena, que los

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

pilotos de las aeronaves F-15 habían exigido un reconocimiento suplementario, que muchos civiles estaban fuera la noche del ataque aéreo porque era Ramadán, y que los insurgentes talibanes normalmente actuaron como mucho en grupos de diez.

(c) Denuncia de violación del derecho a ser oído

54. El 28 de marzo de 2011, el demandante presentó una demanda por incumplimiento del derecho a ser oído (*Gehörsriige*) respecto a la decisión del Tribunal de Apelación. Afirmó que el Tribunal de Apelación había adoptado su decisión sin haberle dado la oportunidad de explicar las observaciones del Fiscal Federal ni las del abogado de la defensa. Además, no era previsible que se le reprochara no haber expuesto de forma más precisa lo que sabía sobre las pruebas en la que se basaría el Fiscal General Federal, y presentar el contenido esencial de esos documentos. Estimaba que el Tribunal de Apelación le debería haber aconsejado en consecuencia antes de desestimar su demanda y, por otro lado, que exigir que comentara cada uno de los documentos en los que se había basado el Fiscal General Federal equivalía a hacer ineficaz la solicitud de apertura de un procedimiento, habida cuenta de la amplitud del expediente.

55. Mediante resolución de 31 de marzo de 2011, el Tribunal de Apelación desestimó la reclamación del demandante por infundada. La decisión de 16 de febrero de 2011 se basó exclusivamente en las alegaciones del demandante como tal, con el fin de establecer si se habían cumplido los requisitos formales. Este había tenido en cuenta que se le había concedido acceso al expediente de investigación de manera limitada. El Tribunal no tenía la obligación de señalar las carencias en las alegaciones del demandante, como que el plazo para la presentación de la demanda para la apertura de investigación de cargos había expirado y los defectos de forma ya no podían ser subsanados.

4. Actuaciones ante el Tribunal Constitucional Federal

56. El 17 de marzo de 2011 y el 27 de abril de 2011, el demandante, representado por un abogado, interponía dos recursos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Federal. En el segundo recurso, añadió al primero un recurso contra la decisión del Tribunal de Apelación de 31 de marzo de 2011. En los dos recursos, alegó que la investigación penal había sido ineficaz, y en particular el demandante argumentó que no se habían adoptado todas las medidas de investigación necesarias para establecer exhaustivamente las circunstancias objetivas del ataque aéreo; ni el demandante, ni testigos oculares, ni expertos militares habían sido escuchados para determinar si los sospechosos podían basar justificadamente su decisión de ordenar el ataque aéreo en la información y si se habían adoptado medidas previas de precaución suficientes. No se había determinado el número de víctimas, ni tampoco había informes médicos sobre la causa de las muertes. Además, el demandante sostenía que, como familiar de dos de las víctimas del ataque aéreo, solo había tenido acceso parcial y tardíamente al expediente de la investigación, que no había sido oído, que la decisión de sobreseer el procedimiento se la había notificado demasiado tarde y que el Tribunal de Apelación había aplicado condiciones de admisibilidad excesivas.

57. El 8 de diciembre de 2014, el Tribunal Constitucional Federal se negó a admitir el recurso de inconstitucionalidad en lo que respecta al acceso al expediente de la investigación (decisión nº 2 BvR 627/14). El demandante no impugnó esta decisión en la presente demanda ante el Tribunal.

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

58. El 19 de mayo de 2015, el Tribunal Constitucional Federal se negó a admitir el recurso de inconstitucionalidad en la medida en que se refería a la eficacia de la investigación penal (nº 2 BvR 987/11), por considerar que estaba, en cualquier caso, mal fundamentado. Si bien el demandante tenía derecho a una investigación penal efectiva, tanto la decisión del Fiscal General Federal de dar por concluido el procedimiento como la decisión del Tribunal de Apelación de Düsseldorf sobre la solicitud del demandante de incoar un procedimiento era conforme a los requisitos aplicables.

59. El razonamiento del Tribunal Constitucional fue el siguiente: el Fiscal General Federal no dejó de conocer ni la importancia del derecho a la vida y la obligación del Estado de protegerla, ni el requisito de llevar a cabo una investigación efectiva de las muertes de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La decisión del Fiscal General Federal había descrito las investigaciones que había llevado a cabo y concluyó que no había indicios suficientes para establecer motivos razonables de sospecha. Esa decisión se hacía sobre la base de la presunción de que en el momento de ordenar el ataque aéreo las personas en las inmediaciones de los camiones cisterna de combustible eran insurgentes armados, lo que excluía la intención sin la cual el delito contemplado en el artículo 11.1 punto 3 del Código de Crímenes del Derecho Internacional no estaba constituido. En estas condiciones, su conclusión no era arbitraria y, por lo tanto, no era cuestionable desde el punto de vista del Derecho Constitucional.

60. La Corte Constitucional estima que otras medidas de investigación adicionales, como el interrogatorio de testigos que hubieran observado el ataque aéreo, no habría cambiado la situación. El bombardeo y las muertes de numerosos civiles nunca habían estado en duda. El aspecto clave de la decisión de sobreseer la investigación era que no podía probarse que los sospechosos supieran con certeza que el ataque aéreo provocaría heridos o muertes a personal civil. Ni esa conclusión ni las investigaciones llevadas a cabo con ese fin plantearon problemas desde un punto de vista constitucional. Por último, considerando que su competencia se extendía a las infracciones al Código Penal potencialmente constituidas por el mismo acto que le había conducido a investigar la concurrencia de infracciones al Código de Crímenes del Derecho Internacional, el Fiscal General no había emitido una conclusión arbitraria.

61. El Tribunal Constitucional Federal sostuvo además que la decisión del Tribunal de Apelación de Düsseldorf de 16 de febrero de 2011 no suscitó otra cuestión constitucional. Las investigaciones que se habían llevado a cabo y su documentación por parte del Fiscal General Federal fueron conforme a las exigencias constitucionales. Una decisión de revisión posterior por un Tribunal no podía dar lugar a una violación del derecho a una investigación efectiva. A este respecto, no fue determinante si el Tribunal había desestimado la apertura de diligencias por inadmisibles o por defecto de forma, ya que había examinado la decisión de sobreseimiento. El Tribunal Constitucional estimaba que incluso si el Tribunal de Apelación hubiera desestimado la demanda por inadmisibilidad, la forma en la que había justificado la desestimación y el alcance de su argumentación mostraban que había llevado a cabo un detallado análisis de la decisión de sobreseimiento del Fiscal General y de las investigaciones allí documentadas.

62. Además, el Tribunal Constitucional Federal consideró que el Tribunal de Apelación no había ignorado la importancia y el alcance del derecho del demandante a la protección efectiva de sus intereses jurídicos (*Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz*), y que los requisitos aplicados por el Tribunal de Apelación en relación con el contenido de la demanda no planteaban problemas constitucionales a este respecto. En efecto, el Tribunal consideró

que, dado que el demandante había basado su petición de apertura de un procedimiento en el contenido del expediente de la investigación, debía haber expuesto en su solicitud lo fundamental del contenido de las pruebas que propuso; de lo contrario, no se habría respetado la intención del legislador, según la cual el juez debe estar en disposición de examinar el fundamento de la demanda no basándose únicamente en el escrito del demandante. Según el Tribunal Constitucional, una presentación selectiva, o incluso distorsionada, de algunas de las partes de la versión de los acusados o del relato de los testigos podría crear una imagen inexacta del resultado de la investigación, lo cual habría sido difícil rectificar. Esto obligaba al demandante a presentar no solo los elementos de cargo sino también los elementos de descargo. En el presente caso, el demandante no había satisfecho estos requisitos.

63. Por último, la decisión del Tribunal Constitucional determinó que el Tribunal de Apelación no había vulnerado el derecho del demandante a ser oído. A este respecto, el Tribunal Constitucional Federal confirmó las razones expuestas por el Tribunal de Apelación de 31 de marzo de 2011.

64. La decisión del Tribunal Constitucional Federal se notificó al abogado del demandante el 13 de julio de 2015.

5. Otras investigaciones

65. Después de que el COMISAF fue informado del ataque aéreo la mañana del 4 de septiembre de 2009, este inició una investigación. Un equipo llamado “Equipo de Acción Inicial” llegó a Kunduz esa tarde, el cual visionó el video con las imágenes de las aeronaves F-15 y entrevistó a varios miembros del PRT de Kunduz, incluido el Coronel K. Al día siguiente, llevó a cabo una visita al lugar del bombardeo y a un hospital donde se reunió con funcionarios afganos. En su informe de 6 de septiembre de 2009, recomendó que una Junta Mixta de Investigación continuara con la investigación sobre los hechos. Esta Junta concluyó su investigación el 26 de octubre de 2009 y publicó sus conclusiones en un segundo informe (Informe de investigación COMISAF). Ambos informes fueron clasificados “OTAN-/ISAF-Confidencial”.

66. Por orden del Presidente de la República Islámica la comisión de investigación fue enviada a Kunduz el 4 de septiembre de 2009 donde entrevistaron a testigos del ataque aéreo y recogieron pruebas. Su informe final se publicó el 10 de septiembre de 2009 y concluyó que el ataque aéreo había provocado 99 muertos, de las cuales 69 eran insurgentes y 30 civiles. Además, otros insurgentes y civiles habían resultado heridos. En el informe se afirmaba además que el ataque aéreo había sido dirigido contra los insurgentes logrando debilitar la red talibán.

67. La Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán recogió información sobre las víctimas del ataque aéreo. Compiló una lista con datos personales de 109 fallecidos y 33 heridos. Además, informó sobre el ataque aéreo en su informe anual (MANUA, Informe Anual sobre Protección de Civiles en los conflictos armados 2009, publicado en enero de 2010), como sigue:

Ataque aéreo contra camiones cisterna robados en el distrito de Aliabad, provincia de Kunduz

“El 3 de septiembre, un grupo de talibanes robaron dos camiones cisterna en la carretera Kunduz-Baghlan. Intentaron cruzar el río Kunduz hacia el distrito de Chahar Dara, cerca de la aldea de Omarkhel en el distrito de Aliabad. Los camiones se atascaron en el río y cuando

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

los insurgentes no pudieron desatascarlos, animaron a los aldeanos a extraer el combustible. Mientras los aldeanos estaban sacando el combustible, varias horas más tarde, en la noche del 3 al 4 de septiembre, se llevó a cabo un ataque aéreo sobre dichos camiones. Las investigaciones se complicaron debido a la bola de fuego que se produjo, la cual incineró a un gran número de personas, lo que hizo que la identificación fuera muy difícil. No se discute que algunos talibanes estaban en el lugar, pero estaba claro que muchos civiles también se encontraban en las cercanías de los camiones. Según las investigaciones del Grupo de Derechos Humanos de MANUA, el ataque provocó la muerte a 74 civiles, entre los que se encontraban muchos niños”

68. El Comité Internacional de la Cruz Roja también investigó el ataque aéreo a partir del 5 de septiembre de 2009 y presentó un informe a la ISAF el 30 de octubre de 2009.

69. El 16 de diciembre de 2009, el Parlamento alemán creó una comisión de investigación para evaluar, entre otras cosas, si el ataque aéreo se había producido por el cumplimiento del mandato otorgado por el Parlamento a las Fuerzas Armadas alemanas de acuerdo con el planeamiento operativo y con las órdenes y reglas de enfrentamiento aplicables. El 20 de octubre de 2011, la comisión concluyó su investigación y publicó su informe. En cuanto al número de víctimas del ataque aéreo, señaló que los diferentes informes determinaron entre 14 y 142 fallecidos (de 14 a 113 civiles) y de 10 a 33 heridos (de 4 a 9 civiles). En cuanto a la cuestión del cumplimiento de las órdenes aplicables y las reglas de enfrentamiento, llegó a la conclusión de que el Coronel K. cometió ciertos errores de procedimiento al ordenar el ataque aéreo, y que violó parcialmente las reglas de enfrentamiento aplicables de la ISAF. En consecuencia, de la información disponible para la Comisión, el ataque aéreo no podía ser considerado proporcionado y no debería haber sido ordenado. Sin embargo, la Comisión también declaró que el Coronel K. actuó en el momento pertinente en base a la información que tenía, para proteger a “sus” soldados. Por lo tanto, su decisión de ordenar el ataque fue comprensible.

6. Procedimiento civil de indemnización

70. El demandante y otra persona más interpusieron una demanda civil de indemnización contra la República Federal de Alemania por el fallecimiento de sus familiares causado por el ataque aéreo del 4 de septiembre de 2009. El 6 de octubre de 2016, después de que el Tribunal Regional de Bonn y el Tribunal de Apelación de Colonia rechazaran la demanda de los demandantes, el Tribunal Federal de Justicia desestimó por falta de fundamento la demanda que estos le habían presentado. Dejó abierta la cuestión de si Alemania podría ser demandada por operaciones militares extraterritoriales del *Bundeswehr* bajo el mando operacional de la OTAN. Sin embargo, encontró, en primer lugar, que los demandantes, como individuos, no podían reclamar una indemnización a Alemania por violación del Derecho Internacional Humanitario basándose directamente en el Derecho Internacional; por regla general, ese derecho sólo puede ejercerse por los Estados. Constató, en segundo lugar, que la legislación alemana sobre la responsabilidad del Estado no era aplicable a los daños causados a los ciudadanos extranjeros por las Fuerzas Armadas alemanas en el marco de un despliegue en un conflicto armado en el extranjero. Independientemente de esta cuestión de aplicabilidad, tal pretensión de los demandantes fue descartada, en cualquier caso, porque no había incumplimiento vinculado a las funciones oficiales por parte de un soldado o autoridad alemana, y en particular el Coronel K. no había cometido ninguna violación de las normas del Derecho Humanitario. El Tribunal de Apelación no cometió ningún error de derecho cuando determinó, basándose en los hechos establecidos por el Tribunal Regional, que la presencia

de civiles en el lugar del ataque aéreo no había podido ser prevista objetivamente por el Coronel K. en el momento de ordenar el ataque aéreo, y que todas las medidas de precaución factibles se habían tomado. El Tribunal Constitucional Federal se negó a considerar la demanda presentada con respecto a este procedimiento civil (expediente nº 2 BvR 477/17, de 18 de noviembre de 2020, entregado el 16 de diciembre de 2020).

MARCO Y PRÁCTICA JURÍDICA PERTINENTE

I. MATERIAL INTERNACIONAL

(a) Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y acuerdos internacionales relativos a Afganistán y a la ISAF

1. *Acuerdo de 5 de diciembre de 2001 sobre disposiciones provisionales aplicables en Afganistán mientras se produce el restablecimiento permanente de las instituciones gubernamentales (Acuerdo de Bonn)*

71. Los puntos pertinentes del acuerdo mencionado son los siguientes:

“Los participantes en las conversaciones de la ONU sobre Afganistán,

...

Reafirmando la independencia, la soberanía nacional y la integridad territorial de Afganistán,

Reconocimiento del derecho del pueblo de Afganistán a determinar libremente su propio futuro político de acuerdo con los principios del Islam, la democracia, el pluralismo y justicia social,

...

Reconociendo que puede ser necesario algún tiempo para organizar una nueva Fuerza de Seguridad afgana plenamente constituida y operativa y que, por lo tanto, las disposiciones de seguridad detalladas en el Anexo I deben ser puestas en marcha,

...

Han convenido en lo siguiente:

LA AUTORIDAD PROVISIONAL

...

V. Disposiciones finales

...

3) La Autoridad Provisional cooperará con la comunidad internacional en la lucha contra el terrorismo, contra las drogas y el crimen organizado. Se compromete a respetar el Derecho Internacional y mantener relaciones pacíficas y amistosas con países vecinos y con el resto de la comunidad internacional.

...

ANEXO I

FUERZA INTERNACIONAL DE SEGURIDAD

1. Los participantes en las conversaciones de las Naciones Unidas sobre Afganistán reconocen que la responsabilidad para proporcionar seguridad y ley y orden en todo el país reside en los

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

propios afganos. Con este fin, se comprometen a hacer todo lo que esté a su alcance para garantizar esa seguridad, incluyendo a las Naciones Unidas y cualquier personal de Organizaciones gubernamentales y no gubernamentales internacionales desplegado en Afganistán.

2. Teniendo presente este objetivo, los participantes solicitan la asistencia de la comunidad internacional para ayudar a las nuevas autoridades afganas en el establecimiento y formación de nuevas Fuerzas Armadas y de Seguridad afganas.

3. Consciente de que puede ser necesario algún tiempo para que las nuevas Fuerzas de Seguridad y Fuerzas Armadas afganas estén plenamente constituidas y operativas, los participantes en las conversaciones de las Naciones Unidas sobre Afganistán piden al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que considere la posibilidad de autorizar el despliegue previo en Afganistán de una fuerza con mandato de las Naciones Unidas. Esta fuerza ayudará en el mantenimiento de la seguridad en Kabul y sus alrededores. Tal fuerza podría, según proceda, ampliarse progresivamente a otros centros urbanos y otras áreas.

4. Los participantes en las conversaciones de las Naciones Unidas sobre Afganistán se comprometen a retirar unidades militares de Kabul y otros centros urbanos u otras áreas en las que las fuerzas de la ONU estén desplegadas. También sería conveniente que esa fuerza prestara asistencia en la rehabilitación de las infraestructuras de Afganistán.”

2. Resolución 1386 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 2001

72. El texto de la resolución mencionada es el siguiente:

“El Consejo de Seguridad,

Reafirmando sus resoluciones anteriores sobre Afganistán, en particular sus resoluciones 1378 (2001), de 14 de noviembre de 2001, y 1383 (2001), de 6 de diciembre de 2001,

Apoyar los esfuerzos internacionales para erradicar el terrorismo, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, y reafirmando también sus resoluciones 1368 (2001), de 12 de septiembre 2001 y 1373 (2001) de 28 de septiembre de 2001,

Acogiendo con esperanza la evolución de la situación en Afganistán que permitirá a todos los afganos disfrutar de la libertad y sus derechos inalienables, sin restricciones causadas por la opresión y el terror,

Reconociendo que la responsabilidad de proporcionar seguridad y orden público en todo el país reside en los propios afganos,

Reiterando su apoyo al Acuerdo sobre las disposiciones provisionales en Afganistán a la espera del restablecimiento permanente de las instituciones gubernamentales, firmado en Bonn el 5 de diciembre de 2001 (S/2001/1154) (Acuerdo de Bonn),

Tomando nota de la solicitud formulada al Consejo de Seguridad en el Anexo I, párrafo 3, del Acuerdo de Bonn para considerar la posibilidad de autorizar el despliegue previo en Afganistán de una Fuerza Internacional de Seguridad, así como de la información presentada el 14 de diciembre de 2001 por el Representante Especial del Secretario General sobre sus contactos con las autoridades afganas quienes acogen con satisfacción el despliegue en Afganistán de una Fuerza Internacional de Seguridad autorizada por las Naciones Unidas,

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

Tomando nota de la carta de fecha 19 de diciembre de 2001 del Dr. Abdullah Abdullah al Presidente del Consejo de Seguridad (S/2001/1223),

Acogiendo con aceptación la carta del Secretario de Estado de Relaciones Exteriores y de la Commonwealth de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Secretario General de 19 de diciembre de 2001 (S/2001/1217), y *tomando nota* del ofrecimiento por parte de Reino Unido de tomar la iniciativa en la organización y el mando de una Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad,

Destacando que todas las fuerzas afganas deben cumplir estrictamente las obligaciones que les incumben en virtud de los Derechos Humanos, incluido el respeto de los derechos de la mujer, en virtud del Derecho Humanitario,

Reafirmando su firme compromiso con la soberanía, la independencia y la integridad y la unidad nacional de Afganistán,

Constatando que la situación en Afganistán sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacional,

Decidida a velar por el pleno cumplimiento del mandato de la Fuerza de Asistencia para la Seguridad, en coordinación con la Autoridad Provisional afgana establecida por el Acuerdo de Bonn,

Actuando con estas razones en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,

1. *Autoriza*, según lo previsto en el anexo I del Acuerdo de Bonn, el establecimiento durante seis meses de una Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad que prestará ayuda a la Autoridad Provisional afgana para mantener la seguridad en Kabul y sus zonas circundantes, y para que la Autoridad Provisional afgana y el personal de las Naciones Unidas puedan trabajar en un entorno seguro;

2. *Exhorta* a los Estados miembros a que aporten personal, equipo y otros recursos a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad, e invita a esos Estados miembros a informar a los dirigentes de la Fuerza y al Secretario General;

3. *Autoriza* a los Estados miembros que participen en la Fuerza Internacional de Asistencia para que adopten todas las medidas necesarias para cumplir su mandato;

4. *Exhorta* a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad a trabajar en coordinación con la Autoridad Provisional afgana en la implementación de su mandato, así como con el Representante Especial del Secretario General;

5. *Exhorta* a todos los afganos a que cooperen con la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad y con las Organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales pertinentes, y acepten de buen grado el compromiso de las partes del Acuerdo de Bonn, dentro de sus posibilidades y capacidad para garantizar la seguridad, incluida la seguridad y la libertad de circulación de todo el personal de las Organizaciones gubernamentales y no gubernamentales internacionales desplegadas en Afganistán;

6. *Toma nota* de la promesa hecha por las partes afganas en relación al Acuerdo de Bonn en el Anexo I de ese Acuerdo para retirar todas las unidades militares de Kabul, y exhorta a las

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

Naciones Unidas para que cumplan esta promesa en cooperación con la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad;

7. *Alienta* a los Estados vecinos y a otros Estados miembros a facilitar a la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad tanta asistencia como sea necesaria, incluyendo autorizaciones de sobrevuelo y tránsito;

8. *Subraya* que los gastos de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad serán sufragados por los Estados miembros participantes implicados, *solicitando* al Secretario General establecer un fondo fiduciario a través del cual las contribuciones de los Estados miembros puedan ser canalizadas, y alienta a los Estados miembros a contribuir con dicho fondo;

9. *Pide* a los dirigentes de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad realizar informes periódicos sobre los progresos realizados en el cumplimiento de su mandato a través del Secretario General;

10. *Exhorta* a los Estados miembros que participan en la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad ayudar a la Autoridad Provisional afgana para el establecimiento y formación de unas nuevas Fuerzas Armadas y de Seguridad afganas;

11. *Decide* seguir adaptándose activamente a la situación.”

3. Resoluciones posteriores del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

73. En su Resolución 1510 (2003), de 13 de octubre de 2003, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas amplió el mandato de la ISAF a zonas de Afganistán fuera de Kabul y sus alrededores.

74. Además, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha renovado la autorización de la ISAF concedida por Resolución 1386 (2001). En el momento de los hechos, la Resolución 1833 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de 22 de septiembre de 2008 prorrogó la autorización por un período de doce meses a partir del 13 de octubre de 2008. En los puntos importantes se establece lo siguiente:

“El Consejo de Seguridad,

...

Reconociendo que la responsabilidad de proporcionar seguridad y orden público en todo el país reside en las autoridades afganas, destacando el papel de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) para mejorar la situación de seguridad y aceptar con satisfacción la cooperación del Gobierno afgano con la ISAF,

...

Destacando el papel central e imparcial que siguen desempeñando las Naciones Unidas para promover la paz y la estabilidad en Afganistán dirigiendo los esfuerzos de la comunidad internacional, tomando nota, en este contexto, de las sinergias en los objetivos de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán (MANUA) y de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) destacando la necesidad de reforzar la cooperación, la coordinación y el apoyo mutuo, teniendo en cuenta sus respectivas responsabilidades designadas,

...

Expresando también su preocupación por las nefastas consecuencias de la violencia y actividades de terrorismo de los talibanes, Al-Qaida y otros grupos extremistas sobre la

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

capacidad del Gobierno afgano para garantizar el estado de derecho, para proporcionar seguridad y servicios básicos al pueblo afgano y garantizar el disfrute pleno de sus derechos humanos y libertades fundamentales,

Reiterando su apoyo a los esfuerzos constantes del Gobierno de Afganistán, con la asistencia de la comunidad internacional, incluidos la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad y la operación de la Coalición Libertad Duradera (OEF), para mejorar la situación de seguridad y continuar haciendo frente a la amenaza que plantean los talibanes, Al-Qaida y otros grupos extremistas, y destacando en este contexto la necesidad de esfuerzos internacionales sostenidos, incluidos los de ISAF y la Coalición (OEF),

...

Reconociendo los esfuerzos realizados por la ISAF y otras fuerzas internacionales para reducir al mínimo las víctimas civiles, y pidiéndoles que redoblen sus esfuerzos, entre otras cosas, revisando constantemente sus tácticas y procedimientos, haciendo un balance con el Gobierno de Afganistán de cualquier intervención que haya producido víctimas civiles y procediendo a una investigación en esos casos cuando el Gobierno afgano considere necesaria una investigación conjunta,

...

Recordando el papel rector que desempeñarán las autoridades afganas para la organización de las próximas elecciones presidenciales, con la asistencia de las Naciones Unidas, y destacando la importancia de la asistencia que han de prestar a las autoridades afganas la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad asegurando un entorno seguro y propicio para las elecciones,

...

Expresando su reconocimiento por el liderazgo proporcionado por la Organización del Tratado del Atlántico del Norte (OTAN), y por las aportaciones de muchas naciones a la Fuerza Internacional de Asistencia y a la operación de la Coalición (OEF), incluido su componente de interdicción marítima, que opera en el marco de las operaciones de lucha contra el terrorismo en Afganistán de conformidad con las normas aplicables del Derecho Internacional,

Determinar que la situación en Afganistán sigue constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacional,

Decidida a velar por el pleno cumplimiento del mandato de la Fuerza Internacional de Asistencia en coordinación con el Gobierno afgano,

Con ese fin, de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,

1. *Decide prorrogar la autorización de la ISAF, según se establece en las resoluciones 1386 (2001) y 1510 (2003), por un período de 12 meses a partir del 13 de octubre de 2008;*

2. *Autoriza* a los Estados miembros que participen en la ISAF a tomar todas las medidas necesarias para cumplir su mandato;

...

5. *Exhorta* a la ISAF a que siga trabajando en estrecha cooperación con el Gobierno de Afganistán y el Representante Especial del Secretario General, así como con la Coalición en la operación (OEF), en la implementación del mandato de esta fuerza;

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

6. *Pide* a los dirigentes de la ISAF que informen periódicamente al Consejo de Seguridad, a través del Secretario General, sobre el cumplimiento de su mandato, incluyendo la presentación de informes trimestrales;

7. *Decide* seguir ocupándose activamente de esta cuestión.”

4. *Acuerdo Técnico Militar entre la Fuerza de Seguridad Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) y la Autoridad Provisional de Afganistán (Autoridad Provisional) de 4 de enero de 2002*

75. El citado acuerdo establece, en sus partes relevantes, lo siguiente:

“Artículo I: Obligaciones generales

...

4. A los efectos del presente Acuerdo Técnico Militar, las siguientes expresiones tendrá el significado que se describe a continuación:

...

g. Área de Responsabilidad (AOR) es el área marcada en el mapa adjunto del Anexo B.

...

i. Por “Acción Ofensiva” se entiende todo uso de la fuerza militar armada.

...

Artículo II: Estatuto de la Fuerza de Seguridad Internacional

1. Las disposiciones relativas al Estatuto de la ISAF figuran en el anexo A.

Artículo III: Provisión de Seguridad y Orden Público

1. La Autoridad Provisional reconoce que las disposiciones en materia de seguridad y de orden público es su responsabilidad. Esto incluirá el mantenimiento y el apoyo de una Fuerza de Policía reconocida que opere de conformidad con la ley en Afganistán y con respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente, y adoptando otras medidas según proceda.

2. La Autoridad Provisional velará porque todas las unidades militares afganas permanezcan bajo su mando y control de conformidad con el Acuerdo de Bonn. Dicha Autoridad está de acuerdo en replegar a todas las unidades militares con sede en Kabul a los establecimientos militares detallados en el anexo C lo antes posible. Esas unidades no abandonarán sus cuarteles sin la aprobación previa de la Autoridad Provisional y notificación al Comandante de la ISAF por el Presidente de la Autoridad Provisional.

3. La Autoridad Provisional se abstendrá de toda acción ofensiva en el AOR.

...

ANEXO A

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

Disposiciones relativas al Estatuto de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerza)

Sección 1: Jurisdicción

1. Las disposiciones de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas del 13 de febrero de 1946 relativas a los expertos en misión se aplican, *haciendo los cambios necesarios*, a los miembros de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad y al personal de apoyo, incluido el personal de enlace asociado.

...

3. La ISAF y el personal de apoyo, incluido el personal de enlace asociado en todas las circunstancias y en todo momento estará sujeto a la jurisdicción exclusiva de sus respectivos elementos nacionales en relación con cualquier infracción penal o disciplinaria que pueda ser cometida por estos en el territorio de Afganistán. La Autoridad Provisional prestará asistencia a los países contribuyentes de la ISAF en el ejercicio de sus respectivas jurisdicciones.

4. La Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad y el personal de apoyo, incluido el personal de enlace asociado estarán exentos de arresto o detención personal. La ISAF y el personal de apoyo, incluido el personal de enlace asociado, arrestado o detenido por error será inmediatamente entregado a las autoridades de la ISAF. La Autoridad Provisional conviene en que es posible que la ISAF y el personal de apoyo, incluido el personal de enlace asociado, no puede ser entregado o transferido de ninguna forma a un Tribunal Internacional o cualquier otra entidad o Estado sin el consentimiento expreso del país contribuyente. Los componentes de la ISAF respetarán las leyes y la cultura de Afganistán.

...”

B. El Derecho Internacional y su aplicación

1. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

76. Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (la Convención de Viena) dispone lo siguiente:

Artículo 31 Regla General de Interpretación

«1. Un Tratado se interpretará de buena fe de conformidad con el significado que debe darse a los términos de dicho Tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin.

2. El contexto a efectos de la interpretación de un Tratado comprenderá, además del texto, preámbulo y anexos:

(a) Todo acuerdo relativo al Tratado celebrado entre todas las partes en conexión con la celebración del Tratado;

(b) Todo instrumento creado por una o varias partes en relación con la celebración del Tratado y aceptado por las demás partes como instrumento del Tratado.

3. Se tendrá en cuenta, junto con el contexto:

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

- (a) Todo acuerdo ulterior entre las partes sobre la interpretación del Tratado o la aplicación de sus disposiciones;
 - (b) Cualquier práctica ulterior en la aplicación del Tratado que establezca el acuerdo de las partes sobre su interpretación;
 - (c) Cualquier norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará un significado especial a un término si se establece así por las partes.»

2. *Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia*

77. En su opinión consultiva de 8 de julio de 1996 sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, la Corte Internacional de Justicia declaró como sigue:

“25. La Corte observa que la protección ofrecida por el Pacto Internacional relativa a los derechos civiles y políticos no cesa en tiempo de guerra, salvo aplicación del artículo 4 del Pacto, en virtud del cual pueden derogarse determinadas disposiciones en un momento de emergencia nacional. Sin embargo, el respeto del derecho a la vida no está contemplado en tal disposición. En principio, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida se aplica también en las hostilidades. La prueba de lo que es una privación arbitraria de la vida, queda, sin embargo, determinada por la *lex specialis* aplicable, a saber, el Derecho aplicable en conflicto armado que tiene por objeto regular la conducción de las hostilidades. Por lo tanto, se trata únicamente del derecho aplicable en los conflictos armados, y no de las disposiciones del Pacto propiamente dicho, que podrá decir si tal caso de muerte provocado por el empleo de un cierto tipo de armas en el transcurso de un conflicto armado debe ser considerado como una privación arbitraria de la vida contraria al artículo 6 del Pacto.

...

41. Sometimiento del ejercicio del derecho de legítima defensa a las condiciones de necesidad y proporcionalidad es una norma de Derecho Internacional Consuetudinario. Así la Corte en el caso relativo a las *actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua vs. los Estados Unidos de América)* declara que la existencia de legítima defensa sólo justificaría medidas proporcionadas a la agresión armada sufrida y necesaria para responder a ella, norma claramente establecida en el Derecho Internacional Consuetudinario (*I. C. J. Colección 1986*, pág. 94, párr. 176). Esta doble condición se aplica igualmente al artículo 51 de la Carta, cualesquiera que sean los medios de fuerza empleados.”

78. En su opinión asesora sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (9 de julio de 2004), la Corte Internacional de Justicia rechazó el argumento de Israel de la inaplicabilidad en el territorio ocupado de instrumentos de protección de derechos humanos en los que Israel es parte, expresando lo siguiente:

“106. ... la Corte considera que la protección ofrecida por las convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo por efecto de disposiciones de derogación del tipo que figura en el artículo 4 del (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En cuanto a la relación entre el Derecho Internacional Humanitario y de Derechos Humanos, hay tres situaciones posibles: algunos derechos pueden ser cuestiones exclusivamente de Derecho Internacional Humanitario; otras pueden ser exclusivamente de Derechos Humanos; sin embargo, otros pueden ser asuntos de ambas ramas del Derecho Internacional. Para responder a la pregunta sobre esto, la Corte tendrá que tener en consideración ambas ramas del derecho

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

internacional, a saber, las normas de Derechos Humanos como *lex specialis*, y el Derecho Internacional Humanitario.”

79. En su sentencia relativa a las *Actividades Armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda)* (19 de diciembre de 2005), la Corte Internacional de Justicia sostuvo lo siguiente:

“215. La Corte, habiendo establecido que la conducta de las FDPU (Fuerza de Defensa del Pueblo de Uganda) y de los oficiales y soldados de las FDPU es atribuible a Uganda, debe ahora examinar si esta conducta constituye una violación de las obligaciones internacionales. A este respecto, la Corte debe determinar las normas y principios internacionales de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario que son relevantes para este propósito.

216. La Corte recuerda en primer lugar que tuvo ocasión de abordar las cuestiones de la relación entre el Derecho Internacional Humanitario y los Derechos Humanos y de la aplicabilidad de los instrumentos internacionales de derechos humanos fuera del territorio nacional en su Dictamen consultivo de 9 de julio de 2004 sobre *Las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado*. En este Dictamen el Tribunal estima que:

“La protección ofrecida por las convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto, salvo por el efecto de disposiciones de derogación del tipo que se encuentra en artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Con respecto a la relación entre el Derecho Internacional Humanitario y las normas de derechos humanos, hay así tres situaciones posibles: algunos derechos pueden ser exclusivamente asuntos de Derecho Humanitario; otros pueden ser exclusivamente cuestiones de Derechos Humanos; otros pueden ser asuntos de ambas ramas del Derecho Internacional. (I.C.J. Colección 2004, p. 178, párr. 106.)

Así pues, llegó a la conclusión de que ambas ramas del Derecho Internacional, a saber, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, tendrían que ser tomadas en consideración. La Corte concluyó además que los derechos humanos internacionales son aplicables a los actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio, en particular en los territorios ocupados (*ibid.*, pp. 178-181, párr. 107 a 113).”

3. Derecho Internacional Humanitario

80. El artículo 50 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados (Protocolo I), de 8 de junio de 1977 (Protocolo Adicional I), que es aplicable a los conflictos armados internacionales, define a los civiles como personas que no son miembros de las fuerzas armadas. El Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y en relación con la Protección de las Víctimas de Conflictos Armados No Internacionales (Protocolo II), de 8 de junio de 1977 (Protocolo adicional II), aplicable a los conflictos armados no internacionales no contienen una definición de civiles. La definición de civiles en el Protocolo Adicional I es una norma del Derecho Internacional Consuetudinario que se aplica también a los conflictos armados no internacionales (véase el artículo 5 del estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el Derecho Internacional Humanitario

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

Consuetudinario y el comentario del ej.²). Los civiles están protegidos contra los ataques en los conflictos no internacionales, a menos que participen directamente en las hostilidades y durante dicha participación (artículo 13.3 del Protocolo Adicional II y artículo 6 del estudio sobre Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario). Con respecto a los conflictos armados no internacionales, el estudio del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario indicó que había ambigüedad sobre si los miembros de los grupos armados podrían ser considerados civiles y ser atacados legalmente solo cuando tomen parte directa en las hostilidades, o si al contrario, por razón de pertenencia a tales grupos, se puede considerar que ellos participan directamente en las hostilidades de forma permanente no tratándose de personas civiles (véase el comentario sobre el artículo 5 y 6). En 2009, el CICR publicó una guía interpretativa sobre la participación directa en las hostilidades en virtud del Derecho Internacional Humanitario³, en la que se señala, entre otras cosas, que en los conflictos armados no internacionales, los grupos armados organizados constituyen las Fuerzas Armadas de una parte no estatal en el conflicto armado y no de personas que tienen una función continua de participar directamente en las hostilidades (función de combate continua). Según esta guía, los miembros de grupos armados organizados que pertenecen a una parte no estatal en un conflicto armado no son nunca considerados civiles y por consecuencia, pierden el beneficio de inmunidad contra ataques directos durante el tiempo que asumen sus funciones de combate de forma continua.

81. La prohibición de ataques indiscriminados, establecida en el artículo 51.4 del Protocolo Adicional I constituye una norma de Derecho Internacional Consuetudinario aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales (véase artículos 11 a 13 del estudio del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario y los comentarios al respecto). El principio de proporcionalidad en el ataque, codificado en el artículo 51.5 (b) y reafirmado en el artículo 57.2 (a) (iii) de Protocolo Adicional I, se reconoce como una norma de Derecho Internacional Consuetudinario aplicable tanto en el ámbito de los conflictos armados internacionales como no internacionales (véanse el párrafo 77 *supra* y el artículo 14 del estudio de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario). En virtud de este principio se establece que el lanzamiento de un ataque que puede suponer lesiones o pérdida incidental de vidas civiles, daños a bienes civiles, o una combinación de los mismos, y que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista, está prohibido. De la práctica de los Estados se desprende que la perspectiva previa es determinante a ese respecto, y Alemania hizo una declaración en ese sentido tras la ratificación del Protocolo Adicional I. El principio de precaución en un ataque, codificado en el artículo 57 del Protocolo Adicional I, es un principio de Derecho Internacional Consuetudinario aplicable en el ámbito de conflictos armados considerados no internacionales (véanse los artículos 15 a 21 y los comentarios al respecto). En la conducción de las operaciones militares se debe mantener una cautela constante, con el objetivo de salvaguardar a la población civil y los bienes civiles y debiendo tomar todas las precauciones posibles, incluida la elección de medios y métodos de guerra, para evitar y minimizar lesiones y pérdidas incidentales de vidas, así como producir daños a los bienes civiles. Se debe hacer todo lo posible para verificar que los objetivos son militares y evaluar si se prevé que el ataque produzca lesiones

² J.-M. Henckaerts y L. Doswald-Beck (eds.), *Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario* (Ginebra/Cambridge: CICR/Cambridge University Press, 2005).

³ N. Melzer, *Orientación interpretativa sobre la noción de participación directa en las hostilidades en virtud del Derecho Internacional Humanitario* (Ginebra: CICR, 2009).

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

o pérdidas incidentales de vidas civiles, daños a bienes civiles, o una combinación de las mismas, lo cual podría ser excesivo en relación con las ventajas militares concretas y directas previstas. Las partes de un conflicto, durante los ataques que puedan afectar a la población civil darán avisos en tiempo útil y por medios eficaces, a menos que las circunstancias no lo permitan, como en los casos donde el elemento sorpresa es esencial para el éxito de una operación o para la seguridad de las fuerzas atacantes. La obligación de tomar todas las precauciones “factibles” ha sido interpretada por muchos Estados como limitada a las precauciones que son materialmente o prácticamente posibles, teniendo en cuenta todas las circunstancias del momento, incluidas las consideraciones de orden humanitario y militar.

82. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo I, que son aplicables únicamente a los conflictos armados internacionales (con excepción del artículo 3 común a los Convenios), imponen la obligación de cada Alta Parte Contratante de investigar y enjuiciar las presuntas violaciones graves de los Convenios, incluido el homicidio intencionado de personas⁴ protegidas, así como perseguir a los autores. El Protocolo Adicional II no contiene una disposición similar. Su artículo 6 contiene ciertas garantías que deben respetarse en el marco del enjuiciamiento de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado, especialmente la de un Tribunal “que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad” y la de que el acusado sea “informado sin demora” de los motivos que se le imputan.

83. Es también una norma establecida de Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario aplicable en los conflictos armados no internacionales, que los Estados deben investigar los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus nacionales o fuerzas, o en su territorio, y, si procede, procesar a los sospechosos. Estos también deben investigar otros crímenes de guerra sobre los que tienen jurisdicción y, si procede, enjuiciar a los sospechosos (véase el artículo 158 del estudio del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario y comentario al respecto). Los Estados implicados en operaciones multinacionales bajo los auspicios de una organización internacional tienen la obligación de garantizar el respeto de todo el Derecho Internacional Humanitario, incluido el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, por su contingente nacional, además del ejercicio de facultades disciplinarias y penales retenidas por estos⁵.

84. El Derecho Internacional Humanitario atribuye deberes a los Comandantes para garantizar el cumplimiento de sus normas, incluso en relación con las medidas disciplinarias o penales llevadas a cabo contra sus subordinados u otras personas bajo su control (véase el artículo 87 del Protocolo Adicional I y el comentario⁶ del CICR así como el artículo 153 del

⁴ Artículos 49 y 50 del Convenio de Ginebra (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña militar (12 de agosto de 1949) (Primer Convenio de Ginebra); artículos 50 y 51 del Convenio de Ginebra (II) para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (12 de agosto de 1949) (Segundo Convenio de Ginebra); artículos 129 y 130 del Convenio de Ginebra (III) relativo al trato de los prisioneros de guerra (12 de agosto de 1949) (Tercer Convenio de Ginebra); artículos 146 y 147 del Convenio de Ginebra (IV) Protección de personas civiles en tiempo de guerra (12 de agosto de 1949) (Cuarta Convención de Ginebra); y los artículos 85 y 86 del Protocolo Adicional I.

⁵ CICR, *Comentario sobre el Primer Convenio de Ginebra* (segunda edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2016), en relación con el artículo 1 común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (párrafos 125 a 126, 133 a 137 y 143 a 149).

⁶ Y. Sandoz, C. Swinarski y B. Zimmermann (eds.), *Comentario sobre los Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977 a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949* (Ginebra: CICR/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), en relación con el artículo 87 del Protocolo adicional I (párrafos 3549 a 3563).

estudio jurídico y comentarios al respecto con respecto a la norma correspondiente de responsabilidad civil por no prevenir, reprimir o denunciar crímenes de guerra).

85. En 2019, el CICR y la Academia de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos publicaron líneas directrices en materia de investigación sobre violaciones del Derecho Internacional Humanitario (*Guía sobre investigación de las violaciones del DIH: Derecho, política y buenas prácticas*). Estas directrices, señalan que el Derecho Internacional Humanitario tiene pocas disposiciones sobre la forma específica de cómo deben llevarse a cabo las investigaciones, teniendo que recurrir a principios internacionalmente reconocidos y cuyo respeto es considerado necesario para la efectividad de una investigación (independencia, imparcialidad, minuciosidad y prontitud, y de una forma modificada, transparencia) y dilucidar su aplicación práctica a investigaciones en conflictos armados.

4. Principios fundamentales y directivas de las Naciones Unidas sobre el derecho a un recurso y a una reparación de las víctimas de violaciones graves de los Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario (Principios Fundamentales y Directivas)

86. Los Principios y Directrices básicas adoptadas por la Resolución 60/147 de 16 de diciembre de 2005 adoptada por la Asamblea General (A/RES/60/147), comprende la obligación de los Estados de investigar de forma “eficaz, rápida, exhaustiva e imparcial” las violaciones del Derecho Internacional Humanitario (sección II., 3. lit. b).

5. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

87. En su Comentario General n.º. 36 sobre el derecho a la vida en virtud del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado el 30 de octubre de 2018, el Comité de Derechos Humanos declaró:

“63. ... A la luz del artículo 2.1 del Pacto, un Estado Parte tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el artículo 6 de todas las personas que se encuentren en su territorio y sujetas a su jurisdicción, es decir, todas las personas sobre cuyo disfrute del derecho a la vida ejerce poder o control efectivo. Esto incluye a las personas localizadas fuera de cualquier territorio controlado efectivamente por el Estado cuyo derecho a la vida pueda, no obstante, estar afectado por sus actividades militares u otras de una manera directa y razonablemente previsible ...

64. Al igual que el resto del Pacto, el artículo 6 sigue aplicándose también en situaciones de conflictos armados a los que se aplican las normas del Derecho Internacional Humanitario, incluso durante la conducción de hostilidades. Mientras que las normas del Derecho Internacional Humanitario pueden ser pertinentes para la interpretación y aplicación del artículo 6 cuando la situación exige su aplicación, ambas esferas del derecho son complementarias, no se excluyen mutuamente. El uso de la fuerza letal de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario y otras normas de Derecho Internacional aplicables no es, en general, arbitraria. Por el contrario, las prácticas incompatibles con el Derecho Internacional Humanitario, que suponen un riesgo para las vidas de civiles y otras personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, incluido ataques contra civiles, bienes civiles e infraestructuras indispensables para la supervivencia de la población civil, ataques indiscriminados,

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

incumplimiento de los principios de precaución y proporcionalidad, y el uso de escudos humanos violarían el artículo 6 del Pacto. Los Estados Partes deben, en general, conocer los criterios para la utilización de fuerza letal contra personas y bienes a los que se espera que el ataque dé lugar a privaciones de la vida, incluyendo la base legal para ataques específicos, el proceso de identificación de objetivos militares y combatientes o personas que participen directamente en las hostilidades, circunstancias en las que se hayan utilizado los medios y métodos de guerra pertinentes, y alternativas menos dañinas. También deben investigar las supuestas o presuntas violaciones del artículo 6 en situaciones de conflicto armado de conformidad con las normas internacionales pertinentes ...”

6. El Protocolo de Minnesota

88. En 2017, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos publicó una versión revisada del Protocolo de Minnesota relativa a la investigación de muertes causadas potencialmente por acciones ilegales (el Protocolo de Minnesota), un conjunto de directrices internacionales, que establecen:

“21. Cuando, durante el desarrollo de las hostilidades, se constate que se han producido bajas por un ataque, debe llevarse a cabo una evaluación posterior a la operación para establecer los hechos, incluida la precisión sobre los objetivos. Cuando existan motivos razonables para sospechar que se ha cometido un crimen de guerra, el Estado debe llevar a cabo una investigación completa y enjuiciar a los responsables. Cuando se sospeche o se alegue que un homicidio pueda estar relacionado con una violación del DIH que no equivaldría a un crimen de guerra, y cuando la investigación (investigación oficial) de la muerte no es específicamente requerida en aplicación del DIH, como mínimo, es necesario una investigación adicional más exhaustiva. En cualquier caso, cuando existan pruebas de conducta ilegal, se debe llevar a cabo una investigación completa.”

7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

89. En su sentencia de 15 de septiembre de 2005 sobre el fondo, las reparaciones y costas en el caso *Massacre de Mapiripán vs. Colombia*, en relación a una masacre de civiles llevada a cabo por un grupo paramilitar con la presunta asistencia del Estado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la existencia de un conflicto armado no internacional y declaró que tendría en cuenta el Derecho Internacional Humanitario al interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (párrafos 114-115). La Corte determinó que la norma para evaluar la ejecución de las investigaciones era la seriedad, la imparcialidad y la eficacia de la investigación y que no debe llevarse a cabo como una mera formalidad destinada de antemano a fracasar (párrafo 223). Tal investigación debe recurrir a todos los medios disponibles para determinar la verdad dentro de un plazo razonable, teniendo en cuenta la complejidad de los acontecimientos bajo investigación y su contexto (véase, en particular, *Comunidades de Afro-Descendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2013, apartados 370 a 373).

II. CUESTIONES DE DERECHO COMPARADO

90. Según la información de que dispone el Tribunal, en particular la legislación y la práctica de trece Estados miembros del Consejo de Europa que participan en operaciones militares en el extranjero (Bélgica, Francia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Polonia, Rumania,

Federación de Rusia, España, Suecia, Turquía, Ucrania y Reino Unido), todos estos Estados facultan a las autoridades nacionales competentes para investigar crímenes o muertes injustas infligidas en el extranjero por miembros de sus Fuerzas Armadas. La investigación es obligatoria en ocho Estados; en tres Estados no es, en principio, obligatorio según el sentido amplio del concepto (*oportunidad de las investigaciones*). El deber de investigar es considerado esencialmente autónomo en siete Estados, mientras que en dos de ellos depende en mayor medida de la jurisdicción del Estado, aunque parece que la atribución al Estado de los hechos impugnados no es un requisito necesario. En cuanto a las garantías procesales durante la investigación penal de delitos presuntamente cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas en el extranjero, el derecho interno de diez Estados se refiere a las garantías procesales generales aplicables en cualquier caso penal, mientras que, en dos Estados, se aplican disposiciones o principios, cuyo alcance y naturaleza, no obstante, no parecen ser sustancialmente diferentes de los aplicables en causas penales ordinarias.

III. DERECHO Y PRÁCTICAS NACIONALES

(a) Autorización del despliegue de tropas alemanas en la ISAF

91. El 22 de diciembre de 2001, el Parlamento alemán autorizó el despliegue de tropas alemanas en Afganistán y su participación en la ISAF. La autorización se refería al Acuerdo de Bonn y Resolución 1386 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en relación a las misiones y responsabilidades de las tropas. Además, la autorización especificaba el derecho a la legítima defensa individual y colectiva:

“El ejercicio del derecho a la legítima defensa individual y colectiva sigue vigente (por la participación en la ISAF). Las tropas desplegadas en esta (ISAF) están autorizadas a utilizar la fuerza militar para la defensa de terceros.”

92. El 16 de octubre de 2008, el Parlamento alemán prorrogó el despliegue de tropas alemanas en Afganistán hasta el 13 de diciembre de 2009.

B. Ley fundamental (*Grundgesetz*)

93. El artículo 25 de la Ley Fundamental alemana dispone:

“Las normas generales de Derecho Internacional serán parte integrante del Derecho Federal. Tendrá precedencia sobre las leyes y establece directamente derechos y deberes para los habitantes del territorio federal.”

C. Código de Delitos contra el Derecho Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*)

94. En junio de 2002, el Código de Delitos contra el Derecho Internacional fue aprobado y entró en vigor, modificando el derecho interno con vistas a la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) el 1 de julio de 2002, incluido aquel de Alemania. El artículo 153f del Código de Procedimiento Penal (véase el párrafo 96 *infra*) fue adoptado en ese mismo momento. Uno de los objetivos claves de las enmiendas legislativas era permitir la apertura de investigaciones y de enjuiciamientos de los delitos en el ámbito de aplicación del Estatuto de Roma a nivel nacional, teniendo en cuenta de forma particular el principio de complementariedad previsto en dicho Estatuto (véase Publicación del Parlamento Federal (*Bundestagsdrucksache*) n.º. 14/8524, pág. 12).

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

95. Las disposiciones pertinentes del Código de Delitos contra el Derecho Internacional, tal como estaba en vigor en el momento de la publicación, decía lo siguiente:

Artículo 1

“La presente Ley se aplicará a todos los delitos penales contra el Derecho Internacional en virtud de la presente Ley además de a los delitos graves recogidos en ella, aun cuando el delito fuese cometido en el extranjero y no tenga relación con Alemania.”

Artículo 2

“El Derecho Penal General se aplicará a los delitos previstos en la presente Ley, salvo lo previsto disposiciones especiales de los artículos 1 y del 3 al 5.”

Artículo 11

Crímenes de guerra consistentes en el uso de métodos de guerra prohibidos

«(1) Quienquiera que esté relacionado con un conflicto armado internacional o con un conflicto armado de carácter no internacional

...

3. lleve a cabo un ataque con medios militares y prevea que el ataque causará la muerte o lesiones a civiles o daños desproporcionados a bienes civiles en relación con la ventaja militar general concreta y directa prevista,

...

será castigado con una pena de prisión no inferior a tres años....

(2) Cuando el autor cause la muerte o lesiones graves a un civil (artículo 226 del Código Penal) o a una persona protegida en virtud Derecho Internacional Humanitario por un delito contemplado en el párrafo (1), números 1 a 6, será castigado con una pena de prisión no inferior a cinco años. Cuando el autor cause la muerte intencionadamente, la pena será de cadena perpetua o no inferior a diez años.

...”

D. Investigaciones penales

96. Las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal alemán regulan las investigaciones penales como sigue:

Artículo 152

“(1) El Ministerio Público estará facultado para imputar cargos.

(2) Salvo disposición en contra de la ley, la Fiscalía tendrá la obligación de tomar medidas en relación con todos los delitos penales perseguibles, siempre que haya indicaciones de hecho suficientes.”

Artículo 153c

“(1) El Ministerio Público puede abstenerse de perseguir delitos

1. que se hayan cometido fuera del ámbito territorial de la presente ley ...;

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

...

Delitos por los que existe responsabilidad penal con arreglo al Código de Delitos contra el Derecho Internacional estarán sujetos al artículo 153f.

...”

Artículo 153f

“(1) El Ministerio Público puede renunciar al enjuiciamiento de un delito en el que existe responsabilidad penal de conformidad con los artículos 6 a 14 del Código de Delitos contra el Derecho Internacional en los casos a que se refiere el párrafo 153c, párrafo (1) números 1 y 2, si el sospechoso no reside en Alemania y no se prevé que vaya a residir. Si, en los casos mencionados en el artículo 153c, párrafo (1), número 1, el sospechoso es un nacional alemán, este solo se aplicará si el delito está siendo enjuiciado ante un Tribunal de Justicia Internacional o por un Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito o un ciudadano nacional sea la víctima.

(2) El Ministerio Público puede abstenerse del enjuiciamiento en virtud de los artículos 6 a 14 del Código de Delitos contra Derecho Internacional en los casos a que se refiere el artículo 153c, párrafo (1), números 1 y 2, en particular si:

1. ningún nacional alemán es sospechoso de haber cometido el delito;
2. el delito no se haya cometido contra un nacional alemán;
3. ningún sospechoso es o se prevé que sea residente en Alemania;
4. el delito está siendo procesado por un Tribunal Internacional de Justicia o por un Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito o del que un nacional sea sospechoso o víctima.

...”

Artículo 160

“(1) En cuanto el Ministerio Público tenga conocimiento de un presunto delito penal, ya sea mediante información penal o por otros medios, deberá investigar los hechos para decidir si se incoa la acción pública.

(2) El Ministerio Público comprobará no sólo las circunstancias exoneradoras sino también asegurará los elementos de prueba que están en riesgo de desaparición. ...”

Artículo 170

“(1) Si las investigaciones ofrecen razones suficientes para imputarle cargos, el Ministerio Público las incoará mediante la presentación de un acta de acusación al Tribunal competente.

(2) En todos los demás casos, el Ministerio Público pondrá fin al procedimiento. El Fiscal notificará al inculpado si este ha sido investigado como tal o si se ha dictado una orden de detención contra él, así como si lo ha solicitado o si tiene un interés particular en notificarlo.”

Artículo 171

“Si el Ministerio Público no presenta una solicitud de apertura de investigación o después de la conclusión de la investigación ordena que el procedimiento sea sobreesido, lo notificará al demandante, indicando los motivos. La decisión deberá comunicar al demandante, si es al mismo

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

tiempo la persona agraviada, de la posibilidad impugnar la decisión y el plazo previsto para ello (artículo 172.1).”

97. Según la práctica nacional establecida, los indicios que hacen pensar que una persona puede haber cometido un delito, pero no constituyen “indicaciones fácticas suficientes”, establecidas en el artículo 152 del Código de Procedimiento Penal, no permiten abrir una investigación penal con arreglo al artículo 160.1 del Código de Procedimiento Penal. En tal situación, el Ministerio Público puede realizar investigaciones preliminares para determinar si existe un “sospechoso inicial” (*Anfangsverdacht*) que justifique la apertura de una investigación criminal. En tales investigaciones preliminares, la persona no tiene la condición de “acusado” y no se puede tomar ninguna medida de carácter coercitivo. Sin embargo, el Ministerio Público está facultado para interrogar a los testigos y recabar sus declaraciones por un juez cuando proceda (véase Tribunal Regional de Offenburg, nº. 41/93, auto de 25 de mayo de 1993).

E. Posibilidad de impugnar la decisión del Fiscal de no presentar cargos

98. La decisión de la Fiscalía de no presentar cargos no son decisiones definitivas en el sentido de *cosa juzgada*. El enjuiciamiento puede ser reabierto si hay nuevas pruebas o las pruebas se presentan con una perspectiva diferente (véase Tribunal Federal de Justicia, nº. 2 StR 524/10, sentencia de 4 de mayo de 2011, apartado 9), por ejemplo, bajo la forma de alegaciones de una parte agraviada.

99. Podrá impugnarse la decisión de sobreseer una investigación penal por cualquier parte agraviada en el plazo de un mes a partir de la recepción de la notificación, presentando una solicitud de apertura de un procedimiento (artículos 172 y ss. del Código de Procedimiento Penal). El escrito en apoyo de dicha solicitud debe indicar los hechos destinados a justificar las acusaciones y las pruebas en cuanto al delito cometido. Este requisito formal permite al Tribunal determinar si existe o no una sospecha suficiente en cuanto a un delito que se haya cometido exclusivamente sobre la base del contenido del escrito, sin tener que estudiar los expedientes o anexos (véase Tribunal de Apelación de Hamm nº. 3 Ws 209/09, orden de 14 de julio de 2009). El demandante debe presentar la argumentación de la decisión de sobreseimiento del Ministerio Público (Tribunal de Apelación de Hamm, nº. 1 Ws 135/11, resolución de 28 de abril de 2011; Tribunal Constitucional Federal, nº. 2 BvR 967/07, auto de 4 de septiembre de 2008, párrafo 17). Si el demandante se basa en pruebas adicionales que figuran en el expediente de la investigación, debe proporcionar el contenido fundamental de las pruebas respectivas en su escrito, lo que puede requerirle pruebas que lleguen a exonerar al sospechoso (véase Tribunal Constitucional Federal, nº. 2 BvR 2040/15, auto de 27 de julio de 2016, párrafo 15). Al evaluar si existen motivos de sospecha suficientes, el Tribunal puede considerar si el sospechoso tendría que ser absuelto en un procedimiento penal posterior basándose en el principio *in dubio pro reo* (véase Tribunal Constitucional Federal nº. 2 BvR 2318/07, resolución de 13 de diciembre 2007, apartado 2).

100. El Tribunal Constitucional Federal está facultado para examinar y revocar las decisiones de desistimiento adoptadas por los Fiscales y que hayan hecho uso de esa potestad (véase nº. 2 BvR 878/05, decreto de 17 de noviembre de 2005, párrafo 23). Este puede considerar que se han violado los derechos fundamentales cuando la decisión por la que se desestime una solicitud de determinación de cargos se base en la aplicación excesivamente formalista de los requisitos (véase nº. 2 BvR 912/15, decreto de 21 de octubre de 2015). En los casos que tengan relación con muertes en la que los funcionarios del Estado puedan tener responsabilidad, se ha alineado con los requerimientos de la jurisprudencia en materia de

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

investigación efectiva con arreglo al artículo 2 del Convenio (véase nº. 2 BvR 2307/06, decreto de 4 de febrero de 2010; nº. 2 BvR 2699/10, decreto de 26 de junio de 2014).

F. Ley de organización de los Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz*)

101. Disposiciones pertinentes de la Ley de organización de los Tribunales alemanes establecen lo siguiente:

Artículo 120

“(1) En materia penal, el Tribunal de Apelación del Estado dentro del cual se encuentra la sede del Gobierno del *Land* tendrá jurisdicción sobre el territorio del *Land* para conocer y decidir en primera instancia sobre los asuntos que afecten a ...

8. los delitos previstos en el Código de Delitos contra el Derecho Internacional.
...”

Artículo 142a

“(1) El Fiscal General Federal desempeñará las funciones del Ministerio Público en materia penal ante los Tribunales de Apelación de primera instancia de conformidad con el artículo 120.1 y 2. Para que la acusación sea transferida al Fiscal Federal General, basta con que existan indicaciones fácticas adecuadas que cumplan las condiciones previas para su competencia. El Ministerio Público informará al Fiscal Federal General sin demora de los acontecimientos que den motivo para examinar la transferencia del procedimiento. Si, en los casos cubiertos por el artículo 120.1, los funcionarios del Ministerio Público de un *Land* y el Fiscal General Federal no pueden acordar cuál de ellos debe hacerse cargo de la acusación, el Fiscal General Federal decidirá.”

Artículo 146

“Los funcionarios del Ministerio Público deben cumplir con las instrucciones oficiales de sus superiores”.

Artículo 147

“El derecho de supervisión y dirección corresponderá a:

1. el Ministro Federal de Justicia y de Protección del Consumidor en lo que respecta al Fiscal General y a los Fiscales federales; ...”.

LA LEY

I. ADMISIBILIDAD

(a) Competencia *ratione personae* y *ratione loci* de la Corte

1. Alegaciones de las partes

(a) El Gobierno demandado

102. El Gobierno demandado sostuvo que la solicitud era incompatible *ratione personae* y *ratione loci* con las disposiciones del Convenio.

*(i) Compatibilidad *ratione personae**

103. En cuanto a la competencia *ratione personae* de la Corte, el Gobierno se refirió a *Behrami y Behrami vs. Francia* y *Saramati vs. Alemania, Francia y Noruega* ((dic.) (GC), nº.

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

71412/01 y 78166/01, 2 de mayo de 2007) y afirmó que las acciones militares llevadas a cabo bajo la autoridad y el control del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, podría no atribuirse al Estado Contratante en cuestión. Por lo tanto, la Corte no era competente *ratione personae* para revisar la acción militar del presente caso. El Gobierno alegó además que la conclusión en el caso *Behrami y Behrami* había sido confirmada en múltiples decisiones posteriores de la Corte, así como en jurisprudencia reiterada. En la medida en que la Corte había concluido que ciertas acciones militares en Iraq eran atribuibles a los respectivos Estados Contratantes en los casos (*Jaloud vs. los Países Bajos* (GC), n.º. 47708/08, CEDH 2014), *Al-Jedda vs. Reino Unido* (GC), n.º. 27021/08, CEDH 2011), y *Al-Skeini y Otros vs. Reino Unido* (GC), n.º. 55721/07, CEDH 2011), esta fue fundamentada en las circunstancias especiales de esos casos. Estas circunstancias especiales, sin embargo, no estaban presentes en este caso, siendo comparable a la sentencia *Behrami y Behrami* en relación a los hechos:

- La ISAF fue creada por Resolución 1386 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2001); anteriormente no había existido. El Consejo de Seguridad faculta a los Estados que participan en la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad a “tomar todas las medidas necesarias”. El mandato era suficientemente preciso y definía los objetivos de la misión, así como las funciones y responsabilidades de todas las partes implicadas. Además, se estableció la obligación de presentar informes.

- La ISAF fue liderada y controlada de manera comparable a la KFOR, como mando unificado de las tropas de un gran número de Estados que formaban una fuerza multinacional. Los Estados involucrados con su presencia militar no todos forman parte del Convenio.

- La presencia de la ISAF y sus actividades militares de seguridad en Afganistán habían sido repetidamente aprobadas por el Consejo de Seguridad y por los órganos de las Naciones Unidas. Esta aprobación incluyó los ataques aéreos para combatir a los talibanes.

- Esta apreciación no se modificó por el hecho de lo que se denomina “mando pleno” sobre el contingente, el cual fue puesto a disposición de los Comandantes alemanes por parte del Gobierno alemán. En cuanto a los Estados que contribuyen no hay diferencia entre la KFOR y la ISAF.

(ii) *Compatibilidad ratione loci*

(a) Sobre el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en Afganistán

104. Además, la Corte no era competente *ratione loci* para examinar la demanda. La muerte de los hijos del demandante no se produjo en el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de Alemania. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, un Estado Contratante sólo ejerce jurisdicción fuera de su propio territorio si el caso implica un “control efectivo de una zona” o el ejercicio de la “autoridad y control de los agentes del Estado”. Ninguna de estas dos excepciones fue aplicable al presente caso.

105. Alemania no tenía un control efectivo sobre la región de Kunduz y la zona de lanzamiento de bombas. En septiembre de 2009, las tropas alemanas de la ISAF estaban en una zona de combate activa, la cual se encontraba bajo el control de los insurgentes. El número de insurgentes en esa zona era casi tan elevado como el número de tropas de la ISAF. Las tropas de la ISAF estacionadas en Kunduz estaban en peligro de ser atacadas por los insurgentes o de caer víctimas de sus trampas explosivas cada vez que salían de sus bases. Estos solo fueron capaces de tomar medidas preventivas, aunque sufriendo graves pérdidas en los combates con los insurgentes. El número de efectivos de la ISAF era demasiado

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

pequeño, respecto a los aproximadamente 8.000 kilómetros cuadrados de territorio y el gran número y alto nivel de organización de los insurgentes talibanes activos en la región, para que la ISAF hubiera tenido un control efectivo en la Región de Kunduz.

106. En lo relativo a la jurisdicción derivada de “la autoridad y control de los agentes estatales”, el caso no era comparable al de *Al-Skeini y Otros o Jaloud* (ambos citados anteriormente). En ningún momento, durante el despliegue de la ISAF en Afganistán, la situación fue comparable a la de Iraq en 2003 y 2004. La misión de la ISAF se centró únicamente en prestar apoyo al Gobierno civil afgano en la lucha contra los insurgentes armados y en la creación de las Fuerzas de Seguridad afganas. El Gobierno civil afgano tenía sus propias Fuerzas de Seguridad, en particular en la zona de Kunduz. La mañana siguiente al ataque aéreo, las Fuerzas de Seguridad afganas limpiaron la zona del banco de arena de los restos de armas que aún estaban allí antes de la llegada de los alemanes y otras unidades de reconocimiento. La unidad de reconocimiento alemana fue capaz de encontrar el lugar solo después de que una unidad de las Fuerzas de Seguridad afganas les proporcionara protección contra los ataques de los insurgentes talibanes. La ISAF no tenía jurisdicción gubernamental ni funciones ejecutivas, como, por ejemplo, el ejercicio de autoridad policial para mantener la seguridad y el orden general.

107. El ataque aéreo del 4 de septiembre de 2009 no estableció un vínculo jurisdiccional entre las personas afectadas por este y el Estado demandado, ya que era un acto extraterritorial instantáneo y las disposiciones del artículo 1 no admitía el concepto de “jurisdicción” de “causa y efecto” (basándose en *Banković y Otros vs. Bélgica y Otros* (dic.) (GC), n.º. 52207/99, 75, CEDH 2001-XII, y *Medvedyev y Otros vs. Francia* (GC), n.º. 3394/03, 64, CEDH 2010). Este análisis no crearía un riesgo de impunidad, ya que los Estados Contratantes deben cumplir siempre las obligaciones que les afectan en virtud del Derecho Internacional Humanitario.

(β) Sobre la competencia *ratione loci* en razón del lugar de incoación de las actuaciones penales

108. Las medidas de investigación adoptadas por las autoridades alemanas no eran suficientes, en las circunstancias particulares del presente caso, para compatibilizar las reclamaciones presentadas en virtud del apartado procesal del artículo 2 *ratione loci* con el Convenio. Ambos, *Güzelyurtlu y Otros vs. Chipre y Turquía* ((GC), n.º. 36925/07, 29 de enero de 2019) y *Romeo Castaño vs. Bélgica* (n.º. 8351/17, 9 de julio de 2019)) se referían a la obligación de cooperación mutua, en particular a la obligación de cooperación en el marco artículo 2 del Convenio entre dos Estados Contratantes en materia penal. El vínculo jurisdiccional entre tal obligación de cooperar resultaba de la naturaleza especial del Convenio como un Tratado para la aplicación colectiva de los derechos humanos. Tenía como objetivo evitar un vacío en el sistema de protección de los derechos humanos entre dos Estados Contratantes en el ámbito jurídico del Convenio y garantizar que cada Estado Contratante pudiera cumplir su obligación procedimental con arreglo al artículo 2 del Convenio. Ese razonamiento limitaba el principio de que un vínculo jurisdiccional fuera establecido por el hecho de iniciar investigaciones de los fallecimientos que ocurren fuera del territorio de un Estado para casos en que dos o más Estados Contratantes deban asumir su respectiva responsabilidad para la aplicación colectiva del Convenio.

109. El presente caso no se refiere a un incumplimiento por parte de Alemania de asumir su responsabilidad de hacer cumplir colectivamente el Convenio. No hay obligación de cooperación mutua entre los Estados Contratantes en materia penal dentro del espacio jurídico del Convenio. Las muertes que se investigaron ocurrieron durante una acción militar

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

fuera del territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa. El carácter especial del Convenio como un Tratado de aplicación colectiva entre los Estados Contratantes no entra en juego.

110. Refiriéndose a *Güzelyurtlu y Otros* (citados anteriormente), *Markovic y Otros vs. Italia* ((GC), n.º 1398/03, CEDH 2006-XIV) y los isleños de *Chagos vs. Reino Unido* ((dic.), n.º 35622/04, 11 de diciembre de 2012), el Gobierno afirmó que el inicio de investigaciones o procedimientos sólo podía establecer jurisdicción respecto a las medidas que el Estado podía tomar exclusivamente dentro de su jurisdicción territorial - limitando así el asunto de revisión por el Tribunal de los actos que tuvieran lugar dentro de ese Estado - a menos que como el caso de Turquía en el asunto *Güzelyurtlu y Otros*, su jurisdicción no sea establecida por otro lado. Sostiene que es excepcional que el Estado ejerza su extraterritorialidad en el marco de misiones militares llevadas a cabo fuera de los territorios de los Estados Contratantes y que solo en ese caso puede establecerse su jurisdicción respecto de investigaciones realizadas fuera del territorio nacional (*Al-Skeini y Otros*, antes citados, 149; *Jaloud*, citado arriba, 152). El acto formal e instantáneo de un Estado Contratante de decidir iniciar una investigación penal no podía, por sí mismo, establecer un vínculo jurisdiccional y de activación de la obligación procesal prevista en el artículo 2, independientemente de cualquier otra circunstancia del caso. Era decisivo saber si la investigación impugnada era de carácter extraterritorial. El fondo de las objeciones del demandante se refería a medidas de investigación que, a su juicio, deberían haberse llevado fuera del territorio alemán y fuera de su jurisdicción. Los retos específicos para la investigación, que se derivaban de la situación extraterritorial en una zona de combate activa durante un conflicto armado no internacional, continuaron influyendo de forma decisiva en los procedimientos internos subsiguientes.

111. El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal interno alemán obligan a investigar las muertes de civiles producidas durante el desarrollo de hostilidades, por lo cual no tiene sentido ampliar el alcance del Convenio para evitar el riesgo de impunidad. Además, Alemania también está obligada a investigar en virtud del Derecho Penal Internacional en el presente caso. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sin embargo, se refería a la competencia de este Tribunal, no a la jurisdicción de Alemania en relación a lo establecido en el artículo 1 del Convenio.

112. El Gobierno considera que si el alcance de la sentencia *Güzelyurtlu y Otros*, antes mencionada, se extendiera a las investigaciones sobre acciones militares extraterritoriales realizadas fuera del territorio nacional en el marco de la conducción de hostilidades no sujetas al ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en el sentido del artículo 1, los Estados estarían obligados a realizar todo lo posible para determinar los hechos fuera de su territorio. Tal enfoque también eludiría a la jurisprudencia existente en relación con el carácter excepcional de jurisdicción extraterritorial y competencia *ratione personae* de la Corte. Además, el establecimiento de jurisdicción con arreglo al artículo 1 llegaría a ser arbitrario. Si el mero hecho de iniciar un procedimiento fuera suficiente para establecer un vínculo jurisdiccional incluso cuando no hubiera otros motivos para crear dicho vínculo podría crear una motivación para no llevar a cabo tales procedimientos. Además, tal enfoque podría implicar una aplicación incoherente del Convenio entre los Estados Contratantes que participaran en la misma misión militar extraterritorial. Si un Estado inicia un procedimiento y otro no, este último podría eludir su responsabilidad con arreglo al Convenio.

113. Las características especiales que excepcionalmente desencadenaron una jurisdicción que sirvieron de vínculo con el asunto *Güzelyurtlu y Otros* no estaban presentes en este caso. En particular, el mantenimiento de la jurisdicción penal de forma exclusiva sobre personal alemán de la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad en relación con delitos que

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

pudieran ser cometidos en el territorio de Afganistán, en virtud de la subsección 3 de la sección I del Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas de la ISAF (véase el párrafo 75 supra) no constituía una “particularidad” a los efectos de establecer un vínculo jurisdiccional según el significado del artículo 1 del Convenio (en referencia a *Güzelyurtlu y Otros*, citados más arriba, 190). Esa disposición era una norma sobre inmunidad, que protegía al personal de la ISAF contra cualquier procesamiento llevado por las autoridades afganas. Esta competencia de la jurisdicción penal se refiere a la relación interna entre el soldado y el Estado al que pertenece. De esta forma, los Estados solo conservaban sus competencias penales en relación a sus tropas en el marco de su relación interna con sus soldados. Ni esta competencia ni la delegación de autoridad derivada de las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas permitían a sus autoridades civiles encargadas de la aplicación de las leyes llevar a cabo sus propias investigaciones penales dentro de territorio afgano sin tener en cuenta la soberanía de Afganistán. Las facultades jurídicas de la Policía Militar en relación con su jurisdicción para llevar a cabo investigaciones internas eran limitadas. Esta no habría podido, por ejemplo, citar a testigos afganos, tomar medidas en relación a la investigación o establecer medidas coercitivas para obtener pruebas. Así, las autoridades alemanas solo disponían de un poder de investigación limitado, reforzaron el argumento de que la ONU era la entidad responsable, y no Alemania. No había ninguna base para la atribución de jurisdicción extraterritorial con respecto a la investigación. Una regla similar a la establecida en la subsección 3 de la sección I del Acuerdo del Estatuto de la Fuerza también se había incluido en el Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas en el asunto *Behrami y Behrami* (antes citado) la cual no había dado lugar a dudas.

(b) El demandante

114. El demandante alegó que los hechos se habían producido dentro de la jurisdicción de Alemania a los efectos del artículo 1 del Convenio.

(i) Establecimiento de un vínculo jurisdiccional mediante la apertura de una investigación penal

115. La investigación penal relativa a la muerte de los hijos del demandante llevada a cabo por las autoridades alemanas era suficiente para establecer un vínculo jurisdiccional a los efectos del artículo 1 entre Alemania y el demandante. En *Güzelyurtlu y Otros* (citados anteriormente), las muertes investigadas también se habían producido fuera de la jurisdicción territorial del Estado respecto de las cuales el inicio de una investigación penal estableció un vínculo jurisdiccional. Ese enfoque estaba en consonancia con la naturaleza de la obligación procesal según el artículo 2, la cual se había convertido en una obligación distinta e independiente, reconocida por el Tribunal de Justicia como “independiente” y capaz de obligar al Estado incluso si la muerte había ocurrido fuera de su jurisdicción. El enfoque también siguió la misma lógica que *Markovic y Otros* (antes citados), *Aliyeva y Aliyev vs. Azerbaiyán* (nº. 35587/08, 31 de julio de 2014) y *Gray vs. Alemania* (nº. 49278/09, 22 de mayo 2014).

116. Contrariamente a lo que sostiene el Gobierno, el demandante alega que la obligación de cooperación establecida en la parte procesal del artículo 2, no se limitaba a buscar la cooperación mutua entre los Estados Contratantes. El Tribunal había dejado claro en *Güzelyurtlu y Otros* (antes citado) que había dos tipos de casos en los que puede surgir la obligación de cooperar con respecto a la obligación procesal prevista en el artículo 2. En primer lugar, también han existido casos en que un Estado, como parte de su propia

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

obligación de investigar, podía tener la obligación de buscar cooperación de otros Estados. En segundo lugar, ha habido casos en que un Estado tenía la obligación de ayudar a otro Estado que estuviera investigando bajo su jurisdicción. Solo ha sido en relación con este último, que la Corte había mencionado la obligación de cooperación mutua entre los Estados Contratantes en la sentencia *Güzelyurtlu y Otros*. El presente caso, sin embargo, se refería a la primera hipótesis, ya que se trataba de la obligación de Alemania de solicitar la cooperación en relación a una investigación que estaba en curso. La jurisprudencia o la lógica no limitaba a Alemania poder buscar la cooperación de otros Estados Contratantes.

117. El demandante sostiene que deducir la existencia de un vínculo jurisdiccional por la apertura de una investigación no hacía arbitrario el establecimiento de la jurisdicción ni disuadiría a los Estados a iniciar una investigación. Incluso cuando no se ha iniciado ninguna investigación o procedimiento, un vínculo jurisdiccional basado en la obligación procesal impuesta por el artículo 2 estaría presente cuando un caso tuviera “circunstancias especiales” (confiando en *Güzelyurtlu y Otros*, citados más arriba, 190). Esas circunstancias especiales dependen de las circunstancias particulares del caso y, en lo alegado por el solicitante, el Estado sí tenía una obligación en virtud del Derecho interno o internacional para llevar a cabo una investigación. En el presente caso, el propio Gobierno habría reconocido que el Estado estaba obligado a investigar tanto en virtud del Derecho nacional como del Derecho internacional, dado que la responsabilidad penal del Coronel K. podía estar relacionada, entre otras cosas, con hechos podrían constituir crímenes de guerra.

118. A este respecto, el demandante alega que el hecho de que Alemania conserve su jurisdicción penal respecto a sus tropas, en virtud del artículo 1, subsección 3, del Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas de la ISAF (véase párrafo 75 supra) es importante a este respecto. Según el Gobierno, no se trataba de una norma sobre inmunidad, sino de jurisdicción. Alemania mantuvo explícitamente la jurisdicción penal sobre su personal de servicio frente a las autoridades afganas, la ONU y la ISAF. Este mantiene el argumento de que los actos realizados por los soldados alemanes en Afganistán eran atribuibles a Alemania. Además, Alemania retuvo el control total de esa investigación, interrogó al sospechoso, escuchó a los testigos, recogió pruebas y estableció medidas de investigación que, sin embargo, no implicó al demandante de manera suficiente. La jurisdicción de Alemania sobre los hechos no habría sido impugnada en el marco de la investigación. Todas las supuestas violaciones, sean en territorio alemán o en el extranjero, fueron cometidas por oficiales alemanes.

119. El demandante alega, que, si el vínculo jurisdiccional se basara únicamente en el inicio de un procedimiento en Alemania, el Tribunal no podría limitarse a examinar las medidas de investigación adoptadas en el territorio alemán sin entrar en contradicción con su propia jurisprudencia, de la que deduce que el vínculo jurisdiccional esta correlacionado con la naturaleza de la obligación procesal de llevar a cabo una investigación efectiva. Algunos de los defectos de la investigación que han sido alegados habían ocurrido en Afganistán, otros en Alemania. No fue decisivo que los hechos que desencadenaron la investigación tuviera lugar fuera del territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa. El Convenio no sólo era aplicable en el espacio jurídico de los Estados Contratantes. Los hechos que dieron lugar a la investigación serían atribuibles a Alemania y estarían sujetos a su jurisdicción extraterritorial, lo cual tenía que ser tenido en cuenta.

(ii) *Existencia de otras circunstancias que permiten establecer la jurisdicción de Alemania en relación con la investigación impugnada*

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

120. El demandante alegó que, incluso en ausencia de investigación penal, un vínculo jurisdiccional a los efectos del artículo 1 debía ser establecido. Los hechos en que se basa la presente demanda se encuentran dentro de la jurisdicción extraterritorial de Alemania porque dicho país había ejercido el “control” sobre las víctimas durante el ataque aéreo. Basándose en el Comentario General n.º 36 del Comité de Derechos Humanos (véase el párrafo 87 supra) *Al-Skeini y Otros* (citado más arriba, 137), argumentó que el hecho de que Alemania hubiera podido atacar contra los derechos fundamentales - en el presente caso, el derecho a la vida - de sus hijos, muertos durante el ataque aéreo, es un elemento determinante. Las patrullas, los controles y las operaciones aéreas constituían diferentes formas de ejercicio de prerrogativas de poder público que nada distinguiría lógicamente los unos de los otros en relación con el derecho a la vida. El hecho de que el Coronel K. hubiera decidido no desplegar tropas terrestres, sino recurrir a un ataque aéreo no podía justificar llegar a una conclusión diferente en relación a la que se llegó en *Al-Skeini y Otros y Jaloud* (ambos citados anteriormente). El ataque aéreo fue una manifestación del ejercicio de los poderes públicos de Alemania en la región. Las tropas alemanas operaron con el consentimiento y por invitación del Gobierno de Afganistán y ejercieron algunos de los poderes públicos ejercidos normalmente por autoridades locales o soberanas. Estas fueron encomendadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para apoyar a la Autoridad de Transición afgana y a sus sucesores en el mantenimiento de la seguridad, incluso mediante la realización de controles, patrullas regulares y operaciones de seguridad en la lucha contra la insurgencia. En estas condiciones, el establecimiento de un vínculo jurisdiccional no necesitaba de un colapso completo del orden estatal afgano.

121. Alemania también había ejercido un control efectivo sobre la zona en la que el ataque aéreo causó la muerte a los hijos del demandante. El Mando Regional Norte alemán, estaba compuesto por aproximadamente 5.600 soldados y el lugar del ataque aéreo estaba a solo siete kilómetros de la base del PRT de Kunduz, donde alrededor de 1.500 soldados estaban presentes en el momento del ataque aéreo. A este respecto, el demandante señaló, apoyándose en las sentencias *Jaloud* (antes citado 139 y 142 y *Issa y Otros vs. Turquía*, n.º 31821/96, 74 y 76, 16 de noviembre de 2004) que el control efectivo podía ser limitado a la zona específica de los hechos y al momento en el que estos se habían producidos, y esto no implicaba que el Estado fuera una potencia ocupante. La proximidad a la base alemana y la posibilidad de desplegar tropas terrestres inmediatamente y obtener apoyo aéreo próximo - que llegara al lugar de la extracción del combustible en cuestión de minutos - confirmó que la zona donde ocurrió el ataque aéreo estaba bajo control eficaz alemán. Una situación de hostilidades activas no excluía *per se* la posibilidad de que un Estado ejerciera, en un momento dado, el control efectivo sobre un área, particularmente con respecto al derecho a la vida de las personas en esa zona. La Corte había determinado que las violaciones del Convenio cometidas en el contexto de un conflicto armado estaban dentro de la jurisdicción de un Estado defensor a los efectos del artículo 1, incluso durante las fases de hostilidades activas (el demandante cita la sentencia *Hassan vs. Reino Unido* (GC), n.º. 29750/09, CEDH 2014).

122. Los hechos que dieron lugar a la denuncia del demandante son atribuibles a Alemania. El demandante alegó que el enfoque de las condiciones de atribución según lo establecido en la sentencia *Behrami y Behrami* (antes citada) detallado en *Al-Jedda* (citado anteriormente), que introdujo el concepto de “control efectivo” era uno de los requisitos previos para la atribución de un comportamiento. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia reconoció asimismo que determinados comportamientos pueden atribuirse a más de una entidad, como, por ejemplo, a las Naciones Unidas y al Estado Contratante. Este concepto de

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

la atribución múltiple había sido reconocido por la Comisión de Derecho Internacional. Mientras que COMISAF (Comandante de la ISAF) había tenido el mando operativo, Alemania había mantenido el mando total sobre sus tropas (en referencia a *Jaloud*, citado anteriormente). El Coronel K. y las tropas alemanas no habían sido puestos “a disposición” de cualquier potencia extranjera u Organización internacional y tampoco habían estado bajo la “dirección y control exclusivo” del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, OTAN, COMISAF o cualquier otro Estado. Esto quedó constatado en la secuencia de órdenes vinculantes, dadas por el Coronel K. sin involucrar a sus superiores, para llevar a cabo el ataque aéreo que causó la muerte a los hijos del demandante. Esta conducta difería significativamente de la de *Behrami y Behrami* (citado anteriormente), al igual que el marco legal aplicable a la conducta de las tropas alemanas en Kunduz.

2. *Terceras partes intervinientes*

(a) **Los Gobiernos de Dinamarca, Francia, Noruega, Suecia y Reino Unido**

123. Basándose en la sentencia *Behrami y Behrami* (antes citadas), los Gobiernos intervinientes alegaron que las reclamaciones del demandante no eran compatibles *ratione personae* con el Convenio. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ejerció, en última instancia, la autoridad y el control sobre la ISAF.

124. Los Gobiernos intervinientes afirmaron que Alemania no ejercía la jurisdicción extraterritorial a los efectos del artículo 1. Consideran que en la zona en cuestión no se llevaba a cabo un control efectivo por parte de Alemania como tampoco de autoridad y de control sobre los agentes del Estado alemán.

125. Los Gobiernos intervinientes sostuvieron que había diferencias entre el presente caso y el de *Güzelyurtlu y Otros* (citado anteriormente). La apertura de una investigación a nivel nacional sobre hechos ocurridos en el marco de una operación militar en el extranjero con mandato de una Organización internacional no podría bastar por sí sola para establecer un vínculo jurisdiccional a los efectos del artículo 1. Mantener otra cosa pondría en duda la jurisprudencia de las sentencias de *Behrami y Behrami* y *Banković y Otros* y podría poner en riesgo la aplicación universal del Convenio. Esto podría afectar a la voluntad y a la capacidad de participar en operaciones militares multinacionales en el extranjero y podría tener un efecto disuasorio sobre los Estados para iniciar investigaciones. El Derecho Internacional Humanitario era la *lex specialis* que regía las situaciones de conflictos armados y donde los Estados deben cumplir sus obligaciones, incluso en ausencia un Convenio aplicable. No existe ningún deber general en virtud del Derecho Internacional Humanitario para investigar todas y cada una de las muertes ocurridas en los conflictos armados; solo ciertas circunstancias provocarían esta obligación de investigar de forma deliberada.

126. Más concretamente, los Gobiernos de Francia y de Reino Unido cuestionaron el origen de la obligación de investigación de Alemania, dado que el incidente que debía investigarse era, en su opinión, atribuible a las Naciones Unidas y no a Alemania. Tal situación era diferente de la de *Šilih vs. Eslovenia* ((GC), n.º. 71463/01, 159, 9 de abril de 2009 y *Janowiec y Otros vs. Rusia* (GC), n.º. 55508/07 y 29520/09, 132, ECHR 2013), que se refería a las investigaciones sobre hechos que ocurrieron fuera de la jurisdicción temporal del Estado demandado. El Gobierno de Reino Unido añadió que contradecía el principio del *Oro Monetario* (*Oro Monetario Retirado de Roma en 1943 (Cuestión preliminar)*), sentencia de 15 de junio de 1954, I.C.J. Colección 1954, p. 19) por imponer obligaciones de investigación que inevitablemente exigirían apreciar el papel de otros Estados aliados, que no serían probablemente parte Contratante.

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

127. Los Gobiernos de Francia y de Reino Unido añadieron que la sección I, subsección 3, del Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas de la ISAF se refiere a las competencias disciplinarias de las autoridades respecto de los militares y a las medidas de investigación aplicadas en Alemania. Ni la ISAF, ni Naciones Unidas, ni las autoridades afganas tenían tales facultades disciplinarias. La disposición no permite llegar a conclusiones que excedan de su alcance limitado ni, por consiguiente, hacer que las diferentes medidas de investigación sean responsabilidad nacional de los Estados que han aportado tropas a la ISAF. Tampoco constituiría una “circunstancia especial” que pudiera establecer un vínculo jurisdiccional a efecto del artículo 1 en los asuntos relativos al aspecto procesal del artículo 2. Al examinar la investigación de forma aislada, las limitaciones jurídicas impuestas por el marco jurídico de las Naciones Unidas y la misión de la ISAF, así como por el Derecho afgano, tuvieron que ser consideradas. En particular, no se permitió a la Fiscalía alemana llevar a cabo investigaciones en Afganistán.

128. Los Gobiernos de Francia y de Reino Unido señalaron que el Estatuto de Roma de la Corte Penal delimitaba la competencia de dicha Corte se refiere a la responsabilidad penal individual, mientras que el Convenio se refiere a la responsabilidad de los Estados. Hicieron hincapié en que la responsabilidad penal individual no debe ser confundida con la responsabilidad de un Estado en virtud del Convenio y concluyó que las disposiciones del Estatuto de Roma no pueden tener ninguna relación con la determinación de la jurisdicción de un Estado con arreglo al artículo 1 del Convenio.

(b) El Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex, la Sociedad Abierta de Iniciativa de Justicia, el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán y el Observatorio de Derechos (Reino Unido)

129. La Sociedad Abierta de Iniciativa de Justicia y el Instituto de Estudios de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán expusieron que existe una tendencia en Derecho Internacional hacia el reconocimiento de obligaciones cuando se tiene el control o autoridad directa sobre los derechos de la víctima, independientemente del lugar en que se haya producido el incidente y de si el Estado también tenía jurisdicción sobre el derecho sustantivo o material de la víctima en virtud artículo 2.

130. En caso de que la Corte considere que la existencia de una obligación procesal está supeditada al ejercicio por el Estado de su jurisdicción respecto del derecho sustantivo de la vida de la víctima, la Sociedad Abierta de Iniciativa de Justicia y el Observatorio de Derechos (Reino Unido) señalaron que se reconoce, cada vez más, que el ejercicio por un Estado de su poder, de su control o de su autoridad sobre los derechos de una persona genera a cargo de dicho Estado obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. El Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex afirmó que, una vez comprobados los objetivos o el uso de la fuerza, existe una jurisdicción extraterritorial con respecto al derecho a la vida. El Observatorio de Derechos (Reino Unido) y el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán abogó por un enfoque funcional para el análisis de la jurisdicción, según lo previsto por el Juez Bonello en su opinión concurrente en la sentencia *Al-Skeini y Otros* (citada arriba).

131. La Sociedad Abierta de Iniciativa de Justicia añadió que, si el Derecho Internacional Humanitario se aplicó al conflicto y al incidente extraterritorial en cuestión, entonces el Estado estaba obligado por el Derecho Internacional Humanitario a llevar a cabo una investigación y la cuestión de la jurisdicción ya no se plantearía.

3. Apreciación del Tribunal de Justicia

(a) Los principios aplicables

132. El demandante se quejó exclusivamente desde el punto de vista de lo establecido en el artículo 2 del Convenio en relación a la investigación penal sobre el ataque aéreo que había provocado la muerte a sus dos hijos. En el caso de *Güzelyurtlu y Otros* (citados anteriormente), el Tribunal estableció recientemente los principios relativos a la existencia de un “vínculo jurisdiccional” a los efectos del artículo 1 del Convenio en los casos en que la muerte ocurra fuera del territorio del Estado Contratante, y donde se invoca la obligación procesal derivada del artículo 2. Después de resumir la jurisprudencia pertinente hasta ese momento, el Tribunal de Justicia declaró:

“(b) El enfoque de la Corte

188. A la luz de la jurisprudencia antes mencionada, opina que si la investigación o las autoridades judiciales de un Estado Contratante inician su propia investigación penal o procedimientos relativos a una muerte que se haya producido fuera de la jurisdicción de ese Estado, en virtud de su derecho interno (p. ej., en virtud de las disposiciones sobre la jurisdicción universal o sobre la base del principio de personalidad activa o pasiva), el inicio de esa investigación o de dicho procedimiento bastará para establecer un vínculo jurisdiccional a los efectos del artículo 1 entre el Estado de que se trate y los familiares de la víctima que acudan posteriormente ante el Tribunal de Justicia (véase, *mutatis mutandis*, *Markovic y Otros*, antes citada arriba, 54-55).

189. El Tribunal de Justicia subraya que este enfoque se ajusta también a la naturaleza de la obligación procesal de llevar a cabo una investigación efectiva con arreglo al artículo 2, la cual se ha convertido en una obligación diferente e independiente, aunque provocada por la relación con los aspectos sustantivos de dicha disposición (véase *Šilih vs. Eslovenia* (GC), nº. 71463/01, 159, 9 de abril de 2009, y *Janowiec y Otros vs. Rusia* (GC), nº. 55508/07 y 29520/09, 132, CEDH 2013). En este sentido se puede considerar una obligación independiente derivada del artículo 2 y capaz de obligar al Estado incluso cuando la muerte se produjera fuera de su jurisdicción (véase, *mutatis mutandis*, *Šilih*, 159, en relación con la compatibilidad *ratione temporis*).

190. Cuando no se haya iniciado ninguna investigación o procedimiento en un Estado Contratante, de conformidad con su Derecho interno, respecto de una muerte ocurrida fuera su competencia, la Corte tendrá que determinar si existe un vínculo jurisdiccional, establecido por la obligación procesal impuesta por el artículo 2, y que pueda, en cualquier caso, tener consecuencias en relación a ese Estado. Aunque la obligación procesal en virtud del artículo 2 sólo se aplicará en principio para el Estado Contratante bajo cuya jurisdicción el fallecido fue encontrado en el momento de la muerte, circunstancias especiales, en un caso determinado, justificará la separación de este enfoque, de acuerdo con los principios desarrollados en *Rantsev*, 243-44. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no considera que esto tenga que definir *en abstracto* lo que provoca la existencia de un vínculo jurisdiccional en relación con la obligación procesal de investigar con arreglo al artículo 2, ya que dependerá necesariamente de las circunstancias particulares de cada caso, lo que puede cambiar considerablemente de un caso a otro.”

133. Al aplicar esos principios al caso que nos ocupa, la Corte encuentra un “vínculo jurisdiccional” entre Turquía y los demandantes, que invocaban el aspecto procesal del artículo 2 en relación con la muerte de sus familiares, acaecida en la parte de Chipre controlada por el Gobierno, por dos motivos, cada uno de los cuales habría bastado por sí

mismo para establecer ese vínculo jurisdiccional en el ámbito de ese caso (ibid., 191-196). Se estableció un vínculo jurisdiccional, en primer lugar, porque la “República Septentrional Turca de Chipre” (TRNC) inició su propia investigación penal sobre la muerte de los familiares de los demandantes, lo que atribuyó a los tribunales “TRNC” jurisdicción penal sobre las personas que habían provocado las muertes dondequiera que fueran encontradas en la isla de Chipre, y que, en consecuencia, responsabilizaba a Turquía en virtud del Convenio. Un vínculo jurisdiccional establecido porque había dos características especiales relacionadas con la situación en Chipre: (i) la parte norte de Chipre estaba bajo el control efectivo de Turquía a los efectos del Convenio, que justificaba un enfoque general establecido en *Rantsev vs. Chipre y Rusia* (nº. 25965/04, CEDH 2010 (extractos)) y, por tanto, existía la obligación procesal en virtud del artículo 2; y (ii) los sospechosos del asesinato se encontraban, según el conocimiento de las autoridades turcas y de las de la “TRNC” en el territorio controlado por Turquía, situación que impedía a Chipre cumplir sus obligaciones en virtud del Convenio.

(b) Aplicación de estos principios al caso

134. Las autoridades alemanas iniciaron, con arreglo a las disposiciones de su Derecho interno, una investigación penal sobre las muertes de los dos hijos del demandante y de otros civiles en relación con el ataque aéreo cerca de Kunduz el 4 de septiembre de 2009.

135. La Corte no pone en duda los principios enunciados en la sentencia *Güzelyurtlu y Otros* ni la aplicación de esos principios a los hechos de ese caso, sin embargo, el Tribunal considera que hay diferencias entre ese caso y el presente. En su opinión, considera inaplicable a los hechos el principio según el cual la apertura por las autoridades nacionales de una investigación o procedimiento penal relativos a muertes ocurridas fuera de la jurisdicción territorial del Estado cuando este no ejerza sobre el terreno su extraterritorialidad, siendo, en sí mismo, suficiente para establecer un vínculo jurisdiccional entre el Estado en cuestión y los familiares de la víctima que presenten una demanda ante el Tribunal (ibid., 188, 191 y 196) lo que no es aplicable a la situación fáctica en el presente caso. Este último difiere de *Güzelyurtlu y Otros* donde las muertes investigadas por la Fiscalía alemana habían ocurrido en el contexto de una operación militar extraterritorial de un mandato otorgado por una resolución de las Naciones Unidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, fuera del territorio de los Estados Contratantes del Convenio. Al adoptar este enfoque, la Corte también es consciente de las cuestiones planteadas por el Gobierno demandado y los Gobiernos intervinientes, que temen que el establecimiento de un vínculo jurisdiccional basado en el simple hecho de que se haya abierto una investigación puede disuadir a los Estados Contratantes a iniciar en el futuro investigaciones a nivel nacional sobre las muertes ocurridas en el marco de operaciones militares extraterritoriales y de lugar a una aplicación desigual del Convenio entre diferentes Estados Contratantes que participen en las mismas misiones militares. Si el mero hecho de iniciar una investigación criminal de cualquier muerte que haya ocurrido en el mundo fuera suficiente para establecer un vínculo jurisdiccional, sin ningún requisito adicional, esto ampliaría excesivamente el alcance de aplicación del Convenio.

136. Sin embargo, en el caso *Güzelyurtlu y Otros*, el Tribunal consideró que también se había establecido un vínculo jurisdiccional en vista de las “características especiales” de ese caso. Consideró que tales características especiales, que no se definían *en abstracto*, puede establecer un vínculo jurisdiccional obligatorio impuesto por el artículo 2 en vigor, incluso en ausencia de investigación o procedimiento iniciado en un Estado Contratante respecto de una

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

muerte ocurrida fuera de su jurisdicción (ibid., 190). Esto se aplica también a las situaciones extraterritoriales ajenas a las del Convenio (véase, *mutatis mutandis*, *Markovic y Otros*, citado arriba, 54-55) así como respecto a las que producen durante la fase de hostilidades activas de un conflicto armado (*Georgia vs. Rusia (II)* (GC), n.º. 38263/08, 329-332, 21 de enero de 2021).

137. En el presente caso, el Tribunal de Justicia considera, en primer lugar, que Alemania estaba obligada por el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario a investigar los ataques aéreos en cuestión, ya que se refería a la responsabilidad penal individual de miembros de las Fuerzas Armadas alemanas en relación a un presunto crimen de guerra (véase, en particular, el artículo 158 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario analizado por el CICR, y la obligación de los Estados implicados en operaciones multinacionales bajo los auspicios de una Organización internacional para garantizar el respeto del conjunto del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario, por su contingente nacional, incluso mediante el ejercicio de las facultades disciplinarias y penales, párrafo 83 supra, así como los Principios y Directrices Básicas de las Naciones Unidas, párrafo 86 supra, y de nuevas orientaciones para el conjunto de las Organizaciones internacionales de derechos humanos, párrafos 87 a 89 supra). La existencia de una obligación de investigar en virtud del Derecho Internacional, mediante la cual el Gobierno demandado en el presente caso, refleja la gravedad del presunto delito (véase también *Georgia vs. Rusia (II)*, antes citada, 331).

138. En segundo lugar, la Corte considera, que jurídicamente, las autoridades afganas no podían iniciar, por ellas mismas, una investigación penal contra el Coronel K. y el Sargento W. en relación con el presunto delito. En virtud de la subsección 3 de la sección I del Acuerdo de Estatuto de las Fuerzas de la ISAF, que refleja la práctica habitual de los Estados que aportan contingentes para misiones militares bajo mandato de las Naciones Unidas, han mantenido la jurisdicción sobre el personal que aportan en relación con infracciones penales o disciplinarias que sus tropas puedan cometer en el territorio de Afganistán (véase el párrafo 75 supra). El Gobierno demandado y los Gobiernos de terceros intervinientes alegaron que esta disposición constituía una norma sobre inmunidad. En opinión de la Corte, en la medida en que protege contra todo enjuiciamiento por parte de las autoridades afganas a los militares aportados a ISAF por los Estados. Al mismo tiempo, es también una norma que regula la jurisdicción, como alegó el demandante: aclara quién tiene jurisdicción sobre el personal de la ISAF en asuntos penales y que sólo los Estados que aportan contingentes tienen derecho a iniciar un investigación o procedimiento contra el personal que aportan a la ISAF e incluso en casos de presuntos crímenes de guerra. Si los Estados que aportan contingentes no ejercen la jurisdicción penal para investigar las acciones según las cuales los miembros de su contingente habrían cometido delitos penales y además no ejercieran su competencia penal a la vista de los hechos, esto puede dar lugar a situaciones de impunidad, incluidos los delitos que entrañen responsabilidad penal individual en virtud del Derecho Internacional.

139. En tercer lugar, el Ministerio Público alemán también estaba obligado en virtud de la legislación nacional a iniciar una investigación penal, como ha confirmado el Gobierno. La investigación penal se llevó a cabo por el Fiscal General refiriéndose a la posible responsabilidad del Coronel K. y el Sargento W., dos nacionales alemanes, por, entre otras cosas, un crimen de guerra contemplado en el Código de Crímenes del Derecho Internacional. El Fiscal General tiene competencia exclusiva para enjuiciar (véase el apartado 101 supra) las infracciones recogidas en este Código, las cuales están sujetas al principio de jurisdicción universal (véase el párrafo 95 supra) y la obligación de investigar. Las autoridades alemanas podrían haber renunciado a tal investigación solo si el presunto delito

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

hubiera sido investigado por un Tribunal Internacional o por las autoridades en cuyo territorio se hubiera cometido el presunto delito o cuyos nacionales fuesen víctimas (véase el párrafo 96 supra). Estas dos últimas posibilidades fueron excluidas en el presente caso ya que, según el Acuerdo de Estatuto de las Fuerzas de la ISAF, Alemania había conservado su competencia exclusiva sobre cualquier infracción que pudieran cometer sus tropas en territorio de Afganistán.

140. A este respecto, el Tribunal de Justicia señala que en virtud del Código Alemán de Crímenes contra el Derecho Internacional se castigan las infracciones que son graves. El Código y disposiciones conexas del Procedimiento del Código Penal se adoptó en el contexto de la ratificación por parte de Alemania del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para la investigación y el enjuiciamiento de estos delitos a nivel nacional además de para evitar la impunidad (véase el párrafo 94 supra).

141. El Tribunal de Justicia señala además que, según la información de la que dispone, en la mayoría de los Estados Contratantes que participan en despliegues militares en el extranjero, las autoridades nacionales son competentes en virtud de la legislación nacional para investigar presuntos crímenes de guerra o las muertes infligidas en el extranjero por miembros de sus Fuerzas Armadas, y el deber de investigar se considera esencialmente autónomo (véase el apartado 90 arriba).

142. En el presente caso, el hecho de que Alemania haya conservado su competencia exclusiva respecto a delitos graves cometidos por sus tropas y el hecho de que el Derecho nacional e Internacional le obliguen además a investigar esos delitos, se analizan en las “características especiales” que, actuando de forma combinada pueden dar lugar a un vínculo jurisdiccional a los efectos del artículo 1 del Convenio y, por tanto, a la aplicación de la obligación procesal de investigar que se deriva del artículo 2.

143. El Tribunal de Primera Instancia señala que el demandante no se opone al acto sustantivo que dio lugar a la obligación de investigar. Por lo tanto, no tendrá que examinar si, a efectos del artículo 1 del Convenio, existe también un vínculo jurisdiccional en relación con la obligación prevista en el artículo 2. No obstante, subraya que el establecimiento de un vínculo jurisdiccional en relación con la obligación procesal prevista en el artículo 2 no significa que el acto material sea necesariamente competencia del Estado Contratante o que dicho acto sea atribuible a ese Estado.

144. Por consiguiente, el ámbito de aplicación del presente asunto se limita a lo que tenían o no que hacer los militares alemanes que investigaron en Afganistán en el marco de la competencia exclusiva que Alemania había conservado en virtud del Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas de la ISAF sobre tropas alemanas en relación con cualquier infracción penal o disciplinaria que pudieran cometer en el territorio de Afganistán, así como acciones y omisiones de la Fiscalía y las autoridades judiciales en Alemania. Es en estos dos aspectos en los que Alemania puede incurrir en responsabilidad en virtud del Convenio (comparar *Jaloud*, citado arriba, 154-155).

145. El Tribunal de Justicia no pasa por alto la limitación de los poderes legales de Alemania para investigar en Afganistán, ni el hecho de que las muertes que se investigaron ocurrieron en el contexto de hostilidades activas. Sin embargo, tales circunstancias no excluyen *per se* la determinación de que las medidas de investigación, incluso en Afganistán, pudieron haber sido necesarias, incluso mediante el uso de asistencia jurídica internacional y de tecnológica moderna. Las dificultades específicas de la investigación se refieren al alcance y contenido de la obligación procesal prevista en el artículo 2 que implicaba a las autoridades alemanas y, por lo tanto, al fondo del asunto (véase *Güzelyurtu y Otros*, citados anteriormente, 197).

B. Nueva objeción del Gobierno

1. Alegaciones de las partes

146. El Gobierno sostuvo que el demandante no había agotado todos los recursos internos relativos a sus objeciones de falta de independencia - tanto en Afganistán (véase el párrafo 158 infra) como en Alemania (reclamaba presiones supuestamente ejercidas por el Ministerio Federal de la Defensa sobre el Fiscal General de Dresden y a la posibilidad abstracta para que el Ministerio Federal de Justicia emitiera directrices vinculantes para el Fiscal General) - ni que hubiera falta de celeridad razonable de la investigaciones (véanse los párrafos 164 a 166 infra). No había planteado estas alegaciones, ni en el fondo, ni en su recurso constitucional al Tribunal Constitucional Federal, ni tampoco en su solicitud de incoar un procedimiento ante el Tribunal de Apelación de Düsseldorf. Sus solicitudes no especificaban la obligación general de llevar a cabo investigaciones efectivas de conformidad con el artículo 2 del Convenio. No mencionó los criterios aplicables a sus alegaciones ni tampoco presentó ningún argumento. Ni siquiera recogió este aspecto en la descripción de los hechos de la investigación y que sí había hecho en sus observaciones.

147. El demandante afirmó que había agotado las vías de recurso internos como requería el artículo 35.1 del Convenio. Había planteado, al menos en lo fundamental, ante los órganos jurisdiccionales nacionales las alegaciones que ahora invocaba ante el Tribunal de Justicia. Tanto en su solicitud como en su recurso constitucional describió en detalle el desarrollo y la duración de la investigación, alegando que adolecía de varios defectos, citando la obligación de investigación efectiva que se deriva del artículo 2 del Convenio. El Tribunal Constitucional Federal habría podido así pronunciarse sobre sus pretensiones. La situación fue similar a la de *Hentschel y Stark vs. Alemania* (nº. 47274/15, 9 de noviembre de 2017).

2. Apreciación del Tribunal

148. La Corte reitera que la finalidad de la norma de agotar los recursos internos tiene por objeto dar a un Estado Contratante la posibilidad de examinar, y así prevenir o remediar, la violación del Convenio denunciada contra este. Admite que, en virtud de su jurisprudencia, no siempre es necesario que el Convenio se invoque explícitamente en el procedimiento interno: basta con que se plantee “en la demanda”. Esto significa que el demandante debe plantear argumentos legales de efecto equivalentes o similares fundados en el Derecho interno, de manera que permita a los Tribunales nacionales la oportunidad de rectificar la presunta vulneración denunciada. Sin embargo, como confirma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dar a un Estado Contratante la oportunidad de prevenir o rectificar la presunta vulneración, requiere tener en cuenta no solo los hechos, sino también los argumentos jurídicos del demandante a efectos de determinar si la demanda presentada ante el Tribunal de Justicia ha sido efectivamente planteada con carácter previo, ante las autoridades nacionales. En efecto, “sería contrario al carácter subsidiario del Convenio que un demandante, ignorando un posible argumento en relación a dicho Convenio, pudiera recurrir ante las autoridades nacionales e invocar otro motivo para impugnar una medida controvertida y, posteriormente, presentar ante el Tribunal una demanda basada en el argumento contemplado en el Convenio.” (véase, entre otras autoridades, *Radomilja y Otros vs. Croacia* (GC), nº. 37685/10 y 22768/12, 117, CEDH 2018, para más referencias).

149. Cuando el demandante reclama la falta de una investigación efectiva en virtud del artículo 2 o 3 del Convenio, basta con cumplir lo dispuesto en el artículo 35.1 del Convenio,

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

incluso con respecto a los argumentos jurídicos no planteados explícitamente en el Tribunal nacional, si el demandante ha impugnado la eficacia de dicha investigación ante dicho Tribunal nacional competente y, mediante la descripción de la duración de la investigación y de los procedimientos judiciales subsiguientes en detalle, refiriéndose a los elementos de hecho pertinentes para que el Tribunal evalúe la eficacia de la investigación (comparar *Hentschel y Stark*, citados anteriormente, 64 y 66). A este respecto, la Corte reitera que el requisito de procedimiento del artículo 2 se evalúa sobre la base de varios parámetros esenciales, que están interrelacionados y que, tomados conjuntamente y no por separado, permiten que el grado de eficacia de la investigación sea valorado (véase *Mustafa Tunç y Fecire Tunç vs. Turquía* (GC), nº. 24014/05, 225 de 14 de abril de 2015).

150. En el presente caso, no se discute que el demandante hubiera reclamado la falta de eficacia de la investigación ante el Tribunal Constitucional Federal y que invocara la obligación procesal prevista en el artículo 2 del Convenio. Por el contrario, las partes están en desacuerdo sobre la cuestión de saber sí, en la descripción de los hechos de la investigación y del procedimiento judicial que comunicó a la Corte Constitucional Federal, había desarrollado suficientemente ciertos aspectos que presentó posteriormente en su demanda ante el Tribunal de Justicia como defectos de tal investigación.

151. El Tribunal de Primera Instancia observa que el demandante denuncia el reconocimiento *in situ* realizado por el equipo de PRT de Kunduz el día siguiente del ataque aéreo, el informe de la Policía Militar alemana, así como el desarrollo de las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades alemanas de investigación. Por lo tanto, consideró que había comunicado a la Corte Constitucional los elementos de hecho pertinentes para la apreciación de sus alegaciones sobre los retrasos en la investigación llevada sobre el terreno por los militares alemanes el día siguiente al ataque aéreo, la falta de independencia de las personas involucradas en este, la demora en la apertura oficial de la investigación penal, y la ineficacia de las investigaciones preliminares. El Tribunal concluye que el demandante comunicó así, ante el Tribunal Constitucional Federal, los elementos de hecho pertinentes sobre todos esos puntos de manera que permitía apreciar la efectividad de la investigación. Por consiguiente, debe rechazarse a este respecto la excepción planteada por el Gobierno alemán de no agotar los recursos internos.

152. En cambio, el recurso de inconstitucionalidad del demandante no se refería a la supuesta falta de independencia de la investigación en Alemania. La Corte considera que no es necesario que se pronuncie sobre la cuestión de si el demandante ha agotado los recursos internos con respecto a este argumento específico, porque es, en cualquier caso, inadmisibile por ser manifiestamente infundado. El Tribunal de Justicia considera que la interacción entre el Ministerio de Defensa Federal y el Fiscal General de Dresden en el contexto de la investigación preliminar llevada a cabo (véase el párrafo 30 supra) afectaba desde el principio a la independencia de la investigación, dado que la Fiscal General, que había iniciado una investigación preliminar el 8 de septiembre de 2009 (véase el párrafo 30 supra), tenía competencia exclusiva para investigar y enjuiciar los delitos tipificados en el Código de Delitos contra el Derecho Internacional y que el Fiscal General de Dresden estaba obligado por ley a transferir la investigación relativa al Coronel K. sobre la responsabilidad por los delitos tipificados en ese Código ante el Fiscal General Federal sin dilación (véase el párrafo 101 supra). No hay indicios de que el Ministerio Federal de la Defensa tratara de influir o interferir en la investigación del Fiscal General. Además, el Tribunal de Justicia considera que no se puede deducir una falta de independencia de la posibilidad abstracta para el Ministerio Federal de Justicia de dirigir al Fiscal General directrices vinculantes, dado que es

indiscutible que no se ha emitido ninguna directiva de esta naturaleza en el presente caso (véase *Mustafa Tunç y Fecire Tunç*, citado anteriormente, 222).

C. Conclusión

153. Se constata que, con excepción de la parte relativa al supuesto defecto de independencia de la investigación realizada en Alemania, la demanda no está manifiestamente fundamentada en el sentido del artículo 35.3 (a) del Convenio, y no encuentra ningún otro motivo de inadmisibilidad, por lo que la Corte la declara admisible.

II. FONDO

154. El demandante presentó una demanda en virtud de lo establecido en la parte procesal del artículo 2 del Convenio considerando que la investigación sobre el ataque aéreo que produjo la muerte, entre otros, a sus dos hijos, no había sido eficaz. Además de alegar defectos en la investigación, el demandante también denunció, basándose en el artículo 13 del Convenio adoptado en relación con el artículo 2, de que no dispuso de un recurso interno efectivo para impugnar la decisión del Fiscal General Federal de Alemania de sobreseer la investigación.

155. Como lo fundamental de la demanda es que ningún individuo fue procesado por la muerte de sus hijos, la Corte considera apropiado examinar las denuncias únicamente con arreglo al aspecto procesal del artículo 2 del Convenio (véase *Armani Da Silva vs. Reino Unido* (GC), n°. 5878/08, 291-292, 30 de marzo de 2016, *Hentschel y Stark*, antes citados, 45). La disposición dice lo siguiente:

“1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por el Derecho. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

(a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;

(b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;

(c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

(a) Alegaciones de las partes

1. El demandante

156. El derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida también es válido en tiempos de conflictos armados, al igual que la obligación de investigar de forma efectiva, derivada de la parte procesal del artículo 2 del Convenio. El Derecho Internacional Humanitario se tuvo en cuenta en el artículo 15.2 del Convenio y por lo tanto no se aplica aquí. Sin embargo, aunque el Derecho Internacional Humanitario se había aplicado en el presente caso, la investigación debía cumplir las normas del Derecho Internacional Humanitario y las normas internacionales de Derechos Humanos en términos de independencia, imparcialidad,

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

minuciosidad, eficacia, rapidez y transparencia. Las normas del Convenio no desaparecen ni siquiera cuando se interpreta a la luz del Derecho Internacional Humanitario.

157. La investigación, en el presente caso, fue ineficaz porque (i) no había sido realizada por personas suficientemente independientes; (ii) las pruebas reunidas fueron parciales e insuficientes para establecer los hechos, en particular, no se había llevado a cabo ninguna investigación sobre las circunstancias que rodearon el bombardeo (iii) la investigación no se había iniciado con prontitud y no se había llevado a cabo con una celeridad razonable; y (iv) el demandante, como familiar más cercano, no había participado de manera suficiente.

(a) Eficacia de la investigación

(i) Independencia

158. Ni los responsables de las medias tomadas durante la investigación en Afganistán ni los propios investigadores eran suficientemente independientes de las personas implicadas en el ataque aéreo del 4 de septiembre de 2009. Los miembros del equipo que realizaron el reconocimiento inicial *in situ*, once horas después del ataque aéreo, eran colegas directos de los sospechosos. Además, todos habían servido bajo el mando del Coronel K., e incluso tenían una relación de jerárquica con él. Todos los investigadores involucrados eran parte del contingente militar alemán en Afganistán y ninguno de los dos equipos se centró en obtener pruebas o determinar responsabilidades. Los soldados involucrados en el ataque aéreo no habrían sido separados unos de otros, lo que conllevaba un riesgo de colusión.

(ii) Las pruebas obtenidas fueron insuficientes

159. Los Fiscales alemanes no habían llevado a cabo ninguna investigación en Afganistán. El hecho de no visitar el lugar del ataque aéreo violaba lo establecido en el artículo 2. El Fiscal General Federal había basado su decisión casi exclusivamente en informes de fuentes externas, en particular del ejército, cuando dichos informes no se habían elaborado ni para determinar la responsabilidad penal ni en el marco del Derecho Penal Procesal. El Fiscal General Federal no había hecho uso de una lista de posibles víctimas civiles entregada por la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas (MANUA) y tampoco se puso en contacto ni con el demandante ni con otro familiar de las personas afectadas por el ataque en Afganistán.

160. El curso de la investigación indicó que el resultado era predeterminado. La investigación del Fiscal General Federal comenzó con un horario preestablecido de cinco a seis semanas, lo que no dejaba tiempo para investigaciones complementarias. Según ese calendario, sólo el Tribunal de Primera Instancia decidió llevar a cabo la audiencia de los dos acusados y de dos testigos, ambos subordinados del Coronel K. presentes en el puesto de mando en el momento del ataque aéreo. Estos interrogatorios parecían ser una mera formalidad. A este respecto, el demandante expone que si la investigación hubiera sido exhaustiva y con un resultado abierto esto habría permitido más medidas de investigación adicionales.

161. La investigación no cumplió su objetivo según las circunstancias que rodeaban los acontecimientos y determinar así si la fuerza utilizada era legal. Seguía habiendo una considerable incertidumbre con respecto a la legitimidad del ataque aéreo en relación con el Derecho Internacional Humanitario. El número de víctimas y su condición de civiles o combatientes nunca se determinó, tampoco el significado de los términos “insurgentes” o “talibanes” - que era ambiguo y que no definía lo que son objetivos militares legítimos. Por consiguiente, era imposible evaluar la ventaja militar prevista en relación con la pérdida previsible de vidas civiles, y por lo tanto determinar si el uso de fuerza había sido excesivo.

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

El demandante sostiene que habría sido necesario determinar las circunstancias reales interrogando a testigos oculares. El hecho de que la Comisión de Investigación Parlamentaria hubiera interrogado al conductor del camión que había sobrevivido, así como al intérprete y a los pilotos demostró que también habría sido razonable y posible que el Fiscal General Federal lo hiciera. Se podrían haber obtenido más detalles recurriendo a expertos militares independientes que evaluaran las imágenes del reconocimiento tomadas por la aeronave y preguntando a la población de los pueblos que rodean el lugar donde tuvo lugar el ataque aéreo. El interrogatorio de estos testigos podría haber sido llevado mediante el uso de tecnología moderna.

162. El Fiscal General Federal tampoco había investigado suficientemente si se había producido una amenaza inminente que hubiera provocado el ataque aéreo “absolutamente necesario” y por lo tanto el uso de la fuerza contra los hijos del demandante, en el sentido del artículo 2.2 del Convenio. No se había investigado si se habían adoptado medidas de precaución suficientes con el fin de evitar bajas civiles, ni si la asunción de ausencia de civiles había sido realmente razonable. Según el demandante, se deberían haber recuperado los objetos incautados por la Fuerzas de Seguridad afganas, como los restos de armas que supuestamente se habían suministrado a las personas que habían sufrido el ataque aéreo.

163. El razonamiento en que se basó el Fiscal General Federal para sobreeser la investigación no justificaba las lagunas de la misma. La supuesta convicción sincera de los sospechosos de que actuaban lícitamente fue solo relevante como medio de defensa frente a una acusación de violación material de artículo 2, pero en este caso había que determinar si el ataque aéreo se ajustaba, objetivamente, al Derecho Internacional Humanitario. Existe responsabilidad penal por homicidio culposo, basada en la negligencia de suponer que no había civiles presentes en la zona del bombardeo, lo que habría sido posible y debería haber sido objeto de una investigación complementaria.

(iii) La investigación no se llevó a cabo con una rapidez razonable

164. La investigación no se había llevado a cabo con la celeridad razonable. La evaluación de los daños de combate obligatoria no se había llevado a cabo hasta once horas después del ataque aéreo, violando así las reglas de enfrentamiento de la ISAF. Esto había hecho imposible establecer las circunstancias y grado del daño causado por el ataque aéreo porque el lugar había sido alterado significativamente en ese periodo de tiempo. Alemania podría haber enviado un drone para tomar imágenes que documentara el lugar de los hechos. También se habían producido retrasos a la hora de interrogar a los soldados involucrados en el ataque aéreo en Afganistán.

165. La investigación penal oficial no se inició hasta el 12 de marzo 2010, más de seis meses después del ataque aéreo. Este retraso habría mermado considerablemente el valor probatorio de los testigos y habría permitido posibles colusiones. El elemento decisivo sería la cuestión de saber no si efectivamente hubo manipulación por parte de las autoridades, sino si se habían tomado precauciones eficaces para prevenir el riesgo de colusión. El hecho de que no se pidiera al Coronel K. y a los demás soldados involucrados en el incidente regresar a Alemania después del incidente para llevar a cabo un interrogatorio inmediato causó retrasos importantes e injustificables. Muchas de las medidas de investigación, incluida la toma de testimonios, podrían haberse realizado inmediatamente después del ataque aéreo, incluso mediante el uso de tecnología moderna.

166. La investigación preliminar iniciada justo después del ataque aéreo podría no ser considerada como una investigación penal adecuada. Su único propósito era establecer la

existencia de “motivos iniciales de sospecha” exigidos para la apertura de una investigación penal formal y no habría permitido tomar medidas de investigación, como el interrogatorio de testigos. La duración de la investigación preliminar no podía justificar la brevedad de la investigación penal.

(iv) Participación del demandante

167. El demandante, como familiar más cercano de dos víctimas, reclama no haber participado en la investigación en la medida necesaria para la protección de sus intereses legítimos. El 12 de abril de 2010, el demandante presentó una demanda penal sobre el ataque aéreo y solicitó acceso al expediente de investigación, cuando la investigación oficial aún estaba abierta. El Fiscal General Federal sobreseyó la investigación el 16 de abril de 2010 sin haber oído al demandante ni haber permitido el acceso al expediente a su abogado. El acceso al expediente no se concedió hasta el 3 de septiembre de 2010, y la decisión del Fiscal General de sobreseer la investigación no le fue notificada hasta el 13 de octubre de 2010. El demandante debía haber sido oído, ya que no se podía descartar que poseyera información pertinente, en particular en cuanto a la identidad de las personas presentes en el lugar de los bombardeos.

(b) Revisión judicial y recursos contra la decisión de sobreseimiento

168. El demandante afirmaba que no tuvo la posibilidad de solicitar la revisión judicial de la decisión del Fiscal General Federal de sobreseer la investigación, lo que va en contra de lo dispuesto en el artículo 2.

169. Sobre el alcance y la naturaleza del mecanismo de solicitud, así como los criterios de admisibilidad aplicados, aplicados en la materia, han hecho ineficaz esta vía de derecho en el caso que nos ocupa, que se refiere a violaciones del derecho a la vida cometidas por las Fuerzas Armadas en el extranjero. El mecanismo no permitía a los familiares y víctimas impugnar eficazmente la interrupción de una investigación en casos en los que exista información inaccesible o clasificada como secreta, por ejemplo, el proceso de toma de decisiones militares. Había sido imposible para el demandante demostrar que eran motivos suficientes para sospechar que los acusados habían cometido actos penalmente punibles, ya que la Fiscalía alemana no había investigado el asunto a fondo y el demandante no pudo completar todas las lagunas del expediente. Era imposible que el demandante pudiera explicar con detalle cada uno de los elementos de las pruebas.

170. El recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional Federal tampoco constituyó un recurso efectivo contra la decisión de sobreseimiento. El Tribunal Constitucional Federal solo revisó violaciones del Derecho Constitucional y se refirió principalmente a la pregunta de si la decisión de sobreseer la investigación era arbitraria. A diferencia de *Hentschel y Stark* (citado anteriormente), el Tribunal Constitucional no había examinado la investigación en detalle como tampoco el fondo de las alegaciones del demandante con arreglo al artículo 2 del Convenio.

171. Los defectos de la investigación habían tenido un impacto negativo en otros posibles recursos del demandante, incluida su solicitud de indemnización. La Comisión Parlamentaria de Investigación no cumplió con los requisitos de un recurso efectivo. Sus conclusiones, que no aclararon plenamente las circunstancias y la legalidad del ataque aéreo, no eran vinculantes y tampoco habían tratado la cuestión de los derechos procesales del demandante con arreglo al artículo 2.

2. El Gobierno

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

172. En primer lugar, el Gobierno afirma que las autoridades jurídicas alemanas habían adoptado todas las medidas necesarias en relación al ataque aéreo que produjo la muerte de los hijos del demandante. El Fiscal General Federal habría examinado el caso a fondo con el fin de determinar si la responsabilidad penal de los militares implicados en el bombardeo estaba en curso. Una Comisión Parlamentaria de Investigación se habría ocupado durante más de dieciocho meses de los aspectos políticos y fácticos de los acontecimientos. Las actuaciones judiciales sobre la indemnización siguen pendientes.

173. En lo que concierne a la investigación penal contra el personal militar involucrado en el ataque aéreo, afirmó que Alemania había cumplido con su deber de investigar. En el momento del ataque aéreo, la situación en Kunduz era la de un conflicto armado internacional a los efectos de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, al cual se aplica el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y las normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario. El principio general establecido en *Hassan* (citado anteriormente) para interpretar el Convenio a la luz del Derecho Internacional Humanitario es aplicable igualmente a los conflictos armados no internacionales. Por consiguiente, el Derecho Internacional Humanitario proporciona el criterio adecuado para determinar lo que se requería del Estado demandado. La situación en el presente caso difería del de *Jaloud* (antes citado), ya que el incidente en cuestión había ocurrido en el transcurso de la conducción de las hostilidades. La naturaleza y grado de las investigaciones necesarias para cumplir los criterios mínimos de eficacia de la investigación deberían tenerse en cuenta las particularidades de la situación y el marco jurídico de las hostilidades. Además, el Derecho Internacional Humanitario daría a los Comandantes un papel fundamental en la realización de las investigaciones.

(a) Eficacia de la investigación

174. El Gobierno sostiene que los defectos de la investigación alegados por el demandante no existían. Incluso suponiendo que existieran, la investigación permitió esclarecer todos los hechos relevantes sobre el incidente y permitió la identificación de los presuntos responsables. La esencia del presente caso no se refería a la eficacia de la investigación y tampoco tenía como objetivo una aclaración más profunda de los hechos pertinentes. Más bien, sería la apreciación jurídica realizada por el Fiscal Federal General. Sin embargo, el artículo 2 del Convenio no abarcaba la revisión del fundamento jurídico de cada decisión tomada en materia de enjuiciamiento (en referencia a *Armani da Silva*, citado anteriormente, 259).

(i) Rapidez razonable de la investigación

175. La investigación se llevó a cabo con una rapidez razonable. Como medidas adoptadas en Afganistán, bastó con llevar a cabo el reconocimiento de la zona de lanzamiento de bombas después del ataque aéreo. Tan pronto como se supo que podría haber víctimas civiles, la ISAF organizó un equipo de investigación que viajó a Kunduz ese mismo día, y realizó un reconocimiento de la zona e interrogó al Coronel K. así como a otros soldados alemanes. Su informe dio lugar al nombramiento de la Junta Mixta de Investigación, que presentó un informe extenso el 26 de octubre de 2009. También, el día del ataque aéreo, un equipo de investigación de la Policía Militar alemana fue desplegado en Kunduz el cual redactó un informe. Las medidas para el reconocimiento sugeridas en ese informe fueron tomadas posteriormente por la ISAF y por los funcionarios afganos. Además, el día del

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

ataque aéreo, los órganos pertinentes de las Fuerzas Armadas alemanas iniciaron investigaciones con vista a la apertura de investigaciones disciplinarias formales.

176. Se informó a las autoridades judiciales alemanas sobre el ataque aéreo el día en que ocurrió y se tomaron medidas de inmediato. La decisión de abrir una investigación penal formal no se retrasó, y las investigaciones preliminares anteriores se habían preparado de forma adecuada. Contrariamente a lo alegado por la demandante, las autoridades eran competentes, por la legislación nacional, para examinar y realizar el interrogatorio de los testigos en estas investigaciones preliminares.

177. Los responsables de las investigaciones habrían tomado las medidas apropiadas para reducir el riesgo de colusión. Tanto las autoridades alemanas como las de la ISAF interrogaron al Coronel K. y a otros soldados implicados el 4 de septiembre de 2009, varias veces posteriormente. La Fiscalía tuvo acceso a los documentos relativos a las declaraciones de todos los testigos importantes realizadas por los órganos nacionales e internacionales, incluida la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad, poco después del incidente. Todas las pruebas importantes, como las grabaciones de las comunicaciones de radio con el avión estadounidense F-15 o las imágenes de sus cámaras infrarrojas, se aseguraron de inmediato. El Fiscal General dispuso de las transcripciones de las entrevistas con los acusados y los habría entrevistado personalmente.

178. El desarrollo de los hechos relacionados con el ataque aéreo fue establecido desde el comienzo de las investigaciones, que una hipotética colusión posterior no habría permitido ocultar nada. Ordenar al Coronel K. u otros oficiales presuntamente responsables del incidente regresar a Alemania para ser interrogados habría perjudicado la investigación. El interrogatorio de sospechosos y testigos requiere un alto grado de especialización, conocimiento de la situación militar y de las circunstancias sobre el terreno. Los investigadores de la ISAF poseían esa experiencia.

(ii) *Independencia*

179. Los responsables de la investigación fueron suficientemente independientes de las personas implicadas en el ataque aéreo. Estima importante resaltar que la responsabilidad de investigar los delitos presuntamente cometidos por soldados alemanes incumbía, en todos los casos y exclusivamente a los servicios civiles encargados de hacer cumplir la ley y a los Tribunales Derecho Penal civiles, independientemente de si los posibles delitos se habían cometido dentro de Alemania o en el extranjero. Por razones históricas, Alemania se abstuvo de reintroducir un sistema de justicia militar independiente después de 1949. La competencia de las instituciones civiles es una garantía de independencia del procedimiento.

180. En sus conclusiones, el Fiscal General Federal se apoyó claramente en las investigaciones independientes realizadas por la ISAF, las autoridades afganas, el CICR y la MANUA. El artículo 2 del Convenio no exige que los organismos encargados de hacer cumplir la ley deban obtener todas las pruebas y realizar todas las determinaciones necesarias por sí mismos, pudiendo ser suficiente para el cumplimiento de la obligación de investigación que la Fiscalía dispongan de los resultados de las investigaciones parlamentarias e internacionales realizadas sobre los hechos de que se trate y que la investigación penal se base en esos resultados (en relación *con Giuliani y Gaggio vs. Italia* (GC), nº. 23458/02, 309-310, CEDH 2011 (extractos); *Tagayeva y Otros vs. Rusia*, nº. 26562/07 y otras 6, 628 a 631, 13 de abril de 2017; *Mustafić-Mujić y Otros vs. los Países Bajos* (diciembre), nº. 49037/15, 102-106, 30 de agosto de 2016). Esto era apropiado, en particular, teniendo en cuenta el carácter multinacional del despliegue militar en Afganistán dentro del marco del mandato

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

dado por el Consejo de Seguridad, el cual no permite a las autoridades civiles encargadas de hacer cumplir la ley en los Estados que aportan contingentes realizar sus propias investigaciones penales en territorio afgano (salvo mediante asistencia jurídica internacional), lo que facilita lograr un elevado nivel de control público.

181. La Policía Militar alemana no había actuado en nombre del Fiscal General y sus conclusiones fácticas eran una más las fuentes independientes. La Policía Militar estaba subordinada al Comandante del contingente alemán de la ISAF, a quien presentó su informe. Era jerárquica y funcionalmente independiente del Comandante de la PRT de Kunduz. Incluso suponiendo que la Policía Militar no hubiera sido suficientemente independiente, esto no suponía que las investigaciones hubieran sido ineficaces, ya que solo tenía una capacidad de investigación limitada y solo podía desempeñar un papel de menor importancia. Las capacidades de investigación de las autoridades alemanas en Afganistán eran jurídicamente limitadas, por lo que las investigaciones llevadas a cabo por la Policía Militar eran las únicas que podían adoptarse y, en cualquier caso, las condiciones de seguridad en el lugar en el momento de los hechos no habrían permitido enviar a los fiscales o policías civiles para que realizaran investigaciones independientes. Su informe era solo uno entre muchas fuentes de las que disponía el Fiscal General Federal y en vista de su limitada capacidad de investigación, solo podían desempeñar un papel menor. Sería poco realista y potencialmente contraproducente exigir que las investigaciones de los homicidios presuntamente ocurridos en el marco de un conflicto armado sean siempre realizadas por las autoridades civiles.

(iii) Suficiencia de las pruebas

182. Las medidas adoptadas por los equipos de investigación sobre las cuales el Fiscal General Federal se basó para sus conclusiones son conformes a las recomendaciones establecidas en las Directrices de 2019 sobre la forma de llevar a cabo una investigación penal sobre violaciones del DIH en el marco de un conflicto armado.

183. No era necesario llevar a cabo nuevas investigaciones para establecer el número exacto de víctimas. El Fiscal General Federal tuvo en cuenta todos los informes durante el desarrollo de las investigaciones, y tras evaluar las evidencias, formuló conclusiones completas a este respecto. Tuvo suficientemente en cuenta, a efectos de determinar la responsabilidad penal de los sospechosos, el hecho de que el daño constatado después del incidente pudo haber sido una indicación de si el atacante habría sido capaz de anticipar la probabilidad de causar bajas civiles antes del ataque. En cualquier caso, una investigación más a fondo del número de víctimas no habría permitido poner en duda la conclusión del Fiscal General Federal según la cual no había duda alguna en el momento del lanzamiento de las bombas, teniendo en cuenta el número de personas presentes en el lugar, que se trataba de insurgentes talibanes.

184. El Fiscal General Federal no estaba obligado a consultar expertos militares para determinar si todas las “precauciones razonablemente posibles” se habían tomado. Se trataba de aplicar las normas Derecho Internacional Humanitario y podía basar su evaluación en el informe preparado por el equipo de investigación de la ISAF, integrado por militares de diferentes países. Se habría determinado legítimamente que el Coronel K. no había dispuesto de ninguna medida posible de reconocimiento y de precaución diferente a aquellas que había empleado. Se le había confirmado hasta en siete ocasiones distintas que el informante había identificado a las personas presentes en el lugar como “insurgentes” y que las imágenes proporcionadas por las cámaras infrarrojas de la aeronave F-15 de los Estados Unidos, en la que las personas junto a los camiones de combustible eran visibles como puntos de una

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

fuelle de calor, habrían corroborado las declaraciones del informante. No había sido necesario simular la situación en el puesto de mando o interrogar a otros testigos que no tuvieron ningún contacto con los sospechosos en el momento material, ya que no habrían permitido proporcionar cualquier información que permitiera incriminar a los sospechosos.

185. El argumento del demandante según el cual el Derecho Internacional Humanitario fue aplicado incorrectamente se refería a la cuestión de la aplicación e interpretación del Derecho interno, así como a la evaluación de las pruebas disponibles. Sostiene que son aspectos que, debido al principio de subsidiaridad, el Tribunal solo puede oponerse en caso de arbitrariedad o de cualquier otro motivo convincente. No se pudo identificar ninguna razón de esta naturaleza en el caso en cuestión. El Fiscal General partió del supuesto de que la orden del ataque aéreo tenía que ser evaluada de acuerdo con el concepto de “mando responsable”, es decir, habiendo tenido en cuenta las probables consecuencias tal como se presentaron en el momento de la toma de decisiones, y no en vista de sus efectos tal como se fueron conociendo con el paso del tiempo. Esta posición jurídica está en consonancia con las doctrinas establecidas de Derecho Internacional Público.

186. Se reconoció, en general, que la acción militar en los conflictos armados de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario no afecta la responsabilidad penal de los soldados que han participado en el mismo y que el respecto al Derecho Internacional Humanitario constituye más bien una excusa de defensa exculpatoria, incluso en relación con los delitos tipificados en la ley. La interpretación de que las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional Humanitario determinaban lo que era “absolutamente necesario” según lo establecido en el artículo 2.2 del Convenio en una situación de conflicto armado, estaba de acuerdo con el enfoque de la Corte en la sentencia de *Hassan* (antes citada). Por último, el Fiscal General Federal ha proporcionado un amplio razonamiento según el cual cualquier posible violación de las Reglas de Enfrentamiento era irrelevante para la determinación de la responsabilidad penal. La investigación preliminar para determinar si existían o no procedimientos disciplinarios oficiales habría dado como resultado que ni siquiera se podía reprochar al Coronel K. una falta disciplinaria.

(iv) Participación del demandante

187. El demandante había participado en la investigación en la medida en que fue necesario para salvaguardar sus intereses legítimos. No era necesario escuchar su testimonio para garantizar una investigación fiable según las circunstancias. Se estableció que sus dos hijos habían muerto como consecuencia del ataque aéreo. El demandante, cuyas declaraciones en cuanto a su presencia en el lugar habrían sido vagas, tampoco tenía conocimiento de ningún elemento relevante que pudiera ayudar a las autoridades a determinar si los sospechosos deberían haber previsto la presencia de civiles en el banco de arena, y así, apreciar su responsabilidad penal.

188. Se había dado al demandante la oportunidad suficiente de explicarse durante la investigación. Las decisiones tomadas por la Fiscalía no serían decisiones judiciales en el sentido de *res judicata* y, por consiguiente, el enjuiciamiento podría reabrirse posteriormente. El demandante no había sido privado de la oportunidad de influir en la investigación. El Fiscal General examinó los elementos y argumentos presentados por escrito por el demandante quien los rechazó por considerarlos infundados.

189. No se había producido una demora indebida en la identificación del demandante como parte afectada y al concederle acceso al expediente de la investigación. De acuerdo con su petición de 12 de abril de 2010, el Fiscal General Federal se vio obligado a dar a los

sospechosos la oportunidad de presentar sus argumentos. Como la petición del representante legal del demandante se había hecho en nombre de un gran número de personas que afirmaron haber sido afectadas, requería cierto tiempo para verificar la situación de cada uno. En respuesta a la carta del demandante de 7 de julio de 2010, el Fiscal General Federal confirmó también por carta de 16 de julio de 2010, que su condición de parte se había establecido con respecto a su hijo menor, pero que para varias de las demás personas para las que se había presentado la demanda aún no se habían obtenido las pruebas necesarias. Después de que el abogado del demandante, mediante carta de 1 de septiembre de 2010, hubiera limitado al caso del demandante la solicitud de acceso al expediente, el Fiscal General se lo concedió rápidamente, por carta de 3 de septiembre de 2010.

(b) Recurso para denunciar la supuesta ineficacia de la investigación

190. El Gobierno afirma que no era imperativo que el demandante dispusiera de un recurso judicial contra la decisión de sobreseimiento de la investigación adoptada por el Fiscal General Federal (en referencia a *Armani da Silva*, citado anteriormente, 278-279). No obstante, el demandante tenía a su disposición dos recursos judiciales para impugnar la eficacia de la investigación: (i) de solicitud de apertura de un procedimiento ante el Tribunal de Apelación y (ii) y el recurso constitucional.

191. La solicitud de apertura de enjuiciamiento, como tal, implicaba un control de alcance suficiente para poner remedio a las violaciones flagrantes o especialmente graves de la obligación de investigar por las autoridades de la Fiscalía. Nada indicaba que el Tribunal de Apelación no hubiera ordenado la reanudación de las investigaciones, si hubiera concluido que la solicitud del demandante era admisible y que las investigaciones realizadas hasta la fecha hubieran sido deficientes. Los requisitos de admisibilidad aplicados por el Tribunal de Apelación no eran excesivos, en particular, habida cuenta de que el demandante había estado representado por un abogado. De conformidad con la jurisprudencia de los Tribunales nacionales, el Tribunal de Apelación no debería haber exigido un resumen de todo el contenido de las pruebas compiladas en los expedientes de investigación, sino más bien una presentación del contenido de las pruebas en las que el Fiscal General Federal se había basado.

192. Además, el Tribunal Constitucional Federal examinó la eficacia de la investigación a través de la demanda. Destacó expresamente que la decisión del Fiscal General de sobreseer la causa no solo se ajustaba a las normas que aplicaba, sino también a los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Explicó por qué no se había exigido al Fiscal General Federal que examinara a los testigos oculares ni obtener más pruebas, ya que otras investigaciones relativas al número e identidad de las víctimas del ataque aéreo no habría afectado a ningún aspecto fundamental para la evaluación de la responsabilidad penal de los sospechosos. Además, observó que, en su decisión de apertura de un procedimiento, el Tribunal de Apelación había examinado detenidamente las razones argumentadas por el Fiscal General Federal.

B. Terceros intervinientes

1. Los Gobiernos de Francia, Noruega y Reino Unido

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

193. Los Gobiernos intervinientes afirmaron que de conformidad con el artículo 2 aplicado a las situaciones de conflicto armado fuera de territorio nacional debía interpretarse de manera coherente con el Derecho Internacional Humanitario, por constituir *lex specialis*. Este se refería no sólo a la cuestión de la limitación en relación a la obligación de investigar, sino también el contenido de tal deber. En cuanto a este último, el Gobierno de Reino Unido subrayó que el artículo 6 del Protocolo Adicional II estaba esencialmente limitado a las obligaciones de la Fiscalía en relación a su independencia y tampoco contiene una referencia más amplia en relación a los requisitos de transparencia o a la participación de los familiares de las víctimas. Con respecto al requisito de independencia, los Gobiernos de Francia y Reino Unido afirman que el Derecho Internacional Humanitario confía de forma efectiva a los Comandantes un papel particular que se detalla en el desarrollo de la investigación. Estos sostienen que sería contradictorio con las obligaciones específicas de investigación impuestas a los Comandantes por la *lex specialis* de interpretar la obligación procesal derivada del artículo 2 del Convenio, de tal manera que se excluya a la jerarquía militar de las investigaciones.

194. Los Gobiernos que intervinieron afirmaron que conviene tener en cuenta las realidades prácticas de los despliegues militares. Citan, a este respecto, la necesidad de alojar a las personas encargadas de la investigación, como la Policía Militar, junto a otros miembros del contingente militar; la existencia de un vínculo de jerarquía o institucional entre los investigadores y los oficiales responsables de la operación, incluso el impacto de los recursos limitados que afectan a la prontitud y el número de medidas tomadas durante la investigación, especialmente en relación con los Estados Contratantes y contingentes de países con menos recursos. Los Gobiernos de Francia y Reino Unido señalaron las limitaciones jurídicas impuestas el marco jurídico de la ONU y la misión de la ISAF, así como la legislación afgana, en particular la que no permitió a las autoridades alemanas judiciales llevar a cabo investigaciones en Afganistán.

195. Los Gobiernos de Francia y de Reino Unido consideran también que se deriva de la práctica de los Estados que estos consideran que los “actos lícitos de guerra”, a que se refiere el artículo 15 del Convenio, suspendería la aplicación del artículo 2, incluso sin notificación previa de dicha suspensión.

2. El Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex, Sociedad Abierta de Iniciativa de Justicia, el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán y Observatorio de Derechos (Reino Unido)

196. El Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex afirmó que el Derecho Internacional Humanitario pasó a ser aplicable sobre la base de criterios objetivos. Cuando sea aplicable y un Estado opte por invocar el Derecho Humanitario, su aplicación concurrente con el Derecho humano puede dar lugar a una modificación significativa de las obligaciones del Estado en materia de Derechos humanos. Cuando un Estado no invoca el Derecho Internacional Humanitario, la Corte debe reconocer que era aplicable, si bien debe señalar que el Estado habría optado por responder exclusivamente sobre la base de las normas de los Derechos humanos. Para que el Estado invoque el Derecho Internacional Humanitario, es suficiente que sea aplicable y que lo invoque ante la Corte. No cree que sea necesaria una derogación en el contexto de un conflicto armado internacional, y duda que lo sea en el contexto de un conflicto armado extraterritorial no internacional. Cuando la aplicación concurrente del Derecho Internacional Humanitario no dé lugar a una modificación de una norma pertinente de Derechos humanos, los órganos de protección de dichos Derechos se

pueden apoyar en el Derecho Internacional Humanitario para confirmar un análisis fundado sobre los Derechos humanos, sin necesidad de que el Estado invoque tal derecho. El Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán destacó que la confianza en el Derecho humanitario requiere un análisis muy cuidadoso para no contradecir el artículo 15 del Convenio.

197. El Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Essex señaló que el Derecho Internacional Humanitario exige, con respecto al uso de la fuerza, hacer todo lo posible para verificar que los objetivos que se pretenden atacar son objetivos militares. Había una obligación en virtud del Derecho Humanitario para investigar las presuntas violaciones, siguiendo directrices en materia de investigación de las violaciones del DIH que incluirían explicaciones sobre las normas correspondientes. La Sociedad Abierta de Iniciativa de Justicia, el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Milán y el Observatorio de Derechos (Reino Unido) argumentaron que no debería utilizarse una referencia a las normas de Derecho Internacional Humanitario en detrimento de la garantía de las normas del Derecho Internacional de los Derechos humanos en lo que se refiere a la obligación de investigar las muertes de civiles ocurridas durante los conflictos armados.

C. Apreciación de la Corte

1. Los principios generales pertinentes

198. En el procedimiento interno, la situación en la que el ataque aéreo provocó la muerte a los dos hijos del demandante fue calificado como un conflicto armado no internacional a los efectos del Derecho Internacional Humanitario. Se admite que Alemania no ha hecho uso de su derecho de derogación en virtud del artículo 15 del Convenio, el Gobierno considera que, de conformidad con el enfoque seguido por el Tribunal en el caso *Hassan*, antes mencionado, y a la luz del Derecho Internacional Humanitario procede determinar cuáles eran las obligaciones del Estado en esas condiciones.

199. La Corte observa que no hay conflicto entre las normas de Derecho Internacional Humanitario aplicables al presente caso (véase párrafos 82 y 84 a 85 supra) y las del Convenio en cuanto a la eficacia de las investigaciones. Por lo tanto, no tiene que decidir si, en el caso presente, procede tener en cuenta el contexto y las normas del Derecho Internacional Humanitario al interpretar y aplicar el Convenio, aunque no se haya presentado ninguna derogación formal en virtud del artículo 15, pudiendo limitarse a examinar los hechos a la luz de la jurisprudencia relativa al artículo 2. (véase *Hassan*, antes citado, 98 y ss.).

200. Reiterando que debe aplicarse el Derecho procesal previsto en el artículo 2 de forma realista (véase *Al-Skeini y Otros*, antes citado, 168), la Corte ha considerado las dificultades que han causado a las autoridades el hecho de que las muertes se produjeran durante una fase de hostilidades activas en el marco de un conflicto armado (extraterritorial) que afectaron a la investigación en su conjunto y continuaron influyendo en la capacidad de las autoridades durante las investigaciones y, en particular, de las autoridades judiciales civiles alemanas, a adoptar medidas de investigación. En consecuencia, las normas aplicadas a la investigación realizada por la Fiscalía civil en Alemania deben guiarse por las normas establecidas en relación con las investigaciones en conflictos armados extraterritoriales, como se establece en *Al-Skeini y Otras* (citadas arriba, 163-167) y reafirmadas en *Jaloud* (citadas arriba, 186).

201. La forma de investigación que permite alcanzar los objetivos perseguidos por el artículo 2 puede variar dependiendo de las circunstancias. Sin embargo, independientemente

del modo empleado, las autoridades deben actuar de oficio una vez que el asunto tenga que conocerse (*Al-Skeini y Otros*, citado anteriormente, 165).

202. Para ser “eficaz”, como se entiende esta expresión en el contexto del artículo 2 del Convenio, una investigación debe ser adecuada (véase *Ramsahai y Otros vs. los Países Bajos* (GC), n.º. 52391/99, 324, CEDH 2007-II, y *Armani da Silva*, citado más arriba, 233). Esto significa que debe ser capaz de conducir al esclarecimiento de los hechos, y determinar si el recurso a la fuerza utilizada estaba justificado en las circunstancias, e identificar y castigar - si procede - a los responsables (véase *Armani da Silva*, citado anteriormente, 233; *Mustafa Tunç y Fecire Tunç*, citado arriba, 172; y *Al-Skeini y Otros*, citados arriba, 166). Se trata de una obligación de medios y no de resultado (véase *Nachova y Otros vs. Bulgaria* (GC), n.º. 43577/98 y 43579/98, 160, CEDH 2005-VII; *Al-Skeini y Otros*, citados anteriormente, 166; y *Mustafa Tunç y Fecire Tunç*, citado anteriormente, 173). Las autoridades deben tomar todas las medidas razonables que puedan para obtener las pruebas relativas al incidente, incluidas, entre otras cosas, testimonio de testigos oculares, pruebas forenses y, en su caso, una autopsia que proporcione un informe completo y preciso de la lesión y un análisis objetivo de los hallazgos clínicos, incluyendo la causa de la muerte. Cualquier deficiencia en la investigación socava su capacidad para establecer la causa de la muerte o las responsabilidades pudiendo provocar la falta de la eficacia requerida (véase *Armani da Silva*, citado anteriormente, 233, y *Al-Skeini y Otros*, citados anteriormente, 166).

203. En particular, las conclusiones de la investigación deben basarse en un análisis exhaustivo, objetividad e imparcialidad de todos los elementos pertinentes, y contar con la capacidad de la investigación para establecer las circunstancias del caso y la identidad de los responsables de manera determinante (véase *Kolevi vs. Bulgaria*, n.º. 1108/02, 201, 5 de noviembre de 2009, y *Armani da Silva*, citado arriba, 234). Sin embargo, la naturaleza y el grado de que se cumpla el criterio mínimo de efectividad de la investigación depende de las circunstancias del caso particular. La naturaleza y el grado de control deben evaluarse sobre la base de todos los hechos pertinentes y con respecto a las realidades prácticas del trabajo de investigación (véase *Velcea y Mazăre vs. Rumania*, n.º. 64301/01, 105, 1 de diciembre de 2009, y *Armani da Silva*, citado más arriba, 234). No es posible reducir la variedad de situaciones que pueden producirse en una lista de actos de investigación u otros criterios simplificados (véase *Tanrikulu vs. Turquía* (GC), n.º. 23763/94, 101-110, CEDH 1999-IV; *Velikova vs. Bulgaria*, n.º. 41488/98, 80, CEDH 2000-VI; y *Mustafa Tunç y Fecire Tunç*, antes citados, 176).

204. Es evidente que cuando la muerte que debe investigarse con arreglo al artículo 2 se produce en circunstancias de violencia generalizada, conflicto armado o de insurrección, se pueden encontrar obstáculos en el trabajo de los investigadores y, como observó el Relator Especial de las Naciones Unidas para cuestiones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, las restricciones específicas imponen la utilización de medidas de investigación menos eficaces o pueden hacer que una investigación sea demorada (*Al-Skeini y Otros*, citado arriba, 164; véase también *Bazorkina vs. Rusia*, n.º. 69481/01, 121, 27 de julio de 2006). No obstante, la obligación en virtud del artículo 2 implica que, incluso en condiciones de seguridad difíciles, se deba tomar todas las medidas razonables para garantizar que se investiguen, de forma efectiva, las presuntas violaciones del derecho a la vida (véase *Al-Skeini y Otros*, citados más arriba, 164).

205. La investigación también debería ser lo suficientemente extensa como para permitir a las autoridades investigadoras tomar en consideración, no solo las acciones de los agentes del Estado que utilizaron directamente la fuerza letal, sino también todas las circunstancias, incluidas cuestiones como el planeamiento y el control de la operaciones en cuestión, cuando

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

sea necesario para determinar si el Estado cumplió la obligación que le impone el artículo 2 de proteger la vida (como en *Al-Skeini y Otros*, citados más arriba, 163). Esto requerirá interrogar adecuadamente a los miembros de las Fuerzas Armadas implicados en los hechos (véase *Aktaş vs. Turquía*, nº. 24351/94, 306, CEDH 2003-V (extractos)).

206. Por lo general, para que una investigación sobre un presunto asesinato sea eficaz, hace falta que las personas responsables de llevar a cabo la investigación sean independientes de los implicados en los hechos. Esto significa no solo una falta de relación institucional, sino también una independencia práctica (véase *Armani da Silva*, citado arriba, 232, y *Al-Skeini y Otros*, citado arriba, 167).

207. Un requisito de celeridad y rapidez razonable está implícito en este contexto. Sin embargo, debe aceptarse que puede haber obstáculos o dificultades que impiden avanzar en la investigación en una situación particular. Dicho esto, una rápida respuesta de las autoridades cuando se trate de investigar el uso de la fuerza letal puede considerarse, en general, esencial, para mantener la confianza pública en el respeto del principio de legalidad y para evitar toda apariencia de complicidad o tolerancia respecto de actos ilícitos (ver *Armani da Silva*, citado arriba, 237, y *Al-Skeini y Otros*, citado arriba, 167).

208. También debe haber un elemento adecuado de control público sobre la investigación, cuyo grado puede variar de un caso a otro. La investigación debe ser accesible a la familia de la víctima en la medida necesaria para salvaguardar sus intereses legítimos (véase *Armani da Silva*, citado arriba, 235, y *Al-Skeini y Otros*, citados arriba, 167). Sin embargo, los elementos de investigación pueden implicar cuestiones delicadas y la divulgación puede no ser considerada como un requisito que se lleve a cabo de forma automática en virtud del artículo 2 (véase *Giuliani y Gaggio*, antes citado, 304; *McKerr vs. Reino Unido*, nº. 28883/95, 129, CEDH 2001-III; y *Armani da Silva*, antes citado, 236). Además, el artículo 2 no impone a las autoridades investigadoras la obligación de satisfacer toda solicitud de petición de investigación particular formulada por un familiar en el curso de dicha investigación (véase *Velcea y Mazāre*, antes citado, 113; *Ramsahai y Otros*, citados anteriormente, 348; y *Armani da Silva*, citado anteriormente, 236). El resultado de la investigación debe ponerse en conocimiento de los familiares de forma apropiada (véase *Damayev vs. Rusia*, nº. 36150/04, 87, 29 de mayo de 2012).

209. La idoneidad de las medidas de investigación, la prontitud de la investigación, la participación de la familia de la persona fallecida y la independencia de la investigación están relacionados entre sí y cada uno de ellos, tomado por separado, no equivale a un fin en sí mismo. Son criterios que, tomados en su conjunto, permiten apreciar la efectividad de la investigación. Es en relación con este propósito de efectividad que cualquier cuestión debe ser tenida en cuenta (véase *Mustafa Tunç y Fecire Tunç*, citado arriba, 225).

210. El artículo 2 no implica un derecho a que terceros sean procesados o condenados por un delito penal (véase *Mustafić-Mujić y Otros*, citado arriba, 117, y *Armani da Silva*, citado arriba, 238). Hasta la fecha, la Corte nunca ha fallado una decisión relativa a la incoación de un procedimiento que sea consecuencia de una investigación de conformidad en todos los aspectos con el artículo 2 (véase *Armani da Silva*, citado más arriba, 259) ni requirió que la jurisdicción nacional competente ordenara el inicio de actuaciones judiciales cuando ese Tribunal hubiera considerado que la aplicación de la legislación penal concerniente a los hechos conocidos no daría lugar a una condena (véase *Mustafić-Mujić y Otros*, antes citado, 123).

2. Recurso de casación en el presente caso

(a) Adecuación de la investigación

211. En primer lugar, el Tribunal observa que la investigación penal estableció que los dos hijos del demandante fallecieron como consecuencia del ataque aéreo, el cual había sido ordenado por el Coronel K. el 4 de septiembre de 2009. Era indiscutible que los camiones cisterna de combustible, objetivo el ataque aéreo, habían sido sustraídos y estuvieron siempre bajo el control de los insurgentes en el momento del bombardeo, ni que dicho bombardeo hubiera causado víctimas civiles. La causa de la muerte de los hijos del demandante, y la persona(s) responsable(s) de la misma, era conocida desde el inicio de la investigación (véase, *en cambio*, *Jaloud*, citado anteriormente).

212. El Fiscal General Federal determinó que el Coronel K. no había incurrido en responsabilidad penal principalmente porque había estado convencido, en el momento de ordenar el ataque aéreo, que no había civiles presentes en el banco de arena (véanse los párrafos 33 a 49 supra). Por lo tanto, no había actuado con la intención de causar víctimas civiles, lo que habría sido necesario para que su responsabilidad hubiera estado comprometida de acuerdo con la disposición pertinente del Código de Delitos contra Derecho Internacional. Se excluyó su responsabilidad en virtud del Derecho Penal general debido a la legalidad del ataque aéreo en virtud del Derecho Internacional Humanitario. Con respecto a esta última, el Fiscal General Federal se refirió al significado de los términos “insurgentes” y “talibanes” en su decisión, así como la situación de las víctimas del ataque aéreo de conformidad con el Derecho Internacional Humanitario. Consideró que los combatientes talibanes armados, que habían sustraído los dos camiones cisterna de combustible, eran miembros de un grupo que era parte en el conflicto armado y por lo tanto eran objetivos militares legítimos. Entre ellos figuraban las personas que se habían integrado y ejercido una función de combate continúa convirtiéndose en un objetivo militar legítimo. Todas esas víctimas del ataque aéreo que no eran combatientes talibanes, incluidas las que ayudaban a los talibanes a sacar los camiones cisterna del banco de arena y los que buscaban combustible para su propio beneficio eran civiles protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (véanse los párrafos 42 y 44 a 45 supra).

213. Para responder a las cuestiones de Derecho pertinentes sobre la responsabilidad penal del Coronel K., el Fiscal General Federal centró la investigación, en esencia, en aclarar dos cuestiones de hecho: apreciación subjetiva del Coronel K. de la situación cuando ordenó el ataque aéreo, crucial en cuanto a la apreciación de su responsabilidad en virtud del Código de Crímenes contra el Derecho Internacional y la legalidad del ataque aéreo a la vista del Derecho Internacional Humanitario, así como el número de víctimas (véase párrafo 36 supra).

214. El Tribunal de Justicia observa que las autoridades judiciales civiles alemanas, incluido el Fiscal General Federal, no tenían facultades jurídicas para tomar medidas de investigación en Afganistán en virtud del Acuerdo del Estatuto de las Fuerzas, y que no podían tomar ninguna medida de investigación excepto la de recurrir a la cooperación judicial. Sin embargo, el Fiscal General Federal había podido examinar una cantidad considerable de información de diferentes fuentes sobre las circunstancias y los efectos del ataque aéreo. Los informes, *in situ*, de las investigaciones realizadas tras el ataque aéreo, incluso por la Policía Militar alemana, la ISAF, la MANUA y las autoridades civiles afganas, estaban a su disposición (véase el párrafo 35 supra), así como los documentos (como pruebas fotográficas) y actas de las reuniones y evaluaciones realizadas en el curso de estas investigaciones (comparar *Giuliani y Gaggio*, citado anteriormente, 310; *Tagayeva y Otros*, citados anteriormente, 628-631; *Mustafić-Mujić y Otros*, citados anteriormente, 102-106).

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

215. El Fiscal General Federal interrogó a los sospechosos y otros soldados presentes en el puesto de mando, encontraron creíble sus testimonios según los cuales habían obrado con la convicción de que solo había insurgentes y no civiles en el banco de arena (véanse los párrafos 37 a 39 arriba). Señaló que esta versión estaba corroborada por diferentes circunstancias (distancia a lugares habitados, hora de la noche, presencia de los talibanes armados) y pruebas que no podían ser manipuladas, como grabaciones de las comunicaciones de radio entre el puesto de mando y los pilotos del avión estadounidense F-15, además de las imágenes térmicas de las cámaras infrarrojas, que se habían asegurado de forma inmediata. El Fiscal General determinó que el Coronel K. había recibido al menos siete llamadas del informante para verificar que no había civiles presentes en la escena y que la información dada por el informante, que había previamente demostrado ser fiable, coincidía con las imágenes de vídeo grabadas por el avión. Con ese fin, interrogó al Capitán X., que había sido la única persona presente en el momento en que se transfirió la información del informante.

216. El Tribunal no tiene motivos para dudar de la apreciación Fiscal General, y la del Tribunal Constitucional Federal, según la cual el testimonio de otros testigos no habría permitido obtener más información sobre si el Coronel K. había actuado con la intención de causar víctimas civiles al ordenar el ataque aéreo (véanse los párrafos 39 y 60 supra). Esto era válido tanto para el interrogatorio de los pilotos de la aeronave F-15, como de las personas afectadas por el ataque aéreo, incluido el propio demandante. El Tribunal toma nota de la conclusión del Fiscal General Federal de que el número de víctimas civiles no podía servir de prueba circunstancial de la que se pudiera deducirse cuál era la convicción subjetiva del Coronel K., y que el número de personas presentes en la escena en el momento del ataque aéreo no constituyen una razón para cuestionar la convicción del Coronel K. de que se trataba exclusivamente de combatientes talibanes (véanse los párrafos 40 supra y 218 infra).

217. La Corte tampoco percibe la necesidad de interrogar a expertos militares o de organizar una simulación de la situación en el puesto de mando. El informe del equipo de investigación de la ISAF fue preparado por expertos militares de diferentes países. Basándose en ese informe, el Fiscal Federal General determinó que se habían tomado todas las medidas cautelares prácticamente posibles y que, en el momento de ordenar el ataque, el Coronel K., no tenía motivos para sospechar la presencia de civiles cerca de los camiones cisterna de combustible, y por lo tanto tampoco estaba obligado a emitir advertencias previas (véase párrafos 46 y 48 supra).

218. El Tribunal de Justicia señala que, en circunstancias normales, la determinación del número exacto y la situación de las víctimas durante la utilización de fuerza letal es un elemento esencial para la eficacia de toda investigación de acontecimientos que hayan causado un elevado número de víctimas. En el presente caso, teniendo en cuenta las conclusiones divergentes de los informes respectivos, los métodos por los que se habían establecido, y las pruebas disponibles, incluyendo los datos proporcionados por el video, el Fiscal General Federal llegó a la conclusión de que probablemente alrededor de cincuenta personas murieron o fueron heridas por el ataque aéreo y que había significativamente más combatientes talibanes que civiles entre las víctimas (ver párrafo 40 supra). La Corte está dispuesta a reconocer que no era posible obtener datos más precisos en esas circunstancias, dado que el ataque aéreo ocurrió en una zona de combate activa durante la noche, que los cuerpos fueron retirados de la escena por la población local a las pocas horas del ataque aéreo, y que el uso de las técnicas forenses modernas era difícil en razón de las costumbres sociales y religiosas de la población local. En cualquier caso, el Tribunal observa que el número exacto de víctimas civiles no tenían ninguna incidencia en la evaluación jurídica en relación con la responsabilidad penal del Coronel K., centrándose en la apreciación subjetiva

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

en el momento de ordenar el ataque aéreo. En estas circunstancias, el Tribunal considera que el hecho de que las autoridades no establecieran el número exacto y el estado de las víctimas del ataque aéreo no constituye una deficiencia que pueda poner en tela de juicio el desarrollo de la investigación en relación a las normas del Convenio.

219. Habida cuenta de lo anterior, el Tribunal de Justicia considera que los hechos del ataque aéreo por los que murieron los dos hijos del demandante, incluida la toma de decisiones y el proceso de verificación de los objetivos previo al ataque aéreo (véase *Al-Skeini y Otros*, citado anteriormente, 163), habían sido establecidos de manera exhaustiva y fiable para determinar la legalidad del uso de fuerza letal.

220. En la medida en que el demandante alegaba la falta de recurso judicial por la supuesta ineficacia de la investigación, el Tribunal reitera que la obligación procesal en virtud del artículo 2 del Convenio no requiere necesariamente una revisión judicial de las decisiones de la investigación (véase *Armani da Silva*, antes citado, 278-279, y la jurisprudencia citada). El Gobierno indicó que el demandante había tenido a su disposición dos recursos judiciales efectivos para impugnar la eficacia de la investigación, y que había ejercido ambos: (i) la solicitud de incoar un procedimiento ante el Tribunal de Apelación y (ii) su recurso constitucional.

221. El Tribunal de Justicia observa que el Tribunal de Apelación declaró inadmisibile la petición del demandante sobre la apertura de un procedimiento y que las partes no se ponen de acuerdo sobre si los criterios de admisibilidad que aplicó eran o no excesivamente exigentes. La aplicación de los requisitos de admisibilidad era conforme con la jurisprudencia establecida por los Tribunales nacionales a este respecto (véase párrafos 53, 62 y 99 supra). En todo caso, el Tribunal de Apelación realizó un examen exhaustivo de las pruebas a que se refiere el demandante y sobre la decisión del Fiscal General Federal, como también constató el Tribunal Constitucional Federal (véase el párrafo 61 supra).

222. Este último Tribunal examinó, a petición del demandante, la eficacia de la investigación. Destacó expresamente que la decisión del Fiscal General Federal de sobreseer el caso no solo se ajustaba a las normas que aplicaba, sino también a los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse los párrafos 59 a 60 supra). Observando que el Tribunal Constitucional Federal tiene competencia para anular una decisión de sobreseer una investigación penal (véase el apartado 100 supra), el Tribunal de Primera Instancia concluye que el demandante dispuso de un recurso para impugnar la eficacia de la investigación (véase también *Hentschel y Stark*, citado anteriormente, 102).

(b) Rapidez, celeridad razonable e independencia de la investigación

223. En la medida en que el demandante alegó demora y falta de independencia en relación con el reconocimiento *in situ*, el Tribunal considera que este aspecto debe ser examinado en el contexto de las hostilidades en curso en la zona de lanzamiento de las bombas. Miembros de la PRT de Kunduz, que llegaron al lugar a las 12.34 p.m. para realizar el reconocimiento inicial, recibieron protección de una centena de miembros de las Fuerzas de Seguridad afganas, aunque estos fueron objeto de disparos (véase el párrafo 27 supra). Esto constituye una diferencia significativa con *Al-Skeini y Otros* y *Jaloud* (ambos citados anteriormente), donde las muertes que se investigaron no ocurrieron en hostilidades activas de un conflicto armado extraterritorial. En estas circunstancias, el Tribunal considera que no podía esperarse, de manera realista, que los militares alemanes procedieran a realizar un reconocimiento *in situ* más rápidamente de lo que lo hicieron. Si bien la Corte acepta, según

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

lo mantenido por el demandante, que hubiera sido posible un primer reconocimiento con drones antes de que el equipo llegara al lugar, pero no corresponde al Tribunal de Justicia determinar si tal medida habría permitido obtener otra información que la ya obtenida mediante el reconocimiento realizado por una aeronave no tripulada a las 8 a.m. de esa mañana (ver apartado 24 supra). Si bien el Tribunal de Primera Instancia considera, al igual que el demandante, en términos de independencia, que la primera inspección *in situ* no debería haber sido realizada exclusivamente por miembros de la PRT de Kunduz, ya que estaban bajo el mando del Coronel K. Sin embargo, señala que, en el momento del reconocimiento del lugar, el equipo de investigación de la Policía Militar alemana, cuyo despliegue desde Masar-i-Sharif había sido ordenado esa mañana, aún no había llegado (véanse los párrafos 26 a 27 supra). Si el equipo que ya estaba en el lugar hubiese esperado para proceder a la misión de reconocimiento, habría dado lugar a un retraso, aunque menor, que demuestra la correlación negativa entre rapidez e independencia.

224. La Corte reitera que la obligación procesal prevista en el artículo 2 debe aplicarse de manera realista (*Al-Skeini y Otros*, citado más arriba, 168) y que, en el caso presente, las autoridades fiscales civiles alemanas no tenían facultades jurídicas de investigación en Afganistán. Considera que el hecho de que la Policía Militar alemana estuviera bajo el mando del contingente alemán de la ISAF no afectaba a su independencia hasta el punto de alterar la calidad de sus investigaciones (véase *Jaloud*, antes citado, 189-190). Si bien en la sentencia *Al-Skeini y Otros* concluyó que una investigación realizada únicamente por la jerarquía militar de los soldados acusados y limitada a la toma de declaraciones de los militares en cuestión, no cumplía los requisitos del artículo 2 (antes citado, 153 y 171). Sin embargo, no considera que los Comandantes deben quedar totalmente excluidos de las investigaciones contra sus subordinados, habida cuenta, en particular, de la obligación de investigar que les incumbe en virtud del Derecho Internacional Humanitario (véanse los párrafos 84 y 193 supra).

225. En cambio, la Corte considera que el Coronel K. no debería haber participado en las fases de investigación en Afganistán, incluidas las entrevistas y las visitas los días 4 y 5 de septiembre de 2009 (véanse los párrafos 27 a 28 supra), dado que la investigación se refería a su propia responsabilidad en la ejecución del ataque aéreo.

226. Sin embargo, la Corte no puede concluir que esta participación del Coronel K. haya hecho ineficaz, en sí misma, la investigación (véase *Mustafa Tunç y Fecire Tunç*, citado anteriormente, 225). La investigación penal era responsabilidad de las autoridades civiles de enjuiciamiento, en particular del Fiscal General, que tenía a su disposición una cantidad considerable de información obtenida durante las investigaciones realizadas por diferentes actores y que había adoptado además nuevas medidas de investigación (comparar y contrastar *Al-Skeini y Otros*, citados arriba, 153 y 171). Aún más importante, el Fiscal Federal había fundado principalmente su conclusión de ausencia de responsabilidad del Coronel K. sobre la falta de intención culpable (*mens rea*) del Coronel K. el momento de ordenar el ataque aéreo, aspecto corroborado por las pruebas inalterables, como las grabaciones de radio entre el puesto de mando y los pilotos del F-15 estadounidense o las imágenes térmicas de las cámaras infrarrojas de este último, que habían sido inmediatamente aseguradas.

227. En estas circunstancias, no había, en realidad, ningún riesgo de que las pruebas decisivas para determinar la responsabilidad penal del Coronel K. pudieran contaminarse y perder su fiabilidad. La participación del Coronel en algunas medidas de investigación en Afganistán y el hecho de que el Fiscal General Federal no haya escuchado inmediatamente al Coronel y los demás militares que se encontraban en el puesto de mando en el momento de los hechos tampoco podían afectar a esos elementos. A este respecto, el presente caso difiere

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

considerablemente de los casos *Jaloud* (donde se pudo determinar la identidad del autor de los disparos que mataron al hijo del demandante) y *Al-Skeini* y *Otros* (donde las circunstancias de las muertes de los familiares de los cinco primeros demandantes seguían siendo inciertas).

228. En la medida en que el demandante alegó una falta de rapidez de la investigación realizada por la Fiscalía civil alemana, la Corte observa que el director de asuntos jurídicos de las Fuerzas Armadas informó al Fiscal de Potsdam del ataque aéreo el mismo día (véase el párrafo 30 supra). El Fiscal inició una investigación preliminar tres días después, que finalmente fue transferida al Fiscal General Federal, quién había iniciado paralelamente una investigación preliminar el 8 de septiembre de 2009, cuatro días después del ataque aéreo. Las autoridades alemanas competentes iniciaron investigaciones sobre el ataque aéreo, incluso con miras a establecer la responsabilidad penal de los involucrados, inmediatamente después de conocer la posibilidad de que hubiera civiles muertos.

229. Determinadas las competencias de la Fiscalía durante la investigación preliminar (véase el párrafo 97 supra), las medidas de investigación adoptadas y el carácter sostenido de la actividad de investigación (véase apartado 31 supra), en opinión del Tribunal, el hecho de que la investigación se mantuviera en la fase de investigación preliminar durante unos seis meses, hasta la apertura de la investigación penal formal el 12 de marzo de 2010, era lamentable, pero no afectaba a la eficacia de la investigación.

(c) Participación de los familiares y el control público

230. El Tribunal de Primera Instancia observa que el demandante presentó, el 12 de abril de 2010, demanda penal por la muerte de sus dos hijos y solicitud de acceso al expediente de la investigación (véase el párrafo 50 supra). No obstante, el Fiscal General sobreseyó la investigación cuatro días después, sin haber tomado testimonio al demandante o haber concedido a su abogado acceso al expediente. Con vistas a la participación del demandante, como padre de dos personas fallecidas por el ataque aéreo, esta decisión puede, a primera vista, parecer problemática, sobre todo a la luz del argumento del interesado de que no podía excluirse que proporcionara información, en particular sobre la identidad de las personas presentes en el lugar del bombardeo.

231. No obstante, en las circunstancias del presente caso, el hecho de que el Fiscal no hubiera recogido el testimonio del demandante antes de sobreseer la investigación no provocaba que la investigación fuera deficiente. No había dudas que los dos hijos del demandante habían fallecido por el ataque aéreo ordenado por el Coronel K. Por otra parte, de los elementos en los que el Fiscal General Federal fundamentó su decisión se desprende que el demandante no habría estado en condiciones de proporcionar información adicional relevante para la determinación de la responsabilidad del Coronel K. El Tribunal señala también que el abogado del demandante no precisó la naturaleza de la información adicional pertinente que su defendido afirmaba tener, lo que corroboraba la tesis del Gobierno de que las declaraciones del demandante sobre las personas presentes en el lugar del bombardeo siguen siendo imprecisas. Por su parte, el Tribunal de Apelación consideró que el demandante no había probado suficientemente la veracidad de sus declaraciones contra los acusados, en particular las que afirmaba que muchos civiles estaban fuera durante la noche del ataque aéreo (véase el párrafo 53 supra).

232. Además, el Fiscal General Federal examinó las alegaciones presentadas por el demandante en sus escritos de 9 de junio de 2010 y 7 de julio de 2010 respectivamente, las cuales rechazó por infundadas en sendas cartas de 16 de julio de 2010, y 3 de septiembre de

2010 (véase el apartado 50 supra). Si las declaraciones del demandante hubieran incluido nuevas pruebas o esclarecido de manera diferente los elementos existentes, esto podría haber llevado a la reapertura de la investigación (ver apartado 98 supra). Por lo tanto, no se había privado al demandante de la oportunidad de influir en la investigación, a pesar de que no se le tomó declaración antes de la decisión de sobreseimiento. A este respecto, la Corte reitera que el artículo 2 del Convenio no impone a las autoridades investigadoras la obligación de satisfacer cualquier solicitud sobre las medidas de investigación que pueda formular un familiar de la víctima durante el curso de la investigación (véase *Giuliani y Gaggio*, citado anteriormente, 304 y 312 y ss.; *Velcea y Mazăre*, antes citados, 113; y *Ramsahai y Otros*, citados anteriormente, 348).

233. La Corte observa que la cuestión del acceso al expediente de la investigación ya había sido resuelta por el Tribunal Constitucional Federal en una fecha anterior en una decisión distinta, que el demandante no impugnó (véase el apartado 57 arriba). En cualquier caso, la Corte no detecta ninguna restricción o demora en lo que respecta al acceso del demandante al expediente de investigación. Inicialmente, el representante del demandante había solicitado acceso al expediente en nombre de un gran número de personas, por lo que se necesitaba cierto tiempo para verificar la condición de víctima de dichas personas (véase el párrafo 50 supra). Cuando se limitó la solicitud de acceso únicamente al demandante, este lo obtuvo, dos días más tarde, a las partes del expediente que no estaban clasificadas como secretas. La Corte recuerda a este respecto que los elementos de la investigación incluían información sensible relativa a una operación militar realizada en el marco de un conflicto armado en curso, y que no puede considerarse que el artículo 2 exija automáticamente que los familiares de una víctima tengan acceso a la investigación en curso (véase *Ramsahai y Otros*, citado más arriba, 347; *Giuliani y Gaggio*, citado arriba, 304; y *McKerr*, citado más arriba, 129).

234. El demandante reclama sobre el plazo de notificación de la decisión de sobreseimiento del procedimiento. El Tribunal considera que esta decisión, de fecha 16 de abril de 2010, contenía información militar clasificada como secreta. Por lo tanto, considera razonable que no se publique ni se comunique inmediatamente a las partes perjudicadas, sino que se retiren las partes clasificadas como secreto militar. Sin embargo, los aspectos esenciales de la decisión se hicieron públicos en un comunicado de prensa (véase el apartado 34 supra). La versión reducida de la decisión se redactó el 13 de octubre de 2010 y se notificó al representante legal del demandante dos días después. Es importante señalar que el plazo de un mes para la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento comenzó a transcurrir a partir de la fecha de notificación de la decisión de sobreseimiento (véase el apartado 99 supra). Por lo tanto, el plazo de comunicación de la versión editada de la decisión de sobreseimiento no afectó negativamente a la capacidad del demandante para impugnarla (comparar y contrastar *Damayev*, citado anteriormente, 87).

235. Por último, el Tribunal de Justicia señala que la investigación realizada sobre el ataque aéreo por Comisión Parlamentaria de Investigación (véase el apartado 69 supra) garantizó un alto nivel de control público (véase *Tagayeva y Otros*, antes citado, 629-631; *Mustafić-Mujić y Otros*, citados anteriormente, 102-106; véase también *Al-Skeini y Otros*, citados anteriormente, 71, 157 y 176).

3. Conclusión

236. Habida cuenta de lo anterior y de las circunstancias del presente caso, el Tribunal concluye que la investigación sobre las muertes de los dos hijos del demandante, ejecutada

por las autoridades alemanas cumplen los requisitos de una investigación efectiva con arreglo al artículo 2 del Convenio. En consecuencia, no hubo incumplimiento procesal del artículo 2 del Convenio.

POR ESTAS RAZONES, EL TRIBUNAL

1. *Declara*, por unanimidad, inadmisibile la parte de la demanda relativa a la independencia de la investigación realizada en Alemania;
2. *Declara* admisible, por mayoría, el resto de la demanda;
3. *Declara* unánimemente que no se ha violado el artículo 2 del Convenio en su parte procesal.

Hecho en inglés y en francés, y notificado por escrito el 16 de febrero 2021, de conformidad con los artículos 77.2 y 77.3 del Reglamento de la Corte.

Johan Callewaert
Adjunto al Secretario

Jon Fridrik Kjølbro
Presidente

De conformidad con el artículo 45.2 del Convenio y el artículo 74.2 del Reglamento de la Corte, a la presente sentencia se adjunta la exposición de los votos particulares de los Magistrados Grozev, Ranzoni y Eicke.

J.F.K.
J.C.

**VOTOS PARTICULARES DE LOS MAGISTRADOS
GROZEV, RANZONI Y EICKE**

(Traducción)

I. Introducción

1. Si bien estamos de acuerdo con la conclusión de que no se ha violado el aspecto procesal del artículo 2 del Convenio, en nuestra opinión, la demanda debería haberse

declarado inadmisibile por falta del vínculo jurisdiccional requerido (a los efectos del artículo 1) para iniciar la aplicación de la obligación procesal de investigar prevista en el artículo 2.

2. En la medida en que sea pertinente para el presente dictamen, el asunto puede ser resumido de la siguiente manera. En diciembre de 2001, el Parlamento alemán autorizó el despliegue de las Fuerzas Armadas alemanas como parte de un Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) en Afganistán, concebida por las Naciones Unidas y posteriormente bajo el mando de la OTAN. Las tropas alemanas lideraban, principalmente, el Equipo de Reconstrucción Provincial (PRT) de Kunduz, que en ese momento estaba al mando del Coronel K. del ejército alemán. El 3 de septiembre de 2009, insurgentes sustrajeron dos camiones cisterna de combustible que posteriormente quedaron inmovilizados en un banco de arena en el río Kunduz. En las primeras horas del 4 de septiembre de 2009 el Coronel K. ordenó a dos aviones de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos bombardear los vehículos inmovilizados. El ataque aéreo destruyó los camiones cisterna y causó varios muertos, entre ellos los dos hijos del demandante. Tras iniciar una investigación preliminar en los días posteriores al ataque aéreo, el Fiscal General Federal de Alemania abrió una causa penal, en relación a las acciones del Coronel K. La investigación se interrumpió en abril de 2010 debido a la falta de motivos de sospecha de que los sospechosos hubieran incurrido en responsabilidad penal. En febrero de 2011, el Tribunal de Apelación desestimó la solicitud de apertura de la investigación presentada por el demandante. El 19 de mayo de 2015, el Tribunal Constitucional Federal se negó a admitir un recurso de inconstitucionalidad que el demandante había interpuesto para impugnar esa decisión.

3. Ante el Tribunal de Estrasburgo, el demandante reclamaba, desde el punto de vista del artículo 2 del Convenio, exclusivamente las deficiencias en la investigación penal sobre el ataque aéreo (parte procesal, pero no la muerte de sus dos hijos por el ataque aéreo como tal (parte material)).

4. En este dictamen explicaremos en primer lugar por qué, a nuestro juicio, en el contexto del presente caso, ni el mero hecho de iniciar una investigación penal a nivel interno sobre el fallecimiento de los hijos del demandante ni las llamadas “circunstancias especiales”, del asunto en el que se basó la mayoría, puede dar lugar a un vínculo jurisdiccional y, por tanto, desencadenar la aplicación de la obligación procesal establecida por el artículo 2. Posteriormente, trataremos determinar si el vínculo jurisdiccional requerido podría derivarse *per se* directamente de las operaciones militares en Afganistán.

II. Vínculo jurisdiccional establecido por la mayoría

5. En la sentencia *Güzelyurtlu y Otros vs. Chipre y Turquía* ((CG), nº. 36925/07, 188-189 y 196, 29 de enero de 2019) la Corte estableció que, en determinados casos específicos, la apertura por las autoridades de un Estado de una investigación penal sobre muertes ocurridas fuera de la jurisdicción *ratione loci* de dicho Estado podría bastar para establecer un vínculo jurisdiccional entre el Estado en cuestión y los familiares de la víctima que hubieran interpuesto un recurso ante el Tribunal de Justicia. En el presente caso, la mayoría consideró - y estamos de acuerdo a este respecto - que este principio no se aplicaba a los hechos del caso, a saber: la investigación de las muertes ocurridas en el contexto de operación militar llevada a cabo fuera del territorio de los Estados Contratantes del Convenio en el marco de un mandato dado por una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (véase el párrafo 135 de la sentencia). En efecto, afirmar lo contrario podría disuadir a las autoridades nacionales de iniciar investigaciones a nivel nacional y tendría por efecto ampliar “el ámbito del Convenio (...) en una medida excesiva” (*ibídem.*).

6. Remitiéndose de nuevo a la sentencia *Güzelyurtlu y Otros* (citada anteriormente, 190), la mayoría consideró no solo que las “circunstancias especiales” al caso en cuestión podían dar lugar a un vínculo jurisdiccional y desencadenar por ello la aplicación de la obligación procesal derivada del artículo 2 en vigor, sino también que esto sería incluso aplicable a situaciones extraterritoriales que se plantearan en relación con los hechos ocurridos fuera del espacio jurídico del Convenio (véase el apartado 136 de la sentencia). Según la mayoría, tres de dichas “circunstancias especiales” existían en el caso en cuestión: (a) el hecho de que Alemania estaba obligada, en virtud del Derecho Internacional, a investigar el ataque aéreo; (b) el hecho de que, por razones jurídicas, las autoridades afganas no podían iniciar ellas mismas una investigación criminal; y (c) el hecho de que las autoridades judiciales alemanas también estaban obligadas, en virtud de la legislación nacional a iniciar una investigación penal.

7. No estamos de acuerdo con la mayoría A) sobre la decisión de ampliar la aplicación del criterio relativo a la existencia de “circunstancias especiales” del caso a supuestos en los que los hechos hayan tenido lugar fuera del espacio jurídico del Convenio y B) sobre las tres “circunstancias especiales” identificadas por la mayoría en el presente caso. Desde nuestra humilde opinión, esta medida lleva a la Corte a recuperar lo que previamente había cedido, haciendo lo que expresamente trataba de evitar, es decir, causar un efecto disuasorio (al menos duplicando innecesariamente obligaciones ya existentes o derivadas en virtud del Estatuto de la Corte Penal Internacional y/o el Derecho Consuetudinario) y ampliar excesivamente “el ámbito de aplicación del Convenio”.

(A)Ampliación injustificada del enfoque de las “circunstancias especiales”

8. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que en los casos en que la cuestión de la extraterritorialidad se plantea a propósito de hechos ocurridos fuera del espacio jurídico del Convenio, pero los demandantes se quejan únicamente de una violación de la parte procesal del artículo 2, la Gran Sala siempre ha examinado, en primer lugar, si los hechos que debían investigarse competían a la jurisdicción del Estado en cuestión con arreglo al artículo 1 del Convenio y, en caso afirmativo, si los hechos eran atribuibles al Estado interesado (se trata de una distinción importante que el Tribunal de Justicia ha detectado recientemente en su decisión sobre la admisibilidad en el caso *Ucrania vs. Rusia* (Crimea) ((GC), n.º. 20958/14 y 38334/18 264, 266 y 368, 14 de enero de 2021)). En tales situaciones, el Tribunal nunca ha aplicado - al menos explícitamente - otros criterios.

9. En la sentencia *Al-Skeini y Otros vs. Reino Unido* ((GC), n.º. 55721/07, CEDH 2011) los demandantes no denunciaron ningún incumplimiento material del derecho a la vida en virtud del artículo 2, sólo alegaban que el Estado demandado había incumplido su obligación procesal de llevar a cabo una investigación efectiva sobre la muerte de sus familiares en Iraq. El Tribunal, sin embargo, comenzó por considerar si las muertes en cuestión eran atribuibles a la Fuerzas Armadas del Estado demandado (97-100) y en segundo lugar - uniéndose al análisis de fondo sobre la cuestión - si esas muertes eran competencia del Estado demandado (130-150).

10. Asimismo, en la sentencia *Jaloud vs. los Países Bajos* ((GC), n.º. 47708/08, CEDH 2014) el demandante tampoco denunció ninguna infracción material del artículo 2, pero alegó que la investigación sobre la muerte de su hijo en Irak por las Fuerzas Armadas del Estado demandado había sido inadecuada. La Corte de nuevo trató de determinar si la muerte correspondía a la jurisdicción del Estado en cuestión (137-153) y, en segundo lugar, si era atribuible a ese Estado (154-155).

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

11. En la sentencia *Güzelyurtlu y Otros* (antes citada, 190), el Tribunal de Justicia sostuvo que, aunque la obligación procesal prevista en el artículo 2 sólo entra en juego en principio para el Estado Contratante bajo cuya jurisdicción se encuentra la víctima en el momento de su fallecimiento, “circunstancias especiales” justificarán apartarse de ese enfoque. Sin embargo, observamos que el criterio de las “circunstancias especiales” del caso se desarrolló inicialmente “en un contexto diferente”, a saber, en el asunto *Rantsev vs. Chipre y Rusia* (nº. 25965/04, 243-244, CEDH 2010 (extractos)) y solo en dos párrafos muy cortos que tienen un carácter cuasi declaratorio. Más importante incluso, la sentencia *Güzelyurtlu* establecía, sobre la base de “circunstancias especiales” del presente asunto, un vínculo jurisdiccional que podía desencadenar la aplicación de la obligación procesal establecida por el artículo 2, claramente ligada a una voluntad de evitar una laguna en el sistema de protección de los Derechos humanos en el territorio de Chipre, y que correspondía al ámbito jurídico del Convenio (véase *Güzelyurtlu y Otros*, citado más arriba, 195). Prueba de ello es también el hecho de que en ambos casos los dos Estados implicados (partes en la Convención) fueran denunciados en la demanda examinada por el Tribunal, y que la cuestión que se planteaba se refería, a la determinación de sus responsabilidades respectivas. En ambos casos, las responsabilidades de cada Estado y la obligación de cooperar dimanaban no solo del Convenio sino también de otros acuerdos multilaterales (del Consejo de Europa), es decir, de la sentencia *Rantsev*, de la Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (CETS nº. 197) y, en la sentencia *Güzelyurtlu*, del Convenio Europeo sobre extradición (CETS nº. 24) y algunos de sus Protocolos, así como el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal (CETS nº. 182). Ahora bien, ninguno de estos factores está presente en este caso, que es, de hecho, mucho más comparable a la situación *Al-Skeini y Jaloud*, en el que el Tribunal de Justicia no examinó la cuestión de “circunstancias especiales” del caso ni aplicó otros criterios similares, siendo ambas posteriores a la sentencia *Rantsev*.

12. En consecuencia, nos preocupa que, al romper así todo vínculo con una obligación material subyacente derivada del artículo 2 del Convenio, la mayoría esté extendiendo más allá del punto de ruptura el carácter “separable” de la obligación procesal de investigar. Por supuesto, el Tribunal de Justicia ya había admitido que la obligación procesal puede considerarse una obligación distinta que puede dar lugar a una constatación de “injerencia” distinta e independiente. Sin embargo, hasta la fecha solo lo había hecho en un número limitado de casos muy específicos.

13. En cambio, la presente sentencia ya no se refiere a la obligación procesal de revisar “la legalidad del uso de la fuerza letal por las autoridades estatales” (véase *McCann y Otros vs. Reino Unido*, 27 de septiembre de 1995, 161, Serie A nº. 324) ni sobre la “obligación inherente al artículo 2, que exige, entre otras cosas, que el derecho a la vida sea “protegido por la ley” (véase *Šilih vs. Eslovenia* (GC), nº. 71463/01, 154, 9 de abril 2009), dos cuestiones que presuponen que el (riesgo de) muerte ha ocurrido en una zona bajo la jurisdicción territorial del Estado Contratante. Tampoco se refiere a la obligación de cooperar en el marco de una investigación realizada por otro Estado miembro, ni a la obligación de apertura de una investigación distinta, con el fin de evitar un vacío legal dentro del “espacio jurídico del Convenio” (véase *Güzelyurtlu y Otros*, 195).

14. De hecho, la mayoría subrayó que el “establecimiento de un vínculo jurisdiccional en relación con la obligación procesal prevista en el artículo 2 no significa que el acto material sea necesariamente competencia del Estado Contratante ni que sea atribuible a dicho Estado” (véase el párrafo 143 de la sentencia). Estamos de acuerdo con ello. Sin embargo, esto no es el verdadero problema, sino es más bien al revés. Con la presente sentencia, el Tribunal de Justicia crea una obligación procesal de investigar las muertes ocurridas fuera del espacio

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

jurídico del Convenio, de la que se desprende explícitamente que no son “imputables” al Estado Contratante de que se trate, que no impongan al Estado en cuestión ninguna obligación material en virtud del artículo 2 y que ni siquiera estén sujetas a su jurisdicción. Eso es lo que nos preocupa. ¿Cómo puede un Estado Contratante ser considerado responsable, en virtud del artículo 2, de las lagunas en la investigación realizada por las autoridades internas, si los hechos objeto de esa investigación no le pueden ser atribuidos y no están sometidos a la jurisdicción de la Corte a los efectos del artículo 1 del Convenio?

15. Además, el enfoque de la mayoría es difícil de conciliar con el requisito procesal para llevar a cabo una investigación suficientemente amplia a fin de determinar “si el Estado cumple con la obligación que le afecta en virtud artículo 2 para proteger la vida” (véase el párrafo 205 de la sentencia). ¿Sobre qué base se puede decir que esta obligación convencional de naturaleza material incumbe al Estado en cuestión cuando los hechos no estén sometidos a su “jurisdicción”, bien porque no ejerza “un control efectivo sobre la zona” de que se trate, bien porque ninguno de sus agentes “ejerza en ella su autoridad y control”? (Con respecto a la cuestión del establecimiento de un vínculo jurisdiccional derivado de los propios hechos, véase el capítulo III infra.)

16. Por consiguiente, no podemos determinar con certeza los límites (suponiendo que los haya) de la obligación procesal prevista en el artículo 2, establecida en la presente sentencia, en relación con la acción u omisión causante de la muerte. Si, debido a la existencia de “circunstancias especiales” del caso, no es necesario establecer un vínculo jurisdiccional o que la acción u omisión causante del fallecimiento sea atribuible al Estado de que se trate, ¿podría surgir una obligación procesal en relación con la pérdida de vida causada por las milicias asociadas (reconocidas o presuntas) o por los actos de los aliados que no son parte en el Convenio, como los Estados Unidos de América (observamos además, que en este caso, evidentemente, las bombas fueron lanzadas por dos aviones de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos)?

17. También nos preocupa que (y cómo) la constatación de la mayoría, que consiste en decir que la investigación en su conjunto dependía de la jurisdicción de Alemania, tiene inevitablemente el efecto de ampliar, aún más, la jurisdicción del Estado interesado en asuntos de este tipo. Después de todo, ampliando el alcance del Convenio para que abarque “lo que han hecho o no los militares alemanes investigados en Afganistán” (véase el párrafo 144 de la sentencia) en este caso, la mayoría ha ampliado los principios establecidos en la sentencia *Güzelyurtlu* para que se apliquen a zonas situadas fuera del marco legal del espacio del Convenio. Deducimos de la sentencia de *Jaloud* (citado anteriormente), que lo consiguió basándose en el hecho de que los investigadores alemanes estaban bajo el “control de un agente del Estado” alemán. Sin embargo, esta conclusión no nos parece apoyada ni por la sentencia *Güzelyurtlu*, ni por la sentencia *Markovic y Otros vs. Italia* ((GC), nº. 1398/03, CEDH 2006-XIV, a la que la mayoría remite expresamente en el párrafo 136 de la sentencia. Este último caso era, después de todo, un asunto puramente relacionado con el artículo 6 en el que los demandantes reclamaron que los órganos jurisdiccionales italianos (o más concretamente, los Tribunales de la jurisdicción territorial de Italia) les habían denegado el recurso de acceso a un Tribunal. La Corte dijo que “en razón de la existencia de un procedimiento civil ante la jurisdicción nacional, el Estado está obligado por el artículo 1 del Convenio a garantizar el respeto de los derechos protegidos por el artículo 6” (*ibíd.*, 54), y solo esos derechos. Además, la sentencia *Markovic* precedió a la de *Rantsev* y de ninguna manera se refirió a cualquier “circunstancia especial” aplicable en el contexto de incidentes fuera del espacio jurídico del Convenio.

18. En resumen, si bien es cierto que la Corte ya ha llegado a “dividir y adaptar” Derechos derivados del Convenio (véase, por ejemplo, *Al-Skeini y Otros*, citado arriba, 137, y *Hirsi Jamaa y Otros vs. Italia* (GC), n.º. 27765/09, 74, CEDH 2012), consideramos que el enfoque que ha seguido la mayoría para adaptar la noción de “jurisdicción” en el caso que nos ocupa lleva esta práctica más allá de lo que estamos dispuestos a aceptar.

(B) Las tres “circunstancias especiales” del caso aplicadas por la mayoría

19. Aun aceptando que, en principio, las “circunstancias especiales” puedan establecer un vínculo jurisdiccional a fin de establecer la obligación procesal prevista en el artículo 2 en relación con los actos extraterritoriales fuera del espacio jurídico del Convenio, somos incapaces de comprender lo que hace que las tres “circunstancias especiales” identificadas y aplicadas por la mayoría en el presente caso justificarían una ampliación aún mayor del concepto de “órgano jurisdiccional” en el sentido del artículo 1. Por lo tanto, no podemos suscribir la argumentación y conclusión alcanzada por la mayoría. Después de todo, la seguridad jurídica impone, entre otras cosas, la aplicación de las obligaciones dimanantes del Convenio razonablemente previsibles tanto para los Estados Contratantes, como para las personas que actúen en su nombre o bajo su dirección y control.

20. El hecho de que Alemania estuviera obligada por el Derecho Internacional a iniciar una investigación sobre el ataque aéreo constituye la primera “circunstancia especial” del caso. Esta obligación se basa en gran medida en el Derecho Internacional Consuetudinario, y más concretamente en lo establecido en el artículo 158 del estudio comentado del Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el Derecho Internacional Humanitario (véanse los párrafos 80 a 84 de la sentencia). Como sugieren los comentarios correspondientes, por una parte, es en gran parte consecuencia y reflejo de las obligaciones y prácticas nacionales derivadas del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (“el Estatuto de Roma”; véanse los párrafos 94 a 95 de la sentencia) y por otra parte, no solo abarca una cooperación para que los Estados investiguen los crímenes de guerra presuntamente cometidos por sus nacionales o sus Fuerzas Armadas, o en su territorio, y, si procede, enjuiciar a los “sospechosos” sino que también incluye el deber de “investigar otros crímenes de guerra de su competencia y, en su caso, enjuiciar a los sospechosos”. En relación con la primera (que también puede ser pertinente en relación con la tercera “circunstancia especial” del caso, las obligaciones jurídicas derivadas del Estatuto de Roma son, por supuesto, comunes a la gran mayoría de las Partes Contratantes en el Convenio, por lo que no está claro en qué sentido una circunstancia sería “especial”. En relación a la obligación de investigar los crímenes de guerra más allá de los cometidos por las propias Fuerzas Armadas del Estado y su ampliación a (i) todos los “nacionales” y a (ii) todos los demás crímenes de guerra sometidos a la jurisdicción del Estado de que se trate, existe claramente el riesgo de duplicar (y posiblemente infringir) la jurisdicción universal en relación con los crímenes de guerra previstos (para evitar la impunidad), entre otras cosas, por el Estatuto de Roma. La mayoría se centra en este factor cuando insiste explícitamente sobre la “gravedad del delito”, párrafo 137 de la sentencia.

21. Si un Estado acepta una obligación de investigación, en el marco de las Naciones Unidas, crea un vínculo jurisdiccional que hace aplicable el Convenio, y cualquier obligación en virtud del Derecho Internacional Humanitario podría tener el mismo efecto. De no ser así, ¿cuál es el fundamento jurídico que justificaría esa distinción y cuáles serían los criterios aplicables a ese respecto? La lista de las obligaciones internacionales que pueden afectar es tan amplia que tememos que sea imposible preservar la viabilidad del concepto “jurisdicción”

SENTENCIA HANAN contra ALEMANIA

o, al menos, que la aplicación de este concepto sea aleatoria o dependa de consideraciones jurídicas poco claras.

22. La segunda “circunstancia especial” en la que se basa la mayoría es el hecho de que las autoridades afganas se vieron impedidas, por razones jurídicas, para incoar, por sí mismas, una investigación penal ya que Alemania había mantenido su competencia exclusiva en virtud del Acuerdo de Estatuto de la Fuerzas de la ISAF. Se trata más bien, como admite el Tribunal de Justicia en el apartado 138 de la sentencia, de una “práctica normalmente seguida cuando los Estados aportan contingentes para misiones militares llevadas a cabo bajo mandato de las Naciones Unidas” (así como cuando los Estados aportan contingentes en virtud de otros acuerdos sobre el Estatuto de las Fuerzas). En cualquier caso, y ciertamente en el contexto de omisiones que tienen lugar en el curso de un conflicto armado, puede haber una multitud de otras posibles “razones jurídicas” que puedan derivarse, en particular, del precepto de igualdad de los Estados, que pueden explicar una falta de eficacia de la investigación penal llevada a cabo por un Estado sobre los autores de acciones u omisiones que hayan provocado una muerte (o actos contrarios al artículo 3), lo que puede tener por efecto limitar la capacidad de investigación únicamente a los casos en el que sospechoso vuelva a caer bajo la “jurisdicción” del Estado en que la acción u omisión tuvo lugar. Por otra parte, no podemos determinar con certeza como lo hace en el caso de un Estado miembro del Consejo de Europa (solo estos Estados nos conciernen) que habiendo proporcionado tropas no ejerce su jurisdicción penal a nivel interno lo que podría traducirse en “situaciones de impunidad”. Después de todo, para crímenes tan graves como los que aquí se examinan, el Estado demandado, al igual que la gran mayoría de los Estados Contratantes, se encontraría sometido a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI), si realizaran acciones “en su propio territorio”. Es difícil imaginar cómo un acuerdo bilateral entre la ISAF y la Autoridad Provisional podría “eliminar” ese vínculo jurisdiccional.

23. La tercera “circunstancia especial” consiste en el hecho de que las autoridades judiciales tenían la obligación de iniciar una investigación criminal. Ahora bien, como la sentencia expresamente reconoce (véase el apartado 140), esta circunstancia se deriva directamente de la ratificación por Alemania del Estatuto de Roma. Por lo tanto, es muy probable que se trate de una obligación a la que la inmensa mayoría de los Estados Contratantes del Convenio están sometidos de alguna manera. En cuanto a los Estados que (todavía) no han incorporado la obligación de un procedimiento a su derecho interno, estos bien podrían ser disuadidos si se tratara del último “eslabón perdido” para que se reunieran las “circunstancias especiales” del caso necesarias para crear un vínculo jurisdiccional que pudiera desencadenar la obligación procesal derivada del artículo 2 del Convenio. Si ese fuera el efecto producido, el riesgo sería también socavar (más) el compromiso de los Estados Partes con la CPI; lo que consideramos altamente indeseable.

24. En cualquier caso, nos parece que las tres “circunstancias especiales” que la mayoría considera que deben coexistir para que el aspecto procesal del artículo 2 entre en juego (véase el apartado 142 de la sentencia), se combinan con tanta frecuencia en la (gran) mayoría de los Estados Partes en el Convenio que ya no son “especiales” del caso y que, por lo tanto, no pueden justificar que se establezca un “vínculo jurisdiccional” que no existiría de otro modo, es decir, al menos, la mayoría no ha explicado (y esto no es evidente para nosotros) en qué medida, tomadas aisladamente o combinadas, las circunstancias en cuestión son “especiales” del caso en cuestión hasta el punto de justificar una nueva ampliación de la jurisdicción extraterritorial de la Corte.

III. Existencia de un vínculo jurisdiccional basado en las acciones militares en el extranjero

25. Dado que consideramos que, ni el simple hecho de que se haya abierto una investigación penal sobre la muerte de los hijos del demandante a nivel interno, ni la aplicación de la medida consistente en basar la existencia de un vínculo jurisdiccional en la presencia de “circunstancias especiales” nos permiten establecer la existencia de un vínculo jurisdiccional que pueda poner en juego la obligación procesal derivada del artículo 2 del Convenio en el contexto del presente caso, debemos investigar si tal vínculo jurisdiccional podría haber surgido de las operaciones militares llevadas a cabo en Afganistán.

26. Las sentencias *Al-Skeini* (citado anteriormente, 130-139), *Jaloud* (citado supra, 139) y *Georgia vs. Rusia (II)* ((GC), n.º. 38263/08, 81, 21 de enero de 2021), contienen un resumen de los principios que el Tribunal aplica en relación con el ejercicio de su jurisdicción (en el sentido del artículo 1 del Convenio) fuera del territorio de Estados Contratantes. Se refieren en particular a las “circunstancias especiales” como el ejercicio de su “autoridad y control” por un agente del Estado y el “control efectivo sobre la zona” en cuestión por parte del Estado.

27. Dado que la mayoría no ha procedido a una evaluación de esta cuestión, nos limitaremos a una estricta adhesión a la jurisprudencia del Tribunal y a los principios correspondientes. Aplicando esos principios al presente caso, nosotros llegamos a la conclusión de que las operaciones militares en Afganistán no establecen un vínculo jurisdiccional capaz de desencadenar la obligación procesal con arreglo al artículo 2.

28. En primer lugar, por lo que respecta al concepto de control espacial, es decir, “control eficaz sobre un área”, nos parece evidente que Alemania no tenía control efectivo sobre la región de Kunduz y la zona de lanzamiento de las bombas. Después de todo, las pruebas muestran claramente que, en septiembre de 2009, la zona era el teatro de unas hostilidades activas y que el número de insurgentes en la zona fue casi tan alto como el número de efectivos de la Fuerza Internacional de Asistencia, las cuales sufrieron importantes pérdidas cada vez que tenían que enfrentarse a los insurgentes.

29. En segundo lugar, por lo que se refiere al concepto de control “personal”, es decir, de la “autoridad y control de un agente del Estado” observamos que ni la misión de la ISAF ni las tropas alemanas ejercieron poderes públicos en la región de Kunduz o en Afganistán de manera general. La misión de la ISAF se centró expresamente en prestar apoyo al gobierno civil afgano en la creación de la Fuerzas de Seguridad. Estas fuerzas estaban presentes en particular en la zona de Kunduz, y tenían por misión asegurar la protección de las tropas alemanas, como, por ejemplo, a la unidad de reconocimiento alemana encargada de inspeccionar el lugar del ataque aéreo.

30. Alemania tampoco ejerció control alguno, en el sentido de la jurisprudencia de la Corte, sobre los hijos de la demandante. Se enuncia explícitamente en la sentencia *Banković y Otros vs. Bélgica y Otros* ((dic.) (GC), n.º. 52207/99, 75, CEDH 2001-XII) y recientemente confirmado en *Georgia vs Rusia (II)* (citado anteriormente, 124), que un ataque aéreo extraterritorial es un acto instantáneo, y no puede dar lugar a establecer un vínculo jurisdiccional entre las personas afectadas y el Estado demandado, ya que el artículo 1 del Convenio no admite una “causa y efecto” de la noción de jurisdicción. El ataque aéreo en cuestión en el presente caso fue igualmente una medida adoptada en la conducción de hostilidades en una zona activa de combate y no constituye un uso de la fuerza con el fin de conseguir autoridad y control sobre las personas (comparar y contrastar *Jaloud*, citado arriba, 152).

31. Habiendo comprobado que no se produjo la muerte de los hijos del demandante dentro de la “jurisdicción” de Alemania, no es necesario que evaluemos si el ataque aéreo era atribuible a Alemania y, por lo tanto, entraba en el ámbito de la competencia *ratione personae* del Tribunal.

IV. Conclusión

32. Por las razones expuestas, concluimos que, dadas las circunstancias del presente caso, no existe un vínculo jurisdiccional a los efectos del artículo 1 del Convenio en relación con la obligación procesal de investigar con arreglo al artículo 2, como ha sido establecido, ya sea sobre la base de la investigación nacional y de las “circunstancias especiales” identificadas o sobre la base del ataque aéreo en sí mismo. Por consiguiente, hemos votado en contra de la admisibilidad de la solicitud.

33. Sin embargo, en cuanto al fondo, estamos de acuerdo con los principios generales pertinentes establecidos en la sentencia y con la manera en que el Tribunal los ha aplicado al presente caso.