



JURISDICCIÓN MILITAR, RIESGOS LABORALES Y OPERACIONES MILITARES INTERNACIONALES

Una aproximación técnico-jurídica



MINISTERIO DE DEFENSA
SUBSECRETARÍA DE DEFENSA



ESCUELA MILITAR
DE ESTUDIOS JURÍDICOS



ESCUELA MILITAR
DE INTERVENCIÓN

**JURISDICCIÓN MILITAR,
RIESGOS LABORALES Y OPERACIONES
MILITARES INTERNACIONALES**
Una aproximación técnico-jurídica

Edita:



NIPO: 076-10-217-7 (edición en línea)

Fecha de edición: noviembre, 2010



SUMARIO

	Pág.
<i>Prólogo</i>	7
RAFAEL MATAMOROS MARTÍNEZ, CORONEL AUDITOR	
1. <i>La prevención de riesgos laborales en las Fuerzas Armadas</i>	11
DAVID LABAJOS FERNÁNDEZ, CAPITÁN AUDITOR	
2. <i>La detención y otros aspectos parapoliciales de las operaciones militares internacionales</i>	93
RAMÓN MARTÍNEZ GUILLEM, COMANDANTE AUDITOR	
3. <i>Las víctimas de crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional</i>	225
JOSÉ VÁZQUEZ PEDREÑO, CAPITÁN AUDITOR	

PRÓLOGO

La dirección de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos proporciona más alegrías que preocupaciones, gracias fundamentalmente a la calidad humana, nivel de conocimientos, actitud positiva y excelente rendimiento, tanto de los alumnos cuanto de los profesores. La satisfacción se acentúa, si cabe, en ocasiones como la actual, en las que se pueden dar a conocer los resultados de las actividades académicas desarrolladas. Me cabe, por lo tanto, el honor de presentar a los lectores esta obra, que reúne tres de las monografías elaboradas en el año 2009 para la obtención de los Diplomas de Especialización del Cuerpo Jurídico Militar en Derecho Penal, Derecho Administrativo y Derecho Internacional Militar.

Conviene, desde el primer momento, precisar que «Jurisdicción Militar, riesgos laborales y operaciones militares internacionales» no es una simple acumulación de trabajos inconexos. Aunque cada uno de los que aquí se incluyen tiene sustantividad propia, existe entre todos ellos un denominador común, nacido de la finalidad para los que fueron elaborados: articular el crecimiento de las bases doctrinales de esa parcela multidisciplinar del conocimiento jurídico que convencionalmente se denomina Derecho Militar. Son los frutos de la labor de investigación jurídica llevada a cabo por sus respectivos autores, desde un planteamiento que, alejándose de la pura especulación abstracta –aunque, naturalmente, recurran a instrumentos de lógica deductiva–, mantiene un contacto permanente con la realidad de las Fuerzas Armadas y su ámbito de actuación. Se busca, en definitiva, sentar las bases para la resolución de problemas concretos aunando la consistencia jurídica con la utilidad práctica.

Siguiendo el orden tradicional de las especialidades, el Capitán Auditor D. David Labajos Fernández contribuye al conocimiento de una parcela jurídica tan importante como poco tratada: la salud laboral en el ámbito militar. En «La prevención de riesgos laborales en las Fuerzas Armadas» se pone de manifiesto el cambio –que requirió de estímulos externos– en la caracterización normativa de la seguridad de los militares en el trabajo. Ciertamente, las misiones estrictamente castrenses comportan riesgos, incluso para la vida, legalmente contemplados y voluntariamente asumidos por los componentes de las Fuerzas Armadas, lo que, a primera vista, parece estar en contradicción con el propio concepto de salud laboral. Esta consideración llevó a legislador español a excluir inicialmente a los militares del ámbito de aplicación de la normativa

general en este sector, pero una reflexión más profunda, efectuada inicialmente en el seno de los órganos rectores de la Unión Europea, condujo a una conclusión cuanto menos diversa: no existe una verdadera incompatibilidad entre las peculiaridades de las misiones propiamente castrenses y la puesta en práctica de medidas de seguridad y otras determinaciones dirigidas a proteger la salud del personal militar. Fruto de todo ello ha sido el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa. A partir de este punto, el autor nos muestra el sentido y propósito de la norma, y nos guía por sus pasadizos, lo que es de agradecer, en vista de la facilidad con la que los poco versados en la materia podrían, en cierto modo, perderse.

Cierran la obra dos monografías de Derecho Internacional Militar, dirigidas al análisis de áreas temáticas diferentes. «La detención y otros aspectos parapoliciales de las operaciones militares internacionales» es el no por extenso menos sugerente título del estudio que el Comandante Auditor D. Ramón Martínez Guillem dedica a la gama de actuaciones de contenido más en la línea de la intervención policial que de respuesta militar, llevadas a cabo por los ejércitos, en el marco de los conflictos asimétricos de nuestros días. Aunque no deja de lado otras acciones, es, como se anunciaba, la detención la figura que atrae la mayor parte de los razonamientos del autor, consistentes y exhaustivamente documentados por lo demás. La privación extrajudicial de libertad no sólo no es desconocida sino que aparece profusamente regulada en el derecho de los conflictos armados: se aplica, como es sabido, a los prisioneros de guerra y a las personas en régimen de internamiento; no ocurre, en cambio, lo mismo cuando las operaciones militares se desarrollan en un contexto no bélico. En estos supuestos, entran en juego, no sin colisionar entre sí, el derecho internacional humanitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados que envían los contingentes militares y del Estado que los recibe. A veces, los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas que operan (SOFAs) permiten clarificar la situación; en otras ocasiones, la ausencia de un SOFA o la falta de claridad del concordado dejan en la sombra lo que, por su importancia en términos de derechos fundamentales, debía estar bien iluminado. Prudentemente, concluye el Comandante Martínez Guillem que las fuerzas militares debieran implicarse en funciones policiales sólo de modo tangencial y subsidiario, evitando en lo posible asumir tareas que el derecho interno reserva a la policía criminal; y recomienda, en todo caso, la observancia de los mismos criterios y exigencias establecidos para los miembros de los cuerpos encargados de hacer cumplir las leyes. Los asuntos tratados son, como se ve, tan trascendentes como frecuentes en la realidad de nuestros Ejércitos, por lo que se impone la reflexión y el sosiego en la lectura de esta excelente monografía.

Por razones de sistema, se inserta en último lugar -sin que ello le reste calidad- el trabajo que el Capitán Auditor D. José Vázquez Pedreño dedica a «Las víctimas de los crímenes internacionales y la Corte Penal Internacional». Aunque no son pocos los estudios dedicados a este Tribunal y a los delitos que enjuicia, el que ahora tenemos en nuestras manos contempla la materia, y aquí radica su originalidad y mayor atractivo, desde el punto de vista de los derechos e intereses de los que sufren las consecuencias de los crímenes que se persiguen. La victimología es una ciencia en auge,

pero no ha cristalizado aún en instituciones jurídicas que articulen un más justo equilibrio entre la pretensión punitiva y la reparación o compensación del mal causado, profundizando en los mecanismos para un efectivo tránsito de la categoría de sujeto pasivo a la de víctima del delito. El autor pasa revista a las disposiciones que definen la situación de las víctimas de los delitos internacionales, en la doble vertiente de sus posibilidades de intervención en el procedimiento ante la Corte Penal Internacional o, en su caso, el tribunal internacional del que se trate, y de la amplitud del sistema de protección a su favor establecido, señalando un conjunto de limitaciones en ambas parcelas. Concluye, por ello, en la conveniencia de intensificar las posibilidades de actuación procesal de las víctimas; instituir la responsabilidad directa de los Estados o, incluso, de la ONU, a efectos de exigencia de las reparaciones; y extender a delitos como el terrorismo, el tráfico internacional de personas y el narcotráfico la competencia de la Corte Penal Internacional. El futuro dirá si acierta en sus propuestas, pero resulta innegable la humanidad, aunada al rigor jurídico, del planteamiento.

Conviene ya concluir, para dejar paso a lo que verdaderamente importa. Los estudiosos y, en general, los interesados en el Derecho Militar pueden disfrutar de la lectura de una obra que conjuga el interés y actualidad de los temas abordados con la densidad y rigor científico inexcusables en trabajos de investigación como son los que aquí aparecen. Del conocimiento de los elementos y opiniones aportados por los autores surgirán, sin duda, certezas y dudas, acuerdos y polémica, en beneficio de la madurez y evolución de la doctrina y de su mejor aplicación al giro propio del Ministerio de Defensa y a la actividad de nuestras Fuerzas Armadas.

RAFAEL MATAMOROS MARTÍNEZ, CORONEL AUDITOR.
Director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

1. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS FUERZAS ARMADAS

*David Labajos Fernández
Capitán Auditor*

SUMARIO: I. Antecedentes normativos. 1.1. Perspectiva breve de Derecho interno. 1.2. Antecedentes en el ámbito del Derecho Comunitario. II. Normativa actual sobre prevención de riesgos laborales. III. La aplicación de la Ley de Riesgos Laborales en las Administraciones Públicas. 3.1. Aplicación subjetiva. 3.2 Los servidores públicos excluidos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. 3.3. Los funcionarios o empleados públicos tratados con particularidades. IV. La seguridad y salud laboral del personal militar. 4.1. Antecedentes. 4.2. La Defensa Nacional como fundamento de la exclusión del personal militar. V. Principios inspiradores de la normativa en materia de prevención de riesgos para la realización de actividades militares. 5.1. El principio de restricción de la prevención. 5.2. El principio de extensión limitada. 5.3. El principio de traslación. 5.4. El principio de coordinación. 5.5. Conclusiones. VI. Análisis de la actual normativa de prevención de riesgos laborales en las Fuerzas Armadas. 6.1. El Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de Prevención de Riesgos Laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los Servicios de Prevención del Ministerio de Defensa. VIII. Responsabilidades por incumplimiento de la normativa. 7.1. Introducción. 7.2. Obligaciones en materia de prevención por parte del empresario. 7.3. La responsabilidad empresarial. VIII. Estudio específico de las responsabilidades en el ámbito de la Administración Pública. 8.1. Introducción. 8.2. Responsabilidad administrativa y penal. 8.3. Responsabilidad civil. 8.4. Otros tipos de responsabilidades y consecuencias. IX. Conclusiones. Bibliografía.

I. ANTECEDENTES NORMATIVOS

1.1. Perspectiva breve de Derecho Interno

La concepción actual de la noción de Seguridad e Higiene ha sido la consecuencia de una evolución a lo largo del tiempo, desde su aparición a raíz de la

Revolución Industrial que se desarrolla a partir del siglo XIX hasta nuestros días, en los cuales, la materia de Seguridad e Higiene es de obligado tratamiento en las relaciones laborales, por cuanto constituye una disciplina estrechamente vinculada al Derecho del Trabajo.

Este Derecho del Trabajo surge, inicialmente, como consecuencia del intervencionismo del Estado en el campo del trabajo, con la notable característica de que sus normas contienen un claro contenido tuitivo, de protección al trabajador y, en especial, determinadas categorías de trabajadores como las mujeres y los menores, por lo que se puede afirmar que los orígenes de la Seguridad e Higiene laborales están en el propio nacimiento del Derecho del Trabajo.

Así en nuestro Derecho es factible hablar de una serie de normas que constituirían los albores de nuestra Seguridad e Higiene por estar marcadas por un carácter protector de la salud de los trabajadores. Así la Ley de 24 de junio de 1873, prohibiendo el trabajo a menores de diez años, jornadas superiores a ocho horas a los niños de trece a quince y a las niñas de quince a diecisiete y el trabajo nocturno, en general, a todos los menores de quince, si son varones o diecisiete si son mujeres.

Con posterioridad se puede hacer mención a la Ley de 27 de febrero de 1912, Ley de Accidentes de Trabajo de 31 de enero de 1900, el primer Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 31 de enero de 1940, hasta llegar al año 1944 en el que por Orden de 21 de septiembre se crean los Comités de Seguridad e Higiene. Es también destacable la Ordenanza General de Seguridad e Higiene, de 9 de marzo de 1971, que durante mucho tiempo ha constituido la norma principal en materia de Seguridad e Higiene, manteniéndose casi en su totalidad en vigor hasta tiempos recientes, aunque aplicada conforme a los principios establecidos por el Estatuto de los Trabajadores.

Como colofón de esta normativa tenemos la Ley 8/1988, de 7 de abril, de infracciones y sanciones de orden social que tipifica como tales infracciones conductas y actos contrarios a las normas sobre Seguridad e Higiene y que puedan suponer riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores. En cualquier caso, la normativa sobre Seguridad e Higiene ha estado e, incluso, está a hoy en día dispersa en multitud de normas de variada índole y de diversos ámbitos sectoriales.

La promulgación de la Constitución Española de 1978 supuso un enorme cambio en todo lo relativo a materia laboral y, por ende, de Seguridad e Higiene. Así, como principio encuadrado en los principios rectores de la política social y económica, esto es, en los principios informantes de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero no directamente invocable, establece nuestro Carta Magna que los poderes públicos velarán por la Seguridad e Higiene en el trabajo. En efecto, en el artículo 40.2 de la *Constitución Española de 1.978* se establece que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo. Igualmente, en el artículo 43.1 y 2 se reconoce el derecho a la protección de la salud e indica que *«compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios»*.

La introducción del referido principio supuso dotar de significado y contenido efectivo, tanto a normas anteriores, como posteriores a 1978. Las primeras van a ver reforzado su contenido, al aplicarse con fundamento en uno de los principios inspiradores del nuevo orden jurídico. Las segundas, por la necesidad de tener en cuenta el tan citado principio, siendo destacable la inclusión en el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) de la Seguridad e Higiene como un derecho laboral individual del trabajador, con el contenido y alcance que disponga su específica normativa, garantizándose, de este modo, el derecho básico a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.

Así, el citado *Estatuto de los Trabajadores* establece en su artículo 4.2, como una de las condiciones de la relación laboral, el derecho de los trabajadores a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene. En el artículo 19 se recoge el derecho de éstos a su protección en materia de seguridad e higiene. También se regula en su artículo 6 el desarrollo del trabajo de los menores de edad.

El mencionado derecho engloba un amplio contenido que abarca la protección a la salud individual como trabajador, protección específica en el ámbito del trabajo y adopción de medidas de prevención en orden a establecer una política de seguridad e higiene adecuada en el mismo ámbito laboral. De este modo, queda enmarcada como obligación de naturaleza contractual, en su origen y en su desarrollo, por cuanto esta obligación no existiría sin un previo vínculo contractual y un posterior desarrollo del mismo¹. En definitiva lo que se pretende es garantizar el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de Seguridad e Higiene en la prestación de sus servicios, incluyendo, asimismo, aspectos formativos prácticos en dicha materia, tanto en el momento de la contratación, como en caso de cambio de puesto de trabajo o aplicación de nuevas técnicas que puedan ocasionar riesgos graves para el trabajador.

En febrero de 1996 entró en vigor la *Ley 31/1995*, de 8 de noviembre de *Prevención de Riesgos Laborales*, lo que vino a suponer una importante innovación en el panorama normativo de la seguridad y salud en el trabajo, que ha servido, como se precisará más adelante, para transponer los mandatos europeos, actualizar normas anteriores ya desfasadas y regular situaciones nuevas.

Esta norma articula un conjunto de medidas basadas en la planificación de la prevención desde el mismo momento del diseño empresarial, la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo, la creación de nuevas figuras representativas específicas en el terreno de la salud laboral, con amplias funciones de consulta y participación, y otras más que tienen el propósito de desarrollar la actividad preventiva y la creación de una cultura preventiva en el entorno laboral, con la intención de que los lugares de trabajo sean más seguros para la salud de los trabajadores.

Sin embargo, y a pesar del gran esfuerzo realizado, por entidades y organismos públicos y privados, no se han logrado los resultados deseados. Así, vemos que en los

¹ JUAN GIL PLANA (2004) *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 53.

últimos años, asociado al incremento de la actividad económica y a las características del empleo creado, se mantienen altas cifras de siniestralidad laboral. Ante las altas cifras de accidentes de trabajo, la Unión Europea a través del Parlamento Europeo y la Comisión, ha considerado la prevención de los accidentes laborales como un tema prioritario dentro de su Agenda, haciendo un llamamiento a los Estados miembros para que trabajen, junto con los interlocutores sociales, en la búsqueda de medidas para la reducción de los accidentes de trabajo².

En este sentido, tras la reiniciación de la Mesa del Diálogo Social en materia de Prevención de Riesgos Laborales (entre Gobierno, organizaciones empresariales y sindicales) y tras diferentes reuniones con los representantes de las Comunidades Autónomas, el Estado ha tomado una serie de iniciativas legales, entre las que conviene destacar la *Ley 54/2003 de 12 diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales* por la que se modifica diversos artículos de la Ley 31/1995. Dicha norma llegó con un cierto retraso respecto de la intención manifestada y reflejada en el Acuerdo de 30 de diciembre de 2003, en el que se estableció de manera indubitada que todas las medidas de índole legal estarían aprobadas siempre antes del día 30 de junio de 2003.

Con esta nueva Ley se introducen un conjunto de medidas destinadas a mejorar la efectiva integración de la prevención de riesgos.

No obstante, esta Ley que trató de recoger las propuestas en materia de prevención diseñadas en el proceso de diálogo social entre el Ejecutivo y los agentes sociales, fue objeto nada menos que de 93 enmiendas en el Congreso de los Diputados y de otras 59 en el Senado, reflejando una clara falta de sintonía en una materia tan trascendente entre el Gobierno y los diferentes grupos parlamentarios, falta de sintonía que contrastó con el consenso existente entre aquel y los interlocutores sociales.

1.2. Antecedentes en el ámbito del Derecho Comunitario

Lo expuesto como breve referencia de carácter histórico relativa a la aparición del concepto de Seguridad e Higiene en el trabajo y su progresivo desarrollo en nuestra legislación, debe ser necesariamente completado con una visión de dicha materia en el marco de la Unión Europea. Así la inclusión de España como miembro de pleno derecho en la misma el día 1 de enero de 1986, supuso engrosar la lista de normativa a tener en cuenta, en el caso que nos ocupa en materia de Seguridad e higiene en el trabajo, concepto designado en el ámbito europeo como «Salud y seguridad».

La salud y la seguridad en el trabajo es hoy en día uno de los ámbitos más relevantes de la política social de la Unión Europea. En efecto, el derecho que tienen los trabajadores a una protección eficaz se reconoce como tal en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y constituye una obligación básica del empresario,

² MONTOYA MELGAR (1992). *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*

que consiste, principalmente, en garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores adoptando las medidas que tiendan a eliminar o a reducir al mínimo los posibles riesgos para la integridad física y psíquica de los mismos en el lugar de trabajo.

Por lo expuesto, es preciso entrar de lleno, a través de sus hitos más significativos, en el devenir de las actuaciones comunitarias en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como describir en sus trazos más gruesos las líneas de acción que integran las políticas desarrolladas en la materia tanto por los Estados miembros como por las distintas instituciones comunitarias. Para ello, es necesario prescindir de experiencias individualizadas, centrándose así en la trayectoria de las distintas iniciativas sobre políticas de prevención desde el origen de la Comunidad hasta nuestros días.

Tomando como referencia la letra del artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece, que *«todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad»*, se hace necesario el inicio del estudio de la protección de tales derechos en el ordenamiento social comunitario.

1.2.1. La armonización de los Derechos Nacionales como objetivo europeo

Por lo que a la armonización de ordenamientos nacionales se refiere, la seguridad y salud en el trabajo constituye un objetivo prioritario de la Comunidad. Prueba de ello son los Programas comunitarios aprobados desde la década de los setenta, múltiples Directivas y otras disposiciones.

En efecto, el Consejo de las Comunidades en su Resolución de 24 de enero de 1974 aprobó el Programa de Acción Social, cuyo contenido incluía, dentro de sus objetivos de *«mejora de las condiciones de vida y trabajo que permitan su armonización en el progreso»*, la meta de establecer un programa de acción a favor de los trabajadores, tendente a la humanización de las condiciones de vida y trabajo, y especialmente *«la mejora de la seguridad y de la higiene en el trabajo, la eliminación progresiva de las constricciones físicas y psíquicas que existan en el lugar y en el puesto de trabajo, principalmente mediante la mejora del medio ambiente»*, y en fin, *«la ordenación de las tareas comenzando por los sectores de actividad, en los que las condiciones de trabajo sean más penosas»*. Con tal finalidad se crea un Comité Consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el trabajo *«encargado de asistir a la Comisión en la preparación y puesta en práctica de las actividades que se realicen en el ámbito de la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo»*.

1.2.1.A. PRIMER PROGRAMA DE ACCIÓN SOCIAL

Con posterioridad, y por resolución del Consejo de las Comunidades, de 29 de junio de 1978, se desarrolla el primer Programa de Acción de las Comunidades en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, constituyendo su *«fin esencial, la ele-*

vación del nivel de protección con respecto a los riesgos profesionales de cualquier naturaleza». En concreto, el Programa enunciaba y describía minuciosamente seis acciones a emprender a nivel comunitario:

- 1) integración de la seguridad en los diferentes pasos de la concepción, la producción y explotación;
- 2) establecimiento de límites de exposición de los trabajadores a poluciones y elementos nocivos encontrados o susceptibles de ser encontrados en el lugar de trabajo,
- 3) desarrollo de la vigilancia de la seguridad y salud de los trabajadores,
- 4) estudio de las causas de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales,
- 5) coordinación y promoción de la investigación en materia de seguridad y salud en el trabajo y
- 6) desarrollo del espíritu de seguridad y de salud por la educación y la formación.

Si bien los objetivos no llegaron a desarrollarse en su totalidad, sirvieron como base de la política comunitaria. En tal sentido, cabe destacar el hilo conductor entre ambas resoluciones –1974 y 1978–, lo que contribuye a desplegar un verdadero intento de *«armonización de las nociones y las terminologías, así como de los métodos de identificación, de medida y de evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud»*³. En definitiva, de ambas resoluciones se desprende una voluntad tácita de emprender acciones a corto plazo para llegar a conseguir una *«metodología estadística común sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales»*.

1.2.1.B. SEGUNDO PROGRAMA DE ACCIÓN SOCIAL

Concluido el plazo establecido para el de desarrollo del primer programa, el Consejo adoptó una nueva Resolución relativa a un segundo Programa en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Dicha Resolución, amparada tanto en el Programa de Acción Social, en el primer Programa de Acción sobre Seguridad e Higiene en el Trabajo, como en los artículos 2 y 117 del Tratado de la CEE, manifestó la voluntad de incidir y profundizar en las líneas de trabajo ya iniciadas anteriormente, por lo que emprende acciones de coordinación de políticas sociales en materia de:

- a) protección contra las sustancias peligrosas,
- b) protección frente a accidentes debidos a caídas, elevación manual o máquinas peligrosas y medidas sobre iluminación del lugar de trabajo,
- c) organización de servicios de medicina del trabajo, higiene y seguridad profesionales,

³ A. MONTOYA MELGAR, J. M. GALIANA MORENO, A. V. SEMPERE NAVARRO. *Derecho Social Europeo*.

- d) información adecuada a empresarios y trabajadores,
- e) elaboración de estadísticas,
- f) temas de investigación y
- g) cooperación con las OMS, OIT y organizaciones similares.

Dicho programa tampoco fue ejecutado de forma completa. No obstante, dos de sus acciones obtuvieron un éxito inmediato: Una de ellas consistía en «*establecer reglas comunitarias para limitar la exposición al ruido (acción 6)*», y la otra en «*desarrollar una acción de prevención y de protección en lo que concierne a las sustancias, cuyo carácter cancerígeno está reconocido y otras sustancias y procesos peligrosos que pueden tener efectos nocivos graves sobre la salud (acción 5)*».

1.2.1.C. TERCER PROGRAMA DE ACCIÓN SOBRE SEGURIDAD LABORAL

A finales de la década de los noventa, el Consejo de las Comunidades adoptó el tercer programa de acción relativo a la seguridad, a la higiene y a la salud de los trabajadores. Este Programa se concibió como un instrumento adecuado para iniciar la aplicación del artículo 118 A del Tratado de la CEE. En efecto, mientras que los dos primeros tuvieron su base jurídica en los artículos 117 y 118 del Tratado de la CEE, este tercero se ampara en el art. 118 A para el desarrollo de sus iniciativas sobre armonización dentro del progreso de las condiciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, y en el artículo 188 B sobre el fomento del diálogo social, ambos del Acta Única, incorporados al Tratado Fundacional.

Previamente, la Comisión había sometido a la aprobación del Consejo su nuevo programa, que acoge favorablemente, aunque incorpora algunas pautas de desarrollo de la política comunitaria: la necesidad de que las Directivas insistan en la adopción de disposiciones esenciales relativas a un nivel de protección elevado de los trabajadores; la obligatoriedad de observar y, en su caso, considerar, al momento de elaborar los planes de trabajo, la gravedad de los riesgos de trabajo y/o enfermedades profesionales, el número de trabajadores expuestos a riesgos y las posibilidades de prevención; así como el fomento de la participación de los interlocutores sociales en la elaboración de las Directivas.

En concreto, este programa se estructuraba en cinco grandes áreas de trabajo que, a su vez, se vertebran en un importante número de acciones específicas, a saber:

- a) seguridad y ergonomía en lugares de trabajo,
- b) salud e higiene en el trabajo, particularmente frente a determinados agentes y sustancias,
- c) formación e información en cuanto a las sustancias peligrosas para la salud y la seguridad, objeto de propuestas de Directivas,
- d) iniciativas específicas a favor de pequeñas y medianas empresas,
- e) diálogo social, cuyo ámbito natural será el Comité Consultivo para la Seguridad, la Higiene y la Protección de la Salud en el lugar de trabajo.

Solapándose en el tiempo con el tercer Programa, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores y el Programa de acción para su aplicación completan el impulso del acervo comunitario en materia de seguridad y salud en el trabajo.

En tal sentido, la Carta establece, con carácter general, que *«todo trabajador debe disfrutar en su medio de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad»*. Para ello, dispone la necesidad de adoptar medidas adecuadas, tales como: la formación, la información, y la consulta y participación de los trabajadores en lo que se refiere a los riesgos a los que estén expuestos y a las medidas que se adopten para eliminar y reducir esos riesgos.

1.2.2. Tratados CECA, EURATOM y Tratado de la Comunidad Económica Europea

Los Tratados Constitutivos de las tres Comunidades (CECA, EURATOM y CEE) contienen preceptos expresos sobre la adopción de medidas adecuadas de seguridad, salud e higiene en el trabajo.

Así, el art. 55.1 del Tratado de la CECA encomienda a la Alta Autoridad (Comisión) el fomento de la investigación sobre la seguridad en el trabajo en las industrias. El Tratado del EURATOM anuncia el establecimiento en la Comunidad de *«normas básicas para la protección sanitaria de la población y los trabajadores contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes»* (artículo 30), fijando seguidamente las reglas sobre elaboración y revisión de tales normas básicas. De gran importancia, señala la doctrina, es el contenido del artículo 33 del Tratado EURATOM que, de un parte, ordena a los Estados Miembros a adoptar las *«disposiciones legales, reglamentarias y administrativas adecuadas para garantizar la observancia de las normas establecidas»*, y, de otra, encarga a la Comisión *formular las recomendaciones necesarias con objeto de asegurar la armonización de las disposiciones aplicables (...) en los Estados miembros»* en materia de protección sanitaria de la población en general y de los trabajadores en particular.

Por su parte, el art. 118 del Tratado de la CEE encarga a la Comisión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito *«de la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales»* y *«la higiene en el trabajo»* mediante el intercambio de estudios, dictámenes y la organización de consultas.

Dicho precepto fue objeto de críticas, entre las que se argüían, por un lado, el *«carácter incompleto y descompensado del art. 118 TCE, pues sólo habla de higiene en el trabajo»*, y por otro, la limitación de los medios otorgados a las instituciones comunitarias, que únicamente les permitan un papel subsidiario, consistente en favorecer la compatibilidad de las evoluciones legislativas de los Estados Miembros en materia de política social.

Junto al art. 118 TCE, cabe incorporar al elenco de los preceptos tutelares de la seguridad y salud en el trabajo el art. 117 TCE. Esta disposición comunitaria viene

a establecer el compromiso de los Estados miembros «*a promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores comunitarios, con la finalidad de lograr su equiparación*». En este sentido, el art. 117 TCE se aproxima a la línea impulsada por el art. 118 TCE, consistente en aplicar la técnica normativa de la aproximación de legislaciones nacionales, junto al simple funcionamiento del mercado común, para lograr la equiparación por la vía del progreso de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores⁴.

En consecuencia, la regulación comunitaria de cuestiones de seguridad y salud en el trabajo parece seguir el régimen previsto por el Tratado de la CEE de atribución de competencias a la Comunidad, según el cual se deben aplicar las reglas de los artículos 100 y 235 Tratado CEE, principalmente, las del primero, que contienen la aproximación de aquellas normativas estatales que inciden directamente en el establecimiento o el funcionamiento del Mercado Común.

Con todo, la posible utilización del procedimiento del art. 100 planteó ciertas dificultades, ya que enfrentaba dos objetivos diferentes: de un lado, la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, consecuencia de la autorización prevista en el artículo 117 del Tratado de la CEE y de otro, la obligatoriedad, expresada en el art. 100 del Tratado de la CEE, de que las normas legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros inciden directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.

El problema fue finalmente resuelto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, a través del Dictamen 2/91, de 19 de marzo.

En efecto, el TJCE manifestó que aquellas Directivas emanadas del artículo 100 TCE, que asumen el objeto encomendado por el artículo 117 TCE («*promover la mejora de las condiciones vida y trabajo de los trabajadores*») tan sólo contenían el carácter de «*disposiciones mínimas*» en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Por el contrario, las Directivas del artículo 100 TCE, relativas a la seguridad en los productos y aprobadas con la finalidad de eliminar los obstáculos a los intercambios resultantes de las divergencias entre las normativas de los Estados miembros, carecían de dicho carácter. No obstante, cuando se aprobaron las Directivas amparadas en el artículo 100 TCE cualquiera que fuese su concepción jurídica o finalidad, no se establecía en dicho precepto ningún tipo de diferencia en la intensidad, mínima o completa de su regulación, además tanto unas como otras Directivas amparadas por igual en el artículo 100 TCE eran adoptadas por unanimidad.

La firma del Acta Única Europea abre nuevas expectativas a la adopción de normativa comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo, en tanto en cuanto adiciona al Tratado de la CEE un artículo de relevancia trascendental para impulsar

⁴ ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO (2004)
Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Número 53.

la armonización señalada, el artículo 118 A TCE. Dicho precepto encomienda a los Estados miembros «*promover la mejora del medio de trabajo, la seguridad y la salud de los trabajadores*», fijándose como objetivo «*la armonización dentro del progreso*» de las correspondientes condiciones, y como instrumento normativo la Directiva referida a «*disposiciones mínimas*» y adoptada por el Consejo, no por unanimidad, sino por «*mayoría cualificada*».

En realidad, aunque el objetivo como tal no era novedoso, sí resultó de notable significación la modificación incorporada al sistema de aprobación de las Directivas (adopción por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, en coordinación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social).

Asimismo, cabe añadir que se intenta extender el restringido ámbito del artículo 118 del Tratado CEE, prueba de ello es la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de diciembre de 1998; sin embargo tal intento no sólo no prosperó sino que la propia Acta Única Europea incluyó nuevas limitaciones, a saber: las reglas en cuestión sólo podrían contener «*disposiciones mínimas*», sólo podrían aplicarse «*progresivamente*» según las circunstancias de los Estados miembros, y no deberían establecer trabas jurídicas, financieras o administrativas para las pequeñas y medianas empresas (art. 118 A.2), «*recibiendo así un trato atento a su peculiaridad*»⁵.

Por otra parte, el Acta Única Europea permite la prevalencia de la legislación interna de un Estado miembro sobre la Directiva adoptada por mayoría cualificada, cuando existan razones «*relacionadas con la protección del medio de trabajo*», y siempre que la Comisión compruebe su carácter fundado y ajeno por tanto a propósitos discriminadores o restrictivos de la competencia (artículo 100).

Al respecto, la doctrina entiende que el citado precepto se está refiriendo a la prevalencia (excepcional) sobre las normas comunitarias de normas internas menos favorables, ya que la regla de la preeminencia más favorable presente, además, en numerosas Directiva se consagra como regla general en el artículo 118 A.3.

1.2.3. Tratado de la Unión Europea

El Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), firmado en Maastricht en febrero de 1992, supone un importante avance respecto de las previsiones del TCE. Y ello porque, aunque el Tratado de la Unión Europea pretendió edificar la unión política sobre las bases de una verdadera solidaridad interna, facilitando la modernización de las economías menos prósperas en aras a su mejor inserción en la Unión Europea y promoviendo el progreso económico y social de sus pueblos (Preámbulo del Tratado de la Unión Europea), no fue posible consensuar los aspectos relativos a la cohesión social. En efecto, la negativa de Gran Bretaña

⁵ F. CAMAS RODA. (2003). *La normativa internacional comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Valencia.

sobre la inclusión de los principios de la Carta Social Europea provocó que los otros once Estados decidieran la aprobación de un Protocolo, el número 14, sobre Política Social anexo al Tratado de la Unión Europea, lo que significa que dicha política únicamente sólo se les aplicará a ellos. Dicho Protocolo sobre Política Social también recoge aspectos relacionados con la seguridad y salud en el trabajo. En concreto, señala en su artículo 1º, como objetivo prioritario, «*la mejora de las condiciones de vida y trabajo*», estableciendo, además, como instrumento para lograr la consecución, la necesaria orientación de la acción comunitaria en tres direcciones específicas: las condiciones de trabajo, la información y consulta a los trabajadores y la mejora del medio de trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores (artículo 2º).

1.2.4. Directiva 89/391, de 12 de junio

Pues bien, sobre la base del art. 118 A del Tratado CEE, del tercer Programa del Consejo y de las cuatro Resoluciones del Parlamento invitando a la Comisión a elaborar una Directiva-Marco que sirviera de fundamento a sucesivas Directivas específicas sobre seguridad y salud en el lugar de trabajo, el Consejo procedió a adoptar dicha Directiva-Marco 89/391 CEE, el 12 de junio de 1989.

Esta Directiva supone un punto de inflexión en la utilización por la Unión Europea de los instrumentos normativos para controlar la lesividad del trabajo humano. En efecto, la existencia de demasiados accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, de plurales y diferentes sistemas legislativos en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como la necesidad de evitar que se apliquen condiciones deficientes en tal materia con motivaciones inspiradas en la competencia, exigieron la armonización de las legislaciones de los Estados miembros frente a los riesgos profesionales. En tal sentido, la Directiva Marco erige en objetivo y valor autosuficiente la mejora de las condiciones de salud e higiene laborales («*objetivo que no podrá ser subordinado se lee en el Preámbulo de la Directiva Marco a consideraciones de carácter puramente económico*»). De ahí que dicha disposición normativa se considere la «*piedra angular del edificio comunitario en materia de salud laboral*».

Y ello no sólo porque asuma como propios los desarrollos de buena parte de las normas anteriores a 1989, sino también porque consolida y afianza el ordenamiento jurídico comunitario en la materia. En suma, la Directiva Marco viene a establecer las disposiciones que, con carácter general y con una clara finalidad preventiva y protectora, habrán de aplicarse en todos los lugares de trabajo, con independencia de su naturaleza pública o privada o cualesquiera que fuesen las actividades en él desarrolladas. Además, es imprescindible señalar la obligación básica, tanto para el empresario como para el trabajador, contenida en la Directiva Marco.

De un lado, y por lo que respecta al empresario, sobre él pesa la obligación básica de asegurar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo. En concreto, la Directiva-Marco delimita el conjunto de obligaciones accesorias que al empresario incumben en esta materia, a saber:

- a) las obligaciones de análisis de las condiciones de trabajo, referidas tanto a la evaluación de los riesgos existentes en el centro de trabajo y el establecimiento de las medidas preventivas necesarias, como a la investigación de las causas de siniestros que hayan tenido lugar;
- b) las obligaciones relativas a la formación profesional de los trabajadores en materia preventiva, obligación que no concluye al momento de su ingreso en la empresa, sino que permanece durante el desarrollo de la prestación laboral del trabajador, acentuándose en situaciones puntuales, tales como: supuestos de movilidad funcional o introducción de nuevas tecnología;
- c) las obligaciones relativas a la información, consulta y participación respecto de los riesgos existentes en el centro de trabajo y las medidas preventivas, que el empresario debe transmitir, indistintamente, a los trabajadores individualmente considerados y/o a sus representantes; y
- d) las obligaciones relativas al establecimiento de mecanismos de prevención de riesgos apropiados en los supuestos de contrata y subcontrata de obras y servicios, así como en los casos de grupos de empresa.

De otro lado, y en relación con el trabajador, su obligación esencial consiste en velar por su propia seguridad y salud conforme a su formación y las instrucciones recibidas del empresario. En este sentido, cabe mencionar las obligaciones que se derivan de la correcta utilización de máquinas, útiles, sustancias y equipos de protección, e incluso aquéllas que consistan en informar al empresario de los peligros graves e inmediatos que, eventualmente, pudieran detectar en su trabajo, o de los defectos que advirtieren en los dispositivos de seguridad.

Asimismo, la Directiva Marco dispone un conjunto de derechos del trabajador (con las consiguientes obligaciones para el empresario), referidos a actuaciones en caso de peligro grave e inminente, reconociendo a aquél la facultad de abandonar su trabajo si la continuidad del mismo acarreará algún peligro, sin que por ello pueda sufrir perjuicio por dicho abandono. A partir de esta estructura obligacional básica, que genera correlativos derechos *inter partes*, se definen las bases para el nacimiento de un entramado jurídico de derechos y obligaciones recíprocos, cuya naturaleza accesoria los identifica como instrumento para la realización de la mencionada obligación⁶.

De este modo, se instituye un conjunto de principios preventivos del riesgo que vinculan al empresario en la adopción de las concretas medidas de protección de la salud de los trabajadores tales como: evitar los riesgos en su origen, planificar la prevención o dar prioridad a la protección colectiva frente a la individual.

En otro orden de cosas, repárese en que la Directiva 98/931 CEE viene a disponer ciertas obligaciones adicionales, cuyos titulares no son ni los empresarios ni los trabajadores, sino los Estados miembros. En efecto, la Directiva Marco establece el deber

⁶ A. U. SEMPERE NAVARRO. M. CARDENAL CARO. (2000). *Transposición de la Directiva Marco de Seguridad Laboral en los diferentes*

países de la Unión Europea. Fundación MAPFRE. (Madrid).

de los Estados de adoptar medidas de vigilancia de la salud de los trabajadores. En concreto, se alude expresamente a la satisfacción del derecho del trabajador a someterse periódicamente a reconocimiento médicos, de un lado, y a la necesidad de orquestar una especial protección frente a los riesgos derivados del trabajo de los denominados «*colectivos especialmente sensibles*», entre los cuales y a falta de referencia expresa, habría que entender comprendidas a la mujeres embarazadas y a la mujeres lactantes.

En definitiva, la Directiva Marco consigue lograr una armonización general de normas mínimas en materia de seguridad, higiene y salud laborales, sin olvidar la adopción de Directivas específicas necesarias para complementar los preceptos generales establecidos en la Directiva 89/391 CEE⁷.

Por lo tanto, y como rápida conclusión de todo lo señalado se puede afirmar que la actual Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, transpone al Derecho español la citada Directiva, al tiempo que incorpora al que será nuestro cuerpo básico en esta materia disposiciones de otras Directivas cuya materia exige o aconseja la transposición en una norma de rango legal, como son las Directivas 92/85/CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.

II. NORMATIVA ACTUAL SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Como ya hemos señalado la actual regulación en materia de salud y seguridad laboral es fruto de una larga evolución que tiene como principal punto de inflexión la promulgación en 1995 de la Ley 31/ 1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, norma que se configura como columna vertebral del Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo. Esta norma, desarrollada por el Real Decreto 39/1997 se promulga, como ya hemos reiterado, en aplicación de la normativa comunitaria establecida en materia de Prevención de Riesgos Laborales, así como para determinar, las obligaciones empresariales para garantizar la salud y el bienestar físico y moral de los trabajadores en el desarrollo de su actividad laboral cotidiana. Haciendo una mezcla de los diversos términos contemplados en el artículo 4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, podríamos llegar a la siguiente definición de la Prevención de Riesgos Laborales:

«La prevención de riesgos laborales es el conjunto de actividades o medidas, adoptadas o previstas por el empresario en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño o el desarrollo de alguna enfermedad, patología o lesión sufrida con motivo u ocasión del desempeño de su actividad laboral en su concreto puesto de trabajo»

⁷ F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL. *La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores.*

En materia de actividad preventiva, la Ley 31/1995 generó una serie de obligaciones, que, en primer término atañen al empresario, y en segundo término, y no menos importante, al trabajador que deberá cumplir con las directrices que el empresario le dé para poder desarrollar su trabajo con las máximas garantías de seguridad⁸.

De ahí la importancia, no solo de establecer una correcta política en materia de prevención de Riesgos Laborales, sino también, la necesidad de integración de los trabajadores dentro de ese proceso preventivo.

No obstante, desde su entrada en vigor, ejemplo evidente de la positiva actuación del legislador español en materia de seguridad y salud en el trabajo, la dura realidad de la persistente y creciente evolución de las tasas de siniestralidad que se registran en el mercado laboral español, de las que, sólo en los dos últimos años, se aprecia una contención, de la que todavía no podemos afirmar con total rotundidad que sea debida ni a los cambios legislativos operados ni a la actuación de los poderes públicos y agentes sociales, ha obligado a una actuación de los poderes públicos en el sentido de orientar su actuación hacia una profunda reflexión de lo hasta ahora realizado y hacia una reforma del marco normativo que sirva para mejorar la actual coyuntura de siniestralidad laboral.

En este sentido, tras la reiniciación de la Mesa del Diálogo Social en materia de Prevención de Riesgos Laborales (entre Gobierno, organizaciones empresariales y sindicales) y tras diferentes reuniones con los representantes de las Comunidades Autónomas, el Estado tomó una serie de iniciativas legales.

Así, ante el clima de preocupación social por el grave problema que suponía y supone las altas tasas de siniestralidad, y con un cierto retraso respecto de la intención reflejada en el Acuerdo de 30 de diciembre de 2002, el Gobierno presentó a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales, con fecha 23 de julio de 2003, iniciándose una tramitación parlamentaria que concluirá el 3 de diciembre de este mismo año con la aprobación definitiva por parte del Congreso de los Diputados, y su posterior publicación, como Ley 54/2003, en el Boletín Oficial del Estado, el día 13 de diciembre, entrando en vigor al día siguiente, el 14 de diciembre, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Única.

Según la propia Exposición de Motivos de la Ley 54/2003, el objeto de esta norma es abordar la ejecución de las medidas contenidas en el Acuerdo de 30 de diciembre de 2002, es decir, la norma extrae sus contenidos de reforma de lo diseñado en el Acuerdo alcanzado en la Mesa de Diálogo Social para la prevención de los riesgos laborales. Existe un primer objetivo, denominado «horizontal» por el propio legislador, seguramente para indicarnos que toda la reforma gira en torno al mismo, hallándose presente en todo el texto legal, y que no podía ser otro, que *la lucha con-*

⁸ CAMAS RODA E. *El proyecto de Ley de Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales*

tra la siniestralidad laboral «de manera activa» .Junto a este objetivo, existen otros secundarios, o más bien instrumentales del primero, y que son:

- *«Fomentar una auténtica cultura de la prevención de los riesgos en el trabajo, que asegure el cumplimiento efectivo y real de las obligaciones preventivas y proscriba el cumplimiento meramente formal o documental de tales prohibiciones.»*
- *«Reforzar la necesidad de integrar la prevención de riesgos laborales en los sistemas de gestión de la empresa.»*
- *«Mejorar el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos.»*

Para alcanzar estos objetivos la ley se propone adoptar una serie de medidas. En primer lugar, para fomentar la implantación de una cultura preventiva se nos dice que *«los tipos infractores se redactan precisando que las obligaciones preventivas habrán de cumplirse con el alcance y contenidos establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales»*, al mismo tiempo que se trata de *«asegurar el cumplimiento efectivo de sus obligaciones por los diferentes sujetos responsables»*

En segundo lugar, para mejorar las funciones de control público del cumplimiento o no de las obligaciones preventivas de los distintos sujetos obligados, el legislador recurre a actualizar la colaboración de los funcionarios autonómicos con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En tercer lugar, para lograr la integración de la prevención en los sistemas de gestión de la empresa, se articulan una serie de medidas, siendo las más significativas, por un lado la *«pretendida»* configuración del Plan de Prevención como una obligación nueva y distinta de las existentes hasta ahora de evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva; y por otro, la implantación de la novedosa figura de la presencia de los recursos preventivos⁹.

En la búsqueda de una mayor y efectiva integración de la seguridad y salud en el trabajo en la gestión de la actividad de la empresa se procede a modificar, en primer lugar, el apartado 2º del artículo 14, estableciéndose que *«en cumplimiento del deber de protección el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo»*.

A estos efectos en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante *la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajador* vuelve a reiterar la necesidad de integración de la prevención de riesgos laborales en la gestión de las empresas, pero ahora se concreta, en el apartado 1º del artículo 16, que dicha necesidad se ha de producir *«tanto*

⁹ LANZADERA ARENCIBIA E. *Comentarios a la reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales.*

en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta», y el instrumento fundamental para acometer este objetivo será «la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos» que «deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan»¹⁰.

Otra de las novedades encaminadas a lograr una verdadera integración de la prevención de los riesgos laborales en las empresas se opera con la introducción de un nuevo artículo, el 32 bis, en el texto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que establece la presencia de los Recursos Preventivos en el lugar de trabajo, así como una supone que en los centros de trabajo será necesaria la presencia de los recursos preventivos, pero no siempre y en todo caso sino cuando se aprecie alguno de los supuestos contemplados en la norma, y que son:

- a) *«Cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo».*
- b) *«Cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales».*
- c) *«Cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas».*

Otra de las modificaciones es la reforma realizada en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, reforma que se realiza con la intención de mejorar la función de control de la normativa laboral y asegurar un cumplimiento efectivo de las obligaciones de los distintos supuestos. Se procede a modificar el concepto de infracción laboral en materia de prevención, de suerte que se define como toda acción u omisión *«de los diferentes sujetos responsables»*, eliminando la enumeración de los mismos, es decir, se da una definición en la que ya no se recogen los diferentes sujetos responsables, sino que para ello la definición objetiva se remite al listado del artículo 2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y se modifica el ámbito subjetivo, mediante la nueva redacción del artículo 8.2 de dicha norma, para introducir como sujeto responsable administrativamente al empresario titular del centro de trabajo.

¹⁰ GARCÍA VIÑA J. *Primeras aproximaciones a la Ley 54/2003, de 11 de diciembre, de*

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales.

III. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La ampliación del ámbito subjetivo de las normas preventivas establecida por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ha incluido dentro de sus previsiones a los empleados y funcionarios públicos. No obstante, dicha inclusión no es plena ni equiparable en todos los órdenes a la situación de los trabajadores asalariados ordinarios. Para concretar esas diferencias, ya establecidas en parte en la misma Ley de Prevención, ha tenido lugar un desarrollo reglamentario, referido tanto a la Administración Pública en general como a algunas específicas, la militar por ejemplo. Dicho desarrollo introduce particularidades de tratamiento en las diversas dimensiones de la salud laboral como, por ejemplo, los modos de organización interna de la prevención, la representación de los trabajadores, o los procedimientos de corrección de los incumplimientos por parte de las Administraciones Públicas. Con el trasfondo del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, normas recientes han abordado esta última cuestión que también se considera en el presente trabajo.

La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y de sus normas de desarrollo en el ámbito de las Administraciones Públicas es una cuestión problemática que presenta perfiles particulares y que ha recibido un impulso notable en razón de innovaciones normativas como es el caso de la aprobación el 19 de julio de 2002 de un nuevo Real Decreto (el 707/2002), sobre prevención de riesgos laborales en las Administraciones Públicas, referido en este caso al procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo. Un Real Decreto que, modificado por el Real Decreto 464/2003, de 25 de abril, viene a sumarse a otras normas como el más general Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, referido a la adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado.

3.1. Aplicación subjetiva

Dicho lo anterior, una de los elementos clave en la nueva regulación sobre salud laboral ha sido la introducción por la vigente normativa sobre riesgos laborales de un hecho novedoso en cuanto a los sujetos protegidos o beneficiarios, al extender sus mandatos también a las personas que prestan sus servicios y están vinculadas con el receptor de los mismos por un título jurídico diferente del contrato de trabajo, esto es, aunque no sean trabajadores en el estricto sentido jurídico del término. Así lo indica expresamente el art. 3.1, en cuyo segundo párrafo se subraya que *«cuando en la presente Ley se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta servicios»*.

Así pues, ha de entenderse que las exigencias, las obligaciones, los derechos y las responsabilidades que la LPRL imputa a trabajadores y empresarios deben conside-

rarse igualmente referidas a funcionarios públicos, personal estatutario y Administraciones Públicas¹¹, respectivamente. Algo que hasta la LPRL no estaba previsto ya que el grupo de los funcionarios públicos y, en general, el de las personas que prestaban sus servicios sin someterse a las reglas laborales, no estaban protegidos por las normas de prevención de riesgos, sino a través, si acaso, de fórmulas propias, al margen de las normas laborales.

Lo que sucede, ha de advertirse ya, es que esa asimilación no es plena y el hecho de que se exijan obligaciones también a las Administraciones Públicas o que se atribuya a los empleados de esas Administraciones Públicas derechos en el terreno de la prevención no significa que la regulación sea exactamente igual que la del trabajador asalariado de una empresa privada. Ya la misma LPRL, al hacer la extensión, advierte que va a existir algún tipo de diferencia.

Una diferencia que, en relación con los empleados públicos, pudiera estar justificada por el tipo de actividad (policía, por ejemplo), por el lugar donde se presta (instalaciones militares), por la peligrosidad (protección civil), e incluso por la naturaleza del vínculo jurídico que une a la persona que presta el servicio con la entidad que lo recibe (si trabajadores asalariados o funcionarios).

Aunque de entre todos ellos hay que destacar que sigue siendo el elemento de la naturaleza pública del ente que recibe los servicios el que, en primer lugar, crea un espacio propio en el que habrá diferencias incluso entre los trabajadores asalariados de esa Administración y los trabajadores del sector privado; mucho más entre estos últimos y los funcionarios públicos.

Todo lo anterior lo establece la LPRL, diferenciando, de una parte, el tratamiento aplicable a los empleados públicos en general, y, de otra, el más singular, compuesto de excepciones, peculiaridades o adaptaciones, previsto para determinadas categorías de empleados públicos en razón de ciertos intereses, circunstancias o factores. A este segundo grupo trata de atender el art. 3 de la LPRL, en sus apartados 2 y 3. De una forma un tanto confusa y desordenada ya que en él es posible encontrar desde exclusiones absolutas a adaptaciones o fijación de peculiaridades, manejadas con criterios poco claros, De aquí la necesidad de analizarlo en este lugar, aunque sea de forma esquemática; dejando para un momento posterior la consideración de las que son las normas de adaptación más generales previstas para el común de los empleados públicos.

3.2. Los servidores públicos excluidos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

Así, y en lo que más nos interesa, es preciso destacar que hay una exclusión absoluta de un tipo concreto de personal al servicio de las Administraciones Públi-

¹¹ SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA *La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en las Administraciones públicas.*

cas, el personal militar, para los cuales no rigen los mandatos de la LPRL. La Ley los excluye apoyándose en una habilitación concedida por la Directiva comunitaria 89/391/CEE, de 12 de junio (la llamada Directiva Marco), que permite a los estados miembros hacer determinadas exclusiones subjetivas de su ámbito de aplicación, una de ellas la referida a las fuerzas armadas. Una exclusión genéricamente vinculada a la protección del interés de la defensa nacional y que se podrá criticar que sea tan absoluta.

De hecho, la condición de militar podría igualmente haber justificado un tratamiento peculiar respecto de algunos de ellos (cuya tarea seguramente presente grandes incompatibilidades con la protección máxima frente a los riesgos del trabajo), teniendo en cuenta la concreta actividad desempeñada, ya que no todos realizan la misma ni con el mismo grado de implicación de cuestiones relacionadas con la Defensa Nacional.

Esto podría haber sido así, pero la LPRL, con el argumento genérico de la defensa nacional y apoyándose en la habilitación de la directiva, ha determinado expulsar del ámbito de la prevención de riesgos a los funcionarios públicos militares; considerando tales a los militares profesionales, a la Guardia Civil y a todos los que la Ley 17/1999, de 18 de mayo, que regula el régimen del personal de las fuerzas armadas, considera militares.

La clave de esta exclusión, que se va a volver a analizar respecto de un colectivo que no está excluido absolutamente de la LPRL pero en relación al cual se prevé una regulación particular y que son los funcionarios o el personal civil que trabaja en establecimientos militares, es mucho más la naturaleza y tipo de estructura interna, muy jerarquizada, de los centros en los que prestan sus servicios. Es cierto que, de forma muy genérica, están en juego intereses relacionados con la Defensa Nacional, y es verdad que, cuando entran en conflicto valores de seguridad personal con ese interés, el valor de la Defensa Nacional es prioritario.

Pero es la estructura de los centros militares la que exige, desde el punto de vista práctico, ciertas adaptaciones en la manera, sobre todo, de organizar la representación colectiva y la participación de los trabajadores o de los funcionarios. Lo que no justifica una exclusión tan absoluta y general de los militares. Pero la LPRL lo ha hecho y sobre esto poco más hay que decir. El personal militar se regirá en este tema por normas internas; lo que obviamente no quiere decir que no haya algún tipo de previsión de seguridad, pero eso lo determinará la propia Administración Militar.

Al margen de los militares, hay una serie de colectivos que también están excluidos, pero de una forma particular y no con carácter general. Los menciona igualmente el art. 3.2 de la LPRL cuando, por ejemplo, habla de la policía, del resguardo aduanero, de los servicios operativos de protección civil y peritaje forense.

3.3. Los funcionarios o empleados públicos tratados con particularidades

3.3.1. Por las características del lugar de prestación del servicio

Tras la referencia a los colectivos de empleados públicos excluidos de la actual normativa de prevención de riesgos laborales, siendo el colectivo militar retomado posteriormente en este trabajo con la finalidad de estudiar su específica legislación y particularidades, es necesario mencionar el citado artículo 3.3 de la LPRL, precepto que establece un tratamiento particular en relación con ciertos colectivos de empleados públicos, básicamente por razón de las características especiales del lugar, institución o espacio físico donde prestan sus servicios. Se trata del personal civil que trabaja en establecimientos militares y de los funcionarios de prisiones que lo hacen en los establecimientos penitenciarios, a los que, el Real Decreto 1488/1998, antes citado, tampoco se aplica por expresa declaración del mismo.

Con respecto al que en este trabajo nos interesa, a saber, el personal civil que trabaja en establecimientos militares (funcionarios civiles, personal civil no funcionario, trabajadores asalariados, pero no el personal militar que está excluido, como ya se ha dicho, el artículo 3.3 de la LPRL establece que les será de aplicación la LPRL, con las salvedades previstas en su normativa específica.

Dicha normativa la constituye, en primer lugar, el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares, así como la más concreta y posterior, aprobada en aplicación del mandato contenido en la Disposición Adicional Novena de la propia LPRL, que habilitaba al Gobierno para adaptar el contenido de los Capítulos III y V de la misma LPRL (referidos a los derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores y a los derechos de consulta y participación, respectivamente) a *«las exigencias de la Defensa Nacional, a las peculiaridades orgánicas y al régimen vigente de representación del personal en los establecimientos militares»*.

Tal normativa es el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, denominado, precisamente, de adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al ámbito de los centros y establecimientos militares. Estas referencias normativas lo que significan es que el personal que trabaje en centros y establecimientos militares (no siendo militar), salvo lo establecido en las normas especiales, tiene exactamente los mismos derechos que un trabajador o un funcionario civil que trabaje para cualquier otra Administración Pública; y, en consecuencia, en lo no previsto hay que remitirse a las reglas generales referidas a estos sujetos.

Algunas observaciones, aunque mínimas, es preciso hacer al tratamiento particular que se determina para el personal civil no funcionario de establecimientos militares. En estos momentos, si se pretende conocer cuál es la situación en la que se encuentra la seguridad y salud laboral en el ámbito militar desde la entrada en vigor de la LPRL, hay que recurrir, fundamentalmente, de un lado, para el personal civil, a la regulación recogida en el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, por el que se adapta parte de la regulación común prevista en la citada Ley para ser aplicada a

este personal que presta servicios en centros o establecimientos militares; y, de otro, para el caso del personal militar, al Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, que se ocupa de la seguridad y salud laboral de la Guardia Civil, así como al Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa¹².

Pues bien, en cuanto al personal militar hay que indicar que aunque estos últimos Reales Decretos han supuesto un claro avance en la regulación de la seguridad y salud laboral de este colectivo, su operatividad y eficacia son, hasta ahora, dudosas y bastante limitadas.

Por una parte, por ofrecer una solución aplazada en diversos aspectos; por otra, por sus constantes inconcreciones y ausencias de regulación en aspectos de enorme trascendencia que, en algunos casos, dificultan y, en otros, impiden su aplicación; de tal forma que queda condicionada a un futuro desarrollo por orden ministerial, para el que no se indican unos mínimos criterios. Además, porque sólo cubre parte del vacío normativo en materia de prevención de riesgos para el personal militar que, como es sabido, quedó excluido del ámbito de aplicación de la LPRL.

Pero lo que se pretende aquí no es analizar el contenido de los citados Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, que se ocupa de la seguridad y salud laboral de la Guardia Civil y Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, sino, una vez que se conoce cuál es el estado actual de la prevención de riesgos laborales en el ámbito militar, intentar establecer una serie de principios que ya se han visto reflejados, en mayor o menor medida, en las normas que, por el momento, existen para regular la prevención de riesgos laborales en el ámbito militar. Principios en los que se debe inspirar la regulación existente para el personal militar que lleva a cabo labores de este tipo.

3.3.2. Concepto de establecimiento militar

En primer lugar, la propia amplitud e indeterminación del concepto de establecimiento militar en el que han de operar estas particulares reglas preventivas. Desde luego la LPRL no lo define y tampoco el Real Decreto 1392/1998; de manera que opera la muy amplia contenida en el artículo 1 del Real Decreto 2205/1098, para el cual son establecimientos militares todos los «centros, unidades, dependencias y organismos análogos de la administración Militar». Un concepto excesivamente amplio si se tiene en cuenta la finalidad para la que se usa: establecer singularidades en el ámbito preventivo debido a las características organizativas del centro y a la implicación del interés de la Defensa Nacional. Algo que difícilmente puede predi-

¹² MORENO MÁRQUEZ, A. «Comentario al RD 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención

de riesgos laborales en la Guardia Civil», *Información Laboral*, núm. 25, agosto, 2005.

carce de todos los establecimientos militares. Tampoco el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, contiene una clara definición, señalando su artículo 2 c) como ámbito espacial «*todas las Unidades, Centros y Organismos del ámbito del Ministerio de Defensa, así como los organismos autónomos a él adscritos*», algo que refleja, no obstante, una clara vocación e intención de universalidad por parte del legislador, en el sentido de situar bajo el radio de acción del nuevo Real Decreto a cualquiera que sea el recinto, instalación u organismos que tenga algo que ver con el Ministerio de Defensa.

Así en esta línea cabría afirmar que es un establecimiento miliar, sin duda, un cuartel o un centro de reclutamiento o de instrucción, pero cabría albergar ciertas dudas acerca de una residencia de oficiales, una remonta, o de un centro de enseñanza militar. En suma, la gama de establecimientos militares es muy amplia y lo que puede ser adecuado en el Real Decreto 2205/1980, para establecer cuáles son las reglas que rigen la prestación de trabajo de los trabajadores asalariados de esos establecimientos, seguramente no lo sea en el caso de la prevención de riesgos, sobre todo cuando se trata de establecer peculiaridades reductivas en relación con las normas generales.

Si lo esencial es la relación entre las características del establecimiento y el interés de la defensa nacional, puede entenderse que haya cierta incompatibilidad entre la defensa a ultranza de la salud laboral y las reglas de funcionamiento eficiente de un cuartel. Como puede entenderse que haya algunos centros donde deba primar la organización jerárquica (la llamada línea de mando), las exigencias de la Defensa Nacional, cierta protección de secretos o informaciones. Pero hay otros establecimientos (una residencia de oficiales o el organismo que gestiona viviendas militares, por ejemplo), donde no se entiende por qué motivo quienes trabajen en ellos (sean funcionarios civiles o trabajadores) deban soportar un tratamiento distinto en el tema de la prevención de riesgos, en la medida en que ahí no hay ningún tipo de incompatibilidad entre la seguridad personal y la prestación eficiente de ese servicio. Aquí deberían aplicarse perfectamente las mismas reglas que se aplicarían a trabajadores o a funcionarios civiles que desempeñaran sus tareas en otro lugar.

3.3.3. *Peculiaridades en la regulación y tratamiento*

La segunda de las observaciones se refiere a la especialidad del tratamiento en materia de salud laboral incluido en el Real Decreto 1932/1998. Ya sabemos que se trata exclusivamente de la adaptación de los Capítulos III y V de la LPRL; lo que sucede es que, finalmente, esa adaptación realizada por el Real Decreto 1932/1998, es muy pobre y de alcance limitado¹³, limitándose a los extremos ya previstos en el Real Decreto 2205/1980; esto es, las competencias de llamado Jefe del establecimiento militar, cierta limitación procedimental en el ejercicio de derechos individuales y

¹³ M. CARDENAL CARRO. «*La prevención de los riesgos laborales en la Administración General del Estado*». Aranzadi Social, V/1998; y

I. GALDOS IBÁÑEZ. «*La Ley de Prevención de Riesgos Laborales en la Administración*». Lan Herremanak, número especial /2002.

una configuración particular de la representación de los trabajadores y funcionarios civiles en esta materia.

En definitiva, una regulación de tan poco alcance que cabe preguntarse si era necesaria tanta reserva de regulación, tanto recuerdo de la excepcionalidad de tales centros, para un resultado tan magro. Así pues y en concreto, el Real Decreto 1932/1998 fija el alcance de la adaptación prevista en los siguientes aspectos. En primer lugar, el protagonismo especial del Jefe del establecimiento quien centraliza competencias en la materia de la salud laboral que no resultan particularmente limitadas por ciertas obligaciones de consulta, genéricamente formuladas, a los representantes de los trabajadores en relación con temas variados como la planificación y organización del trabajo, la introducción de nuevas tecnologías, el recurso a servicios de prevención o la designación del personal encargado de las medidas de emergencia; siempre que, naturalmente, no se vea afectado o implicado el interés supremo de la Defensa Nacional.

En segundo lugar, una cierta restricción del derecho de los trabajadores a abandonar el puesto de trabajo en los casos de riesgo grave e inminente; una decisión que está sometida a controles procedimentales y que no podrá ponerse en práctica, pese a todo, si están en juego los intereses o la seguridad de la defensa nacional.

En tercer lugar, y aunque no lo mencione el Real Decreto 1932/1998 y sí en cambio el Real Decreto 2205/1980, la inspección y el control de las condiciones de seguridad de los centros está extraída de las competencias de la Inspección de Trabajo y atribuida a la llamada Sección Laboral, que es un órgano propio de la Administración Militar.

Esta exclusión competencial está, por otra parte, recogida por el art. 4.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, reguladora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, confirmada por el artículo 3.2 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y reiterada por el Real Decreto 707/2002. Dicha exclusión no afecta, como establece el artículo 3.2 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo, al control de las empresas que, sin ser centros militares, ejerzan actividades en este tipo de centros, bases o establecimientos; si bien, la misma norma prevé que el procedimiento concreto de inspección se establecerá mediante unas Instrucciones conjuntas del Ministerio de Defensa y de Trabajo y Asuntos Sociales, con el fin de salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional así como la seguridad y eficacia de los centros.

Tales Instrucciones han sido aprobadas por Orden PRE/2457/2003/, de 29 de agosto (BOE de 9 de septiembre), donde, en síntesis, se establecen:

- a) obligaciones de preaviso (24 horas) por parte de la Inspección al jefe del establecimiento, pudiendo este último prohibir la inspección si considera que se pone en riesgo el interés de la Defensa Nacional; decisión contra la que el

- Inspector tiene posibilidad de reaccionar sometiéndola al juicio último de los Subsecretarios de los Departamentos Ministeriales implicados.
- b) la inspección se realiza con el acompañamiento de la persona que designe el jefe del establecimiento.
 - c) si el resultado de la inspección revela algún incumplimiento por parte de la Administración Militar, el inspector lo pondrá en conocimiento del jefe de establecimiento, pudiendo urgir a la jefatura del establecimiento el cumplimiento correcto si esta circunstancia determina el respeto por parte de la empresa objeto de inspección de la normativa preventiva.

En cuanto al derecho, aquí limitado, del trabajador a negarse a prestar el trabajo en condiciones de riesgo grave e inminente, la LPRL habilita al trabajador para negarse a prestar su trabajo si considera que las circunstancias en las que está obligado a prestarlo suponen una amenaza o un riesgo grave e inminente para su seguridad. Se trata de una especie de derecho de autodefensa cuyo ejercicio no puede suponer para el trabajador ningún tipo de repercusión negativa ya que no se le puede sancionar o despedir por ello, ni siquiera deducirle el salario del tiempo de trabajo no prestado; y esto porque lo que provoca esa decisión de negativa a la prestación del servicio no es otra cosa que un incumplimiento empresarial.

Pues bien, es claro que esa decisión unilateral de un trabajador que opta por cesar en la prestación de su trabajo, se confronta con los criterios muy jerarquizados sobre los que se basa el funcionamiento de un centro o establecimiento militar. Por eso, el Real Decreto 1932/1998 regula con alguna particularidad este tipo de decisión. El trabajador tiene que informar lo antes posible al Jefe del establecimiento y es éste, un militar sin duda, el que tiene que adoptar las medidas y disponer de lo necesario. La decisión de abandono sólo la puede tomar el trabajador después del cumplimiento de este tipo de reglas procedimentales.

En definitiva, un funcionario civil o un trabajador asalariado que trabaje en un establecimiento militar puede considerar que la situación de riesgo grave e inminente le habilita a negarse a prestar su trabajo, pero esta negativa sólo puede ejercitarse en condiciones mucho más controladas de lo que está previsto en la LPRL para un trabajador por cuenta ajena, incluso de otra Administración Pública.

Sin embargo, seguramente las particularidades de tratamiento más significativas de los establecimientos militares en materia preventiva se encuentran en el terreno de la representación colectiva. Tales representantes son, como en la LPRL, los Delegados de Prevención, sólo que aquí su ámbito de representación se extiende a todo el personal funcionario civil y laboral destinado al establecimiento y serán designados por y entre el conjunto de los representantes unitarios de ese personal (ya se trate de Comités de Empresa y Delegados de personal, del personal laboral; ya de Juntas de Personal, del personal civil funcionario).

Por otra parte, las competencias y las funciones de tales Delegados de Prevención no difieren sensiblemente de las atribuidas con carácter general por la LPRL, salvo las siguientes relevantes matizaciones: de una parte, un reforzamiento de su obliga-

ción de colaboración con el Jefe del establecimiento; de otra, la limitación, o mejor la anulación, de la competencia de adoptar un acuerdo de paralización de actividades en el caso de riesgo grave e inminentes, una facultad atribuida en exclusiva al Jefe del establecimiento; por último, un reforzamiento del deber de sigilo profesional en razón de los intereses implicados y su relevancia. La idea básica es la de que quien trabaja en un establecimiento militar puede tener acceso a ciertas informaciones delicadas y que, en consecuencia, hay que ser particularmente cuidadoso o exigente en cuanto a su manejo y difusión.

En definitiva, no es que el Real Decreto 1932/1998 realice grandes aportaciones. Al final no deja de sorprender que, tras leer el art. 3.3 de la LPRL en relación con los establecimientos militares, con todo ese repertorio de exclusiones absolutas (militares) y adaptaciones (funcionarios civiles, trabajadores), y tener la impresión de que tales establecimientos son una especie de «*santa sanctorum*» donde la prevención de riesgos no se puede garantizar porque son prioritarios los intereses de la Defensa Nacional, el Real Decreto 1932/1998, contenga tan pocas singularidades o peculiaridades de tratamiento. En definitiva, no responde a las expectativas creadas, pudiendo casi sostenerse que el Real Decreto podría no existir y no pasaría nada.

IV. LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL DEL PERSONAL MILITAR

4.1. Antecedentes

Como ya hemos señalado la Ley de Prevención de Riesgos Laborales expulsó de su ámbito de aplicación al personal militar con objeto de salvaguardar la función de Defensa nacional que tiene encomendada. Pero esto no significa que no fuera precisa una regulación en materia de prevención de riesgos laborales para preservar la seguridad y salud laboral de este personal y menos aún, que no tenga derecho a que se le proteja porque se deba garantizar la Defensa Nacional.

Para corroborar lo anterior, el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condenó al Reino de España, por sentencia de 12 de enero de 2006, por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, entendiendo el Tribunal que la total, genérica y permanente exclusión del personal militar del ámbito de la legislación sobre riesgos laborales no es admisible¹⁴.

Así consideraba que la excepción prevista en el artículo 2 apartado 2 que establece la no aplicación de la misma «*cuando se oponga a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la fun-*

¹⁴ MILANS DEL BOSCH S. *El personal militar ante la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. *Revista Jurídica Militar*.

ción pública, por ejemplo, en las Fuerzas Armadas o la Policía, o determinadas actividades específicas en los servicios de Protección Civil», no opera de manera incondicional.

El Tribunal consideró que la excepción recogida en su artículo 2.2 no puede entenderse como una exclusión de sus mandatos, pues sólo las actividades específicas, que cada Estado debe concretar refiriéndose a particularidades específicas, pueden justificar la exclusión de la aplicación de la referida Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, no siendo admisibles exclusiones jurídicas o fácticas de tipo genérico, como de hecho a sucedido en España respecto del personal militar.

Así las cosas, la excepción establecida en el tan citado artículo 2 apartado 2 únicamente puede aplicarse, y además sólo de manera transitoria, en supuestos de acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse.

En definitiva cabe decir que la Directiva y su ámbito de aplicación y, por extensión, el de toda la normativa sobre prevención y protección frente a riesgos laborales, pasa de ser una normativa «ratio personae» a ser una normativa «ratio materiae».

Por lo tanto, en este estado de cosas se hacía completamente imprescindible la existencia de una regulación propia y específica para el personal militar, normativa que debería garantizar la efectiva protección en materia de riesgos laborales respecto de este personal. Sin embargo, las normas que, hasta el momento, se han ocupado de la seguridad y salud laboral en el ámbito militar no han cubierto la totalidad de las necesidades en materia de prevención de riesgos laborales de dicho personal, sobre todo porque que no contenían previsiones específicas para los casos en los que desempeñase tareas militares.

En esta situación de hecho vino a entrar en vigor el Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil, norma que anunciaba una futura regulación dirigida expresamente a salvaguardar la seguridad y salud laboral del personal militar cuando realice estas últimas tareas. Regulación que, a la vista de las singularidades que se reflejan en el Derecho Militar y en las normas que en la actualidad existen en materia de prevención de riesgos laborales en el citado ámbito, se debería haber inspirado en una serie de principios que, con mayor o menor intensidad, se detectan en esas normas.

En concreto, los principios de restricción de la prevención, extensión limitada, traslación y coordinación; todos ellos directamente vinculados a la mencionada función de Defensa nacional.

4.2. La Defensa Nacional como fundamento de la exclusión del personal militar

Como hemos visto la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no sólo podía, sino que debía haber extendido su ámbito de aplicación al personal militar. Es decir, la norma podría y debería haber incluido a ese personal lo mismo que a otros colectivos que tienen encomendadas una serie de funciones públicas, aunque hubiese dejado al margen de su ámbito aquellas actividades en las que concurren particularidades, desde el punto de vista preventivo, que impidiesen la aplicación de la regulación común contenida en la citada norma.

Porque, si así se hiciese, no sería posible realizarlas y, por tanto, la función pública, en este caso la Defensa Nacional que tiene atribuida el personal militar se vería menoscabada. De ese modo, el personal militar sólo quedaría al margen de la regulación común cuando realizara ese tipo de actividades y, por tanto, la Defensa Nacional no se vería afectada, ya que para esas concretas labores con particularidades se aplicaría una regulación más restrictiva; tal y como establece la LPRL para otros colectivos que tienen atribuidas determinadas funciones públicas (como policía, seguridad, protección civil...).

Sin embargo, la LPRL, limita su ámbito expresamente al «*personal civil*» (artículo 3), optando por excluir al personal militar. Si el legislador no hubiese señalado de forma expresa el adjetivo «*civil*» y hubiese incluido la Defensa Nacional entre el listado de funciones que indica, el personal militar hubiera quedado incluido en la LPRL para todas las actividades en las que no concurren las mencionadas particularidades. No obstante, podría pensarse que la función de Defensa Nacional está incluida en la función de seguridad que señala la norma, pero, aunque así fuese, esa mención carecería de operatividad ya que, tengan o no particularidades, las actividades que se encuadran en esa función van a estar excluidas de la norma por llevarlas a cabo el personal militar.

Cuando la LPRL expulsó de su ámbito de aplicación las actividades a las que se ha hecho referencia para someterlas a una normativa más restrictiva, su propósito es salvaguardar las concretas funciones públicas que tienen asignadas determinados colectivos. En este supuesto la función que está en juego y que se debe preservar es la Defensa Nacional. Por esta razón, si se quiere conocer cuáles son los principios que tienen que inspirar la regulación en materia de prevención de riesgos laborales para el personal militar que realice tareas militares (que son las que quedaron excluidas del Real Decreto 179/2005 respecto de la Guardia Civil), lo primero que habrá que hacer será conocer el significado de esta función, así como las consecuencias que se derivan de ella.

Esto permitirá fundamentar la exclusión del personal militar del ámbito de aplicación de la LPRL y determinar los principios de los que debería haber partido el legislador a la hora de establecer la actual regulación.

4.2.1. Significado y concepto de la función de Defensa Nacional

La Defensa Nacional es una función que asume el Estado, que implica a todos los ciudadanos y a los poderes públicos, a todos los recursos materiales y humanos de la Nación, siendo las Fuerzas Armadas, constituidas al efecto por los Ejércitos de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. Aunque, las encargadas, principalmente, de dicha misión. Además, el Estado, con objeto de obtener su eficaz cumplimiento, se reserva la totalidad de las competencias legales (el art. 149.1 de la CE contempla la Defensa Nacional entre las competencias de carácter exclusivo del Estado).

Pero, lo más importante es que la Defensa Nacional se presenta como una función distinta a cualquier otra que haya asumido el Estado, y, al mismo tiempo, prioritaria con respecto al resto de las funciones públicas. Distinta por su propio significado ya que consiste, de un lado, en la preservación de la integridad territorio nacional y, en general, de la sociedad, frente a posibles agresiones externas que pueden atentar contra la soberanía e independencia de España; y, de otro, en la conservación del ordenamiento jurídico, de la Constitución (artículo 8)¹⁵. Y prioritaria, porque, cuando se hace referencia a labores

militares hay que aclarar que las Fuerzas Armadas realizan o tienen encomendadas las misiones previstas en el artículo 15 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa nacional, que recoge junto con las más propias de los apartados primero y segundo de dicho artículo, las reseñadas en los apartados tercero y cuarto, relativas a la preservación de la seguridad y bienestar de los ciudadanos en determinados supuestos, así como la evacuación de españoles residentes en el extranjero. Por esta razón, podría pensarse que estas tareas quedan al margen de la función de Defensa Nacional, sin embargo no es así ya que estas quedan encuadradas en la misma, al venir recogidas en el referido artículo 15 Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre.

Por tanto, la mención a las labores militares ha de ser entendida en sentido amplio, incluyendo de este modo tanto las tareas que tradicionalmente se han considerado como directamente vinculadas al concepto de Defensa nacional como aquellas otras que se recogen ya en la vigente Ley Orgánica de Defensa Nacional. Así pues, la Defensa Nacional trata de salvaguardar los propios elementos constitutivos del Estado (soberanía, territorio y población); esto es, su existencia, y, a su vez, la de los derechos y libertades de los ciudadanos, la de la forma de Estado, la del sistema político constitucional, y, por último, la pervivencia del conjunto de las funciones públicas. Lo que, a su vez, conecta con el hecho de que se proyecte en el ámbito civil, esto es, en la sociedad en general y en los ciudadanos en particular.

Esto se pone de manifiesto en la propia Constitución cuando hace referencia al derecho y deber de los españoles de defender a España (art. 30.1). Es decir, en su

¹⁵ BLANCO ANDE, J. *Defensa Nacional y Fuerzas Armadas*, Madrid, pag 177 1987

consecución se ven implicados todos los ciudadanos. Así, aunque son las Fuerzas Armadas según el artículo 10 de la citada Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, el elemento esencial de la defensa, configurándose como una entidad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes, la importancia de esta función es la que hace que, desde la propia Constitución, y en el articulado de la referida Ley Orgánica (artículo 29) se implique a todos los recursos materiales y humanos en su preservación; hasta el extremo de poder llegar a la imposición de prestaciones obligatorias y, al mismo tiempo, a la restricción de los derechos tanto del personal militar como del resto de los ciudadanos cuando se deba recurrir a estos para proteger la Defensa Nacional.

4.2.2. Consecuencias derivadas de la necesidad de preservar la Defensa Nacional

Pero la relevancia de la función de Defensa Nacional, su carácter prioritario, y, por tanto, la necesidad de preservarla no sólo va a afectar a la posibilidad de implicar a los ciudadanos en su salvaguarda, sino que también va a alcanzar a otros aspectos como son la presencia de un aparato administrativo específico, tanto civil como militar, esto es, de una organización singular, y, al mismo tiempo, la sumisión del personal militar a una normativa distinta a la que pueda regir para cualquier otro funcionario público.

Estos aspectos, por lo que aquí interesa, requieren un análisis diferenciado sobre todo por el alcance que pueden tener en materia de prevención de riesgos laborales para el personal militar que tiene encomendada esta función.

De este modo, hay que hacer referencia a la existencia de una Administración específica, esto es, la Administración militar en la que se integran el conjunto de medios humanos y materiales destinados al cumplimiento de la función de Defensa nacional; dicha existencia ha de contemplarse en términos de idoneidad. La razón de ello es que se parte de la necesidad de que haya una adecuación entre el fin que se persigue y los medios que se establecen para su consecución; en este caso la propia organización militar.

En definitiva, es el fin el que fundamenta la creación de una organización administrativa diferente¹⁶. Una Administración singular que no por ello deja de ser Administración y que, por tanto, se rige por los principios que se recogen en el art. 103 de la CE. No obstante, hay que matizar, ya que, en unos casos, esos principios se ven acentuados, como sucede con los de eficacia y jerarquía, que, a su vez, determina la existencia de un régimen disciplinario específico; y con el de coordinación, que repercute de forma inmediata en los medios personales y materiales. Y, en otros, se presentan dificultades para su aplicación, como ocurre con los principios de descentralización y desconcentración. Lo que está directamente relacionado con la presencia

¹⁶ BLANCO VALDÉS, R.L. *La ordenación constitucional de la Defensa*, pag. 71, Madrid, 1988.

de unos principios específicos que rigen en la Administración militar, como la unidad, la disciplina, la supremacía civil, o la neutralidad política. Principios que, en su conjunto, operan como instrumentos para preservar la función de Defensa Nacional.

Pues bien, lo relevante, a estos efectos, y lo que determina la propia presencia de esos principios específicos y la intensificación de ciertos principios comunes a cualquier Administración es la necesidad de que las Fuerzas Armadas sean eficientes a la hora de cumplir la misión que tienen asignada¹⁷.

En concreto, cabe destacar, el hecho de que se recurra a una organización jerarquizada, en la que existe una subordinación de unos a otros que se proyecta en la presencia de las cadenas de mando. De esa forma, el superior ordena y los sujetos que se encuentran en el nivel inferior se someten a esas órdenes, pero, a la vez, el superior es responsable de las mismas. Si bien, como es necesario garantizar que dichas órdenes se ejecuten en la organización militar, junto al principio de jerarquía, también rige el principio de disciplina.

Así, con la aplicación de estos principios, se consigue, por una parte, mantener el orden, puesto que se asegura el cumplimiento de los mandatos de los superiores; y, por otra, controlar las acciones de los individuos que integran la organización castrense, y, por tanto, que funcione como una unidad. Todo ello permite que esta organización singular actúe en su conjunto de forma eficaz para la consecución de los fines que tiene asignado, entre otros, la Defensa Nacional.

Junto a esta organización singular, y directamente vinculado a la necesidad de preservar la Defensa Nacional, se configura un régimen jurídico específico, que se aparta de la regulación común, en el que se manifiestan esos principios a los que se ha hecho referencia; lo que, en términos generales, da lugar a la existencia de una regulación distinta a la que se aplica al resto de las Administraciones Públicas. Una regulación que incluso va más allá de su estricta aplicación al personal militar, para introducir peculiaridades en el ámbito castrense, de tal modo que el personal civil se ve afectado por una finalidad que no se le asigna de forma directa. Es decir, la Defensa Nacional actúa como elemento modulador a partir del cual se establecen cambios con respecto al régimen general que se aplicaría al personal civil si no prestara servicios en el ámbito castrense, ya sea personal laboral, o funcionarios civiles.

Si bien, las diferencias se acentúan para el personal militar, aunque se parta de la existencia de una relación de carácter administrativo, ya que son estos los que, principalmente, tienen encomendada la mencionada función. En concreto, para este personal militar, las citadas diferencias trascienden a todos los ámbitos, por ejemplo, a los mecanismos para selección del personal que va a pasar a formar parte de las Fuerzas Armadas, para su formación y promoción, al régimen disciplinario, y, en el caso que ahora se analiza, a la prevención de riesgos laborales.

¹⁷ COTINO HUESO, L. *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*. Instituto Nacional de

Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág 123 a 178.

SSTC 23/1981, de 15 de junio, 180/1985, de 19 de diciembre, 97/1985, de 29 de julio, 107/1986, de 24 de julio y la sentencia núm. 371/1993, de 13 de diciembre, que textualmente señala que: «*dadas las importantes tareas que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo. 8.1 CE, representa un interés de indudable relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas para el cumplimiento de esos cometidos (ATC 375/1983). A tal fin, la atención de las misiones que les encomienda el mencionado precepto constitucional requiere una adecuada y eficaz configuración de las Fuerzas Armadas de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (artículos 1 y 10 RROO).*»

Así el Alto Tribunal ha establecido en su doctrina que «*La disciplina militar, regla fundamental de las Fuerzas Armadas, en cuanto constituye el principal factor de cohesión y de eficacia de las mismas, se configura así como un conjunto de normas de conducta que los militares deben observar en el ejercicio de sus funciones (e incluso fuera de servicio, en determinados casos) para facilitar el logro de los altos fines que el artículo. 8.1 CE asigna a las Fuerzas Armadas, esto es, garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*», «*La relación jerárquica entre los miembros de la institución militar, exteriorizada en el rango atribuido por los diversos empleos militares en que se halla estructurada y en el mando a ellos asociado, cumple su cometido en el ámbito que le es propio, es decir, en los aspectos atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración militar, para lograr de este modo tanto la plena operatividad del principio constitucional de eficacia que se predica de dicha Administración, al igual que de las restantes (art. 103.1 CE), como el efectivo y cabal cumplimiento de la misión encomendada por el art. 8.1 de nuestra Constitución a las Fuerzas Armadas*».

En resumen, el personal que integra las Fuerzas Armadas se inserta en una organización administrativa singular, y se convierte en un instrumento de la Administración para conseguir el fin que se le encomienda. Al mismo tiempo, y con el mismo objetivo, se le somete a un régimen jurídico cuyo contenido se configura precisamente atendiendo a esa función que debe preservar¹⁸.

Un régimen en el que las diferencias encaminadas a salvaguardar la Defensa Nacional, determinan la existencia de una relación de sujeción especial de los sujetos que tienen encomendada esta función. Relación de sujeción que se constitucionaliza (artículos 15, 28.2, 29 y 70). Pero lo más importante en cuanto a esa diferenciación del régimen jurídico es que su singularidad no se ciñe a los aspectos organizativos, sino que va más allá y se proyecta, desde el punto de vista sustantivo, en forma de limitaciones al ejercicio de los derechos del personal que tiene encomendada la función de Defensa.

¹⁸ ALLI TURRILLAS, J-C *La profesión militar. Análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18*

de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas. INAP. Madrid, 2000, pag 114.

De este modo, el personal militar se ve sometido a restricciones específicas que pueden ser distintas a las que puedan afectar a los funcionarios públicos por la función que tienen asignada y que, sin duda, se van a ver reflejadas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

V. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PARA LA REALIZACIÓN DE LABORES MILITARES

Como ya se ha señalado el hecho de que exista personal que tiene encomendadas misiones de carácter militar no significa que no sea precisa, ni, mucho menos, que estos sujetos no tengan derecho a que se les proteja porque se deba salvaguardar la Defensa Nacional. Si bien dicho personal está sujeto a una relación de sujeción especial, distinta de otras relaciones de este tipo, relación de sujeción especial que podríamos calificar de «especialísima» y que se manifiesta en la singularidad de las normas que la regulan, singularidad que, obviamente, debe verse reflejada en el ámbito de la prevención de riesgos laborales¹⁹. Cuestión distinta es cómo se puede articular esta protección de la salud en el ámbito de las Fuerzas Armadas y respecto del personal militar profesional y estatutario.

En este caso el legislador, a la hora de establecer la regulación singular, debería haber partido inevitablemente, como ya se ha señalado, de la función de Defensa Nacional que se encomienda al personal militar; pero, como a continuación se analizará, a la vista de su significado y de las consecuencias que se derivan de la necesidad de preservarla, también puede afirmarse que esta función se encuentra vinculada a una serie de principios que deben actuar como referentes para inspirar la normativa para el personal militar. Se trata de los principios de restricción de la prevención, de extensión limitada, de traslación y de coordinación.

5.1. El principio de restricción de la prevención

5.1.1. Aproximación al principio de restricción

Como es sabido, el personal militar ha visto tradicionalmente limitados sus derechos en mayor medida que cualquier otro colectivo. El hecho de que este personal se sitúe en el marco de la mencionada relación de sujeción especial determina esa limitación en el disfrute de sus derechos con objeto de salvaguardar la función que tiene encomendada; lo que, como se acaba de indicar, se detecta en la regulación a la que se encuentra sometido y se reproduce en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. De ahí que en este caso se haga referencia al principio de restricción de

¹⁹ LÓPEZ BENÍTEZ, M. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Cívitas, Madrid, 1994, pág. 141.

la prevención que en realidad tiene su origen en esa relación de sujeción especial; principio que ya se ha puesto de manifiesto no sólo en la regulación que estableció respecto de la Guardia Civil el Real Decreto 179/2005, sino incluso en el Real Decreto 1932/1998, por el que se adaptaba a los centros militares diversos preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Pues bien, si se tiene en cuenta esa tendencia habitual de las normas de limitar los derechos de este colectivo, justificada por existencia de una incompatibilidad entre el disfrute del derecho y el ejercicio de esta función de Defensa Nacional (vital para que, a su vez, se pueda preservar el resto de las funciones públicas), es posible afirmar que el principio de restricción de la prevención debería estar presente en la regulación que se dicte para preservar la seguridad y salud del personal militar que desempeñe labores de este tipo. El vínculo existente entre la condición militar del centro o establecimiento en la que el personal militar presta servicios y la Defensa Nacional da lugar a que sea difícil aplicar la regulación común en materia de prevención puesto que podría impedir la realización efectiva de esta función; de ahí que se recurra a una norma específica en la que, a pesar de hacer referencia a adaptación, deba estar presente la limitación de derechos.

En concreto, desde un punto de vista sustantivo, el principio de restricción va a verse esencialmente reflejado en términos de limitación de las medidas preventivas que se adoptarían si no estuviera en juego la Defensa Nacional; de tal forma que las restricciones se encontrarán vinculadas a las labores que se encuadran en la Defensa Nacional. No obstante, es importante establecer hasta qué punto cabe introducir limitaciones en materia de prevención de riesgos; sobre todo si se piensa en la variedad de tareas que se llevan a cabo en el marco de la Defensa Nacional, con independencia de que todas ellas puedan coadyuvar a su salvaguarda.

En el caso que ahora se analiza lo previsible y deseable en aras de garantizar una efectiva protección de las especiales características y de la efectividad en el desarrollo de las misiones que constitucionalmente tiene encomendadas las Fuerzas Armadas es que se hubiera producido una continuidad en el régimen de excepcionalidad que se aplica a este colectivo con las consiguientes limitaciones en el disfrute de los derechos del personal militar. Sin embargo, las limitaciones que se establezcan en materia de prevención de riesgos laborales no deberían recogerse en un reglamento, sino que debería ser la ley la que regulase esta posibilidad. En este supuesto no existe una previsión específica en la LPRL como ocurre con la función policial, aunque se haga en términos muy amplios, que permita ese desarrollo reglamentario de la misma con ciertas restricciones.

Sí que se hace referencia en la misma a la función de seguridad, como misión genérica, en la que puede estar incluida la Defensa Nacional, pero no parece que fuera esa la intención del legislador. De hecho en la citada función de seguridad se integra la función de policía y, no obstante, la LPRL la recoge expresamente. Con mayor razón, si el legislador hubiera querido mencionar la función de Defensa Nacional lo hubiera señalado del mismo modo, más aun por la entidad de la misma. Por tanto, lo deseable sería que la ley regulase esta materia para el personal que lleva a cabo

tareas militares, con independencia de que después existan reglamentos de desarrollo de la misma.

Aunque el fin que se atribuye a este colectivo determina la existencia de un estatus especial que admite limitaciones específicas, esto no significa que la restricción de los derechos y libertades de lugar a la exclusión de su disfrute (STC 34/1991, de 10 de diciembre). Es decir, el personal militar puede estar sometido a mayores restricciones en sus derechos que otros sujetos que tengan encomendada otro tipo de función pero no es posible negárselos²⁰. La idea de la que hay que partir no es la de que el personal militar, siempre que realice labores de este tipo, va a ver restringido su derecho a la seguridad y salud laboral y con ello su derecho a la vida y a la integridad física. Esto sólo sucederá cuando realmente sea necesario. Por esta razón lo importante es determinar cuándo se produce esa necesidad.

5.1.2. Fundamento de la aplicación de dicho principio

El personal militar realiza una diversidad de labores todas ellas enmarcadas en la función de Defensa. Labores que van desde el ejercicio del mando militar, el apoyo y asesoramiento al mando, la instrucción, el adiestramiento, la enseñanza, el trabajo técnico, la logística, hasta las labores de gestión administrativa. Estas son las labores habituales de los ejércitos. Pero también están las funciones propiamente bélicas, que se presentan con carácter excepcional, es decir, las de combate. Además, como ya se indicó, al margen de todas estas tareas, las Fuerzas Armadas realizan otras misiones como son las tareas de colaboración en el marco de la protección civil, las misiones de paz, etc.

En este sentido, no es admisible partir de la idea genérica de que la aplicación de medidas preventivas hace imposible o entorpece la labor, tal y como ya se ha indicado, será necesario integrar la prevención en el conjunto de actividades, evaluar los riesgos y planificar la actividad preventiva, aunque para determinadas tareas no sea posible adoptar la totalidad de las medidas preventivas que serían necesarias para evitar o, al menos, atenuar los riesgos.

De este modo, lo realmente importante, con independencia de que todas las labores, sean o no estrictamente militares, coadyuven a la salvaguarda de la Defensa Nacional, es que la regulación contemple esa diversidad de tareas, aunque lo haga de una forma global. Aportando criterios específicos como puede ser que se trate de labores de carácter administrativo; o de preparación para la guerra en las que se puede dar esa situación pero en las que no cabe duda que debe prevalecer el derecho a la seguridad y salud del personal militar²¹; y con ello a la vida y a la integridad; o de tareas de combate o de protección civil, cuya naturaleza conlleva una situación de peligrosidad, de riesgo grave e inminente que impide su paralización.

²⁰ ABA CATOIRA, A. *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto*. pag 161.

²¹ NEVADA MORENO, P.T. *La función pública militar*, Madrid, 1997, pag. 94.

En definitiva, es en este punto en el que pueden manifestarse las mayores restricciones en el derecho a la seguridad y salud laboral que, sin duda, van a repercutir en su derecho a la vida y a la integridad. De todos modos hay que precisar. En esa situación de riesgo grave e inminente el personal militar no puede paralizar su actividad porque si así fuese la función que tiene encomendada se vería menoscabada e incluso podría impedirse su cumplimiento.

En estos supuestos, el militar se va a ver obligado a cumplir con su deber, sin que sea posible dejar de hacerlo por el hecho de que exista un riesgo para su seguridad y salud. De tal forma que si incumple «*por temor a un riesgo personal*» su conducta puede constituir una infracción grave (art. 8.3 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas) e incluso un delito cuando la naturaleza de ese deber exija «*afrontar el peligro y superar el miedo*» (art. 13 del Código Penal Militar)²². Por tanto, estas normas parten de la premisa de que el riesgo está implícito en la naturaleza de la actividad que se les encomienda y no cabe su paralización ya que supondría un incumplimiento y se vería menoscaba la Defensa Nacional.

En los supuestos en los que la situación de riesgo grave e inminente no derive de la tarea que desempeña sino de otros factores, que pueden ser ajenos a esa labor, e incluso estar relacionados con el trabajo pero no vinculados a la naturaleza de la actividad, o a la ausencia de medidas preventivas, no se establezca como solución la paralización de la actividad. Sobre todo porque el riesgo puede llegar a actualizarse con consecuencias negativas para el derecho a la vida y a la integridad de los sujetos. Un riesgo que éstos asumen cuando está implícito en la naturaleza de la labor que realizan y que puede estar justificado para preservar la función de Defensa Nacional que tienen encomendada y con ello el interés general que está en juego; lo que justifica la presencia de ese principio de restricción de la prevención. Pero no puede afirmarse lo mismo cuando la situación de riesgo grave e inminente se produce por factores ajenos a la citada naturaleza de la función y la tarea que desempeña el personal militar, puede tener incluso un carácter puramente administrativo, de tal forma que si se paraliza su labor, aunque puede verse menoscabada en cierto modo la citada función, el perjuicio que se puede derivar de la ausencia de paralización de su labor que puede llegar a perder su vida no es comparable con el que se ocasiona para la seguridad ya que puede ser reparado.

5.1.3. Conclusión

En definitiva, lo que no es admisible es que en tareas que pueden ser idénticas a las que realiza cualquier otro funcionario o trabajador y para las que los riesgos que se derivan de su labor van a ser los mismos (tal y como sucede, por ejemplo, en el caso en el que lleven a cabo tareas administrativas con pantallas de visualización),

²² MORENO MÁRQUEZ, A. *Los Sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

de tal forma que no tendría ningún sentido limitar la protección del sujeto, o dotarle de una distinta porque esa labor coadyuve a la salvaguarda de la Defensa Nacional²³.

Esto significa que, en estos casos, sería más correcto ver hasta qué punto hay que limitar la prevención y con ello el derecho a la seguridad y salud del personal militar para salvaguardar esa parcela de la Defensa Nacional cuando en realidad la situación de riesgo grave e inminente no está vinculada a la concreta labor.

Es decir, en ambos casos existe un conflicto de intereses, pero en este último la ausencia de paralización de la actividad supone una limitación en el derecho de los sujetos que, aunque puede tener como justificación la necesidad de preservar la función que tienen encomendada, no puede aceptarse ante la falta de proporcionalidad en la restricción con respecto al beneficio que se pretende obtener. Lo que la convierte en una limitación gratuita de su derecho a la seguridad y salud y, al mismo tiempo, de su derecho a la vida y a la integridad.

La tendencia existente en el ámbito militar a la exclusión del ejercicio del derecho a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente se ha puesto de manifiesto no sólo en el referido Real Decreto 179/2005, para el personal militar incluido en su ámbito de aplicación (sin establecer ningún tipo de distinción en cuanto a la procedencia de esa situación y a la incompatibilidad o no con la función, en ese caso, de seguridad) sino también en el Real Decreto 1932/1998, para el personal civil al que se dirige esta norma, cuando se trata de su ejercicio colectivo, dando prioridad a la salvaguarda de la Defensa Nacional, tendencia que parece haberse corregido en el vigente Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, que parece no establecer grandes restricciones a la prevención de riesgos laborales en el ámbito de las Fuerzas Armadas para el personal militar.

Es decir, a pesar de que la limitación en la adopción de las medidas preventivas debe permitir el eficaz desempeño de la función que tiene atribuida el personal militar, la restricción del derecho a la seguridad y salud laboral y con ello del derecho a la vida y a la integridad física, aunque exista esa necesidad de preservar el interés general que se pone de manifiesto en la función pública que tiene encomendada este colectivo, debe ser mínima.

Es decir, no son admisibles restricciones más allá de lo razonable. Por tanto, no será posible no adoptar ninguna medida preventiva con objeto de salvaguardar la función que tiene atribuida si en realidad cabe, y con ello no se impide su cumplimiento, que se establezca alguna o algunas.

Debe existir, por tanto, una relación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el beneficio que se obtiene para el interés general. Así, una vez que se realice la evaluación de riesgos, partiendo de los criterios que establece la norma,

²³ LASAGABASTER HERRARTE, I. *Las relaciones de sujeción especial*. IVAP, Cívitas, Madrid.

será posible detectar, caso por caso, si existe o no incompatibilidad entre medidas preventivas y cumplimiento de la función. A partir de aquí, será preciso establecer todas aquellas medidas preventivas que sean compatibles con el desarrollo de la labor, para que de esta forma sea posible llegar a conjugar el disfrute de estos derechos de los sujetos, aunque sea de un modo parcial, y el interés general.

En definitiva, el resultado ha de ser la restricción de los derechos del personal militar lo estrictamente indispensable con objeto de preservar la finalidad que se le encomienda. En unos casos será necesario someterle a limitaciones y en otros casos bastará con modular su derecho para que la Defensa Nacional se vea protegida; haciendo siempre una interpretación restrictiva en el sentido más favorable a la eficacia de los derechos.

Así en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de Prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, se establece que la regla general es la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales a todos los trabajadores, sean civiles o militares, excluyendo únicamente aquellas actividades de las Fuerzas Armadas cuyas peculiaridades lo impidan. Asimismo, dispone que las peculiaridades de las misiones estrictamente castrenses no son incompatibles con la aplicación de medidas de seguridad ni de otras encaminadas a proteger la salud de los miembros de las Fuerzas Armadas que realizan estas misiones.

Más bien ha ocurrido lo contrario, las Fuerzas Armadas se han dotado tradicionalmente de sus normas internas de seguridad e higiene en el trabajo: en cada una de las misiones que desarrollan está meticulosamente previsto el plan de acción, comprensivo de medidas concretas de obligado cumplimiento encaminadas a obtener la culminación de los objetivos salvaguardando la integridad personal de quienes deben realizarla.

5.2. El principio de extensión limitada

Se hace referencia a este principio tanto desde el punto de vista de los sujetos como de la actividad a la que se dirigirá esa futura regulación, más restrictiva. Como se ha indicado, la opción que se pone de manifiesto en la LPRL ha sido, bien recurrir a una regulación adaptada para ser aplicada al personal civil que preste servicios en centros y establecimientos militares, o bien dejar al margen de su ámbito al personal militar, sea cual sea la labor que lleve a cabo. Lo importante a estos efectos es que, a partir de aquí, el legislador ha decidido establecer regulaciones claramente diferenciadas, de un lado, para ese personal civil, y, de otro, para el personal militar. Si bien, a su vez, ha optado por dotar al citado personal militar de regulaciones distintas sobre todo dependiendo de la labor que realicen.

Así el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de Prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, establece en su artículo 2 relativo

a su ámbito de aplicación que incluye a todo el personal de las Fuerzas Armadas excepto el contemplado en el artículo 2 párrafo a) del Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, es decir, los miembros de las Fuerzas Armadas que estén destinados en unidades, centros y organismos de la Dirección General de la Guardia Civil²⁴, recogiendo como actividades a las que se aplica aquellas que se realizan en el ámbito del Ministerio de Defensa, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en la redacción dada por la Ley 31/2006, de 18 de octubre.

Esto significa que, dada la situación actual en la que se encuentra el personal militar desde el punto de vista preventivo, la norma necesariamente deberá partir de una extensión limitada de su ámbito de aplicación. Esa norma regula la prevención de riesgos laborales del personal militar para el caso en el que desempeñen tareas militares. Este resultado de la aplicación del principio de extensión limitada conecta con el esquema que se diseña en la propia Constitución; de hecho puede afirmarse que se reproduce.

En definitiva, en los centros o establecimientos militares se cuenta con una regulación específica tanto para el personal civil, funcionarios o personal laboral, como especialmente para el personal militar. Una regulación que, en todos los casos, intenta salvaguardar la Defensa Nacional y, al mismo tiempo, parte de la premisa de que la normativa común no puede obtener esta finalidad; menos aún en este supuesto en el que se trata de preservar la seguridad y salud laboral del personal militar que desempeña expresamente labores militares.

De ahí que se requiera una normativa específica, y, a su vez, distinta tanto de la regulación común como de las normas singulares, normativa que diferencia y discrimine, no sólo desde un punto de vista personal, sino desde la óptica de las actividades a realizar.

5.3. El principio de traslación

A la hora de establecer la regulación sobre prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas, hay que tener en cuenta un aspecto, al que ya se ha hecho referencia, tan importante como es el hecho de que el personal militar al que se va a dirigir la futura regulación presta servicios en un marco organizativo singular, esto es, la organización castrense en la que están presentes los principios que se han indicado; principios que, a su vez, determinan esa singularidad.

Pues bien, el principio de traslación, al que aquí se hace referencia, se manifiesta en el sentido de que el legislador tiene que partir de esos principios y de la propia organización castrense para establecer una regulación en materia preventiva que, al

²⁴ COSIDO GUTIÉRREZ, I. «La Guardia Civil en la Defensa Nacional», *Revista Española de Defensa*, núm. 105, 1996.

mismo tiempo, va a pasar a formar parte del ordenamiento militar. De esta forma, los aspectos organizativos van a quedar recogidos, en mayor o menor medida, en esa futura regulación. Esto se explica por el hecho de que, a pesar de que dicha regulación debe tener como finalidad la preservación de la seguridad y salud del personal militar, existe una realidad organizativa, destinada a preservar la Defensa Nacional, que no es posible ignorar, sino que, por el contrario, requiere unas respuestas específicas en el ámbito de la seguridad y salud laboral.

Así ha sucedido tanto en la regulación prevista en el Real Decreto 179/2005, en la que se han visto reflejadas esas singularidades que se encuentran vinculadas, no a la función señalada en el art. 104 de la Constitución, sino al carácter militar del personal al que se dirige; como en la establecida en el Real Decreto 1932/1998, en la que también se recogen ciertas peculiaridades organizativas fundamentadas en el propio ámbito militar en el que presta servicios el personal incluido en su ámbito de aplicación. Por tanto, con mayor razón en este caso. La cuestión es cómo debe tener lugar esa traslación.

Pues bien, en primer lugar, la norma puede aprovechar la presencia acentuada del principio de jerarquía en la organización militar para integrar la prevención de riesgos laborales de una forma natural en la cadena de mando, dotando al superior jerárquico de funciones tanto de control y exigencia del cumplimiento de las medidas de prevención por parte de sus subordinados como de recepción de las propuestas destinadas a elevar el nivel de protección; y, a su vez, responsabilizándole de que se apliquen las medidas preventivas en todos aquellos aspectos a los que alcance su control y de que proporcione a sus subordinados una información directa de las posibles situaciones de riesgo.

Pero, en segundo lugar, el principio de traslación también puede operar teniendo en cuenta la existencia de ciertos órganos dentro de la propia organización militar con objeto de conferirles funciones en materia de prevención de riesgos laborales que encajan perfectamente entre las que tienen atribuidas. Esto no conlleva distorsiones desde el punto de vista organizativo, sino que, por el contrario, permite que la prevención de riesgos laborales se incardine fácilmente en el ámbito militar. En concreto, el hecho de que se cuente con distintos Consejos Asesores de Personal (al margen del previsto para el Cuerpo de la Guardia Civil), uno para cada Ejército y uno para los Cuerpos Comunes, 34 (art. 151 de la LRFAS) con la finalidad de analizar y valorar las propuestas o sugerencias planteadas por los militares profesionales referidas al régimen del personal y a la condición de militar, permite incluir en su ámbito de actuación los aspectos relacionados con la prevención de riesgos laborales en cuanto a las tareas militares que lleven a cabo los sujetos.

No obstante, el Real Decreto 258/2002, **de 8 de marzo, por el que se regulan los Consejos Asesores de Personal de las Fuerzas Armadas, no prevé expresamente dicha posibilidad, habiéndose articulado esa participación de otra manera. Así el artículo 8 del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, establece la posibilidad de que el personal incluido en su ámbito de aplicación realice propuestas orientadas a mejorar la seguridad y la salud en el trabajo dirigiéndose a la**

Jefatura de la Unidad donde preste sus servicios o directamente al órgano de prevención de dicha Unidad.

En definitiva, en dicha norma se crea un órgano al efecto, pues si bien es cierto que el personal militar está excluido del ejercicio del derecho de libertad sindical (art. 1.3 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical), el hecho que la LPRL haga coincidir representación en términos de reivindicación con representación, desde el punto de vista de la cooperación y la colaboración, en el ámbito de la prevención no puede dar lugar a excluir la posible existencia de Delegados de prevención, y, a su vez, de Comités de Seguridad y Salud. Si así se hiciese se estaría ante una aplicación errónea del principio de traslación.

Así pues, se permite la participación del personal militar pero también la posibilidad de contar con representantes en materia de prevención de riesgos. Desde este punto de vista parece lógico que se establezcan unos órganos de representación específicos, con formación y medios, que nada tienen que ver con una representación en términos reivindicativos; lo que se obtiene a partir del diseño de las funciones de estos órganos, con independencia de que se les llame Delegados de prevención o de que se les denomine de otro modo.

5.4. El principio de coordinación

Como ya se ha señalado, el personal militar tiene un estatuto propio, distinto al del resto de los funcionarios públicos, que, al igual que la organización castrense, obedece a esa necesidad de salvaguardar la función de Defensa nacional. En este sentido, el principio de coordinación actúa de forma que el legislador deberá tener en cuenta la regulación existente para el personal militar, con objeto de proporcionar una respuesta coherente en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Sobre todo porque determinados aspectos (como por ejemplo, la formación) cuentan, a nivel general, con una regulación singular para el personal militar, distinta a la prevista para otros funcionarios públicos, que puede incidir en el ámbito de la prevención; de ahí la operatividad del principio de coordinación. De esta forma, también se enlazará la necesidad de salvaguardar la Defensa nacional, a la que obedecen esas normas de las que debe partir el legislador, y la de preservar la seguridad y salud laboral, a la que responde la normativa preventiva, con objeto de proporcionar una respuesta equilibrada en los términos que a continuación se analizan. En concreto, el principio de coordinación debe actuar en aspectos tales como la información, la formación, los planes de seguridad y las previsiones relativas a la protección de la maternidad.

En la organización militar existe un modo de transmitir la información en el que está implícita la presencia de los principios de jerarquía y disciplina a los que ya se ha aludido. Pues bien, inevitablemente, este aspecto se va a ver reflejado en la futura regulación en materia de prevención de riesgos laborales para el personal militar que realice tareas militares. Más aun si se parte de la relevancia que tiene la información para el cumplimiento de la función de Defensa, en concreto, la transmitida en las órdenes que emiten los sujetos. Sobre todo porque, a partir del deber de obediencia,

se exige su correcto cumplimiento ya que las citadas órdenes se establecen con objeto de obtener un sistema eficaz para salvaguardar la Defensa del Estado.

Por tanto, los manuales de servicio, las instrucciones y órdenes impartidas, se deben configurar como el instrumento idóneo para transmitir esa información en materia de prevención de riesgos laborales. De esta forma, será posible coordinar la regulación existente con la normativa preventiva, y, al mismo tiempo, proporcionar una respuesta adecuada a la necesidad de que el personal militar conozca los riesgos que conlleva su labor, las medidas adoptadas e incluso esa imposibilidad de tomarlas por su incompatibilidad con la función que desempeñan. En cuanto a la formación hay que tener en cuenta que a este personal militar se le exige una formación específica destinada a la función que tienen encomendada, que se adquiere por una vía distinta de la educación civil.

La formación que se proporciona al sujeto en la academia militar no sólo le permite adquirir una serie de conocimientos técnicos, tanto teóricos como prácticos, vinculados a la función que va a desempeñar, sino que, al mismo tiempo, aprende y hace suyas una serie de reglas y unos valores específicos que también están dirigidos a preservar esa función. Por tanto, tiene sentido que la formación en materia de prevención de riesgos laborales se proporcione del mismo modo, y esto determine la modificación de los planes de estudio para su inclusión. De hecho el artículo 9 a) del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, prevé la inclusión de la formación en materia de prevención de riesgos laborales en los diferentes niveles de la Enseñanza Militar, con el objeto de garantizar la misma.

Igualmente, en el caso de la formación de los integrantes de los órganos de prevención es deseable, y así ha sucedido que se exija la formación prevista en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, pues la propia Orden DEF/3573/2008, de 3 de diciembre, por la que **por la que se establece la estructura de los servicios de prevención de riesgos laborales en el Ministerio de Defensa, así lo prevé en su apartado séptimo d)**. De hecho, si se tiene en cuenta la generalidad con la que el citado Reglamento perfila las funciones preventivas, nada impide que la formación que se establece en esta norma para llevar a cabo las diferentes funciones se configure como la base para poder realizar tareas preventivas destinadas a preservar la seguridad y salud laboral del personal militar cuando desempeñe tareas de carácter militar. De hecho muchos riesgos van a ser idénticos a los que pueden afectar a otros colectivos.

No obstante, habría que tener en cuenta la necesidad de que los sujetos que tengan encomendadas labores preventivas obtengan una formación específica vinculada a la función de Defensa Nacional. Esto tiene sentido si se parte de la base de que, al hacer referencia a funciones tales como la evaluación de riesgos, la planificación de la actividad preventiva o la elaboración del plan de prevención, inevitablemente hay que partir de las singularidades que se derivan de la citada función. Además, hay que tener en cuenta que en muchos casos esas singularidades van a impedir la adopción de medidas preventivas, mientras que otros sólo van a posibilitar que se tomen algunas de ellas, ya que de otro modo se estaría impidiendo que se preservara la citada función.

Por tanto, en este caso lo deseable sería que el personal, además de la formación prevista en el citado Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (dependiendo de las tareas preventivas que fuese a desempeñar), tuviese una formación vinculada a esta función. Formación, ésta última, que deberían adquirir en el marco de los planes de estudio y programas propios de las Fuerzas Armadas. Sobre todo, porque, al margen de que la norma establezca ciertos criterios para que sea posible determinar la posibilidad o no de adoptar medidas preventivas, es preciso valorar caso por caso y para ello será necesario una preparación concreta en la que esté presente la Defensa Nacional. Si así se hiciese se agilizaría la aplicación de la norma en el sentido de que sería posible contar de inmediato con personal formado al que se le proporcionaría una formación específica en los términos señalados.

Con respecto a las previsiones relativas a los periodos de embarazo y lactancia cuando la labor que desempeña la mujer puede perjudicar su salud y la del feto, el artículo 21 del Real Decreto 431/2002, de 10 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Destinos del Personal Militar Profesional, establece la posibilidad de asignarle, por prescripción facultativa, un puesto orgánico que sea adecuado a las circunstancias de su estado de gestación, preferentemente en su unidad, centro y organismo de destino, salvo que no exista ninguno que sea compatible con su estado, ya que si es así el puesto se le asignará en otra unidad, centro y organismo, preferentemente en el mismo término municipal. Durante el periodo de lactancia, también es posible asignarle el puesto al que se ha hecho referencia, pero mientras que en el supuesto anterior se trata de preservar la salud de la madre y del feto, en éste la finalidad es salvaguardar la función que realiza ya que está previsto para el caso de que las ausencias por esa causa fuesen incompatibles con las necesidades del destino que ocupaba antes del embarazo.

Lo que no contempla este Reglamento es la posibilidad de establecer adaptaciones en cuanto a las condiciones en las que la mujer realiza las tareas militares y esta ausencia tiene su razón de ser en la propia función de Defensa que se encomienda al personal militar, ya que, como se viene analizando, se parte de la existencia de una organización diseñada en términos de eficacia, es decir, para preservar la finalidad que se atribuye a los miembros que forman parte de la misma; de ahí que, desde este punto de vista, pueda comprenderse que no se indique esa posibilidad. En estos supuestos es el Ministro de Defensa el que determinará las condiciones en que se asignará dicho puesto.

Por tanto, el principio de coordinación no puede operar en el sentido de que la actual regulación las transcriba, o se remita a ellas sin más, o recurra a soluciones cuya finalidad no es preservar la seguridad y la salud.

En este caso, la normativa vigente debería tomarlas como referente, pero habría que establecer precisiones y modificaciones al respecto para que la prevención sea realmente efectiva y, al mismo tiempo, se mantenga un mayor equilibrio entre la necesidad de salvaguardar la Defensa Nacional y el derecho a la seguridad y salud.

En definitiva, sería preciso diseñar una regulación partiendo de la finalidad de prevenir los riesgos y preservar la seguridad y salud de los posibles afectados, pero, a su vez, las decisiones que se adopten al respecto no deben impedir o perjudicar la Defensa Nacional, tratando de lograr una armonización de todos los intereses en juego. Así, entre otros aspectos, podría establecerse la necesidad de que se realizara la previa evaluación de riesgos, y, una vez que estos sean detectados y siempre que no sea posible eliminarlos o neutralizarlos de modo que no se vea menoscabada la Defensa Nacional, la obligatoriedad de proceder al cambio de puesto. La decisión que debería adoptarse, como ya se ha señalado debería garantizar la adecuada protección, tanto de la Defensa Nacional, como del resto de valores en juego.

Así el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, establece en su artículo 15 medidas de protección de la maternidad, previendo que de las actividades que se desarrollen en los puestos de trabajo, la evaluación de riesgos determinará qué procedimientos, condiciones de trabajo y exposiciones de cualquier clase que puedan incidir negativamente en la salud de las embarazadas, en la de los fetos, en la de las madres en periodo de lactancia o en la de sus hijos lactantes. Asimismo, si se determinase que existen esos riesgos, se adoptarán medidas que permitan la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la afectada, teniendo en cuenta que si la naturaleza del puesto no permite adoptar variaciones para eliminar el riesgo o si, a pesar de de las adoptadas, el riesgo siguiera existiendo según determine el informe vinculante del servicio de prevención, se le asignará un puesto de trabajo o un puesto orgánico distinto del que viniera ocupando, produciéndose, en su caso, la reincorporación al puesto anterior cuando cese las circunstancias que motivaron la asignación de dicho puesto.

No obstante, la decisión queda en manos de la Administración Militar, que es la que a la vista de los informes de los servicios de prevención decide la adopción de las medidas expuestas.

5.5. Conclusiones

El personal militar presta sus servicios en las Fuerzas Armadas, teniendo estas una serie de funciones, misiones y atribuciones que les otorga la vigente Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Unas funciones y misiones distintas al resto de las funciones públicas que, a su vez, permite la pervivencia de las mismas. Para el eficaz cumplimiento de estas funciones el citado personal va a desarrollar una diversidad de tareas, lo que va a determinar que se vea sometido a una serie de riesgos, algunos idénticos a los que pueden afectar a otros colectivos, y, otros, más específicos que vinculados al el cumplimiento de la funciones relacionadas con la Defensa nacional. Sin embargo, a pesar de su situación de riesgo, por el momento, el personal militar no cuenta con una regulación destinada a preservar su seguridad y salud cuando lleve a cabo esas labores. Ahora bien, esto no puede dar lugar a interpretar que, dada la importancia de la función que tiene encomendada debe sacrificarse su derecho a la prevención de riesgos laborales.

El personal militar habitualmente se ha visto sometido a un régimen jurídico caracterizado por sus peculiaridades y especialidades, así como por las limitaciones que en él se contienen; unas y otras dirigidas a preservar la Defensa nacional. Pero esto no significa que la regulación existente en materia de prevención de riesgos laborales, destinada, de acuerdo con el principio de extensión limitada, al personal militar que desempeña tareas militares, deba contener restricciones cuyo fundamento sea el sólo hecho de que se trate de labores de carácter militar destinadas a salvaguardar la Defensa Nacional.

Sobre todo porque esto podría dar lugar a afirmar que cualquier medida preventiva que se adopte puede ser incompatible o, al menos, entorpecer la función de Defensa, y, por tanto, a negar el derecho del personal militar a la prevención de riesgos laborales.

No hay que olvidar que la regulación a la que se debe someter al personal militar no está al margen del contexto constitucional. Es cierto que se trata de una regulación distinta, más restrictiva, pero esto no comporta su autonomía, es decir, no se está ante un ordenamiento jurídico al margen del diseño constitucional. Por tanto, las restricciones hay que ubicarlas en el contexto de los derechos y los valores constitucionales; más aun en este supuesto en el que está en juego el derecho a la vida y a la integridad del personal militar.

En este caso las posibles restricciones no están expresamente establecidas en la Constitución, pero esto no puede justificar que cualquiera de ellas sea admisible; de hecho, en los supuestos en los que la Constitución establece especialidades en el régimen de derechos de este colectivo no es posible ignorar el contenido esencial de los derechos. Lo deseable es, por tanto, que el legislador, a partir del principio de restricción de la prevención, tienda a someter al citado personal a una regulación en materia de prevención de riesgos laborales en la que, en unos casos, se le dotará de medidas preventivas, pero, en otros, esas medidas no se adoptarán, o, al menos, no todas las que se deberían, porque realmente exista una incompatibilidad entre la eficacia de la función que tiene encomendada y el derecho de estos sujetos a su seguridad y salud laboral. Pero en ningún caso será admisible la sumisión del citado personal a cualquier restricción por la naturaleza de las misiones que tiene encomendadas en cuanto perteneciente a la Institución Militar. Las limitaciones deben estar justificadas y para ello se debe partir de su verdadera funcionalidad con respecto a la misión que se encomienda al personal militar.

Es decir, debe existir una verdadera necesidad de preservar esta función y, cuando esto ocurra, la restricción no puede ir más allá de lo razonable, debe ser mínima. Por tanto, no cabe que no se adopten medidas preventivas para salvaguardar la función de Defensa Nacional si es posible establecerlas y con ello no se impide su cumplimiento, al menos, alguna o algunas. Además, debe de haber una relación de proporcionalidad entre el sacrificio de los derechos que están en juego, en este caso la vida y la integridad del sujeto, y el beneficio que se obtiene para el interés general.

Por todo ello, para evitar restricciones innecesarias, el legislador debería especificar los términos de las posibles restricciones, así como aportar criterios de los que se

pueda partir para poder establecer cómo se produce la integración de la prevención en todas las labores militares que desempeñe este personal. La clave para concretar esos criterios debe estar en la diversidad de labores militares ya que, al margen de que puedan coadyuvar a salvaguardar la Defensa nacional, no todas ellas deben permitir la mencionada restricción.

En el caso de las peculiaridades de carácter organizativo, aunque no tengan el mismo alcance que las que atañen a aspectos sustantivos, tampoco son admisibles cualquiera de ellas a partir de la actuación del principio de traslación. Muchas de esas singularidades organizativas obedecen a la salvaguarda de la Defensa Nacional y en este sentido están justificadas tanto la creación de órganos específicos, distinto a los previstos en la normativa común en materia de prevención de riesgos laborales, como la atribución de funciones relativas a esta materia a órganos ya existentes.

En este caso puede parecer que no existen problemas porque sólo se van a ver afectados los aspectos organizativos que se van a trasladar al ámbito de la prevención; sin embargo, no siempre es así. Es decir, puesto que las especialidades, como se ha indicado, deben justificar la necesidad de lograr los fines del artículo 8 de la Constitución, por esta misma razón no sería aceptable una conexión errónea entre la existencia de unos órganos singulares y la funcionalidad con respecto a la Defensa nacional, cuando esa funcionalidad no es real.

De este modo, no sería muy correcto justificar peculiaridades organizativas con la finalidad de establecer restricciones. Sobre todo porque el hecho, por ejemplo, de que no se admitiese la existencia de representantes en materia de prevención de riesgos laborales no respondería a la finalidad de esa exclusión, ni sería acorde con el fin que se persigue en el ámbito de la seguridad y salud laboral.

Si el principio de traslación actuase de ese modo, se estaría admitiendo singularidades organizativas que no estarían justificadas para preservar la Defensa Nacional. Por tanto, no cabe establecer cualquier peculiaridad de este tipo tomando como punto de partida la salvaguarda de esta función cuando en realidad dicha función no sirve de fundamento. En resumen, sólo son admisibles las singularidades organizativas que verdaderamente son necesarias porque contribuyan a preservarla.

Por último, hay que indicar que el legislador a la hora de establecer una regulación específica en materia de prevención de riesgos para el personal militar, no puede, y de hecho no lo ha hecho, ignorar que este colectivo se encuentra sometido a una normativa singular destinada a salvaguardar la Defensa Nacional. En el sentido de que existen materias que, además de tener su propia regulación, distinta a la que pueda aplicarse al resto de los funcionarios públicos, pueden incidir en determinados aspectos que deben ser tenidos en cuenta en materia de prevención de riesgos laborales.

De ahí la operatividad del principio de coordinación en el momento de establecer la actual normativa en materia de prevención de riesgos laborales para este colectivo. Principio que pudiera dar lugar, por una parte, a la introducción de ciertas previsiones en la normativa general para dar respuestas a las necesidades que estén presentes en el

ámbito de la prevención, y, por otra, a la modificación de la regulación existente, ya sea porque no obedece a la finalidad real de la norma, o porque contiene restricciones gratuitas que aparentemente puedan tener como fundamento la Defensa Nacional pero que no son necesarias para preservarla.

VI. ANÁLISIS DE LA ACTUAL NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LAS FUERZAS ARMADAS

Tras haber realizado un estudio de los antecedentes históricos y legislativos a nivel nacional y europeo en materia de salud y seguridad laboral y haber detallado los principios, sino informadores, sí, al menos, que deberían inspirar la regulación de la prevención de riesgos en las Fuerzas Armadas respecto del personal militar, es preciso entrar a analizar con detenimiento la normativa actualmente existente y constituida por el Real Decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, de adaptación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al ámbito de los centros y establecimientos militares, la disposición final segunda de la Ley 31/2006 por la que se modifica la Ley 31/1995, el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, la Orden DEF/3573/2008, **de 3 de diciembre, por la que se establece la estructura de los servicios de prevención de riesgos laborales en el Ministerio de Defensa y, por último, en relación con el personal de la Guardia Civil el Real Decreto 179/2005**, de 18 de febrero, que se ocupa de la seguridad y salud laboral de dicho personal.

Habiendo ya realizado una breve referencia en los inicios del presente trabajo respecto del personal civil que presta sus servicios en establecimientos militares, vamos a centrarnos en el estudio del personal militar y en cómo se articula legalmente la protección de dicho personal respecto de los riesgos laborales existentes en el ámbito de las actividades que dicho personal desarrolla en los centros y organismos del Ministerio de Defensa, así como en otras actividades que quedan al margen de dicha delimitación espacial.

6.1. El Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa

El Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, comienza con un preámbulo que hace referencia por una parte al artículo 40.2 de la Constitución Española, que encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, velar por la seguridad e higiene en el trabajo, por otra, en el ámbito europeo la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, directiva que incluye en su ámbito de aplicación a todos los sectores de actividades públicas o privadas, con algunas excepciones ya analizadas, y también la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que transpone esta directiva al ordenamiento jurídico español.

Como ya se ha señalado el ámbito de aplicación de esta ley ha sido objeto de modificación por la disposición final segunda de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, para ajustar su contenido a lo dispuesto en la Directiva, y como consecuencia de la condena sufrida por España en virtud de sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de enero de 2006. Como consecuencia de ello, la regla general es la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales a todos los trabajadores, sean civiles o militares, excluyendo únicamente aquellas actividades de las Fuerzas Armadas cuyas peculiaridades lo impidan.

No obstante, de conformidad con la directiva, las normas que se dicten para regular la protección y salud de sus miembros en el ejercicio de estas actividades tendrán que estar inspiradas también en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre. Además, por razón del régimen específico de derechos y deberes del personal militar y por la organización de las Fuerzas Armadas, la disposición adicional novena bis añadida por la mencionada Ley 31/2006, de 18 de octubre, determina que lo previsto en los capítulos III, V y VII de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, se aplicará de acuerdo con la normativa específica militar. Por ello, el preámbulo del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, señala que las peculiaridades de las misiones estrictamente castrenses no son incompatibles con la aplicación de medidas de seguridad ni de otras encaminadas a proteger la salud de los miembros de las Fuerzas Armadas que realizan estas misiones.

Más bien ha ocurrido lo contrario, las Fuerzas Armadas se han dotado tradicionalmente de sus normas internas de seguridad e higiene en el trabajo: en cada una de las misiones que desarrollan está meticulosamente previsto el plan de acción, comprensivo de medidas concretas de obligado cumplimiento encaminadas a obtener la culminación de los objetivos salvaguardando la integridad personal de quienes deben realizarla.

También es preciso mencionar, como hace el propio preámbulo que en lo que a la salud se refiere, las Fuerzas Armadas cuentan con un mecanismo propio para determinar las facultades psicofísicas de su personal, el Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, el cual permite, desde el punto de vista de la salud de los miembros de las Fuerzas Armadas, armonizar las posibles limitaciones psicofísicas del militar con las características del puesto de trabajo, todo ello sin perjuicio del esfuerzo realizado en aras de una completa integración de la mujer, que se contempla en la vigilancia de la salud, dispensando especial protección a los supuestos de embarazo y lactancia.

Por último, el Real Decreto expresa como uno de sus objetivos el tratar de optimizar las estructuras de prevención de riesgos laborales existentes en el ámbito del Ministerio de Defensa con aquellas otras de nueva creación, tratándose esta disciplina como un todo integrado donde el fin último sea la protección de las personas, independientemente de que sean civiles o militares, en sus lugares de trabajo y en la realización de sus actividades, respetando al mismo tiempo las peculiaridades de cada uno de los colectivos.

6.1.1. Estructura

El Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, se ha estructurado en tres capítulos, recogiendo el primero las normas de carácter general, ámbito de aplicación y las definiciones que son precisas para el desarrollo posterior. El capítulo II se dedica a la prevención de riesgos laborales propiamente dicha y recoge, en cuatro secciones, los principios y actividades preventivas, los planes de prevención, la vigilancia de la salud y las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. En el último de los capítulos se acomete la organización y estructura del servicio, así como los procedimientos de control.

Finaliza el Real Decreto con una serie de disposiciones donde, entre otras cuestiones, se establecen los imprescindibles plazos de adaptación a la nueva realidad normativa; una única disposición derogatoria que establece la legalidad vigente y tres disposiciones finales que se dedican al título competencial, a la habilitación reglamentaria y a la entrada en vigor.

6.1.2. Objeto y ámbito de aplicación

En cuanto a su objeto, el artículo primero establece que es promover la seguridad y salud del personal de las Fuerzas Armadas en el desempeño de sus funciones, mediante el desarrollo de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, así como de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil que presten sus servicios en el ámbito del Ministerio de Defensa. Asimismo, tiene por objeto establecer el modelo y las funciones de los servicios de prevención en el ámbito del Ministerio de Defensa.

Respecto de su ámbito de aplicación distingue entre el personal, el relativo a las actividades realizadas y el espacial, en efecto tenemos:

- a) **Ámbito personal:** incluye a todo el personal de las Fuerzas Armadas excepto los contemplados en el artículo 2, párrafo a), del Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, de prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil. Asimismo, incluye a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil que presten sus servicios en el ámbito del Ministerio de Defensa.

En los centros de trabajo donde convivan personal militar y civil existirá un único servicio de prevención al que será de aplicación lo previsto en el capítulo III, sin menoscabo de las necesarias relaciones de dicho servicio con los delegados de prevención o los comités de seguridad y salud que pudieran existir, según establece el Real Decreto 1932/1998, 11 de septiembre, de adaptación de los capítulos III y IV de la Ley 31/1993, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al ámbito de los centros y establecimiento militares.

- b) **Ámbito de actividades:** comprende las actividades que se realizan en el ámbito del Ministerio de Defensa, de conformidad con lo establecido en el artículo 3

de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en la redacción dada por la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

- c) Espacial: Comprende todas las Unidades, Centros y Organismos del ámbito del Ministerio de Defensa, así como los organismos autónomos a él adscritos.

Expuesto lo anterior, se observa que el nuevo Real Decreto nace con una clara vocación de universalidad, en el sentido de incluir a todo el personal militar, con excepción de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil y los miembros de las Fuerzas Armadas destinados en unidades, centros y organismos de la Dirección General de la Guardia Civil (artículo 2 a) del Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero).

Asimismo, esa vocación queda puesta, nuevamente, de manifiesto al incluir a todas las actividades desarrolladas en el ámbito del Ministerio de Defensa, dejando, también, de manera clara que se aplicará en todos los centros, Unidades, Organismos, incluidos los organismos autónomos del Ministerio de Defensa. No obstante, dadas las peculiaridades de las Fuerzas Armadas y lo variado y excepcional de alguna de sus actividades, se establece en el artículo 6.4 del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, que para las actividades de instrucción, adiestramiento y operativas las Fuerzas Armadas, aplicarán sus normas propias de seguridad y operación cuyo conjunto constituirá el plan de prevención de riesgos laborales para las actividades de instrucción, adiestramiento y operativas. Asimismo, respecto de las actividades de vuelo y directamente relacionadas con el mismo se prevé una regulación que seguirá su normativa específica.

Expuesto lo anterior, ha quedado contrastada la clara vocación de la nueva norma de garantizar una adecuada protección de la salud laboral mediante una correcta prevención de los posibles riesgos existentes para el personal militar, y el instrumento utilizado para ello, como ya hemos señalado es tratar de incluir dentro de su ámbito de aplicación a todo el personal militar y a todas las actividades, cualquiera que sea su naturaleza, que este personal desarrolle en cualesquiera recinto militar, aunque no tenga en sentido estricto esa naturaleza, siempre que se trate de un centro, organismos o Unidad del ámbito del Ministerio de Defensa.

6.1.3. Problemática concreta respecto de la externalización de servicios

La cuestión primera que, a la vista de lo expuesto, nos podemos plantear es qué ocurre con un fenómeno cada vez más frecuente, no solo en las Fuerzas Armadas, sino en la Administración en general como es la externalización de la prestación de determinados servicios y actividades propias.

Estamos ante actividades que quedan incluidas en el ámbito espacial y de actividades recogido en el artículo 2 del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, que no se van a prestar por personal militar. Así pues, el problema nuclear se plantea

respecto de las actividades externalizadas, así como respecto de la contratación de obras y servicios.

La concurrencia de actividades empresariales en un mismo lugar de trabajo es objetivamente un factor de riesgo para la seguridad y salud en el trabajo. Así el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 28 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales, establece textualmente:

«1. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.

2. El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

3. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.»

Dicho lo anterior, la cuestión nuclear es determinar el concepto de «propia actividad», así como la responsabilidad que pueda tener en la materia el Ejército.

La polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el referido concepto ha sido extensa pero hay ya doctrina unificada que clarifica en alguna medida las cosas. En efecto, sobre la base de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sus STS de 18 de Enero de 1995 (AS/514), 24 de Noviembre de 1998 y 22- de noviembre de 2002 (A/510), y de la doctrina judicial que la ha aplicado, cabe hablar de tres pasos para distinguir si estamos ante propia actividad:

- A) El primer paso en el examen de la cuestión consiste en determinar si la actividad de la empresa contratista es inherente a la actividad de la empresa principal, en nuestro caso del Ejército de Tierra, y a tal efecto el elemento de comparación a ponderar es el «ciclo productivo» de la empresa principal.

Según la jurisprudencia por ciclo productivo de la empresa principal hay que entender «*el complejo de operaciones normal e íntegramente necesarias para obtener un resultado, en el cual se identifica el fin de la empresa*» (STS 2-XII-

87 (A/9274). *Debe existir una «estrecha conexión funcional» entre la empresa principal y la contratista, de suerte que se llegue «al convencimiento de que el empresario principal se aprovecha del resultado del trabajo de los obreros del contratista, o dicho de otro modo, éstos participan en la producción de la empresa principal».*

- B) El segundo paso consiste en dilucidar si la actividad de la empresa contratista, no inherente a la actividad de la empresa principal es, sin embargo, actividad complementaria es indispensable de aquella. Y para ello es preciso discriminar entre aquellas actividades complementarias que por su conexión con el ciclo productivo son indispensables a la actividad de la empresa principal y, en consecuencia, constituyen «*actividad principal*» de ésta y aquellas otras que por su carácter esporádico –son actividades que sólo ocasionalmente la empresa principal precisa– o inespecífico –son actividades complementarias predicables de la generalidad de las empresas– no pueden considerarse «*propia actividad*» de la empresa principal y no comportan la aplicación de las responsabilidades legales previstas.
- C) Por último, como tercer paso o elemento, la actividad de los contratistas y subcontratistas debe desarrollarse en los centros de trabajo de la comitente. Estamos ante el elemento locacional, el que la actividad se realice en el centro de trabajo de la empresa principal, debiendo estar a una noción amplia de centro de trabajo. Debe producirse, por tanto, la concurrencia de actividades empresariales en un mismo lugar de trabajo determinado y regido, desde el punto de vista organizativo-espacial, por la empresa principal.

Si no se da ésta coincidencia espacial determinada por la empresa principal en cuanto que comitente, la obligación de vigilancia no nacerá.

Por tanto, y a modo de conclusión cabe señalar que deben entenderse como actividad propia del Ejército de Tierra, todas aquellas actividades externalizadas, así como toda obra o servicio contratado que resulte necesaria o indispensable para el correcto funcionamiento y organización de aquel y que se desarrolle en los centros de trabajo del Ejército, debiendo este último concepto flexibilizarse para incluir determinados lugares o espacios físicos que no son propiamente y en sentido estricto centros o unidades militares.

En este sentido, no es posible determinar con carácter general y apriorístico qué tipo de actividades, servicios u obras contratadas o externalizadas son susceptibles de entrar dentro del concepto de «*propia actividad*» de las Fuerzas Armadas y ser por tanto atribuible a éstas la garantía en la observancia y cumplimiento de las normas de seguridad e higiene y, por ende, las posibles responsabilidades que por su incumplimiento o por eventuales eventos dañinos pudieran surgir.

Lo mejor será analizar caso por caso, aplicando los anteriormente referidos criterios jurisprudenciales, para ver si la actividad en concreto puede o no caer dentro del concepto de «*propia actividad*».

Así, y a modo de ejemplo, no es lo mismo los servicios de restauración externalizados en un Cuartel General o en el propio Ministerio de Defensa que los servicios de restauración externalizados en una concreta Unidad que se encuentre en un lugar poco accesible o en despoblado.

En el primer caso, servicios de restauración externalizados en un Cuartel General o en el propio Ministerio de Defensa, es preciso determinar si concurre el elemento consistente en dilucidar si la actividad de la empresa contratista, es o no inherente a la actividad de la empresa principal, en este caso las Fuerzas Armadas, esto es, si se trata de una actividad complementaria e indispensable para aquellas. Y para ello es preciso discriminar, como se señaló, entre aquellas actividades complementarias que por su conexión con el ciclo productivo son indispensables a la actividad de la empresa principal y, en consecuencia, constituyen «*actividad principal*» de ésta y aquellas otras que por su carácter esporádico –son actividades que sólo ocasionalmente la empresa principal precisa– o inespecífico –son actividades complementarias predicables de la generalidad de las empresas– no pueden considerarse «propia actividad» de la empresa principal y no comportan la aplicación de las responsabilidades legales previstas.

Así en el ejemplo propuesto, si bien se da el elemento locacional, no concurre el arriba mencionado, toda vez que en las proximidades existen establecimientos de restauración que facilitan o pueden facilitar los servicios prestados dentro de los propios Cuarteles Generales o del Ministerio de Defensa, por lo que esa actividad externalizada no solo no es inherente a la actividad de la empresa principal, en este caso las Fuerzas Armadas, sino que tampoco se trata de una actividad complementaria e indispensable para aquellas.

La cuestión, sin embargo cambia respecto del supuesto de los servicios de restauración externalizados en una concreta Unidad que se encuentre en un lugar poco accesible o en despoblado. En este caso, es evidente que es preciso e indispensable prestar dichos servicios, toda vez que no existen establecimientos o empresas próximas que los atiendan y teniendo en cuenta que es habitual que en dichas Unidades no solo trabaje, sino que también resida numeroso personal, e, incluso, que existan profesionales que se vean obligados a pernoctar por diferentes motivos, entre otros la realización de Guardias y Servicios.

En este caso, sí estaríamos ante una actividad complementaria indispensable para el correcto funcionamiento de la Unidad, actividad, por otra parte, cuya necesidad no es esporádica, requisito este de la permanencia y estabilidad de la necesidad a satisfacer que nos llevaría a la inexorable conclusión de que los servicios restauración en este caso deben ser considerados «propia actividad».

6.1.4. Los Servicios de Prevención en el ámbito del Ministerio de Defensa

6.1.4.A. CONSTITUCIÓN

En consonancia con el mandato establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que en su artículo 30 obliga al empresario, en cumplimiento del deber de prevención

de riesgos profesionales, a designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva, constituyendo un servicio de prevención o concertando dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa, el Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, también establece esta obligación, toda vez que la creación de los servicios de prevención queda configurada como una obligación que concierne al empleador o empresario, asumiendo, según el artículo 18.1 del citado Real Decreto el Ministerio de Defensa las obligaciones de dicho empleador o empresario.

Así el artículo 21 del citado Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, establece que:

«En orden al cumplimiento de los fines de prevención de riesgos laborales en el Ministerio de Defensa se constituirá el Servicio de Prevención de Riesgos laborales de la Defensa, que se entenderá como el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y de la salud del personal recogido en el artículo 2.a.»

Estos servicios de prevención se constituirán siguiendo el modelo de servicio de prevención propio, con posibilidad de asunción parcial de ciertas actividades por un servicio de prevención ajeno, con las funciones de proporcionar el asesoramiento y apoyo que en esta materia precisen los órganos del Ministerio de Defensa, de conformidad con la normativa vigente en cada momento.

Dicho asesoramiento versará sobre diseño, aplicación y coordinación de los planes y programas de la acción preventiva, evaluación de los riesgos en las actividades que constituyen las funciones del personal militar, propuesta de prioridades en la adopción de las medidas preventivas adecuadas y de la vigilancia de su eficacia, información y la formación del personal, en materia de riesgos laborales, prestación de los primeros auxilios y las medidas de emergencia, vigilancia de la salud del personal en relación con los riesgos derivados del trabajo y, por último, elaboración de la memoria anual y la programación anual de sus actividades.

6.1.4.B. ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN

En cuanto a la estructura de los Servicios de Prevención el artículo 22 establece que estará constituida por un Servicio de Prevención de Riesgos Laborales para cada uno de los tres Ejércitos, así como Servicios de Prevención de Riesgos Laborales de aquellas Unidades ajenas a la estructura de los Ejércitos. Sus competencias serán determinar el desarrollo de la estructura adecuada de sus servicios de prevención y de la unidad que los coordine.

Asimismo, se delimita la competencia de la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa para el desarrollo de la estructura adecuada de los servicios de prevención del órgano central y de las unidades, centros u organismos ajenos a la estructura de los Ejércitos, previendo, también, la creación en el ámbito de la Subse-

cretaría de Defensa de una unidad de coordinación de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa con las características que se recogen en el artículo 24.

Estos servicios de prevención se organizarán conforme a los criterios de número de efectivos, actividades que se desarrollen, exclusivas o comunes, riesgos que se deriven de las actividades, así como localización geográfica. Cada una de las Unidades del ámbito del Ministerio de Defensa deberá estar, necesariamente, adscrita a uno de los servicios señalados.

Asimismo, se prevé que en aquellas instalaciones en la que coexistan distintas Unidades, del mismo o diferentes Ejércitos, y organismos dependientes del Ministerio de Defensa o de estos últimos entre sí, podrá establecerse un único servicio de prevención para todos ellos, previo acuerdo de los mismos.

Por su parte, el artículo 24 del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, regula la Unidad de coordinación de los servicios de prevención, que se establecerá en el ámbito de la Subsecretaría de Defensa con las funciones de determinación de criterios y directrices, coordinación, asesoramiento, seguimiento de la actividad preventiva y competencias para la realización de auditorías en prevención de riesgos laborales.

Asimismo, todos los órganos de los servicios de prevención de los diferentes Ejércitos y de las Unidades ajenas a su estructura mantendrán dependencia funcional de la Unidad de Coordinación de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.

6.1.4.C. FUNCIONES Y COORDINACIÓN A TRAVÉS DE LA UNIDAD DE COORDINACIÓN

El desarrollo de toda estructura relativa a los servicios de prevención se ha llevado a cabo por la Orden DEF/3573/2008, de 3 de diciembre, por la que se establece la estructura de los servicios de prevención de riesgos laborales en el Ministerio de Defensa. Esta Orden concreta la estructura de la Unidad de Coordinación, que se compondrá de una Unidad Técnica de Seguridad en el trabajo, otra de Higiene Industrial, de Ergonomía y Psicología y, por último la Unidad Técnica de Medicina del Trabajo.

Las funciones de esta Unidad de Coordinación serán determinar los criterios y directrices que deban aplicarse por las distintas estructuras que conforman el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Defensa, implantar un sistema de gestión de riesgos laborales, aprobado por la Subsecretaría de Defensa, así como sus correspondientes procedimientos, coordinar las Secciones de Prevención de los ejércitos y las de las Unidades ajenas a los mismos, en cuanto a sus cometidos y competencias, prestar asesoramiento técnico a las Secciones de Prevención respecto a la configuración de los servicios de prevención, y en cuanto al contenido propio de las especialidades, efectuar el seguimiento de las actividades preventivas respecto al cumplimiento de los programas, planes y objetivos marcados por la Subsecretaría de Defensa, realizar las auditorías internas o las inspecciones técnicas de riesgos labo-

rales que ordene la Subsecretaría de Defensa, planificar la acción formativa de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional segunda y, finalmente, actuar como interlocutor ante otros organismos públicos ajenos al Ministerio de Defensa en materia de prevención de riesgos laborales.

Igualmente, y respecto de las secciones de prevención, además de las misiones que en cada ámbito de competencia les asignen las autoridades de quien dependen, tendrán, al menos, los cometidos de establecer la planificación de la prevención de riesgos laborales en su ámbito, aplicando los criterios y directrices que se dicten desde la Unidad de Coordinación, organizar, coordinar y controlar las actividades realizadas por los servicios de prevención, redactar las normas de funcionamiento y definir los objetivos anuales que deben alcanzar los servicios de prevención subordinados funcionalmente y asesorar y proponer las prioridades para la adopción de medidas preventivas en el ámbito de sus competencias.

6.1.4.D. COMPOSICIÓN Y DOTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN

En cuanto a la constitución, dotación y composición de los servicios de prevención, sin perjuicio de la posibilidad de crear servicios mancomunados, según lo dispuesto en el artículo 21 del Real Decreto 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, que prevé dicha posibilidad entre aquellas empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial, se organizará un servicio de prevención en aquellas Unidades que cuenten con más de 500 efectivos o aquellas que, disponiendo entre 250 y 500, desarrollen alguna de las actividades incluidas en el anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, entendiendo las actividades de dicho anexo I como actividades principales que desarrolla la Unidad, y que son, entre otras, trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, agentes tóxicos, actividades en que intervienen productos químicos de alto riesgo, trabajos con exposición a agentes biológicos, actividades de fabricación, manipulación y utilización de explosivos, actividades en inmersión bajo el agua, actividades en obras de construcción, excavación, movimientos de tierras y túneles, actividades en la industria siderúrgica y en la construcción naval, producción de gases comprimidos, licuados o disueltos o utilización significativa de los mismos, trabajos que produzcan concentraciones elevadas de polvo silíceo y trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión.

También se organizará este servicio en aquellas Unidades no incluidas en el apartado anterior, cuando así lo decida la Subsecretaría de Defensa, previo informe de la Unidad de Coordinación, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o la frecuencia o gravedad de la siniestralidad existente.

Estos servicios de prevención, además de por personal en régimen de dedicación exclusiva, podrán estar constituidos por otro personal designado que podrá compaginar la actividad preventiva con la propia de su destino. Los servicios de prevención contarán, como mínimo, con dos de las especialidades o disciplinas preventivas previstas en el párrafo c del artículo 34 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero,

las cuales serán desarrolladas por expertos con la capacitación requerida para las funciones a desempeñar, según lo establecido en el capítulo VI del mismo Real Decreto.

La Unidad de Coordinación determinará los criterios necesarios para que, en aras de la economía de medios, se coordine la actividad preventiva en aquellas dependencias donde convivan dos o más unidades que dependan de estructuras diferentes. Con el fin de optimizar los recursos y evitar duplicidad de estructuras, se aprovechará la estructura y recursos humanos existentes en la actualidad, adecuándolos a las necesidades surgidas de la implantación del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre. Las actividades preventivas que no sean asumidas a través del servicio de prevención propio deberán ser concertadas con servicios de prevención ajenos.

Por lo tanto, la nueva normativa respecto de los servicios de prevención supone una oficialización e integración de la prevención de riesgos laborales en las Fuerzas Armadas en el modelo de la Administración General del Estado, sin olvidar que, no obstante ello, la prevención de riesgos y su control ya existía anteriormente aunque no con unos contornos tan amplios y bien definidos como ocurre tras la entrada la aprobación y entrada en vigor de la reciente legislación preventiva.

6.1.4.E. SITUACIÓN ACTUAL EN EL MINISTERIO DE DEFENSA Y EVOLUCIÓN PREVISTA

En la actualidad el Ministerio de Defensa cuenta con treinta y nueve servicios de prevención que atienden las necesidades en esta materia respecto de un volumen de, aproximadamente, veintiocho mil funcionarios civiles y personal laboral civil, servicios que tras la nueva regulación deberán quedar integrados en la nueva estructura de prevención. De este modo, tras la publicación de la Orden DEF/3573/2008, de 3 de diciembre, por la que se establece la estructura de los servicios de prevención de riesgos laborales en el Ministerio de Defensa, existen previsiones para reforzar los servicios ya existentes para atender al personal militar, así como la creación de otros nuevos servicios, en torno a los cuarenta, según una primera estimación.

Para ello, será imprescindible la adopción de una serie de medidas, entre las que serán ineludibles la formación de personal militar en esta área, con la obtención de las titulaciones necesarias para integrarse en estos nuevos servicios, habiéndose acordado, en la fecha de realización del presente trabajo, la implantación de los nuevos servicios y la formación del personal preciso para ello con cursos impartidos a través del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Por lo tanto, cada uno de los Ejércitos deberá organizar una única estructura de Prevención de Riesgos Laborales, con una sola Unidad que la coordine la implantación y aplicación, tanto del Plan de Prevención de Riesgos Laborales, común a todos los trabajadores, como del Plan Específico de Prevención para las actividades de instrucción, adiestramiento y operativas, Unidad que según el punto cuarto de la citada Orden se denominarán Secciones de Prevención. A esta estructura única habrá que incorporar a todos aquellos organismos que actualmente trabajan en los diferentes Ejércitos en la Prevención de Riesgos.

En cuanto a los Servicios de Prevención, contarán con una serie de personal que podrá trabajar con dedicación exclusiva o bien, compaginando esa actividad preventiva con la propia de su destino.

Dicho personal deberá contar con la formación adecuada, formación que deberá adaptarse a lo previsto en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que prevé la existencia de tres niveles de formación, a saber, básico, intermedio y superior, siendo las especialidades previstas para el nivel superior, las de Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía-Psicología Aplicada y Vigilancia de la Salud.

Dicha formación debería llevarse a cabo en un primer momento de manera externalizada, teniendo en cuenta que a medida de que se vaya produciendo progresivamente la implantación de la nueva estructura, y de conformidad con lo señalado en el artículo 9 del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, la formación en materia de riesgos laborales quedará garantizada mediante su inclusión en los diferentes niveles de la enseñanza militar, así como los cursos que se impartan en relación con el puesto de trabajo y el uso de los diferentes materiales y equipos. Por lo tanto, la solución más coherente, y así ha sido propuesto en el ámbito del Ejército de Tierra, es que el personal militar con grado de Suboficial reciba la formación en prevención de riesgos laborales equivalente a los niveles de formación básico e intermedio, formación que se recibiría mediante su inclusión en los Planes de Estudio de la Enseñanza de Formación, pasando una vez formados a desempeñar puestos dentro de la estructura de los Servicios de Prevención con carácter de dedicación no exclusiva, encargándose los puestos de dedicación exclusiva a personal militar de superiores Empleos con la correspondiente titulación de nivel superior en las especialidades legalmente previstas, según las necesidades de cada Centro, Unidad u Organismo.

VII. LAS RESPONSABILIDADES POR INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA

7.1. Introducción

El fenómeno de la globalización ha supuesto innumerables cambios en la vida social, económica y política de nuestros pueblos. Una de las transformaciones más destacadas de los últimos tiempos es la de los cambios en los modelos organizativos de producción. La moderna empresa en la sociedad de la información y en el mercado globalizado, ya no se organiza vertical-jerárquicamente como ha sido tradicional, sino que lo hace en redes multidireccionales, la mayoría de las veces vinculadas a una gran empresa, donde las estructuras son altamente descentralizadas y muy flexibles de acuerdo a la flexibilidad de los mercados. Así la empresa moderna es una red dinámica y estratégicamente concebida de unidades autoprogramadas y autodirigidas basadas en la descentralización, la participación y la coordinación²⁵.

²⁵ CASTELLS, Manuel, *La era de la información. La sociedad red*, Vol 1, 2ª edición, Madrid, 2001.

Es decir, el modelo organizativo propiciado por el cambio tecnológico y las nuevas necesidades de un mercado muy competitivo y cambiante, donde los riesgos se diversifican en la red, ya no se define como un conjunto de medios orientados a unos fines comunes, sino que la empresa-red está constituida por un sistema de redes interconectados, pero a la vez autónomos en sus fines. Por tanto, ya nadie duda del protagonismo de la empresa en este proceso social, como agente económico central del modelo económico vigente de mercado. Empresas pequeñas, medianas y grandes, nacionales y transnacionales, matrices y filiales, privadas o públicas, conglomerados de empresas, multinacionales, etc., las posibilidades de asociación económica y diversificación de los riesgos son innumerables.

Se trata de una transformación de la empresa al socaire de los cambios en el modelo de producción, en el que las empresas subcontratan partes de su propia producción incluso a empresas extranjeras o trabajadores autónomos. Este fenómeno ha traspasado los límites del ámbito empresarial impregnando otras esferas como, la que en el presente trabajo nos ocupa, y que no es otra que la Administración. En efecto, en el sector de la Administración no cabe hablar de estructuras simples y lineales, sino que la aparición de nuevas estructuras administrativas y nuevas figuras, unido a una progresiva aplicación de nuevas técnicas como la externalización, obligan a un nuevo planteamiento respecto de algunos temas, así como a un nuevo enfoque en aspectos como la prevención de riesgos laborales y, en concreto, las responsabilidades derivadas por el incumplimiento de la normativa vigente y la eventual producción de un evento dañoso.

La desregulación económica, política y laboral ha sido el producto jurídico de este proceso social de transformaciones de la nueva empresa en un mercado altamente competitivo, desregulación que realmente ha sido una «re-regulación», esto es, una adaptación del Estado y del Derecho a los designios de un nuevo «*mercado natural*» consagrado como nuevo valor universal.

En una sociedad con una empresa descentralizada, un mercado cada vez menos regularizado y un sistema laboral con tendencia a la flexibilización, los riesgos laborales aumentan.

Merece pues prestar atención a la protección del trabajador y a la especial naturaleza de la relación laboral entre trabajador y empresario y, por tanto, a la necesidad de establecer mecanismos de responsabilidad acordes con esta especial relación. En ella se hace patente el conflicto de intereses propios del modelo capitalista de producción, a saber, necesidad por parte de las empresas de maximización de los beneficios, necesidad que, en ningún caso, puede suponer un menoscabo de ciertos bienes jurídicos de la colectividad y/o de los bienes jurídicos del trabajador.

Estos aspectos, no inciden con la misma fuerza en sectores como el de la Administración, dada su propia naturaleza y la inexistencia de un claro objetivo de obtención y maximización de beneficios, aunque sí pueden afectar, teniendo en cuenta la relevancia del fenómeno de la contratación administrativa y de la externalización.

Así, no se puede olvidar que, como ya se señaló en el presente trabajo al hablar del concepto de «*propia actividad*», y de la eventual responsabilidad administrativa en la garantía del cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, en supuestos de externalización y contrataciones con empresas privadas, que debían entenderse como «*actividad propia*» de las Fuerzas Armadas en general y del Ejército de Tierra en particular, todas aquellas actividades externalizadas, así como toda obra o servicio contratado que resultase necesaria o indispensable para el correcto funcionamiento y organización de aquellas y que se desarrollase en los centros de trabajo de las Fuerzas Armadas.

Como se dijo, este último concepto debe flexibilizarse para incluir determinados lugares o espacios físicos que no son propiamente y en sentido estricto centros o unidades militares.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que las propuestas más modernas inciden especialmente en este aspecto para rediscutir la cuestión de la empresa como agente económico y social, que ocupa un lugar fundamental en la sociedad postindustrial, que debe tener derechos, pero también deberes, entre los cuales se incluyen las eventuales responsabilidades que pudieran serle atribuidas. Dicho de otro modo, el precio que debe pagarse por el liderazgo es, claro está, la responsabilidad, lo cual también es predicable de la Administración Pública, sujeta constitucionalmente a principios como el de legalidad y responsabilidad, principios también consagrados en el artículo tercero de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre²⁶.

Los estudios empíricos sobre siniestralidad laboral muestran una correlación entre precariedad laboral y accidentes de trabajo. Hay, pues, una necesidad de encauzar jurídicamente la ética del mercado, por medio de la demanda social de responsabilidad de la empresa. Conscientes de estos deberes del empresario que tienen una especial incidencia en el ámbito de la seguridad e higiene laboral, el legislador ha dispuesto claramente, en el artículo 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: «*El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento*».

7.2. Obligaciones en materia de prevención por parte del empresario

Cabe recordar, que, conforme al artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores, «*El empresario puede asumir la forma de persona física o persona jurídica*». Por consiguiente, el primer y principal destinatario de la obligación legal de seguridad y salud en el trabajo, en su calidad de propietario, que lo hace acreedor de los beneficios de

²⁶ MERCADO, Pedro, «El proceso de globalización: el Estado y el Derecho», en POR-TILLA (Coord.), *Mutaciones del Leviatán*.

Legitimación de los nuevos modelos penales, Madrid, Akal/ Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

la actividad productiva, pero también responsable de las cargas sociales de la misma, es el empresario.

Además, en su condición de titular de los poderes de dirección y organización del trabajo, posee facultades no sólo para adoptar las medidas preventivas pertinentes, sino también para hacer cumplir y vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene dentro de la empresa. La concentración de responsabilidad en el empresario se debe a razones de efectividad y solvencia; él es quien aplica las normas y controla que se cumplan, pero también es él quien puede responder de manera efectiva con consecuencias jurídicas.

Asimismo, por el poder de dirección y el deber de obediencia del trabajador, el empresario puede exigir de forma rápida y efectiva que el trabajador cumpla con la normativa. Ciertamente, la legislación muestra una clara tendencia hacia la concentración de las reglas de responsabilidad en la parte empresarial.

La determinación del alcance y contenido de dichas obligaciones están establecidas en la LPRL. Se trata, por tanto, de un deber jurídicamente configurado, o, la *configuración jurídica del deber de protección del empresario*. Se trata de hasta doce especificaciones legales de este régimen jurídico (artículos 18 y siguientes del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre):

1. Los principios generales de la acción preventiva (art. 15 LPRL), con arreglo a los cuales el empresario debe aplicar las medidas que implican su deber de prevención.
2. Corresponde al empresario la evaluación de los riesgos y la planificación de la acción preventiva (arts. 16 y 23.1 a) y c) LPRL), con la consiguiente facilitación a los trabajadores de equipos de trabajo y de medios de protección individual adecuados para el cumplimiento de sus funciones (arts. 17 y 23.1 b) LPRL).
3. La formación de los trabajadores en materia de prevención (art. 19 LPRL): el empresario debe garantizar que el trabajador reciba una formación teórica y práctica adecuada a su puesto de trabajo.
4. La actuación en situación de emergencia (art. 20 LPRL) y de riesgo grave e inminente (art. 21 LPRL).
5. La vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo (arts. 22 y 23.1 d) LPRL).
6. La protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25 LPRL).
7. La protección de la maternidad (art. 26 LPRL).
8. La protección de los menores (art. 27 LPRL).
9. La protección de los trabajadores temporales y los contratados por empresas de trabajo temporal (art. 28 LPRL).
10. La organización de la prevención y la constitución de servicios de prevención (arts. 30-32, Cap., IV LPRL).
11. La intervención colectiva de los trabajadores en materia de prevención (art. 34.1 LPRL).

12. La coordinación de actividades empresariales (art. 24 LPRL) para los supuestos en que trabajadores de dos o más empresas desarrollen actividades en el mismo lugar de trabajo.

La responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral es, por tanto, jurídicamente configurada y tiene un alcance diversificado, complejo, en tanto implica una serie de deberes de muy distinta índole: vinculados a la especial vulnerabilidad del trabajador (deberes 7 y 8), a la colectivización de la prevención (deber 11), a la organización en materia de prevención (deberes 11 y 12), la formación de los trabajadores en materia de prevención (deber 3), etc.

7.3. La responsabilidad empresarial

A la hora de hablar de la responsabilidad empresarial, es preciso mencionar la cuestión de la responsabilidad en el ámbito de las personas jurídicas y, cuál es la relación entre responsabilidad empresarial y responsabilidad de los trabajadores víctimas de un accidente laboral.

La persona del trabajador y la necesidad de protegerla frente a los riesgos del trabajo es el fundamento de la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo. El Ordenamiento Jurídico erige al empresario en un «*deudor de seguridad*» frente al trabajador. En nuestro Derecho, esa condición tiene su fuente en la Constitución, en las normas comunitarias europeas, en la Ley (ET, LPRL) y su desarrollo reglamentario, y, en menor grado, en la negociación colectiva.

Del mismo modo que el empresario-Administración es el sujeto central de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, es el sujeto fundamental de las responsabilidades en tal materia. No es por ello casual que la Sección 2ª del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RD/Lg 5/2000; en adelante, LISOS), rubricada «*Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales*», así como el Capítulo VII de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales [en adelante LPRL] (en los preceptos no derogados por la LISOS-2000), genéricamente rubricado como «*Responsabilidades y sanciones*», se dediquen a regular casi exclusivamente las responsabilidades de los empresarios.

Estas responsabilidades presentan un panorama complejo, puesto que su naturaleza es diversa, que plantea a veces delicados problemas de concurrencia.

Tales responsabilidades pueden ser públicas (penales o administrativas) y privadas, bien contractuales o extracontractuales (civiles o civil-laborales). El art. 42.1 LPRL lo dice con toda claridad: «*el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento*».

Compatibilidad entre responsabilidad civil y administrativa que reconoce también, con carácter general, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 130.2). El juego de dichas responsabilidades, pieza esencial en el régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales, es el que se sintetiza a continuación.

VIII. ESTUDIO ESPECÍFICO DE LAS RESPONSABILIDADES EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

8.1. Introducción

Una primera cuestión que debe abordarse es que la normativa en materia de prevención de riesgos laborales despliega una serie de responsabilidades por su incumplimiento. El Estado ha desarrollado un conjunto normativo (un subsistema) de medidas de control y garantías, responsabilidades y sanciones, para hacer efectivo el cumplimiento de las reglas de prevención de riesgos laborales. Una cuestión, que por otro lado, es de obligación para los poderes públicos de índole constitucional, pues el art. 40.2 CE establece que corresponde a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo, así como de índole internacional, ya que el Convenio núm. 155 de la OIT (1981) exige a los Estados firmantes que aseguren la aplicación de las leyes y reglamentos relativos a la seguridad y salud en el trabajo.

Se trata de un complejo instrumental de responsabilidades y sanciones que tiene como objetivo común y *general* el cumplimiento *efectivo* de la normativa de prevención de riesgos laborales y, con ello, garantizar la seguridad y salud en el trabajo²⁷. Como se ha dicho, el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales puede dar lugar a una concurrencia de responsabilidades, según se establece en el art. 42.1 LPRL.

- *Responsabilidad administrativa*, cuyo régimen jurídico se encuentra en la Ley de Infracciones y Sanciones al Orden Social (LISOS), aprobada por Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que tiene como objetivo específico la acción preventiva de los riesgos que se desarrollan en la actividad laboral y cuyo instrumento principal es la multa.

En principio este tipo de responsabilidad puede interesar a la Administración Militar en aquellos casos en los que pueda ser necesario aplicar el régimen sancionador a empresas que realicen obras o presten servicios para la misma. Pero, también, incluso, si atendemos al tenor literal del artículo 2 del citado Texto Legal, relativo a los posibles sujetos responsables, en aquellos casos en que órganos de la propia Administración puedan ser sujetos responsables por

²⁷ GARCÍA MURCIA, Joaquín, «Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo», en CASAS.

concurrir en ellos las características expresadas legalmente y poder, por tanto, ser incluidos en alguno de los números que contiene el citado precepto.

- *Responsabilidad penal*, cuya regulación se contiene en el Código Penal y que se realiza mediante un delito de peligro del art. 316 y 317, pudiendo concurrir determinadas figuras concursales²⁸.
- *Responsabilidad por daños y perjuicios*, cuyo régimen jurídico se refiere a la responsabilidad civil contractual o extracontractual, aunque también puede ser derivada del delito.
Resulta interesante la discusión sobre el tratamiento normativo de la responsabilidad penal y/o administrativa en materia de seguridad laboral, puesto que algunos países optan por un sistema preventivo fuerte con reglas no estrictamente penales, caso de Alemania para quien el modelo alemán en materia de prevención de riesgos laborales es una buena muestra del Derecho de intervención que preconizaba la Escuela de Frankfurt, mientras que otros optan por un modelo de delito de peligro en el Código Penal, caso de Italia y España²⁹.
- *Responsabilidad de la seguridad social*, se trata del recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo previstas en el art. 123 LGSS.
- *Responsabilidad patrimonial*, en el caso de las Fuerzas Armadas, en tanto Administración Pública, cabe hablar también de la existencia de este tipo de responsabilidad cuando se produzca un daño o lesión, efectiva y evaluable económicamente, en un bien o derecho, en los términos establecidos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, siempre que, lógicamente, dicho daño o lesión sea causa de una inobservancia o negligencia en la aplicación de la normativa sobre seguridad e higiene, siendo esta una posible vía resarcitoria de los perjuicios causados.

En primer lugar debe señalarse que cada una de esas responsabilidades persigue objetivos y finalidades diferentes. La responsabilidad administrativa trata de proteger el interés general de la colectividad (art. 103.1 CE), de garantizar la tutela y protección de un trabajo seguro, mediante el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

De las tres primeras formas de responsabilidad, puede clasificarse a la penal y a la administrativa sancionadora como públicas, instrumentos sancionatorios, expresión del «*ius puniendi*» del Estado en sentido lato³⁰, mientras que la responsabilidad civil sí tiene carácter privado.

²⁸ SHÚNEMANN, «*Prevención de riesgos laborales*», ob. pág. 258

²⁹ CASTRONUOVO, Donato, «*La tutela Della sicurezza del lavoro in Francia, Germania e Spagna*», en DONINI / CASTRONUOVO. *Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicu-*

rezza dei prodotti, Padua, CEDAM, 2007, págs. 115 y ss.

³⁰ VOGEL, Joachim: «*Responsabilidad penal de los empresarios y de las empresas*», en MIR PUIG / CORCOY BIDASOLO (Dir.), *La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, pág. 130.

8.2. Responsabilidad administrativa y penal

8.2.1. Introducción

Sin duda la responsabilidad más directa y seguramente la de mayor uso y trascendencia es la responsabilidad administrativa, como en general ocurre en el terreno de los incumplimientos laborales. Ello porque utiliza un instrumento contundente, como es la multa, contra el principal sujeto responsable que es el empresario (que puede ser persona física o persona jurídica). Además, porque la verdadera función preventiva, esto es, el control efectivo de los riesgos se desarrolla en el ámbito del cumplimiento de la normativa de prevención, por lo que, el cumplimiento de esta normativa garantiza finalmente la salud y la vida de los trabajadores³¹.

La doctrina penal ha llamado la atención sobre la importancia de esta esfera preventiva, puesto que la eficacia en el ámbito del Derecho que se dirige a las empresas tiene por finalidad principalmente la obediencia al Derecho.

La utilización de la vía penal resulta demasiado contundente pues puede arruinar las posibilidades laborales del propio trabajador afectado. Ello dice, también, de la escasa eficacia de la vía penal en esta materia, en tanto, ante conductas similares, las autoridades prefieren la vía administrativa, aunque la normativa establezca la vía penal como preferente (art. 3 LISOS).

Una cuestión, entonces, importante a resaltar es que la vía administrativa despliega en estos momentos mayores efectos preventivos porque se dirige a la persona jurídica empresa, a la que se imputa la sanción/multa y la que responde con todo su potencial patrimonial.

Se produce una correspondencia entre sujeto de imputación de la responsabilidad y sujeto de imputación de la consecuencia jurídica. Además, no es de desdeñar el efecto preventivo de las sanciones patrimoniales para las empresas. De ello se puede colegir, también, que ante la carencia de mecanismos de imputación para las personas jurídicas de índole penal, resulta escasa la perseguibilidad de estos delitos.

El asunto deviene problemático dado que en esta materia de prevención de accidentes laborales existe un delito de peligro en el Código Penal, el art. 316, y en la Ley de Infracciones y Sanciones al Orden Social, una infracción administrativa, del artículo 13. con redacciones prácticamente idénticas: el empresario que incumple la normativa de prevención de riesgos laborales y pone en peligro grave la vida o la salud de los trabajadores, comete dichas infracciones. La paradoja está en que si calificamos el hecho como delito no responde la persona jurídica, en cambio, si calificamos como infracción administrativa sí.

³¹ BAHAMONDE / PALOMEQUE LÓPEZ / VALDEZ DAL RÉ, *Seguridad y salud en el tra-*

bajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales, Madrid, La Ley, 1997

Indudablemente, pese a no existir diferencias ontológicas entre injusto penal e injusto administrativo, sí está claro que el injusto penal del art. 316 CP no puede consistir en una mera desobediencia, como sí lo es el injusto administrativo.

El tipo penal requiere un desvalor de resultado cual es la puesta en peligro concreta de la vida o la salud de los trabajadores. Es decir, debe haber una relación entre el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales y el resultado de peligro concreto para la vida o salud del trabajador, para configurar este injusto penal.

Esta posible concurrencia de responsabilidades administrativa y penal, plantea la cuestión del «*non bis in idem*». Es decir, en principio, no se puede sancionar dos veces cuando existe identidad de sujeto, fundamento y objeto de protección.

La identidad de fundamento prácticamente no es discutida, puesto que la doctrina tanto penalista como administrativista, mayoritariamente, consideran que no existen diferencias cualitativas entre ambos tipos de injustos, sino simplemente de grado. Más discutido resulta la identidad de sujetos y de bien jurídico. Respecto al requisito de la identidad de sujetos, el asunto resulta problemático, puesto que, como se viene resaltando, en el ámbito administrativo se puede imputar responsabilidad a la persona jurídica y en el ámbito penal no, por consiguiente, sólo habría concurrencia de una y otra responsabilidad cuando el empresario sea persona física, algo que a todas luces resulta paradójico desde el ámbito de las consecuencias jurídicas y los efectos preventivos del régimen sancionatorio.

En los casos de incumplimiento normativo de la legislación preventiva de riesgos laborales con peligro para la vida y salud de los trabajadores imputables a empresas personas jurídicas (y entre ellas la Administración como persona jurídico-pública con carácter de empleador o empresario), habría que disociar los sujetos de imputación: responsabilidad administrativa para la persona jurídica, si es que ello es posible en el caso de la Administración por las especiales circunstancias que en cada caso concreto concurren, y responsabilidad penal para la persona física. Todo ello prueba que existen contradicciones en el Ordenamiento Jurídico que deben ser subsanadas, sobre todo si se quiere dar un mensaje claro y unívoco para la prevención de las infracciones socioeconómicas, que pueden desarrollar importantes daños sociales.

No obstante, conviene destacar que la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 246/1991, ha resuelto que también en el ámbito administrativo sancionador debe reconocerse una imputación subjetiva cuando se trata de sujetos personas jurídicas, que sean acordes con las características de éstas últimas.

Igualmente hay que resaltar que en caso de concurrencia de responsabilidad administrativa y penal, ésta última es preferente, según el art. 3 LISOS, en tanto conoce de los asuntos más graves.

La responsabilidad civil, al tener una finalidad privada, estrictamente reparadora del daño causado a la víctima del accidente laboral, no plantea problemas de concurrencia³².

Así pues, es preciso hacer referencia a lo establecido en el citado artículo 316 del Código Penal en relación con lo regulado en el 318 del mismo Texto Legal que dispone que: *»Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».*

De la lectura de este artículo se desprende que en el caso de infracción de las normas de prevención de riesgos laborales por aquellos que están legalmente obligados, no facilitando los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, los responsables van a ser, en el caso de la Administración, los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos, es decir, en la mayoría de las ocasiones el Jefe de la Unidad, Centro, Organismo, Dependencia, Buque o Aeronave.

Asimismo, es preciso hablar de la responsabilidad penal que puede surgir ante la efectiva producción de un evento dañoso, ya sea la muerte o lesiones respecto de un trabajador, funcionario civil o militar profesional, cuando ésta traiga su causa de un incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

En este caso concreto, el incumplimiento de la normativa de prevención y el resultado producido, puede llevarnos a un concurso con un delito de homicidio o lesiones, e incluso ante meros daños de carácter económico o patrimonial, responsabilidad que en este caso podrá recaer según los hechos acaecidos y lo demostrado en fase de juicio oral, en aquella persona que en ese caso concreto tenía la responsabilidad de garantizar la seguridad laboral y acatar la vigente normativa, y que depende de las circunstancias podrá ser la Jefatura del centro o Unidad, el técnico de prevención de riesgos laborales, el propio empresario contratado por la Administración para realizar la obra o servicio externalizado, etc.

³² GARCÍA MURCIA, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Navarra, Aranzadi, 2000, 2ª ed, pág. 107

8.2.2. *Problemas de la responsabilidad penal en el ámbito de las personas jurídicas, ante incumplimientos de la normas de prevención de riesgos laborales*

8.2.2.A. *PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA*

Como ya se ha sostenido, una de las cuestiones más difíciles de desentrañar es el tema de la imputación de responsabilidad penal cuando los delitos se producen dentro del ámbito de la actividad empresarial, como lo son los delitos de protección de la seguridad e higiene en el trabajo. El sistema de imputación de responsabilidades penales está diseñado sobre la conducta de un autor, sujeto individual, por lo que cuando los hechos se realizan en el ámbito de personas jurídicas pueden resultar lagunas de punibilidad.

Las conductas en contextos organizacionales no son siempre fácilmente distinguibles según los elementos clásicos de la teoría del delito, toda vez que en estructuras complejas, son órganos diferentes los que toman las decisiones y ejecutan los hechos. Así, mientras unos toman las decisiones, normalmente son otros los que ejecutan las decisiones tomadas por los primeros. Como se ha visto, el alcance de la responsabilidad empresarial o de la Administración en materia de prevención de riesgos laborales, implica una serie de deberes jurídicos que no son ejecutables por una sola persona.

En los delitos de protección de la seguridad y salud en el trabajo se produce los problemas de imputación de responsabilidad penal en sistemas complejos, y que ha llevado a la rediscusión del tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La existencia de diversas estructuras organizativas al interior de una empresa, su estructura descentralizada y jerárquica, dan lugar a la «*irresponsabilidad organizada*», pues finalmente resulta difícil imputar responsabilidad a un sujeto, ya que el resultado suele ser el producto de una serie de actuaciones activas y omisivas, dolosas y culposas de diferentes agentes.

En el ámbito de las personas jurídicas se produce, una escisión entre el sujeto que actúa y el sujeto de imputación de responsabilidad, lo que dificulta la imputación penal que ha de ser personal. Los comportamientos desencadenantes de la producción del resultado lesivo (en este caso, incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que pone en peligro la vida y la salud de los trabajadores), suelen ser el resultado de conductas de diversas personas físicas que muchas veces no tienen responsabilidad directa en las decisiones y actuaciones correspondientes³³.

A partir de esta constatación, resulta conveniente delinear los problemas de imputación que pueden resultar de una serie de conductas desencadenantes de un accidente laboral, que sea expresión del incumplimiento normativo de la legislación de riesgos laborales y que ponga en peligro grave la vida y salud de los trabajadores.

³³ SALVADOR CODERCH / FERNÁNDEZ CRENDE, «*Causalidad y responsabilidad*», en www.indret.com, N° 329, Enero 2006, págs 7 y ss.

En primer lugar, debe aclararse que el empresario persona jurídica o la Administración como persona jurídico-pública no será sujeto de imputación penal directa, por la imposibilidad dogmática de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, aunque el Derecho en general haya dispuesto que el empresario posee unos deberes jurídicos en materia de prevención de riesgos laborales, el Derecho penal no lo puede sancionar directamente como sujeto de imputación penal. Puede aplicarle consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, pero no puede declarar la responsabilidad penal del mismo. Habrá que individualizar la responsabilidad penal, determinando qué personas concretamente actuaron con la concurrencia del tipo objetivo y subjetivo de la norma penal³⁴.

Lo anteriormente expuesto, transmite un mensaje poco contundente para el empresario que es el principal garante de la seguridad en el trabajo, toda vez, que finalmente la responsabilidad penal puede recaer en subordinados o profesionales jerárquicamente dependientes, manteniendo la «actitud criminal» de grupo.

La prevención general resulta, así, mermada, toda vez que el sujeto responsable del cumplimiento *real* de la normativa de prevención de riesgos laborales, el empresario, además, quien tiene el poder de dirección de la empresa, generador del riesgos y beneficiario de la actividad productiva, sabe que finalmente puede descargar la responsabilidad en un subordinado, quien es el que en definitiva será objeto de la sanción penal. No es de extrañar, pues, el déficit de sancionabilidad penal en esta materia³⁵.

Además, hay casos en que se puede individualizar la responsabilidad, como sucede cuando se trata de deberes delegables, que pueden ser ejecutados por personas concretas distintas del empresario, como es la formación en materia de prevención de riesgos laborales, la facilitación de los mecanismos de prevención, pero hay deberes organizacionales que, no son delegables y que corresponden únicamente al empresario, como son la evaluación de la acción preventiva, la organización de la acción preventiva cuando concurren dos o más empresas.

En la práctica se puede pensar en muchos casos en que corresponde a la empresa la actuación y no es responsabilidad del delegado de prevención de riesgos laborales. Por ejemplo, ahorro en material de prevención de riesgos laborales, que puede ser en calidad o cantidad de los mismos, que el empresario no facilite al delegado en tiempo y forma los mismos, que decidan asumir riesgos mayores de los legalmente establecidos.

En estos casos, los resultados serían consecuencia de la «*política de la empresa*», lo que configura una «*actitud criminal de grupo*», difícilmente soslayable con la penalización de una persona individual. Algunos casos podrían ser expresión «*culpa organizacional*» o «*defecto de organización*» imputables directamente a la persona

³⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, págs. 198-203.

³⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «*Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*», págs. 98-99.

jurídica. Precisamente los últimos trabajos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas centran su argumentación en la necesidad de establecer modelos de autorregulación dentro de las empresas, la *Corporate Governance* norteamericana, donde la culpa organizacional es la categoría clave para que el mensaje de las normas llegue a los sujetos jurídicos empresas.

Esta línea de argumentación insiste en que para promover el mensaje de la norma penal de vigorizar el respeto a los mecanismos de control de riesgos que se despliegan en la empresa, es necesario que haya unidad de imputación entre sujeto a quien se dirige la norma y sujeto a quien se imputa la consecuencia jurídica. Sólo así es posible concebir una verdadera responsabilidad en la empresa.

8.2.2.B. SOLUCIONES PLAUSIBLES AL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL ÁMBITO DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En línea con lo anterior, una cuestión bastante debatida es la eficacia de la intervención penal en esta materia y sus posibles soluciones. Este es un asunto de muchas aristas, pero que sin duda tiene como principal eje las dificultades de imputación penal por delitos cometidos en el ámbito de empresas. Para algunos autores, el modelo alemán más centrado en la normativa administrativa, resulta más eficaz que el modelo español con un tipo penal de peligro. No obstante, es más que posible la coexistencia de ambos modelos, puesto que son niveles de protección distintos, uno más centrado en la prevención entendida como control de riesgos (el administrativo) y otro, dirigido a reprimir las conductas más graves que resultan detestables para la sociedad, como son los graves incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales que ponen en peligro la vida o la salud de los trabajadores.

Mientras tanto se resuelve la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha de procederse con los mecanismos de imputación existentes para individualizar responsabilidades. El art. 318 CP, regla especial para dilucidar la responsabilidad penal de los delitos laborales cuando los hechos se realizan en el ámbito de las personas jurídicas, establece que en los delitos laborales serán responsables los administradores y los encargados del servicio.

En primer lugar la responsabilidad es de los administradores o directivos que son los responsables de la organización empresarial y también de garantizar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, en el caso de las Fuerzas Armadas, los Jefes de cada Unidad independiente u organismo. En ellos recae en primer lugar la posición de garante de dicho cumplimiento.

Aquí habría que tener en cuenta los problemas de determinación de la responsabilidad en órganos colegiados cuando se trate de decisiones tomadas en ellos (por ejemplo, una política de ahorro en esta materia); normalmente responden todos los intervinientes, incluso aquellos que no asisten o votan en blanco. Diferente es la cuestión de los que votan en contra, pues en estos casos la negativa a secundar la decisión

adoptada por el órgano colegiado salva al que la realiza de una posible responsabilidad penal, eliminando elementos relativos a la tipicidad, antijuricidad o culpabilidad.

En el caso del subordinado, se trata de una competencia delegada, por tanto, puede responder tanto el subordinado como autor responsable del cumplimiento de la obligación legal, pero también el directivo o Jefe de Unidad en comisión por omisión (culpa «*in vigilando*» o culpa «*in eligendo*»). Destacando que hay deberes delegables y otros que no, pues competen a las grandes decisiones de la empresa que corresponden a los directivos.

Especial atención merece el tema de las subcontratas, fórmula legal que ha propiciado el intercambio de trabajadores sin medidas de protección especialmente en el ámbito de la construcción. Dada la gravedad del tema, se ha promulgado la Ley 32/2006, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, donde se obliga al contratista de control sobre el responsable de la seguridad laboral en la labor concreta. Además, la ley dispone un sistema de control para que las sucesivas subcontrataciones no dificulten la determinación de los verdaderos responsables.

8.2.3. Responsabilidad del empresario (administración) y responsabilidad de la víctima en el ámbito penal

Como ya se ha señalado, la obligación del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales recae en el empresario. No obstante, la LPRL en su art. 23 contempla que también es obligación del trabajador el cumplimiento de la normativa laboral, en lo que a él corresponde.

Por supuesto, que se trata de obligaciones de distinto rango, pues estamos ante una relación de subordinación, donde es el empresario o el Jefe de Unidad quien posee el poder de dirección, tiene la posibilidad de hacer efectiva la normativa y es quien se beneficia de la actividad laboral, pero es el trabajador el que tiene la obligación de someterse al poder de dirección del empresario y respetar las normas sobre seguridad e higiene que aquel le impone, por lo que cabe reconocer en el ámbito sancionador, tanto penal, como administrativo por analogía, la teoría de la compensación de culpas, pudiendo trasladarse desde el ámbito civil al ámbito de la responsabilidad penal, la teoría de la compensación de culpas, siendo reiterada la jurisprudencia que lo hace.

Así, si bien en la responsabilidad civil entra en juego la actuación de la víctima, mientras que en la responsabilidad penal de lo que se trata es de sancionar al sujeto responsable a los efectos de prevención general y especial de la infracción, postulando criterios de autopuesta en peligro de la víctima, y sin perder de vista el deber jurídico del empresario o Administración, que tiene la obligación de garantizar *realmente* el cumplimiento efectivo de la normativa de prevención de riesgos laborales, cabe hablar de concurrencia de responsabilidades³⁶.

³⁶ MEINI, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pág. 523.

Por lo tanto, por una parte, estamos ante un deber del empresario, o Administración, de carácter personalísimo, que no puede ser trasladado al trabajador, ni a terceros, y que no se agota con el deber de proveer de los medios de prevención, sino que implica una serie de deberes, como son los deberes de información, formación y exigir al trabajador la utilización de los dispositivos preventivos. De lo contrario, incurrirá en culpa in vigilando o culpa «in eligendo». Pero, por otra, existe una obligación correlativa del trabajador de someterse a las normas de prevención, obligación que si se incumple, sumándose al incumplimiento por parte del empresario, dará lugar a una posible disminución de la responsabilidad de este último.

La responsabilidad de la Administración como empresa, por todo lo expuesto, puede quedar aminorada por el hecho de que sus empleados incumplan la normativa de prevención de riesgos laborales. Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales aumenta el riesgo de accidentes laborales, con lo cual, le hace imputable al empresario del resultado, en base a la teoría del aumento de riesgo de la imputación objetiva, pero también, aplicando el envés de dicha teoría al trabajador que coadyuva con su incumplimiento.

Así pues, son especialmente relevantes actuaciones de la víctima en aquellos casos en los que, existiendo el cumplimiento total por el empresario (teniendo en cuenta todas las obligaciones concretas), se produce el accidente por diversas circunstancias.

Como es obvio, en aquellos casos en que la Administración cumple con la normativa de prevención de riesgos laborales y se produce un accidente, sí queda fuera de una imputación penal, puesto que no ha aumentado el riesgo para la vida o salud de los trabajadores; el caso quedaría claramente en el ámbito del «accidente», de la conducta inevitable, del caso fortuito; por tanto fuera de toda imputación penal.

8.3. Responsabilidad civil

Conviene recordar que la responsabilidad civil parte del daño causado por la infracción, puesto que tiene función reparadora, mientras que la responsabilidad sancionadora (penal o administrativa) se dirige al sujeto responsable a los efectos preventivos que debe desplegar el cumplimiento efectivo de la normativa correspondiente. También podría devenir de la comisión de los delitos del art. 316 o 317 CP, en tanto responsabilidad civil derivada del delito, pudiendo optar el afectado por la jurisdicción civil o penal (art. 109 CP).

En el caso de optar por un resarcimiento en vía civil, el trabajador o servidor público al servicio de la Administración Militar, la regla es la del artículo 1104 del Código Civil (CC), que exonera de responsabilidad al empresario diligente, y la del artículo 1105 del citado Texto legal, que lo hace en caso de fuerza mayor. Sobre la Administración, pues, pesaría la carga de la prueba de su actuar irreprochable. Con todo, debe advertirse que la jurisprudencia social es más restrictiva que la civil a la hora de valorar el grado de culpabilidad exigible en la conducta empresarial para poder derivar de ella consecuencias indemnizatorias; mientras que la Sala IV exige

la existencia de culpa cualificada o grave, la Sala I admite una responsabilidad prácticamente objetiva («*culpa levísima*»).

Como la exigencia de responsabilidad contractual exige al trabajador la doble prueba de la existencia del contrato y de que éste ha sido vulnerado, cosa más sencilla en el caso de funcionarios o Militares de Carrera, dada su situación estatutaria, es frecuente que se acuda, de modo alternativo, a la más expeditiva vía de la exigencia al empresario de responsabilidad extracontractual.

Tal responsabilidad parece tener su campo de actuación más apropiado en las relaciones (extracontractuales) entre el trabajador del contratista y el empresario principal o Administración, en el campo ya tratado de la externalización de obras o servicios, en estos casos, el trabajador perjudicado podría exigir, respectivamente, la responsabilidad solidaria que pesa sobre el empresario principal o Administración contratante, o la responsabilidad exclusiva de la empresa prestataria.

Pero ni siquiera en estos casos reina la unanimidad en cuanto a que se esté ante una verdadera responsabilidad extracontractual. En efecto, la responsabilidad contractual sigue jugando en supuestos como los referidos que, aun no derivados directamente del contrato (y por tanto, de su incumplimiento), se podrían considerar basados en el incumplimiento de otras obligaciones, nacidas de la ley aunque no del contrato; y lo cierto es que en la relación laboral las obligaciones tienen por fuente mixta el contrato y la norma legal o convencional, dándose una mixtura de contrato y estatuto.

Lo que ha resultado problemático es la determinación de si se trata de una responsabilidad civil contractual o extracontractual. La jurisprudencia, en un afán de tutela del trabajador, quizás ante las deficiencias del régimen sancionador, ha desarrollado un traslado de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación empresarial de seguridad (arts. 19 y 14 ET) de naturaleza contractual hacia la responsabilidad civil extracontractual. Como es sabido, ésta última prescinde de la relación obligacional entre los sujetos implicados, para proceder a señalar la reparación del daño de acuerdo a los criterios de la culpa extracontractual (art. 1902 CC), que se distinguen fundamentalmente en lo que corresponde a la carga de la prueba, puesto que en la responsabilidad extracontractual recae generalmente sobre el perjudicado, salvo excepciones, mientras que en la responsabilidad contractual, la culpa se presume en quien incumple la relación.

Por lo demás, respecto al grado de culpa entre una y otra responsabilidad no existen diferencias relevantes.

Más bien, se puede sostener un desarrollo de una responsabilidad meramente objetiva a una especie de responsabilidad «*cuasi objetiva*» dado que en los últimos tiempos la jurisprudencia ha seguido la «*teoría del riesgo*»: la presunción de que determinadas actividades generan una serie de riesgos («*esfera de riesgos*»), por los que debe responder el director o patrocinador de las mismas.

Con esta teoría se llega a una «*objetivización del elemento culpabilístico*» y a la exigencia de responsabilidad aún en el caso de que la conducta sea inicialmente lícita, siempre que tenga lugar «*en actividades que generan un evidente riesgo*» (STS Civil de 12 de mayo de 1997, Aranzadi, RJ/1997/3833). Con la teoría del riesgo en la responsabilidad civil extracontractual, se acerca pues, a la responsabilidad civil contractual, en la medida que se presume la culpa del imputado cuando se trata del desarrollo de actividades peligrosas en su propio beneficio (STS Civil de 22 de enero de 1996, Aranzadi, RJ/1996/248)³⁷.

En el ámbito civil, al igual que ocurría en el Penal, como ya se ha apuntado, en la ponderación de la culpa puede incidir la conducta de la víctima, cuya actuación negligente puede suponer o bien la exoneración de la responsabilidad del imputado, o bien la aminoración de la misma mediante el criterio de la «*compensación de culpas*». Resulta relevante reconocer cómo se va presentando una coincidencia tanto en el ámbito de la responsabilidad por daños (responsabilidad civil), como en la responsabilidad penal del acogimiento de las teorías de la imputación objetiva para determinar el sujeto responsable.

Esto es, las insuficiencias y los excesos de la determinación de la responsabilidad a partir de la causalidad ha llevado a los juristas a construir criterios normativos, que resultan prácticamente asumibles en las distintas esferas del Derecho, máxime en sociedades donde concurren diversos riesgos y existe cierta incertidumbre en la determinación naturalística de los resultados.

La específica legislación preventiva (art. 42.1 LPRL) permite que el trabajador, funcionario civil o militar damnificado ejercite una pura acción civil de daños y perjuicios, desconectada de todo propósito de disolución del contrato (a diferencia de lo que ocurre con el mecanismo del art. 50.1 ET), y que, al perseguir la *restitutio in integrum* de la situación previa al accidente, no tendría más límite que el consiguiente a la reparación del daño probado. Dado el vínculo contractual que une a trabajador y empresario, no hay duda de que la acción ejercitable sería la de responsabilidad contractual (la que surge en la «*órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial*»: TS, 1^a, 19 de junio de 1984), a la que el empresario se vería sujeto en razón de su actuación dolosa o culposa (art. 1.101 CC).

Como expresa la Directiva 89/391/CEE, resaltando el carácter subjetivo (culpable) de la responsabilidad del empresario o Administración en esta materia, dicha responsabilidad quedaría excluida o disminuida cuando los hechos dañosos derivaran de circunstancias ajenas a aquellos, inevitables por mucha diligencia que se hubiera puesto para lograrlo. En todo caso, conviene retener que la responsabilidad civil del empresario en materia preventiva es asegurable (art. 15.5 LPRL)³⁸.

³⁷ MORENO DE TORO, Carmen, «*La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados*», Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, págs. 30-34.

³⁸ A.V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, «*La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*», 2003, págs. 106 a 108.

Por lo tanto, pudiera resultar conveniente la contratación de pólizas de seguros con esa específica cobertura, con el objeto de cubrir eventuales reclamaciones dirigidas a la propia Administración, o, con carácter particular, a la persona física responsable de la prevención, que bien pudiera ser el Jefe de Unidad, centro u Organismo.

8.4. Otros tipos de responsabilidades y consecuencias

8.4.1. Indemnizaciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores

Frente a los trabajadores perjudicados por el incumplimiento empresarial, el empresario, en nuestro caso la Administración Militar respecto del personal por ella contratado como tal, debe responder mediante el pago de indemnizaciones. El Estatuto de los Trabajadores contempla un supuesto general de reacción del trabajador frente a cualquier incumplimiento grave del empresario en el art. 50.1.c, de acuerdo con el cual ante dicho incumplimiento el trabajador puede instar del juez de lo social la resolución del contrato, con el reconocimiento del derecho a una indemnización igual a la que procede en caso de despido declarado improcedente.

De ello se deduce que cuando la Administración incurre en grave incumplimiento de sus obligaciones contractuales en materia de seguridad y salud en el trabajo (como en cualquier otra materia laboral), respecto del personal laboral a su servicio, puede verse compelida por una demanda de tal naturaleza al pago de la correspondiente indemnización; una indemnización, como es sabido, tasada legalmente y, por tanto, independiente del daño o perjuicio efectivo (mayor o menor) que hubiera podido sufrir el trabajador.

Evidentemente, es ésta una vía extrema para el devengo de una indemnización, ya que presupone nada menos que la extinción del contrato de trabajo; salvo en supuestos también límites en los que la gravedad de los incumplimientos empresariales aconseje al trabajador disolver su relación laboral, lo normal será que el trabajador perjudicado ejercite una acción de contenido puramente indemnizatorio y no resolutorio.

8.4.2. Consecuencias en la esfera de la Seguridad Social

El supuesto típico de exigencia de responsabilidad civil por el trabajador al empresario por incumplimiento de deberes de seguridad y salud laborales es el del accidente de trabajo (y la enfermedad profesional); una figura cuya denominación expresa elude siempre que puede la LPRL, siguiendo la tónica de la Directiva 89/391/CEE, y prefiriendo hablar de «daños derivados del trabajo» (art. 4.3º) o de «años producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores» (art. 39.2.c).

Terminologías aparte, ocurrida la lesión corporal en que el accidente laboral consiste –art. 115.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, en adelante LGSS– (y frustrada en tal

sentido la finalidad básica de la legislación preventiva de riesgos laborales), entran en acción diversos mecanismos, obviamente ya no de prevención del daño sino reparadores de las secuelas de éste; secuelas que en el caso de los accidentes de trabajo se pueden traducir sea en la disminución, sea en la supresión de la capacidad laboral del accidentado, y, en el caso extremo, en la muerte de éste.

En primer lugar, el Sistema de la Seguridad Social, (y en lo que le afecte, el Sistema Nacional de Salud) deben satisfacer, en sus respectivos ámbitos competenciales, las correspondientes prestaciones sanitarias y las económicas (subsidios temporales, cantidades alzadas o pensiones vitalicias de incapacidad y muerte y supervivencia); en todo caso, tales prestaciones económicas tienen fijado legalmente un importe tasado, con independencia de la valoración económica (*pretium doloris* incluido) que en cada concreto supuesto pudieran merecer las consecuencias o secuelas del daño sufrido.

Ello ocurre porque rige en esta materia el principio de la responsabilidad objetiva, según el cual el accidente se indemniza por el puro hecho de ocurrir, sin que sea preciso conectarlo con la idea de culpabilidad empresarial. Tal principio, obviamente, tanto libera al trabajador de pesadas cargas probatorias como elimina la necesidad de establecer mecanismos de presunción con traslación de la carga de la prueba en contrario sobre el empresario.

Desde que se consagró en nuestro Derecho la responsabilidad objetiva, la enorme ampliación del juego de ésta viene operando como justificación de la limitación o tasa del importe de las indemnizaciones o prestaciones a cargo del Sistema de la Seguridad Social.

Se compensa así todo daño que merezca la calificación legal de accidente de trabajo (en los términos fijados hoy en el art. 115 LGSS), pero no se pretende compensar la integridad del daño causado; no se aspira, pues, a la íntegra restitución de la situación dañada (bien entendido, en la medida en que la pérdida de la capacidad psicofísica y laboral –no digamos la pérdida de la vida– puede compensarse monetariamente).

La limitación del *quantum* indemnizatorio y su alejamiento de la reparación efectiva del daño justifican, por otra parte, la quiebra de la vieja idea del seguro social como coraza que preservaba al empresario frente a las exigencias de responsabilidad civil, y explican que la legislación de Seguridad Social admita la compatibilidad entre sus prestaciones (tasadas, en cuanto regidas por la regla de la responsabilidad «social» objetiva, inspirada en una reparación de mínimos, que tiene por contraprestación el pago de una prima) y las indemnizaciones «civiles» (no limitadas *a priori* y regidas, cuando menos teóricamente, por la regla de la responsabilidad subjetiva o culpabilidad).

En definitiva, la prestación de la Seguridad Social por accidentes de trabajo cubre éstos de modo objetivo, sin necesidad de que concurra culpabilidad del empresario. El «aseguramiento social» es, pues, del accidente mismo y sus consecuencias dañosas, no de la responsabilidad del empresario, como ocurrió en los orígenes del seguro

de accidentes del trabajo (responsabilidad ésta que puede cubrirse mediante seguro privado).

La Seguridad Social ha de satisfacer las prestaciones económicas de su competencia con independencia de que el empresario, o Administración, hubiera cumplido o no sus deberes de afiliación, alta o cotización, algo difícilmente acaecible en el ámbito administrativo, aunque no imposible, dadas las formalidades y requisitos impuestos a nivel legal para llevar a cabo la contratación laboral, e imposible, respecto del personal estatutario, ya que en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales el trabajador se encuentra afiliado y en alta «*de pleno derecho*» (art. 125.3 LGSS); no obstante, de haberse producido incumplimientos de dichos deberes, la Gestora o la Mutua que satisfagan la prestación (con el límite que hoy fija el art. 126.3 LGSS, en el párrafo segundo añadido por la L. 24/2001) tendrán derecho a repetir contra el empresario incumplidor para resarcirse de sus gastos, subrogándose en el lugar del trabajador accidentado (o de sus derechohabientes); si el empresario resultara insolvente, la acción de repetición giraría, con carácter subsidiario, sobre el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social, en su calidad de sucesores del extinguido Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

La responsabilidad incondicionada del empresario en orden al pago de las prestaciones, en ésta y otras contingencias cubiertas por la Seguridad Social, viene siendo considerada cada vez más como una responsabilidad excesiva; excesiva, se dice, porque de hecho tendría carácter sancionador, y, siendo así que los referidos incumplimientos de las obligaciones de afiliación y alta y/o cotización se encuentran ya tipificados como infracciones administrativas, ello daría lugar al quebrantamiento del principio *non bis in idem*.

Por otra parte, acumular por un mismo incumplimiento varias responsabilidades (sanción administrativa, recargo en las prestaciones, así como las prestaciones mismas, más las posibles responsabilidades civiles) significaría, se dice también, un tratamiento no proporcionado en cuanto que exigiría del empresario un sacrificio excesivo.

En cualquier caso, lo cierto es que la jurisprudencia ha dado en esta materia un importante giro desde posiciones muy radicales (a partir de las cuales la pura y simple infracción de los deberes de afiliación, alta o cotización, cualquiera que fuesen su entidad y sus consecuencias, desencadenaba de modo automático la responsabilidad del empresario en orden a las prestaciones), hacia posturas matizadas³⁹ en las que se tienen en cuenta, una vez producido el incumplimiento del deber de afiliación, alta o cotización, las circunstancias que han rodeado a este incumplimiento, tanto en lo que se refiere a la culpabilidad del empresario como a las consecuencias derivadas de las infracciones de referencia, aplicando la llamada doctrina «gradualista». (así, SsTS, Sala IV, de 28 septiembre 1994, 29 mayo 1997, 13 marzo 1999, 1 febrero

³⁹ J.R. MERCADER UGUINA, «*Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*», Madrid, 2001, págs. 110 y ss.

2000, etc., que no dejan, por lo demás, de plantear ciertos problemas técnicos de difícil solución).

El pago de estas prestaciones de la Seguridad Social no impide que el trabajador o sus causahabientes puedan ejercitar una acción de daños y perjuicios para resarcirse de los producidos a causa del accidente, siempre que se aprecie culpabilidad en la conducta del empresario. La razón de esa compatibilidad se encuentra en la distinta fuente de las responsabilidades en juego: la prestación de Seguridad Social es consecuencia de la relación de aseguramiento social, mientras que la indemnización civil salda la responsabilidad de quien, por dolo o culpa, ha infligido un daño al accidentado o sus derechohabientes.

El art. 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) admite expresamente la compatibilidad entre la prestación a cargo de la Seguridad Social y las indemnizaciones que pudieran derivarse de actos ilícitos⁴⁰ (civilmente, por dolo o culpa, o penalmente) cometidos por el empresario (y también por terceros, supuesto éste que queda fuera de nuestra exposición).

En análogo sentido, el art. 42 LPRL, además de admitir, como ya hemos indicado más arriba, la compatibilidad de responsabilidades empresariales administrativas o penales y civiles (apartado 1), estima expresamente compatibles las responsabilidades administrativas y civiles con el recargo de las prestaciones de Seguridad Social (apartado 3); la misma compatibilidad se reconoce en el art. 123.3 LGSS.

Mientras que la responsabilidad de la Seguridad Social (INSS o Mutuas) y de los Servicios Públicos de Salud es de carácter objetivo, producido el accidente procede su reparación, sin necesidad de indagar si el empresario actuó o no culpablemente, la responsabilidad civil del empresario presupone su actuación dolosa o culposa (art. 1101 CC); en consecuencia, el accidente que sobreviene pese a que el empresario actúe con toda la diligencia que le es exigible no puede generar en él responsabilidad, bien entendido que a él corresponde la prueba de su actuar diligente.

Se ha planteado repetidamente el problema de los términos concretos (cuantitativos) en que ha de jugar la compatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social dedicadas a reparar los accidentes de trabajo (o enfermedades profesionales) y las indemnizaciones «civiles» a cargo del empresario por los mismos hechos. Una reiterada doctrina de la Sala I del TS sostiene la independencia absoluta entre prestaciones de la Seguridad Social e indemnizaciones civiles, de donde concluye que resulta procedente la acumulación irrestricta de dichas prestaciones/indemnizaciones en razón de un mismo daño.

Según esta doctrina, el Código Civil abre una vía indemnizatoria que no puede ser reducida por el hecho de que el trabajador perciba por el mismo accidente presta-

⁴⁰ M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUE-RO PLAZA, «Instituciones de Seguridad Social», Madrid, 2000 (17ª ed.), págs. 64 y ss.

ciones a cargo de la Seguridad Social. Paradójicamente, esta posición jurisprudencial acusadamente *pro operario* (o más exactamente, *pro accidentado* o sus derechohabientes) contrasta con la más limitativa mantenida por la Sala IV del Alto Tribunal, a cuyo tenor hay que deducir del importe de la indemnización civil a que pudiera ser condenado el empresario la cuantía de la prestación de Seguridad Social.

Esta limitación parece razonable, y la solución de la Sala IV de optar por descontar del importe de la indemnización de daños y perjuicios la cuantía de la prestación de la Seguridad Social es sin duda la más justa, pues lo contrario significaría reconocer al trabajador la posibilidad de un enriquecimiento injusto. Más discutible es si ese descuento debe o no jugar respecto del recargo de prestaciones.

La Jurisprudencia mayoritaria considera que el recargo es acumulable en todo caso, y no deducible del importe de la indemnización civil (aunque hay doctrina judicial en contra: TSJ Aragón, 19 diciembre 1998). Ha podido apreciarse en tal limitación de la responsabilidad civil la *«paradoja de que el empresario vea limitada su responsabilidad, derivada de un ilícito solamente a él imputable»*. Ello no obstante, hay que reconocer también que ese ilícito tiene otras vías de sanción que pesan sobre el empresario, y que podrían compensar la reducción de aquella responsabilidad: el recargo de las prestaciones, las sanciones administrativas e incluso penales, y el posible establecimiento de primas adicionales a la cotización (que pueden incrementar hasta un 20 por 100 el importe de las primas por accidentes de trabajo) en las empresas que incumplan sus obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo (art. 108.3 LGSS).

IX. CONCLUSIONES FINALES

Como se ha ido viendo a lo largo del presente trabajo, la protección de los trabajadores ante los riesgos derivados de la prestación de sus servicios han sufrido una importante evolución en los últimos años. Esta evolución se ha producido no solo a nivel nacional, sino también en la esfera internacional, siendo nuestra actual normativa resultado del desarrollo de la protección de la seguridad y salud laboral en ámbitos como el de la Unión Europea.

Así pues, tomando como base el artículo 40.2 de la Constitución, que obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo, se ha ido edificando un conjunto normativo, en cuya construcción ha jugado un papel trascendental el Derecho Comunitario, con normas como la Directiva 89/391, de 12 de junio, que se encuentra actualmente presidido por la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo.

Sin embargo, mientras se iba construyendo el complejo legal mencionado y se iba, progresivamente garantizando, al menos en el plano legal, la protección de la seguridad y salud laboral de todos los trabajadores, el ámbito de las Fuerzas Armadas había quedado relegado a un segundo plano. En efecto, si bien se reconocía la

protección, aunque con singularidades al personal civil que presta sus servicios en establecimientos militares y los funcionarios, el personal militar quedaba excluido del ámbito de protección y aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, utilizando para ello la habilitación concedida a nivel europeo con objeto de salvaguardar la función de la Defensa Nacional.

Esta situación se mantuvo hasta que en el año 2006 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas condenó al Reino de España por el incumplimiento de sus obligaciones en el marco de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, al entender que la completa y total exclusión del personal militar de la protección de la seguridad y salud en el trabajo no era admisible. Consecuencia de lo anterior, fue la elaboración y posterior entrada en vigor del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa, y, posteriormente, de la Orden DEF/3573/2008, **de 3 de diciembre, por la que se establece la estructura de los servicios de prevención de riesgos laborales en el Ministerio de Defensa**

Esta norma ha extendido la protección de la salud y seguridad en el trabajo al personal militar, estableciendo su Preámbulo que las peculiaridades de las misiones estrictamente castrenses no son incompatibles con la aplicación de medidas de seguridad ni de otras encaminadas a proteger la salud de los miembros de las Fuerzas Armadas que realizan estas misiones.

Así pues, esta nueva norma confirma la idea de que la prevención de riesgos laborales debe desplegar también sus efectos, y con toda magnitud, en un sector hasta ahora excluido como eran las Fuerzas Armadas en general, y el personal militar en particular.

Ello no supone que hasta este momento la protección de la seguridad en el trabajo fuese un concepto totalmente extraño y ajeno en los Ejércitos, pues, como ya se ha señalado, las Fuerzas Armadas se habían dotado tradicionalmente de sus normas internas de seguridad e higiene en el trabajo, teniendo sus propias normas técnicas en cada Arma, área o sector de actividad. Así, en cada una de las misiones que desarrollan está meticulosamente previsto el plan de acción, comprensivo de medidas concretas de obligado cumplimiento encaminadas a obtener la culminación de los objetivos salvaguardando la integridad personal de quienes deben realizarla.

Lo que cambia con la nueva norma es el concepto. A partir de este momento, todo el personal de las Fuerzas Armadas excepto los contemplados en el artículo 2, párrafo a), del Real Decreto 179/2005, de 18 de febrero, queda incluido en el ámbito de protección de la norma, asimismo, su vocación de universalidad y su intento de equiparar al personal militar al resto de los trabajadores, se manifiesta en el hecho de que en los centros de trabajo donde convivan personal militar y civil existirá un único servicio de prevención, y comprenderá todas las actividades que se realizan en el ámbito del Ministerio de Defensa, en todas las Unidades, Centros y Organismos, así como en los organismos autónomos a él adscritos.

Queda de este modo claro, la voluntad del legislador de garantizar la protección de todo el personal al servicio del Ministerio de Defensa, articulando medidas que ya eran objeto de aplicación en otros sectores de actividad, y llegando a incluir a las actividades de instrucción, adiestramiento y operativas las Fuerzas Armadas, que, si bien, aplicarán sus normas propias de seguridad y operación cuyo conjunto constituirá el plan de prevención, quedan también incluidas, al igual que las actividades de vuelo y directamente relacionadas con el mismo, aunque para ellas se prevea una regulación específica.

De lo expuesto se deduce un intento de compatibilizar la adecuada protección de la salud, seguridad e higiene en el trabajo respecto del personal militar y resto de trabajadores y funcionarios al servicio de las Fuerzas Armadas, con la necesidad de salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional y de evitar menoscabar o perjudicar la adecuada operatividad y eficacia de nuestros Ejércitos.

La nueva normativa plantea nuevos retos, es necesaria la creación de nuevas estructuras, y la adaptación de muchas ya existentes, es preciso un cambio de aptitud y mentalidad de los profesionales militares, tanto de los que ejercen el Mando, como de los a ellos subordinados. En muchos casos será fácil, pues existen múltiples actividades que «de facto» contaban con sus propios planes de prevención y su específica normativa de seguridad laboral, pero en otros será más difícil, requiriéndose un esfuerzo adicional, esfuerzo que también deberá ir orientado hacia el exterior, en aquellos supuestos de actividades externalizadas o de contratación administrativa de empresas privadas, casos en los que habrá que ser especialmente cuidadoso y vigilante, con el fin de asegurar el respeto de las normas de prevención.

En cualquier caso, el medio a emplear para lograr el éxito de la prevención de riesgos laborales, no es otro que el de la adecuada formación en la materia. Para ello, será imprescindible la adopción de una serie de medidas, entre las que serán ineludibles la formación de personal militar en esta área, con la obtención de las titulaciones necesarias para integrarse en estos nuevos servicios, formación que deberá adaptarse a lo previsto en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que prevé la existencia de tres niveles de formación, a saber, básico, intermedio y superior.

Esta formación que debería llevarse a cabo en un primer momento de manera externalizada, teniendo en cuenta que a medida de que se vaya produciendo progresivamente la implantación de la nueva estructura, y de conformidad con lo señalado en el artículo 9 del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, la formación en materia de riesgos laborales deberá quedar garantizada mediante su inclusión en los diferentes niveles de la enseñanza militar, así como los cursos que se impartan en relación con el puesto de trabajo y el uso de los diferentes materiales y equipos.

Finalmente, como consecuencia de todo lo expuesto, y teniendo presentes las nuevas obligaciones y deberes nacidos en aras de la protección de la seguridad laboral en las Fuerzas Armadas, van a surgir, paralelamente, nuevas responsabilidades, responsabilidades que pueden conllevar importantes consecuencias legales en esferas como la Penal, la Civil o la Administrativa, siendo los Jefes de Unidad los que, pre-

visiblemente, deban soportar buena parte de las mismas y sus posibles consecuencias, dada la posición en que les sitúa la nueva normativa. Por ello, y previendo los posibles resultados que pueden derivarse ante el incumplimiento de los nuevos deberes impuestos en materia de seguridad en el trabajo, pudiera ser bastante conveniente la suscripción de pólizas de seguro con el objeto de cubrir eventuales daños.

BIBLIOGRAFÍA

ALLI TURRILLAS, J.C. «La profesión militar. Análisis jurídico tras la Ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas». 2000.

GARCÍA MURCIA, J., «La responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo», *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 50 (1999), 223-244.

MERCADER UGUINA, J.R., «Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo: Seguridad Social y derecho de Daños», 2001.

MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., «Curso de Seguridad Social y salud en el trabajo», 2ª ed., 2000.

PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos, «La configuración del derecho de protección frente a los riesgos laborales».

«Las obligaciones de los trabajadores en materia de prevención de riesgos» (arts. 14-24, 29 y 41), en CASAS BAHAMONDE / PALOMEQUE LÓPEZ / VALDES DAL RÉ (Coords.), *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, 1997 pp. 8-9.

SCHÜNEMANN, B., «Prevención de riesgos laborales», en VV. AA., *La política criminal en Europa*, 2004, pp. 253-270.

VV.AA., «Jurisprudencia social unificada 1999», 2001.

2. LA DETENCIÓN Y OTROS ASPECTOS PARAPOLICIALES DE LAS OPERACIONES MILITARES INTERNACIONALES*

*Ramón Martínez Guillém
Comandante Auditor*

SUMARIO: I. Consideraciones generales. 1.1. Introducción. 1.2. Lo policial y el concepto de policía en el derecho internacional. 1.3. Los estándares internacionales de actuación policial. II. La actividad policial en un contexto internacional. 2.1 La cooperación policial internacional. 2.2. Instrumentos de cooperación policial. III. La realización de funciones policiales por fuerzas militares en operaciones internacionales. 3.1. Ejército y policía. 3.2. La concepción multifuncional de las operaciones de mantenimiento de la paz. 3.3. El empleo de ejércitos como fuerzas policiales y parapoliciales. 3.4. La perspectiva práctica: incidencia del problema en las operaciones internacionales. IV. La detención realizada por fuerzas militares como posible figura autónoma de otras privaciones de libertad. 4.1. La detención en derecho internacional. 4.2. Las formas convencionales de privación de libertad vinculadas a la acción de los ejércitos: la situación de conflicto armado. 4.3. La detención en supuestos distintos al conflicto armado. V. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Introducción

1.1.1. Objetivos y alcance del trabajo

La concurrencia del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en determinadas coyunturas es uno de los temas que han protagonizado los debates en el ámbito del derecho internacional en los últimos

* Este trabajo ha obtenido el premio «Defensa» 2010.

años. La idea de que se trataba de dos compartimentos estancos en relación dialéctica parece haber sido abandonada, sobre todo a partir de algunos pronunciamientos del Tribunal Internacional de Justicia¹. El objeto del presente trabajo es delimitar el marco jurídico de determinadas actuaciones de las fuerzas armadas cuando se encuentran desplegadas en el exterior, para las que la interacción entre ambos sectores del derecho internacional es muy relevante. El empleo, en su enunciado, de la expresión *parapoliciales*, aunque no del todo satisfactorio por lo que dicha expresión tiene de barbarismo, aspira a dar una idea de lo que se pretende. En definitiva, se parte de la asunción de que los nuevos conflictos, llamados asimétricos, están, en la práctica, requiriendo de las fuerzas armadas un tipo de actuación que tiende más a lo policial que a lo convencionalmente entendido como militar. Evidentemente, todos estos conceptos se están utilizando hasta ahora en un sentido vulgar. Precisamente uno de los objetivos del presente trabajo es determinar si existe un marco legal claro para tal tipo de actuaciones, y en caso afirmativo, tratar de definirlo, y para ello, parece necesario, como primer paso, dar a todos los conceptos mencionados una significación jurídica, si la tienen, siempre desde una perspectiva de derecho internacional. Es por ello que el plan de trabajo se articula sobre la división del mismo en cuatro partes que van desde lo más general –los conceptos de policía y de lo policial en un contexto internacional– a lo más específico, es decir, la actuación parapolicial que a mi modo de ver resulta más significativa, al practicarse con relativa frecuencia por fuerzas armadas de distintos estados en algunas zonas de operaciones, como es el caso de Afganistán, y afectar a uno de los derechos humanos más importantes. Se trata de la detención. Precisamente, el evidente parecido entre la detención policial o parapolicial, y otras figuras de privación de libertad sin necesaria intervención judicial, como son las situaciones de los prisioneros de guerra o los internados, nos debería llevar inmediatamente a una reflexión. La diferencia fundamental no estriba tanto en la situación de hecho, como en la existencia, en lo que se refiere a las dos últimas figuras mencionadas, de un cuerpo legal, constituido por tratados internacionales, sólidamente consagrados como obligaciones universalmente aceptadas, y leyes internas que los desarrollan. Cabe preguntarse si puede decirse lo mismo de la detención. Pero aunque sea la parte más definida del trabajo, no es sólo la detención la actividad que, a nuestro entender, requiere una cuidadosa reflexión, sino otras actuaciones de las fuerzas armadas que tienen ese aire policial al que antes se ha hecho referencia. Como se tratará de subrayar, uno de los problemas más considerable es el del estatuto de los diferentes contingentes cuando se encuentran fuera de sus fronteras. Descartado el régimen de ocupación –o no–, dicho estatuto vendrá definido básicamente, por un documento jurídico, tipo SOFA o *status of forces agreement*, por las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que contengan el o los mandatos, y por el hecho ineludible, al menos formalmente, de que dichos contingentes se encuentran en el territorio de un estado soberano con sus propias leyes,

¹ GROSS, A.M., (2007) *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, *The European Journal of International Law*, vol. 18 n°1, pp.1-35. Estos son las opiniones consultivas sobre la legalidad de la amenaza del uso del arma nuclear, de 8 de julio de 1996, y sobre las impli-

caciones de la construcción de un muro defensivo en los territorios palestinos ocupados de 9 de julio de 2004 (<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>), y la sentencia en el caso de actividades armadas en el territorio del Congo (<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ico/icoframe.htm>).

en particular las relativas a la esfera penal, aunque quepa imaginar algunos supuestos particulares sensiblemente distintos, como son las detenciones de personas buscadas por tribunales penales internacionales y que han sido directamente ejecutadas por tropas multinacionales, en particular en el caso de la antigua Yugoslavia.

En cualquier caso esta última –aunque no en la estructura del trabajo– es tal vez la parte del trabajo con perfiles mas imprecisos, dado que solo de una manera muy residual y coyuntural cabe hablar de una actividad de corte policial llevada a cabo directamente por fuerzas militares fuera de su estado de origen, en el marco de una operación amparada por una resolución del Consejo de Seguridad. No obstante parece necesario profundizar hasta cierto punto en ello, toda vez que al inmiscuirse en el ejercicio de una competencia soberana del estado territorial, la actuación de personas no habituadas a los aspectos técnicos del trabajo policial puede resultar en graves distorsiones del sistema y en definitiva favorecer la impunidad de personas acaso responsables de graves delitos. No parece aceptable ni conveniente despachar el problema acudiendo a argumentaciones *ad hoc*, tales como que Afganistán es un estado fallido y que su estructura policial y judicial es rudimentaria, por que Afganistán no es ni el único ni presumiblemente el último de los teatros en los que pueden desplegar los contingentes multinacionales. Además se antoja un poco incongruente defender las garantías del proceso penal en el ámbito doméstico para excepcionarlas en cuanto se traspasan las fronteras, acudiendo al expediente de la necesidad imperiosa. Por tanto, aspectos tales como la recogida de pruebas de un delito, su cadena de custodia, su entrega a las autoridades locales, los límites temporales de la detención, o incluso la aplicabilidad de institutos como el *non refoulement* a las personas bajo custodia de contingentes nacionales, deben estudiarse con detenimiento.

1.1.2. Delimitación de los contenidos

Dado lo vasto del tema, parece oportuno adoptar un punto de vista negativo, en el sentido de subrayar aquellos temas que, aunque tienen evidente relación con lo aquí examinado, justificarían un estudio separado y no van a ser objeto de análisis en profundidad. Lo anterior no quiere decir que no se haga referencia instrumental en el texto a cualquiera de estas cuestiones, pero no con el fin de complicar, sino de facilitar la comprensión de conceptos.

El más notorio es el de la Unión Europea y su Política de Seguridad y Defensa (PESD). Es claro que España tiene grandes compromisos en la materia y ha participado y participa en diversas operaciones militares de la UE². Pero cabe objetar dos cosas para su inclusión plena en este trabajo: Primero, la doctrina de la UE en materia militar, incluida en los diferentes «conceptos» del Estado Mayor de la UE, son desarrollos

² SANCHEZ ORTEGA, A. y RUIZ DIAZ, L.J., (2008), La incorporación de la política exterior española a la política europea de seguridad y defensa. En el libro «El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el exterior», Plaza y Valdés, Madrid, pp. 195-232. Cabe destacar la Operación Concordia (marzo-diciembre de 2003),

en Macedonia, la Operación Artemis (junio-septiembre de 2003), en la República Democrática del Congo, la Operación Althea, (desde 2004 y casi finalizada) en Bosnia-Herzegovina, la Operación EUFOR RD Congo (junio-noviembre de 2006) o la Operación EUFOR CHAD/RCA, desde febrero de 2008.

de la doctrina de la OTAN, aunque por alguna razón están clasificados. Segundo, la Unión Europea es un marco *sui generis*, que complicaría innecesariamente la investigación, que pretende referirse a conceptos universales.

Por otro lado, a pesar de su evidente interés, tampoco se va a estudiar el marco de las detenciones de personas reclamadas por tribunales penales internacionales, por tratarse de una cuestión excepcional, y tener su encaje más bien en los estudios sobre esa particular jurisdicción, y ello a sabiendas de que la jurisprudencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia se ha planteado cuestiones muy relevantes en cuanto a la detención³.

1.2. Lo policial y el concepto de policía en el Derecho Internacional

1.2.1. La policía: concepto y funciones

Podemos partir de la siguiente aseveración: no existe un concepto formulado de policía en Derecho Internacional, pero –acaso– si una caracterización de la misma. Tampoco existe un código penal o una ley de enjuiciamiento criminal comunes aplicables a todos los estados. Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que existen una serie de instrumentos que forman parte del derecho internacional y que condicionan o deberían condicionar la actuación policial en cualquier parte. Unos son de carácter normativo y otros declarativos, pero fijan una serie de *estándares* de la actuación policial que, como veremos, van a ser un punto de referencia en algunas actuaciones de fuerzas militares además de serlo para los componentes policiales de las operaciones de mantenimiento de la paz. Estos textos incluirían los específicamente destinados a los cuerpos o servicios policiales, los genéricos y los relativos a cierto tipo de prácticas. Los segundos y los terceros serán examinados en el epígrafe correspondiente a los estándares de la actuación de tipo policial. Pero entre los primeros, que nos han de servir de guía en la pretendida descripción de caracteres, hay que citar en primer lugar la Resolución 169/XXXIV de la Asamblea General de la Naciones Unidas de 17 de Diciembre de 1979, sobre el Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley⁴, que establece un mínimo deontológico de las fuerzas o personas que ejercen funciones policiales. El texto utiliza una serie de perifrasis en un afán evidente de no limitar su aplicación a un determinado grupo de funcionarios, es decir, a los miembros de cuerpos policiales. Pero también es evidente que de esta manera se hurta un concepto clave para el objeto de estudio del presente trabajo. Aún con esto, el encabezamiento de la Resolución deja claros algunos aspectos⁵:

³ Como veremos por ejemplo en SLOAN, J., (2003), *Prosecutor v. Todorovic: Illegal Capture as an Obstacle to the Exercise of International Criminal Jurisdiction*. *Leiden Journal of International Law*, 16, pp. 85-113, y SLOAN, J. (2003): *Prosecutor v. Dragan Nikolic: Decision on Defence Motion on Illegal Capture*. *Ibid.* pp. 541-552.

⁴ Texto completo en http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es.pdf.

⁵ El texto que nos interesa establece: «Reconociendo que el establecimiento de un código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, es solamente una de varias medidas importantes para garantizar la protección de todos los derechos e intereses de los ciudadanos a quienes dichos funcionarios sirven y conscientes de que existen otros importantes principios y requisitos previos para el desempeño humanitario

- a) que todo órgano de aplicación de la ley forma parte del sistema penal⁶.
- b) que la exigencia de un código ético a tal tipo de funcionarios, exige la existencia de un sistema de leyes suficientemente conocidas, aceptadas y sujetas a un mínimo humanitario⁷.
- c) que el objetivo de tal clase de funcionarios consiste en prevenir el delito y luchar contra la delincuencia⁸.
- d) que los tan mencionados funcionarios están sometidos a la ley, y pueden ser revisados en su actuación por tribunales u otros órganos independientes⁹.

De lo expuesto se deduce que en el derecho internacional, lo policial no es un instituto, sino una función. Surge así una zona de contacto entre las actividades sobre el terreno de la policía regular –institución– y el campo de actuación de otras instancias no policiales, pero con cometidos parejos –función–¹⁰. Esta dificultad inicial se podría resolver de dos formas: estableciendo un concepto jurídico universal de policía, lo que entraña no pocas dificultades, como veremos, o estableciendo enumeraciones de cuerpos policiales o parapoliciales para objetivos concretos¹¹. No obstante, nos parece importante señalar que la situación vigente en el ámbito universal –no así en el europeo– no es ni una ni otra, sino la indefinición¹². Rodríguez-Villasante¹³ señala

de las funciones de aplicación de la Ley, a saber», estableciendo a continuación tales principios y requisitos, que examinamos a continuación.

⁶ Punto a/ «Que, al igual que todos los organismos del sistema penal, todo órgano de aplicación de la Ley, debe ser representativo de la comunidad en su conjunto, obedecerla y responder ante ella». También el punto c/ establece «que todo funcionario encargado de hacer cumplir la Ley, forma parte del sistema de Justicia penal...». Hemos de entender que se refiere al sistema penal en un sentido muy amplio, y no exclusivamente a la organización jurisdiccional penal.

⁷ Punto b/ «Que el mantenimiento efectivo de normas éticas por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley depende de la existencia de un sistema de leyes bien conocido, aceptado popularmente y humanitario»

⁸ El punto c/ establece que el objetivo del sistema penal, del que forman parte tal tipo de funcionarios consiste en «...prevenir el delito y luchar contra la delincuencia...»

⁹ Así se deduce de lo establecido en los puntos a/ «...debe ser representativo de la comunidad en su conjunto, obedecerla y responder ante ella.», y también en el punto d/ «Que todo organismo de ejecución de la Ley, en cumplimiento de la primera norma de toda profesión, tiene el deber de la autodisciplina en perfecta conformidad con los principios y normas aquí previstos, y que todos los actos de los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley deben estar sujetos al escrutinio público, ya sea ejercido por una junta examinadora, un ministerio, una fiscalía, el poder judicial, un

«ombudsman», un comité de ciudadanos o cualquier combinación de éstos, o por cualquier otro órgano examinador.»

¹⁰ VAN OUIRIVE, L. (1995) Schengen, Europol y la colaboración policial internacional: Un desafío para la democracia. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 14, p. 179 y ss.

¹¹ Esto es lo que hace el artículo 40, párrafo 4, o 41, párrafo 7, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, y se especifica en los acuerdos de adhesión. En el caso de España se establece, por ejemplo, que «los agentes a los que se refiere el artículo 40, párrafo 4, del Convenio de 1990 son, por lo que al Reino de España respecta: Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y del Cuerpo de la Guardia Civil en el ejercicio de sus funciones de policía judicial, así como los funcionarios dependientes de la administración de aduanas en las condiciones determinadas por acuerdos bilaterales...». Como vemos, ni siquiera en este caso el concepto de policía queda claro, ya que los funcionarios de aduanas no son, en España, propiamente un cuerpo policial.

¹² Incluso en el ámbito europeo, y por ejemplo el artículo 30 del Tratado de la Unión Europea (texto consolidado), hablaba de «servicios de policía» y «otros servicios especializados de los Estados miembros con funciones coercitivas». Como vemos, una vez fuera de Schengen, volvemos a la inconcreción.

¹³ RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (1991), Derechos Humanos y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, Nº 5, pp. 19-33, p. 23.

que las funciones policiales pueden ser desempeñadas, en determinados momentos, casi por cualquiera. Para este autor el concepto de *funcionario de policía* empleado por la Declaración de Naciones Unidas es muy amplio y comprende a todas las personas u organizaciones, incluyendo los servicios secretos, la Policía Militar, las fuerzas armadas o milicias que asuman *funciones de policía*, sea en períodos de normalidad institucional o en períodos de excepción. Sin embargo, interesan menos las situaciones excepcionales que las de normalidad, en las que, con carácter general, podemos aseverar que las funciones policiales están atribuidas a cuerpos concretos con esa específica finalidad (institución).

Podemos encontrar alguna otra caracterización de los cuerpos policiales en un texto internacional de alcance general. La Resolución 690 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 8 de mayo de 1979 o «Declaración sobre la Policía», dentro de la parte destinada al estatuto de tales fuerzas recoge un ensayo de definición: «Las fuerzas de policía constituyen un servicio público establecido por la Ley y encargado del mantenimiento del orden y la aplicación de la Ley». De este punto 1 de la declaración relativa al estatuto podemos extraer una serie de caracteres:

- a) se trata de un servicio público, es decir, responsabilidad de los poderes públicos, administración pública, etc.
- b) creado por la Ley. Ello parece implicar que un cuerpo policial debe ser creado merced a un instrumento legislativo del rango adecuado, según la legislación interna de cada Estado.
- c) su finalidad es el mantenimiento del orden y la aplicación de la Ley. Esta última expresión es más ambigua que la de la Declaración de las Naciones Unidas, que habla de prevenir el delito y luchar contra la delincuencia.

Uno de los problemas a los que nos enfrentamos al hablar de «cuerpos policiales» desde una perspectiva de derecho internacional es el de la difícil delimitación de tal concepto, determinada por las profundas diferencias entre distintos modelos y culturas policiales. Es importante extenderse un poco en estas cuestiones, no por amor a las paradojas o como ejercicio de erudición, sino por que, como veremos, la falta de concreción del concepto y la profunda diferencia entre modelos policiales, entre otras cuestiones, determinan uno de los mayores problemas a los que se enfrenta la actividad de caracteres policiales en un contexto internacional, sea llevada a cabo por institutos de esa naturaleza o por fuerzas militares. La expresión «policía» ha sufrido una vulgarización. Dicho término proviene del latín *politia*, y esta a su vez del griego *politeia*, que hace referencia al buen orden que se observa en las ciudades y naciones, cuando se cumplen las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno¹⁴. La concreción del término policía, como nos dice Loubet del Bayle, desde una perspectiva sociopolítica, requiere una labor de precisión por el uso banal que se ha hecho del mismo¹⁵. La pregunta clave podría ser qué es y qué no es policía, y la respuesta es

¹⁴ D.R.A.E.

¹⁵ LOUBET DEL BAYLE, J.L. (2006), *Police et politique. Une approche sociologique*, L'Harmattan, París. En este estudio utilizamos,

sin embargo, una primera aproximación de este autor (1998), *La policía*. Acento Editorial, Madrid 1998. Destaca la polisemia de la expresión, que en francés tiene más de diez significados.

menos fácil de lo que parece a simple vista. Una perspectiva meramente legalista no es suficiente, como lo demuestra el caso español, donde existe el SVA, que no está recogido en la Ley Orgánica 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como cuerpo de tal naturaleza, pero que actúa en muchos sentidos como un cuerpo policial¹⁶. Las acepciones de dicha expresión varían enormemente de un campo del derecho a otro. En Derecho Administrativo español, la clásica distinción de Jordana de Pozas entre las actividades administrativas de policía –limitación– fomento –estímulo– y servicio público –prestación– caracterizaba la primera de las actividades como una forma de actividad administrativa dirigida al mantenimiento del orden público –entendido en sentido amplio– mediante la limitación de las actividades privadas. Garrido Falla la denominaba actividad de coacción, y desde una perspectiva mas amplia, para Ballbé era una intervención administrativa en la actividad privada. Pero la referencia al derecho administrativo no se agota ahí. Loubet destaca que en lengua francesa, hasta el siglo XVIII el término policía era utilizado para designar el conjunto de actividades administrativas relativas al gobierno de la sociedad. Así la administración, tal y como la entendemos hoy estaba expresada por el término policía¹⁷. En los principales idiomas se ha adoptado una palabra con raíz grecolatina que identifica claramente a la policía de seguridad, que es la primera a la que acude la persona que tiene problemas (*police, polizei, politie, polizia, polis*, etc.). Incluso cuando la denominación de un cuerpo policial es tradicional (Guardia de Finanzas, Guardia Civil, *Mossos d'Esquadra, Rendörszég*, etc.), se cuida en sus manifestaciones públicas de dejar clara su naturaleza policial¹⁸. Sin embargo, como ya se ha apuntado, las expresiones inglesas *law enforcement*, que es la que sirve de denominador común a lo que en el mundo continental europeo se conoce como policía, y *policing* –vigilancia– denotan una fundamental diferencia de concepto entre ambas culturas¹⁹. Es significativo que, en la reunión creadora de Interpol en 1923, el gobierno norteamericano no pudiera enviar más que al jefe de policía de la ciudad de Nueva York, por no existir una policía estatal, ni algo equiparable a un ministerio del interior o de gobernación²⁰. Podemos, por tanto, aproximarnos al concepto de policía desde una perspectiva institucional, lo que plantea ciertas dificultades que se nos pondrán de manifiesto en el momento en el que estudiemos diversos modelos policiales comparados, ya que no existe una perfecta correspondencia entre diferentes estados, o desde una perspectiva funcional, en la que avanzaremos sobre cimientos mas sólidos, siempre y cuando limitemos el ámbito al que nos estamos refiriendo cuando hablemos de función policial en un contexto de derecho internacional:

¹⁶ El Servicio de Vigilancia Aduanera depende del Ministerio de Hacienda, y en el ámbito de sus competencias practica detenciones, emplea armas, etc. Incluso el vigente Reglamento de Armas equipara a sus miembros con los de las Fuerzas Armadas y los de los cuerpos de seguridad a la hora de la posesión de armamento. Pero conforme a la Ley Orgánica 2/86, no es un cuerpo de seguridad.

¹⁷ LOUBET, (1998), La policía, op.cit. p. 14.

¹⁸ Por ejemplo, en los controles de carretera o en vías públicas, se suele poner en sitio visible

una señal de tráfico en la que se destaca la palabra «policía» o equivalente.

¹⁹ GREGORY, F. (1992), Cooperación policial e integración en la Comunidad Europea: propuestas problemas y perspectivas. Boletín de Documentación del Ministerio del Interior, nº 128, abril-junio 1992, pp. 141-150, p. 141.

²⁰ COLITRE, C. E. (1984) *Interpol: The International Criminal Police Organisation. FBI Law Enforcement Bulletin*, vol. 53 nº 10, pp. 25-30.

A) Desde una perspectiva de ciencia política, Loubet del Bayle²¹ considera que la función policial es la función social con la que son investidos determinados miembros de un grupo para, en nombre de la colectividad, prevenir o reprimir la violación de ciertas reglas por las que se rige dicho grupo, o en caso de necesidad, y como último recurso, realizar intervenciones coercitivas que requieren el uso de la fuerza física. Para Bobbio²², sería aquella función del Estado que se concreta en un instituto de la Administración Pública orientado a realizar las limitaciones que la ley impone a las libertades de los individuos y de los grupos, para la salvaguardia y conservación del orden público en sus variadas manifestaciones, de la seguridad de las personas a la propiedad, de la tranquilidad de los conglomerados urbanos a la protección de cualquier otro bien tutelado por disposiciones penales.

B) Desde un punto de vista jurídico, para Joan Josep Queralt²³ se considera función de la policía la prestación de un servicio público llevado a cabo por unos organismos que, profesionalmente y de modo exclusivo, se dedican al mantenimiento del orden y a la protección de la seguridad, a garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades, a asegurar el normal funcionamiento de las instituciones, a prevenir e impedir la comisión de delitos o, si estos han sido ya cometidos, a efectuar las investigaciones necesarias para descubrir a los culpables y ponerlos a disposición de la autoridad judicial junto con los efectos, instrumentos o útiles que hayan tenido relación con dicho delito. Sin salir de esta perspectiva jurídica, podemos aseverar que las funciones policiales son básicamente dos, si bien la lista se puede complicar mucho más²⁴:

1. La policía de seguridad²⁵. Su finalidad es preventiva, y normalmente se lleva a cabo por personal uniformado, sin perjuicio de implicar a personal de paisano en funciones de información, por ejemplo. La presencia de un agente de la autoridad uniformado y, eventualmente, armado debe generar sensación de seguridad y evitar, al menos en su presencia, la comisión de infracciones, o por decir mejor, la comisión de actos punibles. Esto es un fin en si mismo, si bien existen múltiples matizacio-

²¹ LOUBET DEL BAYLE, J.L. (1996), *Policía y política: Elementos para un enfoque teórico*. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, Nº 16., pp. 93-100, p.93.

²² Citado por GARCÍA FRAILE GASCÓN, A. (1992), *Apuntes sobre política contra la criminalidad*. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 7, pp. 129-141, p. 131.

²³ QUERALT, J.J., (1986), *El policía y la Ley*, Plaza y Janés, Barcelona, p. 35.

²⁴ Relacionada con ambas funciones y con un carácter mixto preventivo/represivo esta la función de policía administrativa: normalmente dirigida a impedir y reprimir la trasgresión de normas de bajo rango, tales como infracciones de tráfico, de leyes de caza, control de horarios de comercios, etc. Tiene también un carácter administrativo, pero no hay que olvidar que unos hechos esencialmen-

te iguales pueden, según las circunstancias ser infracción administrativa o penal. También tiene la finalidad de ejecutar, si es preciso con el empleo de la fuerza física, las decisiones administrativas. No obstante, como señala Queralt, no es preciso que esté desempeñada por cuerpos policiales. Aparte de las mencionadas, hay otras funciones tales como protección de autoridades, de representaciones diplomáticas, etc. no siempre llevadas a cabo por cuerpos policiales, aunque sí principalmente, que por su aparatosidad parecen requerir una consideración separada. No obstante, se pueden incluir sin gran esfuerzo en la primera de las funciones esenciales.

²⁵ VILLAGÓMEZ CEBRIAN, A., (1995), *La policía de seguridad, un estudio de Derecho público comparado*. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 14, pp. 11 y ss.

nes, sobre todo en lo relativo a la diferencia entre seguridad y orden público²⁶. En el período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, sobre todo en Italia y Alemania, se produjo un alejamiento del esquema represivo que representaba la idea de orden público, que según Villagómez sería una noción metajurídica, «de naturaleza profundamente estimativa y localista», que acababa coincidiendo con el juicio de la autoridad policial. La seguridad, sin embargo, tendría más bien un carácter de servicio público tendente a permitir el libre ejercicio de los derechos y libertades²⁷. Me parece importante destacar esto último por cuanto, el aspecto policial de las OMP parece dar más importancia al orden público que a la seguridad según hemos caracterizado ambos conceptos²⁸. No obstante, como veremos más adelante las nociones de *law and order* y de seguridad pueden aparecer un tanto trastocados en este contexto²⁹. Loubet señala por su parte que existen dos tradiciones, la continental y la anglosajona que pretenden estar en los dos extremos del concepto de policía, una como defensora del orden –del orden político– la «policía del príncipe», y otra la policía de la comunidad, que pone el acento en la protección de la seguridad pública. Sin embargo el propio autor se encarga de destacar la profunda simplificación que esto entraña, con el riesgo de falsificar la solución de un problema muy complejo³⁰.

2. La policía judicial o policía criminal. En este caso tiene un fin represivo: la averiguación del delito –ya cometido o en curso– y aprehensión del delincuente. Una definición más completa incluiría la práctica de propia iniciativa de aquellas actuaciones que por su urgencia no admitan dilación en base a la posible destrucción u ocultamiento de las pruebas, o realizar aquellas investigaciones que ordene el juez o el fiscal en función de la dependencia³¹. Normalmente se realiza bajo la dirección de autoridades judiciales –caso de España– o del ministerio fiscal. Sin embargo, en el caso de los países anglosajones esta dirección es muy diluida, en el sentido de que sólo pueden hacer sugerencias al cuerpo investigador, que es la policía directamente. La dependencia de los miembros de cuerpos policiales puede ser funcional con relación a jueces y fiscales, y orgánica respecto de la autoridad administrativa, sea el Estado u otra. Hay que realizar otra precisión, ya que como destaca acertadamente

²⁶ Se trata de dos conceptos diferenciables, como señala M^a Victoria SAN JOSÉ, ex Directora del Gabinete Técnico de la Subsecretaría del Ministerio del Interior, en su ponencia «Instrumentos para la seguridad», presentada en el III Seminario Duque de Ahumada, organizado por la Dirección General de la Guardia Civil y la UNED. La seguridad puede ser entendida como una situación de paz social necesaria para que puedan ser efectivos una serie de derechos como la libertad y la justicia, y no tiene las connotaciones coactivas del concepto de «orden».

²⁷ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, op. cit.

²⁸ La Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, que autoriza el despliegue de KFOR y de UNMIK, atribuye a la primera «*Ensuring public safety and order until the international civil presence can take responsibility for this task*», y a la segunda

«*Maintaining civil law and order, including establishing local police forces and meanwhile through the deployment of international police personnel to serve in Kosovo*». Si utilizo la versión en inglés de la Resolución es por que normalmente la lengua inglesa suele ser el punto de referencia o común denominador en operaciones multinacionales

²⁹ Como veremos más adelante, cfr. *United Nations Department of Peacekeeping Operations, Peacekeeping Best Practices Unit, (2003) Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*, <http://www.un.org/Depts/dpko/lessons/>

³⁰ LOUBET, (1998), La policía, op.cit. p. 15.

³¹ BAZA LUQUE, M. y MORALES MORALES, R., (1995), La Policía Judicial en la UE. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 14, pp.105 y ss.

Queralt³², las funciones de policía judicial tienen dos fases: las que se realizan de oficio o a instancia de parte antes de que el juez o fiscal tengan conocimiento del presunto hecho punible, y las que se realizan con posterioridad a la asunción por parte del juez o del fiscal de la investigación correspondiente. En este segundo momento, la policía judicial se limita a la ejecución de las diligencias que las autoridades judiciales les ordenen, con lo que tal actuación no es en puridad policial. La incidencia de esto último en las OMP con despliegue de contingentes policiales ejecutivos es muy importante, como veremos al analizar los casos de Kosovo y Timor.

1.2.2. Los modelos policiales

1.2.2.A. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LOS DISTINTOS MODELOS

Como se deduce claramente de lo hasta ahora expuesto, uno de los problemas a los que se va a enfrentar una actuación con caracteres policiales en un contexto internacional es la gran variedad de modelos y organizaciones policiales y las dificultades de coordinación entre cuerpos. Hay una esencial diferencia entre el concepto anglosajón, o más exactamente norteamericano, de *law enforcement agencies*, muy difuso, y el europeo continental de «cuerpos policiales». Podemos encontrar evidencias en los escasos textos de derecho Internacional específicamente destinados a las funciones policiales. Así, llama la atención la denominación de la «Declaración sobre la Policía», del Consejo de Europa, frente a «Código de conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley» de las Naciones Unidas³³.

En el ámbito europeo continental, el proceso de formación de los poderes públicos actuantes es en buena medida heredero de la centralización napoleónica, a su vez heredera de la monarquía absoluta. No obstante se puede detectar en los últimos tiempos una reversión del proceso, en una tendencia a la descentralización del poder. Mientras, el Reino Unido y los Estados Unidos se crearon de abajo hacia arriba, sin una cesión significativa de poder por parte de los estamentos y los poderes territoriales. No es extraño, pues, que el poder municipal sea tan fuerte en Estados Unidos, frente a un gobierno federal débil hasta fechas recientes³⁴. Como consecuencia, la cultura policial norteamericana –y la británica– es desde su inicio diferente de la europea, resultándole extraña toda idea de cuerpo policial de naturaleza militar. Frente a éste se encuentra el modelo francés o centralizado, en el que, en principio, los cuerpos policiales principales dependen en exclusiva del gobierno. En todo caso se puede afirmar que los modelos policiales son dinámicos, y están en constante mutación, en un doble proceso de descentralización de los modelos centralizados y centralización de los descentralizados³⁵. Sin perjuicio de lo anterior hay que destacar

³² QUERALT, J.J. op.cit., pp. 74-75.

³³ Por otro lado no se trata solo de una cuestión de léxico, ya que la declaración europea, anterior en su concepción y plasmación a la de las Naciones Unidas tiene un mayor alcance. No se limita tan solo a ser un código deontológico, sino que

establece un mínimo de derechos estatutarios y de obligaciones profesionales de los que carece el «Código».

³⁴ LOUBET, La policía, op.cit. pp. 14 y 15.

³⁵ BLAZQUEZ GONZÁLEZ, F. (1998), La policía judicial, Tecnos, Madrid, p 194.

que los modelos policiales son casi tan numerosos como los estados, y que entre ellos existen, a veces, profundísimas diferencias³⁶. Esto va a determinar una enorme dificultad de coordinación y de trabajo en común. Conviene, por ello, hacer siquiera una somera referencia a estos modelos³⁷.

1.2.2.B. EL MODELO POLICIAL LATINO O FRANCÉS

Representado por Francia, Italia, España y Portugal, principalmente³⁸. El modelo puede denominarse también francés, puesto que es el sistema mas antiguo, y a cuya

³⁶ Puede resultar útil una clasificación de cuerpos policiales aportada por GARCÍA FRAILE-GASCÓN, A. (1992), Apuntes sobre política contra la criminalidad. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 7, pp. 129-141, p. 136. Aunque la situación ha evolucionado sigue siendo válida:

1. Cuerpos netamente militares:
 - Guardia Nacional de Venezuela.
 - Carabineros de Chile.
 - *Marechaussee* de Holanda.
 - Gendarmería Francesa.
 - Guardia Nacional Republicana de Portugal.
 - Carabineros de Italia.
 - Guardia de Finanzas de Italia.
2. Cuerpos con organización militar no incluidos en las fuerzas armadas:
 - Guardia Civil de España.
 - Policía Nacional de Colombia.
 - Gendarmería de Argentina.
 - Policía Nacional de Perú.
3. Cuerpos civiles uniformados con jerarquía de tipo militar:
 - Policías alemanas de los länder.
 - Policías municipales y de Estado de los Estados Unidos.
 - Real Policía Montada del Canadá.
 - Policías Nacionales de Francia, Italia y España.
 - Policía Metropolitana de Inglaterra.
 - Gendarmería austriaca.
4. Cuerpos de organización muy centralizada:
 - Todos los de naturaleza militar ya mencionados, mas las policías nacionales de Francia, Italia y España, la Real Policía Montada del Canadá y la Gendarmería austriaca.
 - Policía de fronteras y Policía criminal federal de Alemania.
 - FBI, Servicio de Guardacostas y otras agencias federales de los Estados Unidos.
5. Cuerpos de organización muy descentralizada:
 - Policías de los condados de Estados Unidos y el Reino Unido.

– Policías metropolitanas de las grandes ciudades y de los estados en Estados Unidos.

– Policía uniformada de los länder en Alemania.

³⁷ Hay ciertos condicionantes que pueden determinar un modelo concreto, cfr. GARCÍA FRAILE-GASCÓN, «Apuntes ...» op.cit p. 137:

1º) El tamaño del territorio y sus características físicas, tales como existencia de costas, ríos o grandes sistemas montañosos. Es notorio que no es igual el problema policial en Luxemburgo que en Australia. Una derivación de esto sería el grado de urbanización de un estado, y en particular la existencia de ciudades muy pobladas.

2º) La organización del estado y el sistema político. Con carácter general, en el presente trabajo solo vamos a hablar de estados democráticos, en el sentido mas convencional del término –Estados de Derecho–. Pero claro está, estos varían desde un modelo centralizado o hipercentralizado, de corte francés continental, hasta un modelo de absoluta descentralización, con entidades menores del estado que, en ocasiones tienen un alto grado de autonomía. Ello ha de influir necesariamente en el modelo policial, como pone de manifiesto la esencial diferencia entre el modelo francés y el norteamericano.

3º) Derecho y organización judicial. No hay duda de que el procedimiento de investigación de los delitos está muy condicionado por el modelo judicial, en la medida de que las fuerzas policiales suelen ser auxiliares de dicha actividad, dependiendo de jueces de instrucción o fiscales.

4º) Grado de desarrollo industrial, económico y social.

³⁸ En 1994 se fundó la FIEP, asociación de fuerzas policiales con estatuto militar. Actualmente forman parte de ella también la Gendarmería de Turquía, la Gendarmería Real de Marruecos, la Marechaussee de Holanda, y la Gendarmería Nacional de Rumanía. Están asociados los Carabineros de Chile y la Gendarmería Nacional de Argentina. <http://www.fiep-asso.org>.

semejanza se han construido los demás³⁹. Se caracteriza por la coexistencia de un mínimo de dos cuerpos con funciones policiales de ámbito estatal, unos de naturaleza civil y otros de naturaleza militar. En Francia coexisten la Policía Nacional y la Gendarmería, en Italia la Policía del Estado, el Arma de Carabineros, el Cuerpo Forestal y la Guardia de Finanza, en España el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil, y en Portugal la Policía Judicial, la Policía de Seguridad Pública, el Servicio de Extranjeros y la Guardia Nacional Republicana (que absorbió a la Guardia Fiscal). Las dependencias de los distintos cuerpos varían sensiblemente. Los cuerpos policiales de naturaleza civil suelen tener una dependencia plena, tanto operativa como orgánica de los ministerios del interior –o equivalentes–. Por el contrario, los cuerpos policiales de naturaleza militar, si bien se caracterizan, en sus funciones policiales, por una dependencia operativa del ministerio del interior respectivo –con las matizaciones correspondientes en sus funciones de policía judicial– varían en cuanto a su dependencia orgánica. Así, en Francia, la Gendarmería, aunque no es propiamente parte de las Fuerzas Armadas⁴⁰, asume, aparte de los policiales, cometidos estrictamente militares, entre los que destaca la Defensa Operativa del Territorio. En consecuencia su dependencia orgánica es del Ministerio de Defensa. En España, la Guardia Civil, que tradicionalmente había constituido una parte del Ejército de Tierra, a partir de la Ley Orgánica 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se convierte en una suerte de tercera fuerza⁴¹, conservando su naturaleza militar pero sin formar parte –según establece la misma Constitución Española– de las Fuerzas Armadas. Existen además cuerpos cuya dependencia operativa e incluso orgánica es del Ministerio de Hacienda o de Finanzas, como la Guardia de Finanzas italiana, la extinta Guardia Fiscal portuguesa, o el también extinto, tras su absorción por la Guardia Civil, Cuerpo de Carabineros español. Todos ellos son o eran de naturaleza militar.

1.2.2.C. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL MODELO POLICIAL BRITÁNICO

El modelo policial británico o anglosajón se puede definir como de poder difuso o no centralizado, asociado al concepto de policía comunal⁴². La formación del sistema policial en el Reino Unido es totalmente distinta de la continental. Para empezar, hay que señalar que, aún hoy, el sistema policial difiere en Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte. El de la policía de Inglaterra y Gales tiene su origen en la Edad Media, con la figura del *constable* –palabra que aún hoy se emplea– y hasta bien entrado el siglo XIX, se basaba en la idea, muy asentada en la mentalidad británi-

³⁹ No obstante ni siquiera en esto se pueden hacer afirmaciones rotundas, como demuestra MARTÍNEZ GARCÍA, M., (1996), La Gendarmería Nacional francesa y la fundación de la Guardia Civil. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 16, pp. 187-205.

⁴⁰ JAR COUSELO, G. (2000), Modelos comparados de policía. Dykinson, Madrid, p. 38. El Director de la Gendarmería ha sido durante mucho tiempo tradicionalmente un magistrado, aunque la situación ha evolucionado en la actualidad.

⁴¹ Definiéndose como Instituto armado de naturaleza militar, que en tiempo de paz depende tanto orgánica como operativamente del Ministerio del Interior, pero con alguna dependencia del de Defensa.

⁴² JAR COUSELO, G. (1999), El modelo inglés de policía. Revista de Documentación del Ministerio del Interior, nº 21, mayo-agosto, pp. 36-58, p.41. También DUQUE QUICIOS, J. (1995), El modelo policial anglosajón. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 14, pp. 65 y ss.

ca, de que el poder central o gobierno del estado no podía imponer una policía a la comunidad, el condado. Así pues en Inglaterra y Gales existen múltiples cuerpos de policía. Se puede fijar en el año 1829 la fecha de nacimiento del actual sistema, cuando el ministro del Interior, Sir Robert Peel, estableció los principios de lo que incluso hoy se conoce como «modelo inglés de policía»⁴³. La estructura de dichos cuerpos es similar, y viene determinada por la *Police Act* de 1964, reformada por la *Police and Magistrates Court Act* de 1994, la *Police Act* de 1996, y la *Police Reform Act* de 2002, que conforman un sistema policial con tres puntos de apoyo⁴⁴. El primero es la *Police Authority*, órgano colegiado, en el que se encuentran las autoridades locales: los nombrados por el Consejo del condado, algunos jueces, y personas independientes, cuyas funciones son el dotar de medios al respectivo cuerpo de policía –competencia compartida con el Ministerio del Interior– designar, de entre una lista propuesta por el Ministro del Interior a los mandos o responsables, y control de actividades. No pueden dar instrucciones operativas a los mandos policiales. Su territorio puede componerse de uno o más condados. El *Chief Constable*, es el responsable o jefe del cuerpo, nombrado por la Autoridad de Policía –salvo en Londres, donde es nombrado por el Ministro del Interior– y que siempre pertenece a la carrera policial. Por último la *Home Office* o Ministerio del Interior, participa en el nombramiento y cese de los *chiefs constables*, y tiene ciertas competencias en materia de dotación de medios, sueldos, condiciones de trabajo, gestión de servicios comunes, inspección de los cuerpos y adopción de medidas disciplinarias.

Este modelo de organización tiene una serie de rasgos definitorios, entre los que se pueden destacar una fuerte dependencia, al menos invocada constantemente, de la comunidad, una ausencia formal de poderes especiales de los cuerpos policiales, que no pueden actuar, en teoría, muy diferentemente de un simple ciudadano, lo que se compatibiliza con una gran independencia en su actuación debido al carácter de autoridad y no de agente, del que gozan. Respecto a esto último, hay que señalar que, a diferencia de lo que pasa en España, o en los estados de nuestro entorno, no existe en el Reino Unido la figura del juez de instrucción, o un fiscal con cometidos parejos⁴⁵. La investigación de un delito ya cometido está en manos exclusivamente de la policía, sin perjuicio de su posterior control judicial o de que determinadas actuaciones⁴⁶, como una detención, puedan ser también inmediatamente revisadas por un juez. De ahí el carácter de autoridad del que hablamos, ya que no existe en puridad una organización de policía judicial⁴⁷. Este sistema demuestra frente al centralizado de corte francés, junto a sus indudables atractivos, una serie de defectos como son la inexis-

⁴³ Cfr. por ejemplo, JOURNÈS, C. (1992), *La police en Grande-Bretagne*. En la obra colectiva *Polices d'Europe*, Editions L'Harmattan, Paris, pp. 209-234, p. 209.

⁴⁴ BLÁZQUEZ GONZÁLEZ, F. (1998), La policía judicial op.cit., p. 199, y DUQUE QUICIOS, J. (1998), Gestión de una empresa de policía: Modelo policial del Condado de Kent (Reino Unido). Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 18, pp. 209 y ss.

⁴⁵ Existe, dependiendo del ámbito territorial, la figura del *coroner*. El *coroner* es una institu-

ción peculiar del sistema británico. Es una figura con ciertos aspectos judiciales encargada de la investigación de muertes violentas, de cara a pronunciarse sobre la identidad del muerto, la causa de la muerte y el lugar y momento en que ocurrió.

⁴⁶ Conforme a la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984, enmendada mediante la *Criminal Justice and Police Act* de 2001.

⁴⁷ Cfr. BLÁZQUEZ GONZÁLEZ (1998), La policía judicial, op.cit. p. 199 y 200

tencia de una coordinación adecuada y de unidades necesarias para el cumplimiento de determinadas funciones policiales⁴⁸. Se ha dicho, sin embargo, que los defectos se ven compensados con una mayor integración en la sociedad, puesto que la policía es una emanación natural y directa de ella, y por tanto de una mayor eficacia. Sin embargo una serie de casos acaecidos en los años 70 y 80 pusieron en tela de juicio tanto la idílica visión del *bobby*, como su eficacia⁴⁹. Es precisamente en esta función de policía judicial donde se han manifestado los mayores defectos del sistema británico. La acumulación, en muy poco tiempo, de la evidencia de fallos garrafales o de mala fe (incluida la falsificación masiva de pruebas) por parte de agentes investigadores, obligó al gobierno a constituir la Comisión Runciman, que llegó, entre otras, a la conclusión de que uno de los defectos del sistema estribaba en la inexistencia de una figura como el juez de instrucción o el fiscal en el modelo británico de investigación criminal⁵⁰. No obstante todo lo expuesto, y debido a las necesidades planteadas, a lo largo del siglo XX se ha producido una tendencia a la coordinación, manifestada en la atribución al estado de ciertas competencias sobre todas las policías –admisión, formación, equiparación de categorías profesionales, uniformidad, etc.– que han conferido al sistema policial británico una apariencia externa de cohesión y homogeneidad, en un proceso contrario al sufrido por España, por poner un ejemplo, en los últimos treinta años⁵¹. El sistema policial de Escocia no presenta peculiaridades dignas de mención, pero sí el del Ulster, que por la implicación de fuerzas militares en funciones policiales, resulta relevante para los propósitos del presente trabajo⁵².

⁴⁸ Como no se puede prescindir de dichos servicios, y en la mejor tradición anglosajona, otros suplen su ausencia. Así, como ya se ha mencionado, las Fuerzas Armadas realizan funciones técnicas como desactivación de explosivos o rescate de rehenes, y la Policía Metropolitana de Londres, *Scotland Yard*, hace las veces de centro de información o documentación a escala nacional.

⁴⁹ Casos tan notorios como el de los seis de Birmingham, o los cuatro de Guiford, sobradamente conocidos, dan una imagen bastante mas sinistra de la policía británica.

⁵⁰ Cfr. JAR COUSELO, G. (2000), Modelos comparados de policía. Dykinson, Madrid, pp. 144 y 145.

⁵¹ Así se recoge, entre otros estudios, en KING, M. (2000), El sistema policial de Inglaterra y Gales: tendencias de cambio. El modelo policial y sus retos de futuro, Generalitat de Catalunya, Barcelona, pp. 113 y ss. o en REINER, R. (1993), *Du mythe à la réalité: le modèle britannique. Les Cahiers de la sécurité intérieure*, nº 13, mayo-julio, pp. 25-59, p. 52.

⁵² BLÁZQUEZ GONZÁLEZ, F. (1998), La policía judicial, op.cit. p. 199. MAPSTONE, R. (1992), Soldados en una sociedad dividida: Las actitudes de soldados en Irlanda del Norte. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 8, pp. 107-113, RIPLEY, T. Fuerzas de seguridad en Irlanda del Norte (1969-92), Ediciones del Prado, Madrid

1995. Allí, el cuerpo policial único hasta 2000 fue el RUC (*Royal Ulster Constabulary*), con dependencia del Secretario de Estado para Irlanda del Norte. Deben tenerse en cuenta las peculiares características del problema policial en Irlanda del Norte, debido al terrorismo y la confrontación entre comunidades católica y protestante. Ya en 1884 se creó la *Special Irish Branch*, posteriormente denominada *Special Branch*, para hacer frente al latente terrorismo irlandés. Como es lógico, los principios de amplio apoyo social de la policía quebraban en el caso del Ulster, donde los cuerpos con funciones policiales –policía y determinadas unidades militares– eran mayoritariamente protestantes. Hasta aproximadamente 1974, el RUC era una fuerza policial bastante convencional en el sentido británico, pero hubo de adaptarse al recrudescimiento del terrorismo que se produjo a partir de 1969. En cualquier caso, el RUC fue repetidamente denunciado por graves violaciones de los derechos humanos y generó un aparatoso debate sobre su disolución en el marco del proceso de paz del Ulster. En definitiva se deduce de lo expuesto que las características del modelo policial británico (ausencia de armas, legitimación social amplia, etc.) quebraron totalmente en el Ulster, como antes de su independencia habían quebrado en el conjunto de Irlanda. Aunque las competencias en materia policial eran del RUC, en abril de 1970 se creó el Regimiento de Defensa del Ulster (UDR),

1.2.2.D. EL MODELO NORTEAMERICANO

Hay quien lo ha definido como «sistema múltiple descentralizado sin coordinación»⁵³. Tiene mucho parecido con el británico en su origen y espíritu, pero no ha llegado a conformar un sistema claro, siendo de hecho casi incomprensible para los europeos continentales. Es, indudablemente, complejísimo. El origen del sistema policial norteamericano está en las policías municipales, creándose el primer Cuerpo de Policía en Boston en 1838, y hasta alcanzar hoy la cifra de unos 12.500. Este sistema ponía en evidencia que, fuera de los límites municipales, no existía quien garantizara la seguridad, lo que determinó la creación de las policías de los condados, el tradicional *sheriff*. En un proceso similar, acabaron apareciendo policías estatales para el ámbito que quedaba sin la protección de las anteriores⁵⁴. Es un modelo de absoluta y radical descentralización, y de difícil coordinación. En EEUU, todos los planos de poder territorial (municipio, condado, estado, federal) tienen competencias en materia policial. Pero no solo eso, sino que casi todos los departamentos del Gobierno también. La base de la distribución de competencias se realiza en este último caso no sobre una base territorial, ya que las competencias cubren todo el Estado, sino por fines específicos, ya sean preventivos o de persecución de determinados delitos, o en determinados espacios bajo la administración federal⁵⁵. El problema que plantea el

consecuencia de las conclusiones de la Comisión Hunt. Las funciones de dicho regimiento han sido de apoyo a las fuerzas policiales, poniendo en evidencia la insuficiencia de estas para hacer frente a la situación. JAR COUSELO, en su libro Modelos comparados de policía (Ministerio del Interior y Dykinson, Madrid, 2000), recuerda como los acuerdos de Stormont de abril de 1998 preveían la implantación de un nuevo cuerpo policial, el *Police Service of Northern Ireland*, <http://www.psn.police.uk/>. Por otro lado, como recoge LASÉN PAZ, M. (2001), La policía de proximidad en Europa. Revista Cuadernos de la Guardia Civil N° XXV, p. 65, el informe Patten para Irlanda del Norte de abril de 1998, indica que «la identificación de policía y Estado es contraria a la práctica policial en el resto del Reino Unido».

⁵³ Cit. en BARBERET, R. (1993), La policía y la investigación criminológica. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, n° 9, pp. 115-123, p.115. Se trata de una cita de BAYLEY, D. (1985), *Patterns of Policing: An Internacional Comparative Analysis*, Rutgers University Press, New Brunswick.

⁵⁴ PENA, A. (1999), Policías en Estados Unidos. Revista Guardia Civil, n° 665, septiembre, pp. 66 y 67.

⁵⁵ Una clasificación no exhaustiva incluiría los siguientes cuerpos (o *agencies*, según una terminología mas norteamericana) cfr. GARCÍA FRAILE GASCÓN, A. (1992) «Apuntes sobre...» op. cit. y PENA, A. (1999), «Policías en ...» op. cit.:

- 1) Dependientes del Departamento de Justicia:
 - *Federal Bureau of Investigation* (FBI), responsable de delitos federales y crimen entre Estados.
 - *U.S. Marshalls Service*, que presta servicios a los Tribunales de Justicia, encargándose también de las conducciones de presos, la persecución de evadidos y la protección de testigos.
 - *Drug Enforcement Administration* (DEA), competente para la investigación de uso ilegal de drogas, tráfico de las mismas etc., pero fundamentalmente con un componente internacional.
 - *Immigration and Naturalisation Service* (*Border Patrol*), encargado de velar por el cumplimiento de las leyes de inmigración.
- 2) Dependientes del Departamento del Tesoro:
 - *Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms*, con responsabilidad en materia de venta ilegal de tales productos.
 - *United States Custom Service*, encargado de las Aduanas y la persecución del contrabando.
 - *Internal Revenue Service Criminal Investigation Division*, competente para la investigación de la evasión de impuestos.
 - *Financial Crimes Enforcement Network*, que investiga delitos financieros.
- 3) Dependientes del Departamento de Defensa (*Military Law Enforcement Agencies*).

sistema norteamericano es el de la colaboración entre cuerpos, su punto vulnerable. A pesar de la descomunal extensión geográfica de los Estados Unidos, carece de un cuerpo policial federal uniformado al estilo de la Policía Montada del Canadá, una excepción en el mundo anglosajón⁵⁶. Otro grave problema, que ya hemos comentado en relación con el modelo británico, es la inexistencia de fuerzas que puedan hacer frente a graves situaciones con generalizado deterioro del orden público, que se resuelven mediante el empleo de fuerzas militares o paramilitares, como la Guardia Nacional. Tras los atentados acaecidos en Nueva York, Washington y Pennsylvania el 11 de septiembre de 2001, y las consiguientes críticas sobre la descoordinación de servicios⁵⁷, se creó el *Department of Homeland Security*⁵⁸ (2002), del que en la actualidad depende el Servicio Secreto⁵⁹.

1.2.2.E. EL MODELO ALEMÁN

Este modelo de policía presenta una serie de peculiaridades que han servido para proponerlo como modelo de una futura policía europea⁶⁰. Su origen está en el fin de la Segunda Guerra Mundial, momento en el que Alemania fue dividida en cuatro zonas, bajo tutela e influencia de las potencias vencedoras, cada una de las cuales trató de imponer su propio modelo policial en su territorio. Hay quien ha definido el modelo

-
- *Defense Investigative Service.*
 - *DoD Criminal Investigation Command.*
 - *U.S. Navy Criminal Investigation Command (CID).*
 - *U.S. Naval Criminal Investigative Service.*
 - *Defense Security Service.*
 - *United States Air Force Office of Special Investigation.*

4) Dependientes otros departamentos:

- *Diplomatic Security Service* (Departamento de Estado)
- *Environmental Protection Agency.*
- *United States Park Police.*
- *Postal Inspection Service*, que abarca los delitos en ferrocarriles..
- *Federal Protective Service Police.*
- *Fish & Wildlife.*
- *Bureau of Indian Affairs Law Enforcement Services.*
- *U.S. Coast Guard*, con organización militar.

⁵⁶ JAR COUSELO, G. (2000), Modelos comparados ... op.cit, pp. 167 a 170, y DUQUE QUICIOS, J. (1998), Real Policía Montada del Canadá. Revista Guardia Civil, nº 654, octubre pp. 50-57. El sistema policial canadiense es de corte británico y en consecuencia la base son los cuerpos de policía de las provincias y los municipios. Pero existe un cuerpo, la Real Policía Montada del Canadá

que ejerce como policía federal y nacional, siendo además la que se ocupa de las relaciones internacionales. En su seno está la Oficina Nacional Central de INTERPOL para Canadá. Aunque tiene un evidente aire militar y su organización es paramilitar, se trata de un cuerpo civil. Curiosamente, su nombre en francés, lengua cooficial del estado, es el de *Gendarmerie Royale du Canadá*.

⁵⁷ DUQUE QUICIOS, J. (2008), Modelo de seguridad de Estados Unidos. Cuadernos de la Guardia Civil nº 38, pp. 83-95.

⁵⁸ Sobre el DHS, ver <http://www.dhs.gov/about/history/>. De él dependen, aparte del Servicio Secreto, la Guardia Costera y el *Customs and Border Protection*, entre otros servicios.

⁵⁹ El *United States Secret Service*, quizá el más curioso de los cuerpos policiales norteamericanos, ya que tiene como sus dos únicas competencias la protección del Presidente de los Estados Unidos, del Vicepresidente y sus familias, y la persecución de la falsificación de moneda. No se alcanzaría a comprender que tiene que ver una cosa con la otra si no se conociera la original dependencia de este servicio del Departamento del Tesoro. <http://www.Secretservice.gov/history.shtml>.

⁶⁰ GREGORY, F. (1992) «Cooperación policial...» op. cit. P. 148-149. En concreto, según propuesta del canciller Kohl en 1991, realizada en un discurso, y con base en la existencia del BKA.

alemán como un modelo norteamericano simplificado⁶¹, en el sentido de que, siendo esencialmente descentralizado, tiene menos planos de actuación que aquel. En este caso los dos únicos planos son el federal y el de los *länder*. La Ley Fundamental de Bonn, de 1949, definía a la nueva república occidental como un Estado Federal (artículo 20.1), atribuyendo competencias al los *länder* en todo aquello no específicamente atribuido a la federación. En las cuestiones policiales, el artículo 73.10 de la Ley Fundamental atribuía a la federación la competencia exclusiva de cooperación con los *länder* en materia de policía criminal y de defensa de la Constitución, la creación de una Oficina Federal de Policía Criminal así como la lucha internacional contra la delincuencia. No obstante, las competencias policiales básicas están en manos de los *länder*, siendo por tanto la policía alemana de base esencialmente regional y competencia territorial. Sin embargo se diferencia de la inglesa en el hecho de que tales policías dependen de un poder central, aunque sea el del estado, en concreto del ministerio del interior del *länder*. Por otro lado están los cuerpos federales: la Oficina Federal de Policía Criminal o *Bundeskriminalamt* (BKA)⁶², que entró en funcionamiento en marzo de 1951, al entrar en vigor la ley sobre la creación de una Oficina federal de Policía Judicial, reformada el 29 de junio de 1973, y dependiente del Ministerio del Interior federal, con funciones de coordinación y prestación de servicios comunes a las policías de los *länder*, la Policía Federal de Fronteras (BGS), con estructura y adiestramiento de tipo militar⁶³, con competencias en las zonas limítrofes con las fronteras exteriores, así como en materia de reserva de policía de orden, medio ambiente o protección de sedes institucionales, y la Oficina Federal de Defensa de la Constitución (BFA), con misiones de información y vigilancia de tipo político, aunque sin competencias de tipo policial tales como la detención e interrogatorio de personas, por lo que no se la considera propiamente un cuerpo policial a pesar de su dependencia del Ministerio del Interior⁶⁴.

1.3. Los estándares internacionales de actuación policial

Una y otra vez, al tratar el tema de la acción policial desde una perspectiva de derecho internacional surge el concepto de «estándar» o estándares de actuación⁶⁵. Ya hemos visto que existe muy poco derecho internacional asociado al concepto, y que hay que acudir a documentos declarativos, lo que no demuestra sino que, tratándose de un tema que los estados perciben como perteneciente al núcleo duro de la sobe-

⁶¹ GARCÍA FRAILE-GASCÓN, A. (1992), Apuntes sobre política contra la criminalidad. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 7, pp. 129 y ss.

⁶² Sobre el BKA ver http://www.bka.de/profil/broschuren/bka_profil_2008_spanisch-pdf.

⁶³ JAR COUSELO, G. (2000), Modelos comparados ... op.cit. p. 90, la caracteriza como fuerza paramilitar.

⁶⁴ JAR COUSELO, G. (2000), Modelos comparados ... op.cit., p. 91.

⁶⁵ Así, por ejemplo en OSWALD, B. (2006), *Adressing the Institutional Law and Order Vacuum: Key issues and Dilemmas for Peacekeeping Operations, New Zealand Armed Forces Law Review*, vol 6, pp. 1-19, GLAZIER, D.W. (2006), *Full and Fair by What Measure?. Identifying the International Law regulating Military Comission Procedure, Boston University International Law Journal*, vol 24:55, pp. 55-122, p. 57, DAHL, A.W. (2007), *Military assistance to the police in situations requiring the use of armed force*, <http://home.scarlet.be/~ismllw/new/2007>. etc.

ranía, resulta muy resistente a su regulación por medio de instrumentos obligatorios, al menos de tipo convencional. No obstante sí que existen normas obligatorias, aunque no sean específicamente policiales. Entre la normativa que se puede denominar genérica, habría que incluir la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en otros ámbitos regionales el Pacto de San José de Costa Rica o la Carta de Nairobi. Exceptuando a la primera –que por otro lado es admitida generalmente como derecho consuetudinario– se trata de convenciones vinculantes para sus miembros. También lo es la Convención contra la Tortura de 1984 y en general todas las normas de Derecho Internacional Humanitario (Convenios de Ginebra y sus Protocolos, Convención contra el Genocidio, etc.), que en mayor o menor medida tienen una importante incidencia en algunas facetas de actuación semipolicial de las fuerzas militares, que al fin y al cabo es el objeto de este trabajo y cuyo estudio tiene su cabida en otros capítulos.

Pero, por otro lado, hay que destacar toda una serie de textos de carácter declarativo, orientaciones, principios, directrices etc. no vinculantes, que recogen lo que se consideran estándares internacionales en relación con aspectos parciales de la lucha contra el delito y la prevención del mismo, que pueden tener mas o menos incidencia en la actividad policial. En el ámbito universal es la ONU la que, a través de distintos órganos, básicamente la Asamblea General y el Consejo Económico y Social (ECOSOC), ha generado éste tipo de directrices, o ha servido de catalizador para que otros foros, incluyendo organizaciones no gubernamentales, aporten nuevas perspectivas. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito –más conocida por sus siglas en inglés UNODC– con sede en Viena, ha reunido lo más significativo de esta producción seminormativa en la «Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal»⁶⁶, de 2007. En esta recopilación se recogen, entre otras resoluciones de la Asamblea General, relevantes para buena parte de las actuaciones de índole policial, la 43/173, de 1988, que recoge el «Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión», la 45/111 de 1990, que recoge los «Principios básicos para el tratamiento de los reclusos», la 45/113, relativa a las «Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad», la 45/110 «Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad», la 3452 (XXX), «Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes», la 39/194 «Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes», la 55/89, «Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», etc. También cabe citar la más genérica Resolución 56/261, relativa a los «Planes de acción para la aplicación

⁶⁶ Texto completo en http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es.pdf.

de la declaración de Viena –Resolución 55/59– sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI», que recoge muchas referencias a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En cuanto a las específicamente dirigidas a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, estaría la ya examinada Resolución 34/169. Por su parte, el Consejo Económico y Social, también ha realizado su función recopilatoria en resoluciones preparatorias o en desarrollo de las de la Asamblea General. Cabe destacar entre éstas la Resolución 1989/65 sobre «Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias», o la 1989/61, «Directrices para la aplicación efectiva del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley». Es también de destacar, aunque no tiene el rango de resolución de ninguno de los órganos citados, el documento «Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley»⁶⁷.

Otras organizaciones internacionales de carácter regional también se ocupan de producir y difundir estándares, como en el caso europeo el Consejo de Europa –ya hemos examinado la Declaración sobre la Policía de 8 de mayo de 1979– o la OSCE, cuya Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODHIR), realiza una labor continuamente actualizada de difusión⁶⁸.

Sin perjuicio de constatar la existencia de los mencionados estándares y de apreciar su importancia, desde un punto de vista práctico la cuestión no es tan sencilla como hacer referencia a una serie de textos muchos de los cuales no pasan de ser meramente declarativos o simples recomendaciones. La cuestión debe ser planteada desde la perspectiva de los problemas prácticos de la acción policial: Obtención de pruebas, detenciones, instrucción de diligencias policiales, etc. En el ámbito del Derecho Español, por ejemplo, la cuestión está muy clara: Hay una Constitución, un Código Penal y una Ley de Enjuiciamiento Criminal que determinan el marco legal en el que se desenvuelve la actuación de la policía y los derechos de los ciudadanos frente a tal actuación. Sin embargo, los textos internacionales que hemos mencionado no recogen más que declaraciones genéricas respecto a estas cuestiones, dejando un margen a las legislaciones internas⁶⁹. Lo que parece claro es que una actuación policial –aunque sea en un contexto internacional– no puede, a largo plazo, basarse o regirse solamente por tales estándares.

⁶⁷ Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990: informe preparado por la Secretaría (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: s.91.IV.2), cap. I, secc. B.2.

⁶⁸ <http://www.osce.org/odhir/documents.html>, visitada por última vez el 26-03-2009 a las 11:00h

⁶⁹ Por ejemplo el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece

«Toda persona detenida ... será llevada sin demora ante un juez ... y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable...». El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en su artículo 5.3 hace una formulación muy similar. La diferencia estriba, tal vez en que la jurisprudencia del TEDH ha ido generando una serie de principios de la actuación policial y judicial que sí son obligatorios para los Estados partes, pero estamos hablando de un ámbito reducido..

II. LA ACTIVIDAD POLICIAL EN UN CONTEXTO INTERNACIONAL

2.1. LA COOPERACION POLICIAL INTERNACIONAL

2.1.1. *concepto y contenido*

2.1.1.A. *LA COOPERACIÓN POLICIAL EN PERSPECTIVA*

La cooperación entre servicios con funciones policiales de diferentes estados surge espontáneamente por uno de los principios esenciales de la evolución, que no es otro que la necesidad, y dista mucho de ser un fenómeno nuevo. En 1920, Henri Donnedieu de Vabres afirmaba que «es urgente que, a la internacionalización del crimen se oponga la internacionalización de la represión»⁷⁰. En el siglo XIX se puso en evidencia de que una mayor libertad de movimientos, como derecho conquistado por los ciudadanos, llevaba aparejada una mayor facilidad para delinquir y sustraerse a la acción de la justicia, y apareció el fenómeno de la delincuencia transnacional. A principios del presente siglo, la mayor parte de los estados europeos habían desarrollado unos complejos y más o menos eficaces aparatos policiales, pero sus competencias se circunscribían a las estrechas fronteras de los estados. Además, existían grandes diferencias entre legislaciones penales. Los primeros intentos de aproximación de estas se producen en el período que media entre la primera y la segunda guerra mundial. La Primera Conferencia para la Unificación del Derecho Penal tuvo lugar en Varsovia en 1927. En ella se consideraron determinados delitos *ius gentium*, perseguibles según el principio de jurisdicción universal⁷¹. Tales intentos, en el fondo, ponen de manifiesto la dificultad del tema, puesto que los primeros acuerdos se refieren solo a delitos que, por su trascendencia, se entiende que atacan bienes jurídicos no protegidos por el Derecho Internacional, pero sí de interés común de los estados.

Una de las primeras materias objeto de la cooperación internacional, fue el terrorismo. De hecho, el tema ya estuvo presente en la conferencia de Varsovia de 1927, aunque sin ser nombrado expresamente, lo que sí se hizo en la Tercera Conferencia de Bruselas en 1930, y en otras posteriores. Además, dio lugar a los dos Convenios de Ginebra de 1937, para la creación de un Tribunal Penal Internacional y para la Prevención y Represión del Terrorismo, iniciativas ambas que fracasaron⁷². Tal tema ya era objeto de preocupación a finales del siglo XIX, como lo demuestra la celebración de la Conferencia Internacional Anti-anarquista de 1898. En esta conferencia de agencias de seguridad, que tuvo lugar en Roma, se aprobó la resolución de que «las autoridades centrales responsables en cada país de la vigilancia de los anarquistas establezcan contacto directo unas con otras e intercambien toda información rele-

⁷⁰ Cit. por CHEVALLIER-GOVERS, C. (1999), *De la nécessité de créer une police européenne intégrée. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, nº 1, enero-marzo, traducción en Revista de Documentación del Ministerio del Interior, nº 21, pp. 152-159, p. 152. v

⁷¹ GIL GIL, Al. (1999), *Derecho Penal Internacional*, Técnos, Madrid, p. 49 n.

⁷² Sobre el particular, ver RAMON CHORNET, C. (1992), *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

vante»⁷³. Este es un punto importante: la primera cooperación policial internacional se centra en un tipo de delincuencia que durante largo tiempo, y por razones más políticas que jurídicas ha estado excluida de la cooperación policial, cual es el de la delincuencia que se asociaba a motivos políticos. Obviamente, en la actualidad, y sobre todo a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, Washington y Pennsylvania, la percepción del problema del terrorismo es distinta, como distinto es el terrorismo en sí. Hoy existen multitud de instrumentos internacionales que excluyen el terrorismo –o muchas manifestaciones o formas del mismo– del concepto genérico de delincuencia política⁷⁴. Pero a fines del siglo XIX, la mayor parte de los exiliados, en particular en Francia, Suiza e Inglaterra, eran miembros de grupos políticos proscritos en estados autocráticos. En este sentido, ya desde la Ley francesa de 1832 sobre refugiados, se establecía un tratamiento especial a este tipo de personas, si bien fue la Ley belga de extradición de 1 de octubre de 1836 la primera en establecer que los delincuentes políticos no debían ser extraditados, práctica que se extendió a lo largo del siglo XIX en todo el mundo⁷⁵. Independientemente de la simpatía o rechazo que las actitudes y fines perseguidos por los grupos de exiliados rusos, por ejemplo, despertaran en las poblaciones y gobiernos de los Estados de acogida, desde un punto de vista estrictamente policial –y de política internacional– los exiliados eran unos invitados incómodos, que de vez en cuando perpetraban atentados en el territorio del Estado de asilo. Desde ese punto de vista, cualquier información útil de cara a la prevención era bien recibida. Por ejemplo, la *Okhrana*, la policía política rusa de tiempo de los zares, tenía una activísima sección exterior que colaboraba estrechamente con las policías francesa, belga y suiza, de manera totalmente informal y con tanto descaro que en varias ocasiones tal actitud fue atacada en el Parlamento francés por los diputados socialistas y radicales⁷⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que desde hace mucho tiempo las relaciones de cooperación informal y no institucionalizada entre policías de diversos estados, en particular los que compartían frontera, y con fines de lucha contra la delincuencia en general, eran un hecho cotidiano, si bien llevado con mucha discreción⁷⁷. Como señala Marc Lebrun, ante la ineficacia de las vías diplomáticas, que se manifestaban lentas y con infinitas posibilidades de generar indiscreciones, *«les policiers veulent donc banaliser les relations entre les polices des différents pays afin d’assurer une répression plus efficace»*. Desde el principio el medio preferido por los policías fue una asociación profesional no gubernamental⁷⁸. En 1914, el príncipe Alberto I de Mónaco convocó, el 1º Congreso Internacional de Policía Judicial, que se celebró en Mónaco entre el 14 y el 20 de abril de dicho año, y fue impulsado a instancias de la policía francesa. En ella participaron 188 magistrados, policías y juristas de 24 estados, esencialmente europeos, pero también de Estados Unidos, América del Sur, y del próximo y medio oriente, bajo la presidencia del decano de la Facultad e Derecho de

⁷³ ANDREW. C. y GORDIEVSKY, O., (1991), KGB, Plaza y Janés, Barcelona, p. 53.

⁷⁴ RAMÓN CHORNET, C. Terrorismo..., op.cit., en particular pp. 74 y ss.

⁷⁵ GORTÁZAR ROTAECHE, C. (1996), Derecho de asilo y no rechazo del refugiado. Dykinson, Madrid, p. 57-58.

⁷⁶ GORDIEVSKY y ANDREW. KGB, op.cit. pp. 53-54

⁷⁷ VAN OUIRIVE, L. (1995), Schengen Euro-pol y la colaboración policial internacional. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 14, pp. 179 y ss.

⁷⁸ LEBRUN, M. (1997) *Interpol*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 5-6.

París. El interés demostrado por los estados en aquella ocasión, pone de manifiesto la percepción generalizada de que un nuevo elemento entraba en el Derecho Internacional. Los debates se centraron en cuestiones técnicas, fundamentalmente la elaboración de un sistema de comunicación entre policías, creación de ficheros centralizados, la creación de un modelo de ficha internacional o incluso el establecimiento de un procedimiento normalizado de extradición. A pesar del éxito de la conferencia, y del propósito de celebrar una nueva reunión en Bucarest en 1916, el inicio de la Primera Guerra Mundial significó el retraso de tales iniciativas⁷⁹. En realidad, no existió nada parecido a una conferencia internacional sobre la materia de la que pudiera surgir un convenio. En 1923 se crea en Viena la Comisión Internacional de Policía Criminal, aunque como una asociación semiprivada de policías. Dicha organización recibió el espaldarazo en el derecho internacional con el Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929, para la represión de la falsificación de moneda, en el que ya se describía a la CIPC, anterior denominación de Interpol, como la oficina central internacional para esos fines. Los desarrollos posteriores son mucho más rápidos y pasan por las iniciativas, básicamente europeas, del Grupo Pompidou, TREVI, etc, hasta llegar a la creación de la Oficina Europea de Policía (Europol), que incluso podría desembocar en una policía internacional realmente operativa. Volveremos sobre el tema mas adelante.

2.1.1.B. CONCEPTO

No resulta fácil encontrar un concepto de cooperación policial internacional válido para el derecho internacional, de la misma manera que resulta muy difícil encontrar un concepto de policía. En esto es en lo único que existe acuerdo general entre los autores consultados. Por ello parece existir un deliberado *pasar sobre ascuas* en cuanto a definiciones se trata. En todo caso, y aunque el desarrollo de algunas ideas se hará mas adelante, es preciso hacer un ensayo de definición. Como hemos visto, el concepto de policía y sus características varían enormemente de unos estados a otros, pero quizá hemos encontrado un común denominador en las funciones de prevención del delito y persecución de la delincuencia, ateniéndonos a las funciones policiales básicas. No parece descabellado sostener que la faceta de policía administrativa tiene una trascendencia menor, e incluso inoperante en el Derecho Internacional, y esta aseveración puede ser demostrada mas adelante. Por ello parece procedente eliminar esta faceta, lo mismo que hemos hecho con otras, del ámbito de este trabajo. Por otro lado, la propia enunciación del objeto de definición lo encuadra dentro de las relaciones de cooperación, es decir, aquella faceta de las relaciones entre Estados basada en el principio de igualdad soberana⁸⁰. Una actuación policial obligatoria por exigencia de otro Estado, no sería cooperación. Con estas premisas podemos dar un paso mas y ensayar un modelo de definición: según esto la cooperación policial internacional sería aquella relación de cooperación entre estados, llevada a cabo directamente por los órganos estatales –o asimilados– encargados de la prevención del delito y la per-

⁷⁹ LEBRUN, (1997), *Interpol*, op. cit., p. 6-7.

⁸⁰ CHEVALLIER-GOVERS, C. (1999), *De la nécessité ...* op.cit., p.153 y ss. Hay que recordar

que esta autora pretendía superar el marco de la simple cooperación.

secución de la delincuencia, con el fin de realizar tales objetivos, sea en un marco de simple reciprocidad, o en el de un tratado o instrumento internacional.

2.1.1.C. *EL OBJETO Y LAS LIMITACIONES DE LA COOPERACIÓN Y DE LA ACTUACIÓN POLICIAL EN UN PLANO INTERNACIONAL. LA SOBERANÍA*

Por objeto de la actuación policial hemos de entender aquel sobre el que se ejerce la actividad propiamente policial. Ya hemos visto, al tratar de las funciones policiales, y de pasada, algunos o todos estos objetos. Dado que, en puridad, este no pretende ser un trabajo sobre derecho policial, no vamos a insistir mucho en el tema. Hemos visto también que, según los escasos textos internacionales relativos al particular, se perfilan como objeto de la actuación policial la prevención del delito y la persecución de la delincuencia. Ahora bien, nos interesa dicho objeto en un plano internacional, y ello nos obliga a una nueva reflexión acerca de si cualquier actuación policial tiene, o puede tener, una trascendencia para el derecho internacional. Vamos a adelantar que no. Ya hemos hablado acerca de aquellas facetas de la actuación policial que carecen de dicha trascendencia por que, para empezar, no son funciones propiamente policiales ni se llevan a cabo en todos los estados por instituciones de naturaleza policial, como es el caso de la policía administrativa⁸¹. La breve historia de la cooperación policial que hemos tratado evidencia además que la evolución de dicha cooperación nunca ha salido del ámbito de la prevención del delito y la persecución de la delincuencia, e incluso, de la delincuencia grave.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, aprobada mediante resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, está acompañada de dos protocolos: El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra mar y aire. La iniciativa en este caso correspondió a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y al Consejo

⁸¹ Cabe albergar ciertas dudas respecto a la información como actividad propiamente policial. Es notorio que sin información no hay empresa humana que pueda funcionar y menos un cuerpo policial, ya sea con fines preventivos (policía de seguridad) o represivos (policía judicial). No obstante la cuestión no es artificiosa o superflua. En Francia, integrados en la Policía Nacional existían los *Reinsegnements Generaux*, específicamente destinados a tal misión, y muy cuestionados por su imagen de policía «política» (JAR COUSELO, G. (1996), Reflexiones en torno a la vigencia del modelo francés de policía. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 16, pp. 165 y ss.), y en Alemania, la Oficina Federal de Defensa de la Constitución (BFA), que tiene como misión precisamente la vigilancia e información de tipo político. Esta última, según Jar Couselo, no es propiamente un cuerpo de policía ya que entre

sus facultades no están las de detener o interrogar personas, aunque está integrada en el Ministerio del Interior. (JAR COUSELO, G. (1996), El modelo policial alemán en la actualidad. Revista de Documentación del Ministerio del Interior, nº 12, mayo-agosto, pp. 55 y ss.). Por otro lado, hay que determinar algunas actividades o funciones de entre las desempeñadas, a veces, por cuerpos policiales o de naturaleza policial en un sentido amplio, que son ajenas al ámbito de estudio del presente trabajo, tales como la policía política (la principal Organización internacional en materia de cooperación policial, la INTERPOL, excluye tal tipo de delitos de su marco de actuación, estableciendo en el artículo 3 de su Estatuto que «está rigurosamente prohibida a la organización toda actividad o intervención en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial»), o el contraespionaje.

Económico y Social, el cual, mediante resolución 1998/14, de 28 de julio de 1998 recomendó a la Asamblea General de las Naciones Unidas la adopción de la Resolución 53/111, de 9 de diciembre de 1998, en la que se decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta con la finalidad de elaborar una convención internacional amplia contra la delincuencia organizada transnacional y de examinar la elaboración, si procediera, de instrumentos internacionales que aborasen la trata de mujeres y niños, la lucha contra la fabricación y el tráfico de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, y el tráfico y el transporte ilícito de migrantes, incluso por mar. Ninguno de los textos citados hace referencia a la cooperación policial de forma directa. La soberanía de los Estados aparece totalmente salvaguardada por la disposición del artículo 4. En particular hay que destacar el punto 2 de dicho artículo «Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades». Este principio vuelve ser dejado a salvo en los artículos 19 y 20, por ejemplo, como veremos. Es evidente que, salvo error, en todos o casi todos los Estados, el ejercicio de las funciones policiales está encomendado sus autoridades, el tipo que sean. Esta previsión no hace sino renovar o constatar la pervivencia plena del principio de soberanía en la materia que nos ocupa. Por otro lado, en ninguna parte del articulado se recogen figuras como el derecho de persecución o la vigilancia transfronteriza, al modo del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. Si que se recoge, sin embargo la entrega vigilada, entre las definiciones del artículo 2 de la Convención, que en buena medida implica la cooperación policial «se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o mas Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de éstos». Si que se establecen ciertas obligaciones en materia de asistencia judicial Configurada en los términos más amplios, y de extradición, con el asentamiento del principio *aut dedere aut judicare* (artículos 16.10 y 18.1). También se adoptan medidas en materia de cooperación internacional con fines de decomiso. Todas estas medidas, si bien en mayor o menor medida va a implicar siempre a cuerpos policiales o con cometidos parejos, entran mayoritariamente dentro del concepto de la asistencia judicial, por lo que, siendo interesantes, exceden un tanto del objeto del presente trabajo. Sin embargo los artículos 19 y 20 sí establecen las bases para lo que se pueden denominar medidas de cooperación policial, y se refieren respectivamente a las «investigaciones conjuntas», y a las «técnicas especiales de investigación». El artículo 19 anima a las partes a celebrar «acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación»⁸². En el caso de que no se lleven a cabo tales acuerdos o arreglos, la Convención anima a llevar a cabo las investigaciones conjuntas mediante acuerdos concertados caso por caso. Por su

⁸² La AGNU ha ido aportando, mediante diferentes resoluciones, toda una serie de «tratados modelo» en relación con asuntos tales como extradición, asistencia recíproca en asuntos penales,

devolución de vehículos sustraídos o repartición del producto del delito o bienes decomisados. Los textos aparecen en http://www.unodc.org/pdf/compedium/compedium_2006_es.pdf.

parte el artículo 20, aparte de instar a los Estados, dentro de los límites fijados por su ordenamiento, a adoptar «las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y cuando lo considere apropiado la utilización de otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada», en su apartado 2 «alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Del mismo modo que el artículo 19, también adoptar decisiones en la materia «sobre la base de cada caso particular y podrá cuando sea necesario tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados». Tanto en un caso como en el otro, nos enfrentamos a medidas que van a tener su marco en una investigación judicial. No obstante, incluso bajo control judicial, determinadas actividades implican fundamentalmente a las fuerzas policiales. Por así decirlo, no es lo mismo la remisión de un cabello a un laboratorio a efectos de su análisis que una entrega vigilada, con el uso de armas y el probable empleo de la fuerza física. En esta medida, del mismo modo que el artículo 40 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen incluye la vigilancia transfronteriza bajo el epígrafe genérico de «cooperación policial», podemos entender las dos medidas estudiadas como propias de la cooperación de ese tipo⁸³. No obstante, es importante destacar que la Convención no establece obligaciones o derechos directamente dirigidos a fuerzas policiales, sino a los Estados, y ni siquiera tiene un carácter conminativo. A la postre los Estados serán muy libres de concertar o no los «acuerdos y arreglos» necesarios. Lo único que se puede detectar es una tendencia de los gobiernos del Mundo a la concienciación de la necesidad de cooperar en la materia. Pero incluso en el plano de las obligaciones para los Estados, o lo que podríamos denominar «obligación de cooperación» o «medidas indirectas de de cooperación», la convención es muy comedida. Abundan los artículos 19 y 20 en la obligación de respeto hacia las soberanías nacionales establecida con carácter general en el artículo 4. El artículo 19 establece que «los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada». Por su parte el artículo 20.2 señala que los acuerdos y arreglos «se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de igualdad soberana de los Estados ...». La dicción diferente de ambos artículos debe interpretarse en el marco del régimen fijado por el artículo 4, ya examinado. Pero cabe preguntarse si tal diferencia tiene algún alcance. En todo caso es claro que sólo por la vía de las mas amplias protestas de respeto a la soberanía de los Estados se puede avanzar en la materia. En lo que se refiere a la cooperación policial en sentido estricto, se recogen, fundamentalmente, en el artículo 27, relativo a la «cooperación en materia de cumplimiento de la ley». Tal artículo establece la obligación para los Estados Parte de colaborar «estrechamente en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos con miras

⁸³ P. ej. MORENO CATENA, V. Y CASTILLEJO MANZANARES, R. (1999) La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen. Tirant Lo Blanch, Valencia, sobre todo en las

pp. 75 a 115, donde se desmenuzan los aspectos más aparatosos del régimen de los acuerdos de Schengen: vigilancia transfronteriza, persecución en caliente y entregas vigiladas.

a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención.» Tales medidas se concretan en una serie de actividades para la consecución de las cuales los Estados deben adoptar «medidas eficaces», y que consisten en:

- a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;
- b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la Convención acerca de:
 - i La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;
 - ii El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;
 - iii el movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;
- c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran con fines de análisis o investigación;
- d) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace, con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados;
- e) Intercambiar información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados por los grupos delictivos organizados, así como, cuando proceda, sobre las rutas y los medios de transporte y el uso de identidades falsas, documentos alterados o falsificados u otros medios de encubrir sus actividades;
- f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adaptadas con miras a la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.»

Es notorio que buena parte de estas medidas –aunque no todas– son de índole claramente policial. Es importante destacar la referencia a los funcionarios de enlace, figura que aparece recogida en la mayoría de los instrumentos internacionales que se relacionan con la cooperación policial, aunque solo se hace referencia a la posibilidad de regular su uso mediante acuerdos bilaterales⁸⁴. En cualquier caso, la previsión más claramente relativa a la cooperación policial es la recogida en el punto 2 del artículo

⁸⁴ Existe un «tratado modelo» auspiciado por INTERPOL, relativo a la cooperación policial bilateral, que incluye institutos bien conocidos en el ámbito de los acuerdos de Schengen, que comentábamos en la nota anterior, como la persecución en

caliente o la vigilancia transfronteriza. De hecho puede estimarse que los acuerdos de Schengen son, comprensiblemente, un modelo, y han servido de guía. Texto en <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/cooperation/Model.asp>.

mencionado: «Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos órganos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, las partes podrán considerar la presente Convención como la base para la cooperación en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte recurrirán plenamente a la celebración de acuerdos y arreglos, incluso con organizaciones internacionales o regionales, con miras a aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley». El punto 3 del artículo hace una referencia específica a la colaboración, «en la medida de sus posibilidades» –de cada Estado– para hacer frente a la delincuencia organizada transnacional cometida mediante el recurso a la tecnología moderna». Lo importante del artículo que comentamos no es solo el hecho de que haga una específica referencia a la cooperación policial, sino que prevea la posibilidad de que la propia Convención sea el fundamento jurídico de la cooperación. Esta se configura todavía como algo voluntario (los estados simplemente «considerarán la posibilidad» de celebrar acuerdos o arreglos), pero sin duda se refiere con claridad a una colaboración horizontal entre organismos encargados de hacer cumplir la ley, que como sabemos, es la forma más habitual que el Derecho Internacional general emplea para referirse a cuerpos policiales. En este caso, no se ha considerado necesario hacer referencia a la soberanía. En definitiva, la Convención no establece –ni parece el medio más adecuado– medidas directamente aplicables en materia de cooperación policial, en el sentido de que sean directamente aplicables por los cuerpos policiales, sea o no en el curso de una investigación judicial. No obstante, expresa una tendencia clara que ya se había manifestado previamente en el ámbito europeo. La evidencia de que las fronteras ya no son un obstáculo para la delincuencia –lo que se manifestó en el ámbito de la Unión Europea con la entrada en vigor del Acta Única– hacen precisa la adopción de una serie de medidas que se pueden resumir en la necesidad de cooperación horizontal entre organismos policiales –entendiendo por horizontal la gestionada directamente por tales cuerpos, aunque sea a través de una única canalización, como veremos– que se traducirá en el intercambio de información, la práctica de investigaciones conjuntas y la realización de medidas especiales como las entregas vigiladas, con una importancia cada vez mayor de los agentes de enlace⁸⁵.

La evolución en la redacción de los textos aplicables al marco de la Unión Europea o asimilados, que son sin duda los que más lejos han llegado en la materia, se puede apreciar que el fin de la cooperación policial es la prevención y represión de la delincuencia. Así el artículo K1, según la numeración anterior al Tratado de Ámsterdam, consideraba de interés común, en su punto 9, la «cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional», lo que incluye solo *si es necesario* determinados aspectos de la cooperación aduanera. El artículo 29 –nueva nume-

⁸⁵ Por ejemplo ver el Acto del Consejo de Administración de Europol de 15 de octubre de 1998, relativo a los derechos y obligaciones

de los funcionarios de enlace (1999/C 26/09). Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 31-01-1999.

ración– del Tratado de la Unión Europea, para la consecución del objetivo de un espacio de libertad seguridad y justicia, establece como medios «la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude...». El Convenio de Europol, por su parte, establece, en su artículo 2, como objetivos de la Oficina Europea de Policía «la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas graves de delincuencia internacional, en la medida en que existan indicios concretos de una estructura delictiva organizada y que dos o mas Estados miembros se vean afectados por las formas de delincuencia antes mencionadas...». Por ultimo, el artículo 39 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen estipula que las Partes contratantes «se comprometen a que sus servicios de policía ... se presten asistencia para prevenir e investigar hechos delictivos...»

Como consecuencia de cuanto antecede, se puede extraer la conclusión de que la cooperación policial internacional, en un marco general, reduce sus actividades a la lucha contra la delincuencia de mayor gravedad, pero esto solo puede ser sostenido con matices, puesto que nada impide a dos o más estados que cooperen abiertamente en cualquier otro campo no recogido hasta aquí, con los caracteres de la delincuencia más común. De hecho, y aunque más adelante entraremos en el tema con más profundidad, parece oportuno anticipar que los Estatutos de 1956 definen a Interpol como una Organización de cooperación entre policías y no entre gobiernos. En cualquier caso, y a pesar de que los fines –las actividades– propios de la Organización están escasamente desarrollados por el Estatuto, habiendo sido definidos por la práctica y las sucesivas resoluciones de la Asamblea General, este carácter de centro de coordinación de la cooperación policial internacional establece el marco de dichas actividades. Sus fines según el artículo 2 del Estatuto son: «a) conseguir y desarrollar, dentro del marco de las leyes de los diferentes países y del respeto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la mas amplia asistencia recíproca de las autoridades de policía criminal; b) establecer y desarrollar todas las instituciones que puedan contribuir a la prevención y a la represión de las infracciones de derecho común». El artículo 3 del mismo texto prohíbe, rigurosamente, toda actividad o intervención de la Organización en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial. Para la consecución de éstos fines, la organización facilita el intercambio de información sobre personas buscadas o sospechosas, personas desaparecidas, objetos robados, presta asistencia técnica, promueve reuniones, cursos y seminarios, pone a disposición de sus miembros los ficheros de los que dispone, etc. Pero como señala acertadamente Murillo, «el gran campo de acción de Interpol, en el que tiene iniciativa, es el de la detención preventiva a fines de extradición»⁸⁶. Interpol es el medio más útil a disposición de las autoridades judiciales de los diferentes estados para evitar la sustracción a la acción de la justicia por parte de presuntos criminales, por que, a salvo del cumpli-

⁸⁶ MURILLO Y GARCÍA ATANCE, M. (1994), La cooperación jurídica internacional, recogida en VV.AA. Cuestiones prácticas de

Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional, Madrid, pp.403-415, p. 415.

miento simultáneo de los trámites de extradición, siempre más lentos, se produce una inmediata detención del presunto delincuente⁸⁷.

2.2. Instrumentos de cooperación policial

2.2.1. De ámbito universal. INTERPOL

Sigue siendo la principal herramienta de cooperación policial⁸⁸ y su estudio ilustra, mejor que cualquier otra cosa, los avatares de la actividad policial en un contexto internacional. Hay que empezar por destacar su carácter netamente civil, en un sentido que más adelante trataremos de aclarar al examinar la interoperabilidad entre ejército y policía. En 1920 tuvo lugar en Nueva York una reunión internacional de jefes de policía, en la que se puso de manifiesto la necesidad de cooperación internacional entre estados para el intercambio de informaciones. Al celebrarse en Viena, en 1923, a iniciativa del jefe de policía de dicha ciudad, el Primer Congreso Internacional de Policías, con la asistencia de los jefes de policía de siete estados y representantes de otros veinte, el motivo inmediato de la propuesta austriaca estribaba en la necesidad de reestablecer un espacio policial centroeuropeo que había quedado roto al desmembrarse, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, el Imperio Austrohúngaro⁸⁹. No obstante, desde su origen, la CIPC demostró vocación universal. En el curso de dicho congreso se decidió la creación de un organismo permanente, la Comisión Internacional de Policía Criminal (CIPC), con sede en Viena. De hecho no solo la sede, sino el personal y la financiación de los órganos permanentes eran austriacos, con lo que, denominaciones aparte, difícilmente podría considerársela como una organización internacional. Hasta 1932 la financiación de la Comisión corrió a cargo del gobierno austriaco⁹⁰. El año 1938 se reunió en Bucarest la última Asamblea General de preguerra, paralizándose de hecho durante un tiempo parte de la actividad de la Organización⁹¹. En 1946 tuvo lugar en Bruselas, con representantes de varios estados, la primera Asamblea General de la posguerra. En realidad, nada impedía entender desaparecida la CIPC, y en consecuencia, dado que la necesidad social de la cooperación policial internacional era algo patente, haber creado una nueva organización intergubernamental, a través de una convención internacional clásica⁹². De

⁸⁷ La eficacia de este sistema ha podido comprobarse de forma muy elocuente en el proceso de detención y extradición de Augusto Pinochet. Ver REMIRO BROTONS, A., (1999), *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*. Biblioteca Nueva, Madrid.

⁸⁸ Sobre el tema, LEBRUN, M. (1997) *Interpol, Presses Universitaires de France*, Paris, ANDERSON, M. (1989), *Policing the World*, Clarendon Press, Oxford, MURILLO Y GARCÍA ATANCE, M. (1994), La cooperación jurídica internacional, recogida en VVAA Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional, Madrid, y VALLEIX, C. (1984), INTERPOL. *Revue Géne-*

rale de Droit International Public, tomo LXXXVIII, pp. 621-652.

⁸⁹ VALLEIX, C. op.cit. p. 623. Viena constituía el centro de tal espacio, por ser la antigua capital del Imperio, y consecuentemente la sede central de los antiguos servicios policiales y de sus ficheros.

⁹⁰ VALLEIX, C. op.cit. p. 624. No obstante, en la Asamblea General de Amberes de 1928, los miembros decidieron aportar una cotización para el sostenimiento de la Organización (LEBRUN, op.cit. p. 10)

⁹¹ ANDERSON, op.cit pp. 39-42, y LEBRUN, op.cit. pp. 15-23.

⁹² VALLEIX, C. op.cit., p.627.

hecho, el gobierno belga convocó la Conferencia en Bruselas por vía diplomática. Sin embargo, en vez de esto, la Conferencia se constituyó como 15ª sesión ordinaria de la Asamblea General de la CIPC, y consecuentemente como una continuación de la organización de preguerra, decidiéndose el cambio de sede –Paris– y la adopción, por unanimidad, de un nuevo estatuto. Por tanto, la CIPC continuó sin tener una base convencional. Aunque el Estatuto de 1946 establecía que los miembros efectivos de la Organización eran designados por los gobiernos, en ninguna parte se decía que tales miembros fueran estados, sino los servicios de policía judicial o criminal. Como dice Anderson, la descripción de la CIPC-OIPC como un «club de policías» es una simplificación, pero bastante apropiada para describir los primeros veinticinco años posteriores a la postguerra⁹³. En 1956 se celebró la 25ª Asamblea General, de nuevo en Viena. Se produjo una importante modificación de los estatutos y se cambió la denominación, pasando a asumir la actual: Organización Internacional de Policía Criminal⁹⁴. Actualmente, reúne a casi todos los estados, siendo por ello una de las organizaciones internacionales de mayor implantación⁹⁵. Sin embargo, existen dudas sobre su naturaleza jurídica. Según el derecho internacional general, una organización intergubernamental debe reunir una serie de características: Un acuerdo, carta o convenio constitutivo de la misma, basado en un tratado internacional, en el que, como huelga demostrar, tienen que ser partes los estados; una entidad autónoma respecto de los estados miembros de la organización; y una personalidad jurídica, operativa no solo en el orden jurídico internacional, sino también en el interno. Partiendo de esta caracterización, y analizando la realidad histórica y jurídica de Interpol, solo cabría llegar a la conclusión de que no es una organización intergubernamental:

1º No existe ninguna carta, tratado, instrumento, etc. constitutivo de una organización llamada Organización Internacional de Policía Criminal. Como hemos visto, se creó por iniciativa del estado austriaco, y su desarrollo posterior parece determinado, básicamente, por una sucesiva adición de sedimentos o una yuxtaposición de estatutos, prácticas y reglamentos internos, debidos a la actuación de los propios órganos de la OIPC.

2º La terminología empleada por los actuales Estatutos de Interpol no hace referencia a los estados como miembros de la Organización, utilizando la ambigua expresión «país»⁹⁶, ajena al derecho internacional (arts. 4, 32, etc.). Por ejemplo, el artículo 4 del Estatuto declara: «Cada país podrá designar como Miembro de la Organización a cualquier organismo oficial de policía cuyas funciones estén comprendidas en el marco de las actividades de la Organización. La

⁹³ ANDERSON, *Policing ...*, op.cit, p. 42.

⁹⁴ El código *Interpol*, por el que se ha popularizado la Organización, fue un afortunado hallazgo del Secretario General Jean Nepote, quien decidió adoptar tal denominación (derivada de *International Police*), como dirección telegráfica, el 22 de julio de 1946.

⁹⁵ <http://www.interpol.int/Public/icpo/default.asp>.

⁹⁶ Existen algunas excepciones a esta aseveración, como por ejemplo en el artículo 15

del Acuerdo de Sede con la República Francesa, de 1983. También se hace referencia a «Estado miembro» en el artículo 26 del Reglamento Financiero de la Organización, aprobado en la 54ª reunión de la Asamblea General (Washington, 1985), en vigor desde el 1 de enero de 1986. Por otro lado, la expresión «país» se emplea en algún otro tratado como el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schenghen, por ejemplo en su artículo 92.

petición de ingreso deberá presentarse al Secretario General por la autoridad gubernamental competente.» De esta enunciación podemos extraer dos conclusiones. La primera es que el propio Estatuto identifica como miembros no a los estados, sino a los organismos oficiales de policía. Es significativo que a lo largo del Estatuto se siga utilizando la ambigua expresión *miembro* (arts. 6, 7, 10, 31). Además, en su artículo 49 recoge las definiciones de los términos a los efectos del estatuto, estableciendo: «Miembro (en singular) o Miembros (en plural): designan un miembro o miembros de la Organización Internacional de Policía Criminal, tal como se ha establecido en el artículo 4». En segundo lugar debe ser una autoridad gubernamental competente la que presente la petición de ingreso. Esto implica necesariamente la participación de los estados.

- 3º Por otro lado, cabe preguntarse si Interpol, en el fondo, pretende ser y actuar como una autentica organización intergubernamental, o simplemente ser un discreto instituto propiciado por el evidente interés de múltiples cuerpos e institutos con funciones policiales, estructurando someramente la cooperación policial de hecho, la cual existiría con o sin Interpol, y que se seguiría basando en las relaciones bilaterales. Sin embargo, la mayor parte de los autores coinciden en considerar a Interpol como organización intergubernamental. Así lo hace Valleix, que es quien mas a fondo a estudiado la naturaleza jurídica de la OIPC, Anderson, Murillo⁹⁷, Lebrun, etc. Los problemas planteados por la inconsistencia del régimen legal de Interpol se resolvieron parcialmente con los nuevos estatutos de 1956, modificados en varias ocasiones. Lo significativo es que se planteara la cuestión de la naturaleza jurídica de la Organización, lo que se hizo no solo en Viena, al votarse el nuevo Estatuto, sino también en la reunión preparatoria de Estambul, en 1955, donde el delegado británico manifestó que *«les avantages que ... procure a l'Organisation son état actuel risquerait d'être abolis si l'Organisation prenait un caractère trop nettement gouvernemental. Des représentants s'exprimant au nom de leurs gouvernements, selon des instructions précises, risqueraient d'introduire dans les discussions certaines notions politiques qui ne pourraient que nuire aux intérêts de l'Organisation»*⁹⁸. El resultado no deseado es que ni la Organización ni sus funcionarios estaban amparados por inmunidad de ningún tipo⁹⁹. Además, la promulgación en Francia de la Ley 78/17 de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, ficheros y libertades, permitía en teoría acceder libremente a los archivos de Interpol –sobre los que el Estado francés no tenía competencia, ni siquiera para declararlos secretos– a los interesados. Los problemas que

⁹⁷ MURILLO, op. cit., p. 406, la caracteriza como 1. Un organismo consultivo no gubernamental, según el estatuto otorgado por la ONU, y 2. Como una organización internacional intergubernamental, es decir, un sujeto de derecho internacional, investido por los miembros que la componen de de la competencia y facultades necesarias para el cumplimiento de sus funciones y como tal, titular de derechos y deberes internacionales respondiendo de éstos

últimos ante los países miembros, los no adheridos y los demás organismos internacionales con quienes se relacionen, y pudiendo hacer efectivos los primeros por vía de reclamación internacional.

⁹⁸ Actas de la Asamblea General de Estambul, sesión de 5 de septiembre de 1955. Citado por VALLEIX, op. cit. p. 627.

⁹⁹ ANDERSON, *Policing ...* op.cit. p. 62 y ss. y VALLEIX op.cit p. 643.

acabamos de exponer se resolvieron en parte con la modificación del Acuerdo de Sede entre la República Francesa e Interpol. El primer Acuerdo de Sede tuvo lugar en 1972 aunque no recogía inmunidades de ningún tipo, por lo que Interpol disfrutaba de privilegios claramente inferiores a las de las organizaciones internacionales, y la legislación aplicable era la francesa. Por ello, en 1982 se firmó el segundo Acuerdo de Sede entre la República Francesa y la Organización. No obstante, no hay que olvidar que se trata de un acuerdo entre Interpol y la República Francesa, sin vigor en otros estados, por lo que, cuando se estableció la sede regional en Bangkok, en 1987, hubo que realizar un nuevo acuerdo de Sede con Tailandia en parecidos términos¹⁰⁰. En cuanto a los Estados Unidos, unilateralmente y al amparo de la *International Organizations Act* de 1945, garantizaron la inmunidad de Interpol en 1983, por orden presidencial, a instancias del Departamento de Justicia¹⁰¹.

En 1929, la Convención multilateral para la represión de la falsificación de moneda, atribuía expresamente funciones a la CIPC, en su artículo 15. A partir de la Segunda Guerra Mundial Interpol pasó a estar muy presente en diversos foros internacionales, y sus servicios son recogidos en diversos tratados internacionales. A modo de ejemplo se pueden citar el Convenio Europeo de Extradición (art. 16.3), el Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 87.1.b), el Convenio Europeo de asistencia mutua en asuntos criminales (art.15), o el Convenio Europeo sobre repatriación de menores (artículo 21), etc. Por otro lado, está el reconocimiento por parte de otras organizaciones internacionales. El Consejo de Europa, principal muñidor de algunos de los convenios antes citados, llegó a un acuerdo general con Interpol en 1960, mediante un intercambio de cartas, de 1 y 9 de febrero de ese año, a partir del cual Interpol participa en las actividades del Consejo en relación con cuestiones criminales. Pero en definitiva, el más importante de los reconocimientos es el de la Organización de las Naciones Unidas. En 1947, Interpol solicitó el estatuto consultivo de las organizaciones intergubernamentales al Consejo Económico y Social, lo que fue rechazado, el 23 de enero de ese año¹⁰². Obtuvo, sin embargo el estatuto consultivo B de las organizaciones no gubernamentales, en 1949¹⁰³. De todo lo expuesto se concluye que Interpol funciona de hecho como una organización intergubernamental, ya que se comporta como, se la considera y «parece» una organización intergubernamental. Ahora bien, la duda estriba si es de derecho una organización intergubernamental. Aquí el terre-

¹⁰⁰ ANDERSON, *Policing ...* op.cit. p. 64.

¹⁰¹ ANDERSON, *Policing ...* op.cit. p. 63.

¹⁰² Aunque no existe una explicación oficial, el ECOSOC dio a entender que tal estatuto sólo podría reconocerse a una organización a cuyo presupuesto contribuyeran los Estados, según VALLEIX. op.cit., p. 634.

¹⁰³ La situación evolucionó en los años posteriores. En su informe al ECOSOC de fecha 8 de marzo de 1971, el Secretario General de las Naciones Unidas indicaba que Interpol debía ser considerada como organización intergubernamental. Una Resolución de ECOSOC de 20 de mayo

de 1971 (1579 L), aprobó un acuerdo especial entre Interpol y el Consejo, que implícitamente reconocía el carácter especial de Interpol, frente al resto de O.N.G. En su 54ª sesión, ECOSOC revisó su reglamento interno, incluyendo un nuevo artículo relativo a la participación de «otras organizaciones intergubernamentales». Por fin, una nota de despacho del Consejo de 19 de julio de 1975 recomendaba la designación a título permanente de una serie de organizaciones intergubernamentales entre las que se incluía INTERPOL. Entre estas se encontraban el Consejo de Europa, la OCDE, y la OPEP. VALLEIX op. cit., p. 635.

no es más resbaladizo. Como señala Valleix, la personalidad jurídica de Interpol no se puede oponer a los sujetos de Derecho Internacional que no la reconocen, por pocos que estos sean. Volviendo sobre una idea ya apuntada, cabe preguntarse si, en realidad, los estados quieren reconocer expresamente la existencia de Interpol como organización intergubernamental¹⁰⁴.

El régimen jurídico de Interpol deriva en primer lugar de su propio Estatuto, ya que el resto de normas que la regulan internamente están generadas por la propia Organización, y de los Acuerdos de Sede, ya mencionados¹⁰⁵. Así ocurre, por ejemplo, con el Reglamento General, aprobado por la Asamblea General junto con el Estatuto, el Reglamento Financiero, aprobado por la Asamblea General en la 54ª reunión ordinaria, celebrada en 1985, o el Estatuto del Personal, adoptado en la 56ª reunión en 1986. Las únicas normas cuya adopción está prevista en los textos fundamentales –Estatuto y Reglamento General– son los dos últimos citados, concretamente en los artículos 51 y 53 del Reglamento. Además, la Organización tiene suscritos acuerdos con la ONU (Acuerdo especial de Cooperación de 1971, firmado con el ECOSOC), y con el Consejo de Europa (1960), a los que ya se ha hecho referencia, y colabora frecuentemente con otros organismos internacionales, tales como la OACI, la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones), la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) y la OMS, todos ellos vinculados a Naciones Unidas, la Organización Mundial de Aduanas (OMA), y la Secretaría de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). Mención especial merecen los acuerdos de cooperación con Europol (2001), el Banco Central Europeo (2004), el Fiscal de la Corte Penal Internacional (2005) o el CARICOM (2009). También mantiene relaciones con diversas organizaciones no gubernamentales, como la Asociación Internacional de Transporte Aéreo, la Asociación Internacional de Derecho Penal, etc.¹⁰⁶

Interpol impone escasas obligaciones a sus miembros. Si analizamos, a través de las normas que regulan la Organización, aquellas que más o menos imponen obligaciones, veremos que están redactadas según la fórmula de «los Miembros harán lo posible, de conformidad con su legislación...». Prácticamente la única medida de presión que se puede adoptar contra un Miembro, es la prevista en el artículo 52 del

¹⁰⁴ Tal cosa sería sumamente sencilla en teoría; de hecho, como ya se ha expuesto, tras la Segunda Guerra Mundial se pudo haber creado *ex novo* una organización internacional, de carácter intergubernamental, para la cooperación policial, o incluso las Naciones Unidas podrían haber convocado una conferencia para la adopción de una convención universal en la materia. Sin embargo no se ha adoptado ninguna de dichas medidas, a diferencia del espacio europeo donde opera el convenio Europol. Si partimos de la base de que Interpol es una de las organizaciones internacionales con mayor implantación la perplejidad es aún mayor, ya que nada impediría que la con-

vocatoria de dicha convención se hiciera por la propia Organización. Todo parece indicar que a nadie, salvo a los académicos, y ello en pequeña medida, preocupa cual es la naturaleza jurídica del Instituto. Además la cuestión se ha planteado explícitamente, como hemos visto antes, en la reunión de la Asamblea General celebrada en Estambul en 1955, por boca del representante británico, con lo que, por si cabía alguna duda, no puede tal omisión considerarse un olvido.

¹⁰⁵ Todos los textos en <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/constitution/Default.asp>.

¹⁰⁶ Todos los textos en <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/cooperation/Default.asp>.

Reglamento General, para el supuesto de que un Miembro deje de cumplir con sus obligaciones financieras correspondientes a tres años, supuesto en el que se le suspenderá el derecho al voto, pudiendo suspenderse cualquier otro beneficio.

Interpol se estructura en una Asamblea General, órgano supremo y decisorio de la Organización (art. 6 de los Estatutos), que celebra anualmente una reunión ordinaria, un Comité Ejecutivo (que incluye al Presidente de la Organización, elegido por un período de cuatro años), y la Secretaría General, que de hecho es el órgano más importante, por sus funciones de coordinación y carácter de ejecutivo delegado, con carácter permanente o estructural (artículo 25 del Estatuto), frente a la inevitable discontinuidad del resto de órganos o instituciones. El Secretario General es el gestor ordinario de la Organización (artículo 29 ídem). Sus funciones aparecen enumeradas en el artículo 26 del Estatuto. Se estructura en un Gabinete, una intervención financiera y varias divisiones¹⁰⁷. La tendencia de Interpol apunta en los últimos años a la desconcentración, o descentralización, atribuyendo un mayor peso a las operaciones regionales¹⁰⁸.

Sin duda, la clave del arco de todo el sistema son las Oficinas Centrales Nacionales. No existen «agentes de Interpol» operativos, ni nada que se le parezca. Hay que tener en cuenta que la organización opera en cada estado a través de las llamadas Oficinas Centrales Nacionales (OCN), las cuales son órganos del estado en cuestión, sujetos en todo al derecho interno de dicho estado, y servidos por funcionarios del mismo, sin relación jerárquica con el Secretario General de la Organización. En principio debe existir una en cada estado miembro. Como hemos visto, a diferencia de otras estructuras estatales, como la militar, existe una extrema diversidad entre modelos policiales. Es por ello que el principal escollo de la cooperación policial inmediata –aquella que consiste en la comunicación directa entre cuerpos con funciones policiales, pertenecientes a diferentes estados– es saber concretamente con que organismo o servicio hay que tratar. A ello hay que unir las barreras lingüísticas y las diferencias de sistemas jurídicos. Lo fundadores de la CIPC solventaron el problema a través de la institución de la Oficinas Centrales Nacionales. Este instituto es un servicio permanente, existente en cada estado miembro de Interpol, designado por el propio estado, y encargado, con exclusividad, de relacionarse con la Secretaría General de la Organización y con el resto de las oficinas centrales nacionales. Pero solo fue en 1956, con el nuevo Estatuto, cuando la creación de tales organismos se convirtió

¹⁰⁷ Esta información de detalle está extraída de <http://www.interpol.int/Public/icpo/default.asp>, actualizada a enero de 2009.

¹⁰⁸ En su 54ª Reunión (1985), la Asamblea General acordó la creación de la secretaría regional europea, bajo dependencia de la Secretaría General, a fin de estrechar la cooperación policial en el ámbito europeo. No es descabellado suponer que los proyectos en curso de la Comunidad Europea, destinados a la creación de una Oficina Europea de Policía (Europol), tuvieran que ver

con esta decisión, ya que, evidentemente, la creación de ésta última ha supuesto un cierto reto a Interpol, sobre cuya eficacia se planteaban dudas por aquellos años. Muestra de la mencionada descentralización es la creación de oficinas subregionales, la Oficina de Enlace de Estupefacientes en Bangkok, la Oficina Subregional para América del Sur, en Buenos Aires, la Oficina Subregional para África Occidental, en Abiyán, y la Oficina Subregional para África del Sur, con sede en Harare, etc.

en obligatoria¹⁰⁹. La Regulación de las OCN aparece recogida en los artículos 31 a 33 del Estatuto. El artículo 31 establece la obligación, para los miembros, de «hacer todos los esfuerzos compatibles con sus propias legislaciones», para participar en las actividades de la Organización. Para conseguir esta cooperación, según el artículo 32 cada país designará a un organismo que actuará en su territorio como Oficina Central Nacional¹¹⁰. Este organismo se encargará de mantener el enlace con los diversos servicios del país, con los organismos de otros países que actúen como Oficinas Centrales Nacionales y con la Secretaría General de la Organización. El Estatuto prevé, en su artículo 33 la posibilidad de que, por la peculiar estructura del aparato policial del estado, o por otro motivo cualquiera, no se pueda llevar a efecto lo dispuesto en el artículo 32, en cuyo caso, la Secretaría General, de acuerdo con el país de que se trate, determinará los medios de cooperación mas adecuados. Aparte de esta regulación, en 1965, durante la 34ª reunión de la Asamblea General, esta adoptó un informe sobre la «Doctrina de las Oficinas Centrales Nacionales», que actualmente forma parte del Estatuto como anexo al mismo, lo que en opinión de Murillo es muestra de la impor-

¹⁰⁹ LEBRUN, M., *Interpol*, op.cit., pp. 89-97. Como señala este autor, la eficacia del sistema esta en relación directa con la importancia y desarrollo del aparato policial del Estado. En consecuencia, frente a OCN activas y de contrastada eficacia, aparecen otras, correspondientes a Estados en los que la policía es débil y corrupta. Hay que tener en cuenta, además que, de conformidad con los principios inspiradores de Interpol, el respeto a la soberanía de los estados determina que, en el fondo, en las relaciones entre las OCN rija la mas absoluta reciprocidad.

¹¹⁰ En el caso de España, la OCN está integrada en la Dirección General de la Policía, concretamente en la Comisaría General de Policía Judicial. La Oficina Central Nacional de España viene funcionando desde 1928, siempre formando parte orgánica de la estructura del Cuerpo Nacional de Policía o de sus antecesores, el Cuerpo General de Policía y el Cuerpo Superior de Policía. La única interrupción de sus actividades se produjo durante la Guerra Civil. La Ley Orgánica 2/86, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dispone en su artículo 12 que corresponde al Cuerpo Nacional de Policía la función de «colaborar y prestar auxilio a las policías de otros países conforme a lo establecido en los tratados o acuerdos internacionales ...bajo la supervisión del Ministerio de Interior». Tradicionalmente ha sido el cuerpo de policía civil el que ha estado directamente vinculado a Interpol, excluyendo a la Guardia Civil. Esto ha sido causa de no pocas tensiones entre ambos cuerpos. La Orden General de la Guardia Civil nº 36, de 15 de septiembre de 1997, sobre estructura y funciones del Gabinete del Director General de dicho Cuerpo

(Boletín Oficial de la Guardia Civil Nº 26, de 20 de setiembre), creaba en su artículo 4 la Secretaría de Cooperación Internacional, estructurada en áreas, correspondiendo a la de Cooperación Internacional «mantener los contactos necesarios con los órganos nacionales de enlace con Interpol, Schengen, Europol y otros que puedan constituirse en el futuro, en aquellos temas que sean de su competencia, evaluar, proponer y coordinar la representación mas adecuada de la Guardia Civil en los distintos Grupos de Trabajo, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en otros de la esfera internacional, y centralizar y coordinar la colaboración con otros cuerpos policiales extranjeros, así como las visitas, cursos y congresos internacionales». Como vemos, la relación de la Guardia Civil con Interpol pasa, necesariamente a través de los órganos nacionales de enlace con dicha Organización. Sin embargo, de la legislación y práctica antes expuestas, el Sindicato de Comisarios del Cuerpo Nacional de Policía extraía la conclusión de que la cooperación policial internacional, y las relaciones con Interpol eran una exclusiva del CNP. Ante la atribución de competencia a la Guardia Civil, dicho sindicato recurrió, por vía contencioso administrativa la Orden General de la Guardia Civil Nº 4, de 7 de febrero de 1996, que reorganizaba el Servicio de Información de dicho Cuerpo, dado que en su artículo 3 disponía que las funciones de la Jefatura de dicho Servicio incluían la de «materializar el enlace y la colaboración con otros servicios de información afines, nacionales y extranjeros». El recurso fue desestimado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia Nº 1044, recurso Nº 379/96, de fecha 12 de septiembre de 1998.

tancia que la Organización da a tales Oficinas¹¹¹. El esquema de las funciones que desempeñan en general las OCN es el siguiente:

- Centralizar las informaciones y la documentación sobre delincuencia recogidas en su país que revistan un interés para la cooperación policial internacional, y transmitir las a las otras OCN y a la Secretaría General.
- Hacer ejecutar, dentro del territorio de su país, las operaciones y los actos de policía solicitados por los otros estados miembros por conducto de sus respectivas OCN.
- Recibir las solicitudes de información, de verificaciones, etc., transmitidas por las otras OCN y enviar las respuestas a la OCN interesada.
- Transmitir a las otras OCN, con miras a su ejecución en el extranjero, las peticiones enviadas por los jueces o los servicios de policía de su país.
- Finalmente, el jefe o el encargado de una OCN forma parte de la delegación de su Estado en las Asambleas Generales de la Organización y vela por la aplicación de las resoluciones allí aprobadas.

Por último es conveniente, dado lo delicado del tema, hacer referencia a la Comisión de Control de los ficheros¹¹². Como ya se ha señalado, una de las razones que hicieron indispensable la modificación del acuerdo de sede con Francia, fue la de la legislación francesa relativa a la informática, ficheros y libertades. Según la ley francesa Interpol debería haberse sometido a una serie de obligaciones, inadmisibles desde el punto de vista de la Organización. Por ello, el Acuerdo de Sede estableció en su artículo 8 que «Los ficheros estarán sometidos al control interno aplicado por la Organización de conformidad con las reglas generales establecidas mediante intercambio de notas oficiales con el Gobierno de la República francesa». Tal intercambio de notas establece una serie de disposiciones sobre la creación de una comisión de control interno, en un texto de 8 artículos. La Organización debe comunicar a la Comisión la lista de ficheros, informatizados o no, y la finalidad de los mismos (artículo 4). La misión de la comisión es verificar que los datos de carácter personal contenidos en los ficheros (artículo 5) se obtienen y tratan conforme al estatuto de la Organización y a la interpretación que de él hagan sus órganos competentes; se registran con una finalidad precisa y no se hace uso de ellos de modo incompatible con dicha finalidad; son exactos y se conservan durante un período limitado en las condiciones establecidas por la Organización. El artículo 6 dispone que la Comisión tendrá a disposición de todo nacional o residente permanente en un estado miembro la lista de ficheros que se menciona en el artículo 4, debiendo comprobar, a petición de esas personas si los datos de carácter personal en poder de la Organización relativos a ella cumplen las condiciones del artículo 5.

¹¹¹ MURILLO, op.cit. p. 413.

¹¹² La antigua denominación ha sido modi-

ficada en la 77ª Sesión de la Asamblea General de 2008.

2.2.2. De ámbito regional

Aunque se podría ir desmenuzando, continente a continente, los instrumentos de cooperación policial, es un hecho que el único ámbito en el que ésta se ha desarrollado más allá del punto de partida representado por Interpol es el europeo, a través del sistema de Schengen y Europol¹¹³. Existen iniciativas tales como ASEANPOL¹¹⁴ o AMERIPOL¹¹⁵, que podrían cuajar en una regionalización policial que, a priori, pudiera parecer muy conveniente, y que tal vez a la larga haría innecesaria la intervención militar en algunos casos, pero hoy por hoy, el único marco convencional en la materia es el desarrollado en el entorno de la Unión Europea. Aunque resulta sugestivo y cómodo entrar a estudiar este régimen jurídico, el único, quizá, que cuenta con una sólida apoyatura jurídica, aunque no exenta de sombras, lo limitado de su ámbito y lo excepcional que resulta en comparación, parecen aconsejar no extenderse en este punto, puesto que nos apartaría del objetivo del trabajo, y la parte sustancial ya ha sido examinada en el apartado anterior. El caso de INTERPOL, como ya se ha razonado, es distinto, por su implantación mundial y por que sirve de ejemplo de las dificultades que enfrenta la actividad policial en un contexto internacional. En todo caso, si se hacen todas estas reflexiones es por que se ha detectado desde hace bastante tiempo una tendencia, ya analizada, a la cooperación informal y no institucionalizada que apunta ciertos peligros¹¹⁶.

¹¹³ Sobre Europol, CORTES MARQUEZ, (2003), Europol: presente y futuro, Cuadernos de la Guardia Civil nº 28, pp.11-18.

¹¹⁴ No se encuentra mucha información respecto a ASEANPOL, salvo en reseñas de prensa. En <http://www.aseansec.org/261619.htm>, se puede encontrar la declaración final de los jefes de policía de la ASEAN en su 28ª Conferencia.

¹¹⁵ Es un claro instrumento de cooperación policial regional. Estatuto de AMERIPOL en http://oasportal.policía.gov.col/portal/page/portal/SERVICIOS_AL_CIUDADANO/Enlaces_interes/AMERI-

¹¹⁶ FLAVEAU, A. (2000), La dimensión transfronteriza de la policía. Ponencia recogida en el libro «El modelo policial y sus retos de futuro». Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics. Escola de Policia de Catalunya, pp.129-137. Esta autora, miembro del Grupo de Investigación de política sobre Drogas Política Criminal y Crimen Internacional de la Universidad de Gante, hace una reflexión que parece interesante reproducir, p. 136 y 137: «Esta variedad de iniciativas tiene también algunos puntos flacos. La investigación ha mostrado que para

los servicios de policía belgas todas estas nuevas evoluciones están poco claras. El agente de calle no tiene idea de que existan estas instituciones o, en el caso de que conozca su existencia desconoce que utilidad tienen para él. Al margen de las tres grandes organizaciones (INTERPOL, Schengen y Europol), hay bastantes más organizaciones policiales de carácter informal, muchas de las cuales han iniciado sus actividades en los últimos diez años. Muchos agentes de policía consideran una pérdida de su precioso tiempo el solicitar información por cualquiera de los canales oficiales. Y el tiempo es un elemento esencial en la labor policial. A causa de ello, han concebido sus propias organizaciones y canales de información, que constituyen lo que denominamos la zona gris. Existe muy poco control de las autoridades judiciales en el tipo de información que se intercambia a través de esta zona gris. La elaboración de las antes mencionadas organizaciones internacionales se hizo, entre otras cosas, para garantizar que los servicios policiales respetaran las reglas relativas al derecho a la intimidad y que exista cierto control sobre el flujo de información por parte de las autoridades judiciales.»

III. LA REALIZACIÓN DE FUNCIONES POLICIALES POR PARTE DE FUERZAS MILITARES EN OPERACIONES INTERNACIONALES

3.1. Ejército y policía

3.1.1. Comparación entre dos instituciones

Los estados modernos y –valga la expresión– civilizados, tienen dos herramientas para hacer uso de la fuerza: Las Fuerzas Armadas y la Policía¹¹⁷. La existencia de cuerpos uniformados y jerarquizados con objeto de prevenir el delito y perseguir la delincuencia, tiende a favorecer las simplificaciones: No todo cuerpo uniformado y armado que no sea en puridad parte de un ejército y se dedique al control de los propios conciudadanos es un cuerpo policial¹¹⁸. Pero indudablemente, toda fuerza policial, incluso no uniformada, tiene ciertas características que pueden sintetizarse de la siguiente forma:

- La policía o función policial es una función pública. Ya hemos recogido la teoría de Loubet relativa a la policía como una forma de control social¹¹⁹. Este mismo autor apunta una de las notas que diferencia a la función policial de otras formas de control social es el monopolio del poder público en cuanto a su ejercicio, para diferenciarlo de otras actividades de control privadas. Ello equivale a decir que, en última instancia el poder público siempre ha de ser responsable del ejercicio de tal control y aceptar las consecuencias y responsabilidades del mismo.
- Uso legítimo de la fuerza física, no solo con carácter defensivo, sino también preventivo, o incluso para la imposición coactiva de decisiones políticas. Esta es una característica esencial de la función policial¹²⁰, si bien no hemos de entender que sea su finalidad esencial. Lo importante no es tanto el uso de la fuerza, cuyo exceso siempre deslegitima a quien la usa, como la posibilidad, amparada por las leyes, de hacer uso de dicha fuerza.
- Carácter armado¹²¹, y frecuentemente uso de uniforme¹²².
- Existencia de una organización jerárquica rígida¹²³, manifestada con frecuencia en órdenes verbales que deben ser inmediatamente ejecutadas y de regímenes

¹¹⁷ DAHL, A.W. (2007), *Military assistance to the police in situations requiring the use of armed force*, <http://home.scarlet.be/~ismllw/new/2007> visitada el 15-02-09 a las 12:30h., p. 1.

¹¹⁸ En el Haití de Duvalier existían los *Tontons Macoutes*, o en la Alemania nacionalsocialista las SA –estas últimas llegaron de hecho a funcionar como policía auxiliar– pero difícilmente podemos sostener que se tratara de policías.

¹¹⁹ LOUBET, La policía op. cit. pp. 10-12.

¹²⁰ LOUBET, La policía, op. cit. pp. 12-13

¹²¹ Esto no era una característica del todo universal, ya que la policía inglesa, tradicionalmente, no llevaba armas. No obstante si recogemos esta especialidad es por la importancia del Reino Unido, y no por que su ejemplo haya cuajado. De

hecho, de diez años a esta parte ya no se puede decir que los cuerpos policiales británicos constituyan excepción alguna.

¹²² El uso de uniforme tiene un sentido distinto que en el caso de los ejércitos. El carácter de agente de la autoridad de los agentes de policía determina, por lo general, una mayor protección penal, que en el caso de España es el delito de atentado.

¹²³ BLÁZQUEZ GONZÁLEZ, F. (1998), *La policía judicial*, Técnos, Madrid, p. 193. Este autor estima que la existencia de tal estructura jerarquizada, incluso en los cuerpos de naturaleza civil, y en modelos muy descentralizados, conlleva su centralización. Cabría quizá hablar mas bien de una tendencia a la centralización detectable en gran parte de los modelos policiales.

disciplinarios específicos, con exigencia, por lo general, de un plus de moralidad para sus miembros¹²⁴.

- Fines internos, si bien esto debe ser matizado, puesto que la tradicional distinción entre riesgos internos (prevención del delito, persecución de la delincuencia, mantenimiento de la seguridad ciudadana y orden público), a los que haría frente la policía, y riesgos externos –tarea de los ejércitos– se ha desnaturalizado ante la aparición de riesgos de muy diferente naturaleza al delito convencional, ya que participan de ambas naturalezas¹²⁵.
- Sumisión, en su actuación, a las leyes, y por ende, dependencia de la autoridad administrativa o judicial. En consecuencia, carencia de poderes de resolución sea judicial o administrativa, por lo que cumplen una función adjetiva o auxiliar de los poderes públicos. La policía no es un poder en si misma, y en general hay que estimar que todas las facultades de actuación de los cuerpos de policía nacen o deben nacer de la ley¹²⁶.

El parecido externo entre ellas plantea la necesidad de una diferenciación entre fuerzas policiales y fuerzas militares. Ello es aún más importante si tenemos en cuenta que existen en el mundo gran cantidad de cuerpos policiales de naturaleza militar. En el ámbito continental europeo, las funciones de ambas se confunden en la historia. A finales del siglo XVIII y principios del XIX los ejércitos eran la única institución que, en dicho ámbito, conservaba una serie de valores «nacionales», y una organización eficaz, frente a unos aparatos administrativos en perpetua crisis y no muy desarrollados, motivo por el que se consideró pertinente escindir parte de sus efectivos para la realización en exclusiva de funciones policiales, siendo Francia, como hemos visto, con la creación de la Gendarmería, el estado que primero dio el paso, lo que no tardó en ser imitado en otros. Por otro lado esto era algo lógico en un sistema, el continental, en el que aún en aquel momento no existía una diferenciación clara de funciones ni orgánica dentro de la administración pública¹²⁷. Como hemos visto, en el mundo anglosajón este proceso no se ha producido, existiendo una tradición policial original y de corte civil, con excepciones, lo que paradójicamente ha propiciado la participación de fuerzas militares convencionales para la realización de funciones policiales¹²⁸. De todas formas, esta clara diferenciación de modelos ha sido resaltada por los tratadistas anglosajones como una especie de muestra de la superioridad moral de su cultura, asociándola a los conceptos de policía comunal frente a la «policía del príncipe» continental. La realidad, como hemos visto al tratar el modelo inglés de

¹²⁴ Ese plus de moralidad, en textos internacionales aparece recogido, como hemos visto en la Declaración del Consejo de Europa y en la Resolución de las Naciones Unidas.

¹²⁵ LOPEZ VALDIVIELSO, S. (1999), Bases para el establecimiento de un nuevo modelo policial. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 21, pp. 9-19, p. 18.

¹²⁶ QUERALT, J.J. El policía... op.cit. p. 87. Es lo que se conoce como principio de habilitación legal. No obstante, no hay que entenderlo en el sentido de que toda actuación potencial de la policía

como institución o de sus miembros deban estar previstas en las leyes, sino que dicha actuación sea legal, lo que abarcaría actuaciones amparadas por el derecho de defensa, el estado de necesidad, etc.

¹²⁷ LOUBET, La policía, op.cit. p. 18.

¹²⁸ Es el caso de la participación del ejército británico en el conflicto irlandés, decimos paradójicamente por que, salvando las distancias, no deja de ser curioso que en un estado europeo, las calles de una parte de su territorio tengan el aspecto de un país en el que se acabara de producir un golpe de estado.

policía no es tan idílica ni tan sencilla. Existe además otra razón por la que se propició en el siglo XIX el uso de fuerzas militares para fines policiales, cual es el tamaño de las ciudades. Las ciudades europeas eran el equivalente a pueblos grandes de hoy, unidos por carreteras donde la inseguridad era total, siendo campo abonado para la aparición del bandolerismo. Por otro lado ni la investigación criminal ni la información precisaban de técnicas sofisticadas¹²⁹.

Parece notorio que, de cara al tema estudiado, es pertinente cierta reflexión sobre parecidos y diferencias entre ejércitos y policías, más allá de la contraposición asuntos de interior/policía-proyección exterior/fuerzas armadas. Veremos que esta simplificación no resuelve ya el problema. La idea clave en materia de cooperación internacional es la de coordinación, la cual resulta sumamente sencilla en el caso de los ejércitos. En primer lugar un ejército es, o aspira a ser, la representación armada de la voluntad política de los estados, e independientemente de la organización política de éstos, es único y se organiza de forma similar en todos ellos, conforme a una doctrina, de forma que sus funciones, despliegues y medios quedan muy racionalizados¹³⁰. Además, por su propia estructura rígidamente jerarquizada, resulta muy sencillo el coordinar ejércitos de diferentes estados, sobre todo si comparten una doctrina que tiende a unificarse, como es el caso de los ejércitos de estados miembros de la OTAN. La doctrina de los cuerpos policiales parte de presupuestos muy distintos, ya que se encuentran sometidos al mando político descentralizado hasta el poder municipal en algunos casos, con existencia de modelos de organización y estructura muy diferentes unos de otros incluso en un espacio que, como el europeo occidental es muy reducido¹³¹. La coordinación deviene, así, sumamente complicada desde un punto de vista práctico.

Por último hay que hacer breve referencia a las situaciones híbridas, propias del modelo policial latino. Se ha hablado mucho sobre la conveniencia o no de que cuerpos de naturaleza militar realicen funciones policiales. No obstante podemos aseverar que la coexistencia de ambos tipos de cuerpos –civiles y militares– tiene ventajas e inconvenientes¹³²; pero ambos tienen su justificación. Los cuerpos de naturaleza civil tienden a ser mas flexibles y aptos para la investigación policial, aunque menos para el control de graves disturbios públicos¹³³. Por el contrario, los de naturaleza militar presentan una mayor tendencia a la rigidez, lo que tiene un efecto beneficioso en el

¹²⁹ GARCÍA FRAILE- GASCÓN, (1992), Apuntes sobre política contra la criminalidad. Revista Cuadernos de la Guardia Civil nº 7, pp. 129-145, p. 140.

¹³⁰ GARCÍA FRAILE-GASCÓN, A., *ibid.*, p. 134.

¹³¹ GARCÍA FRAILE GASCÓN, A. , *ibid.*

¹³² Sobre el particular ver BLÁZQUEZ GONZÁLEZ, (1998), La Policía judicial... op.cit., en particular p. 193, JAR COUSELO, G. (1996), Reflexiones en torno a la vigencia del modelo francés de Policía. Revista Cuadernos de la Guardia Civil nº 16, CARDIEL OJER,

C. (1995), El modelo policial latino. Revista Cuadernos de la Guardia Civil nº 14, pp. 29 y ss., entre otras.

¹³³ Es significativo que ante graves disturbios públicos en Córcega (1975), como consecuencia de la puesta en marcha de la central nuclear de Creys-Malville (1977), o en Nueva Caledonia (1984), los propios sindicatos policiales pidieran al gobierno la sustitución de las CRS, de naturaleza civil, por la Gendarmería Móvil, de naturaleza militar, al considerar que no estaban entrenados ni equipados para tales funciones. JAR COUSELO, Reflexiones... op. cit. p. 178.

sentido de que resultan menos manipulables políticamente¹³⁴. Además, actúan como último bastión del orden público, en caso de disturbios de extrema gravedad, por su equipamiento, entrenamiento y estructura, evitando así un empleo prematuro del ejército, que siempre tiene efectos indeseables¹³⁵ –no están concebidos para dichas misiones–. Probablemente, el uso de unidades militares para funciones policiales en el Ulster ha contribuido no poco a perpetuar un estado de tensión¹³⁶.

3.1.2. *Interoperabilidad entre ejército y policía*

Es claro, por otra parte, que la principal función de los ejércitos es hacer la guerra, actividad prohibida por el derecho internacional, y solo tolerada en circunstancias excepcionales como la defensa contra enemigos externos. Sin embargo, la policía desarrolla sus funciones en períodos de normalidad y sujeta en su actuación no solo al derecho internacional, sino, por lo general, a férreos controles de derecho interno de los estados puesto que se trata de una institución claramente vinculada al concepto de soberanía territorial. Complicación añadida para la comprensión del problema, y de ahí este trabajo, es el de la realización de funciones de índole policial por parte de fuerzas de ejércitos. En el último problema apuntado surge un terreno sugestivo que ha cobrado una relevancia enorme a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos¹³⁷. Se trata de la aparición de nuevas formas de criminalidad que parecen llamar a la búsqueda de nuevas soluciones. Se trataría sobre todo de la proliferación de armas de destrucción masiva, el terrorismo internacional asociado al uso de dichas armas, el crimen organizado o el narcotráfico. Muchas de esas formas de criminalidad existen desde hace mucho tiempo, pero nunca como ahora han amenazado la seguridad internacional¹³⁸. En este contexto, parece claro que las simples soluciones policiales ya no sirven. Como señalaba Ignacio Cosidó en 1999¹³⁹, «tradicionalmente este tipo de amenazas han estado situadas mas en el campo de la seguridad interior que en el de la seguridad exterior. Los principales actores de estas

¹³⁴ Prueba de ello es la permanencia casi inaltrada de los cuerpos policiales de corte militar en Francia, Italia y España, a pesar de las guerras mundiales, civiles y los radicales cambios de sistema político, lo que contrasta con la continua transformación de los cuerpos de naturaleza civil.

¹³⁵ COSIDÓ GUTIÉRREZ, I., (2002), *Fuerzas Armadas y terrorismo*. Cuadernos de la Guardia Civil, nº 26, pp. 65-69, p. 69.

¹³⁶ Cfr. JAR COUSELO, G. (1999), *El modelo inglés de policía*. Revista de Documentación del Ministerio del Interior, mayo-agosto, pp. 36 y ss. También MAPSTONE, R. (1992), *Soldados en una sociedad dividida: las actitudes de soldados en Irlanda del Norte*. Revista Cuadernos de la Guardia Civil nº 8, pp. 107 y ss.

¹³⁷ Sobre esta percepción ver ECHEVARRIETA JESUS, C. (2002), *Las consecuencias del 11-S para la seguridad mundial*, Cuadernos de la

Guardia Civil nº 26, pp. 39 a 45, p. 43 y GARCIA SAN PEDRO, J. (2002), *Los nuevos retos jurídicos tras el 11-S*, *ibid.* pp. 47-54. Ambos autores parecen coincidir en la insuficiencia del enfoque unidimensional.

¹³⁸ NIETO RODRIGUEZ, M. (2001), *El nuevo concepto de seguridad: Amenazas y riesgos emergentes*. Monografías del CESEDEN, nº 45, «La cooperación Fuerzas de Seguridad-Fuerzas Armadas frente a los riesgos emergentes, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 17-58. este autor identifica como riesgos emergentes en el plano internacional el terrorismo, el crimen organizado transnacional, el tráfico internacional de drogas y la inmigración irregular.

¹³⁹ COSIDÓ GUTIÉRREZ, I. (1999), *Seguridad nacional, seguridad internacional. Nuevos elementos de cooperación*. Revista Cuadernos de la Guardia Civil nº 21, pp. 21-30.

actividades eran nacionales o tenían al menos una base nacional. Sin embargo, en los últimos años puede observarse una creciente internacionalización de este tipo de actividades. En consecuencia, resulta cada vez más difícil establecer límites precisos entre los riesgos exteriores y los interiores a nuestra seguridad». «Los Ejércitos, en su concepción clásica, resultan por lo general poco adecuados para hacer frente a este tipo de amenazas. Pero la gravedad y complejidad de algunas de ellas está demostrando que una actuación estrictamente policial tampoco puede neutralizarlos adecuadamente». En definitiva, lo que se apuntaba aquí es que aquella diferenciación de funciones, en un plano internacional –e incluso nacional, en lo que no entraremos– no puede estar ya clara, y que hay que ir a una cooperación y coordinación entre fuerzas militares y policiales para hacer frente a determinadas amenazas que hasta hace poco se consideraban objeto de la actividad policial¹⁴⁰.

En consecuencia se plantea el tema de la respuesta conjunta y coordinada a todos estos retos, implicando a las fuerzas militares, y policiales, en una forma complementaria y con cooperación a todos los niveles. No obstante esto se enfrenta a ciertos problemas técnicos, que examinaremos en este mismo capítulo, y a otros derivados de tradiciones, reticencias y malentendidos. Ya hemos visto la desavenencia básica, a escala nacional española, en cuanto a la, por así decirlo, propiedad de la OCN de INTERPOL en España. También es cierto que a pesar de su gran implicación con todo tipo de organizaciones, no existe ningún acuerdo entre INTERPOL y organizaciones internacionales de carácter militar. Además siempre ha habido reservas por parte de unos u otros estados en relación con las posibles infiltraciones y escapes de información, ahora menos evidentes, pero a la postre inevitables en una organización de composición tan amplia¹⁴¹. En el caso de la Unión Europea, se sigue hasta cierto punto el criterio de los compartimentos estancos, y así cada pilar de la Unión tiene su propia estructura policial¹⁴². Pero el caso es que incluso la colaboración entre Europol

¹⁴⁰ Como el planteado en RESA NESTARES, C. (2000), Tráfico internacional de drogas y seguridad nacional: ¿Una nueva misión de las Fuerzas Armadas?. Cuadernos del Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, nº 1/2000, pp. 142-157.

¹⁴¹ ANDERSON, *Policing ...*, op.cit. p. 44. En la Asamblea General que tuvo lugar en Praga en 1948, todos los llamados «países del Este» se retiraron de la organización, quebrándose la unanimidad en los casos de Yugoslavia y Rumania. En cuanto a los Estados Unidos, el F.B.I. se unió a la CIPC en 1946, llegando inmediatamente su jefe, Edgar J. Hoover, a ostentar una vicepresidencia en la Organización pero un incidente relacionado con la situación de guerra fría ya descrita, propició el abandono de dicho cargo y de la CIPC, junto con su Instituto, en 1950. El origen del desencuentro estuvo en uno de los principios constitutivos de la CIPC: la no intervención en asuntos de índole política. En 1950 unas personas secuestraron un avión con objeto de escapar de Checoslovaquia

a Alemania Oriental. La Secretaría General de la Organización entendió que se trataba de un caso de piratería aérea, y por lo tanto competencia de la Organización, mientras que Hoover entendía que se trataba de unas personas huyendo de un régimen tiránico por los medios que tenían a su alcance. Aunque esta podría denominarse la excusa, siendo la razón del abandono del FBI la sospecha de infiltración comunista de determinados aparatos policiales europeos, en particular el francés (LEBRUN, *Interpol*, op.cit. p. 92). Sin embargo, no dejó de existir representación norteamericana en Interpol, a través del Departamento del Tesoro –del que dependía el Servicio Secreto– volviendo a participar plenamente los Estados Unidos en la Organización durante la Asamblea General de 1958. A pesar de ello, no existió una Oficina Central Nacional operativa en los Estados Unidos hasta 1969.

¹⁴² GIUDICELLI-DELAGE, G. (2004), *Missions Abroad and Police Cooperation. European Common Defence and Criminal Judicial Area, Conseil de la Magistrature, Commission Euro-*

y la PESD, se ha estudiado desde el punto de vista de la colaboración con las misiones civiles de la PESD¹⁴³.

3.2. La concepción multifuncional de las operaciones de mantenimiento de la paz

3.2.1. Planteamiento del tema

No obstante lo hasta ahora dicho, el verdadero campo de aplicación de todo el marco jurídico-internacional que se trata de exponer aquí es el las operaciones militares internacionales, concepto genérico al que tal vez haya que irse acostumbrando, por lo que razonaremos a continuación. En cualquier caso la movilización de la «comunidad internacional» va adquiriendo últimamente una complejidad en algunos aspectos alarmante¹⁴⁴. Pero esta situación es fruto de una evolución relativamente lenta que trataremos de examinar. Incluso desde una perspectiva militar, la tendencia es hablar cada vez mas de un «concepto holístico» de las operaciones¹⁴⁵, o de un *comprehensive approach*, que no quiere indicar sino que las soluciones puramente militares no resuelven los problemas, como se ha demostrado en Irak y Afganistán. La única novedad que parece aportar éste concepto es la voluntad de liderazgo del proceso por agentes distintos de la Organización de las Naciones Unidas, por alguna razón muy desprestigiada en el último cuarto de siglo. La expresión «operaciones para el mantenimiento de la paz» (en lo sucesivo OMP) parece haberse impuesto en el uso común del lenguaje para referirse a una serie de situaciones que tienen en común, mas o menos el despliegue de fuerzas militares multinacionales. Cabría usar otras expresiones para referirnos a lo mismo, como «misiones de paz»¹⁴⁶, aunque podemos entender que esta última haría referencia no solo a las OMP, sino a conceptos como la cooperación técnica al desarrollo, o a operaciones no necesariamente bélicas bajo

péenne, pp. 179-217, p. 180. Así, el Primer Pilar tendría la OLAF (Oficina para la lucha contra el fraude, lo más parecido que hay, en ciertos aspectos, a una policía internacional), el Segundo las fuerzas policiales para las misiones exteriores, de carácter civil, a las que haremos alguna referencia, y el Tercer Pilar a Europol.

¹⁴³ P. ej. Ver las Conclusiones del Consejo de la UE (2873ª reunión, Luxemburgo, días 5 y 6 de junio de 2008) sobre «Posibles mecanismos de cooperación entre misiones civiles de la PESD y Europol». <http://www.consilium.europa.eu/Newsroom>, visitado el 15-01-2009 a las 13:15h.

¹⁴⁴ La multitud de agencias de organizaciones internacionales y de ONG,s actuantes en cualquier situación de crisis, ha motivado la creación de la *United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs* (OCHA). <http://ochaonline.un.org>.

¹⁴⁵ Por ejemplo los conceptos de EBO-EBAO, que han tenido cierto periodo de gloria en los

cuarteles generales. HERNDON, R. (2004) *Effects Based Operations in Afghanistan*. Revista *Field Artillery*, Enero-Febrero pp. 26-30. La doctrina norteamericana describe el efecto como «*the physical, functional, or psychological outcome event or consequence that results from specific military or non-military actions*», y EBO como «*A process for obtaining a desired strategic outcome or 'effect' on the enemy through the synergistic, multiplicative and accumulative application of the full range of military and non-military capabilities at the tactical, operational and strategic levels*». Suena un poco como reinventar la rueda.

¹⁴⁶ Por ejemplo, la Orden General de la Guardia Civil Nº 36, de 15 de septiembre de 1999 (B.O.C. nº 26 de 20 de septiembre), recogía la «Estructura y funciones del Gabinete del Director General» de dicho Cuerpo. En su artículo 4, relativo a la Secretaría de Cooperación Internacional se recoge la estructura de ésta última, que incluye un «Área de Misiones de Paz y Asistencia Técnica».

el control de organizaciones internacionales distintas a la ONU¹⁴⁷. Como se sabe, las operaciones para el mantenimiento de la paz propiamente dichas –no así las autorizaciones para el uso de la fuerza o «imposición de la paz» a estados u organizaciones regionales, claramente incluidas en el Capítulo VII¹⁴⁸– no están expresamente recogidas en la Carta de las Naciones Unidas. No se puede encontrar su base ni en el Capítulo VI ni en el VII, a pesar de lo cual se han convertido en una de las manifestaciones más aparatosas de la existencia de la ONU. Su fundamento legal cabría encontrarla en la doctrina de los poderes implícitos¹⁴⁹, y se podrían caracterizar como instrumentos *ad hoc*, o como organismos subsidiarios de la Organización o de alguno de sus órganos principales (Asamblea General o Consejo de Seguridad)¹⁵⁰, cuya finalidad sería la consecución de los Propósitos y Principios de la Carta, y en particular el de mantener la paz y seguridad internacionales, como una de las «medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz» a las que se refiere el artículo 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas. No obstante se puede aseverar que no existe, por las razones expuestas, un concepto o definición cerrado de tales operaciones, aunque poco a poco se han ido perfilando algunas características de los mismos como fruto de la experiencia acumulada. Por que, de hecho, el «Programa de paz» de Butros Ghali, distinguía entre cuatro líneas de acción: diplomacia preventiva, restablecimiento de la paz, mantenimiento de la paz y consolidación de la paz¹⁵¹. Por otro lado si bien el genérico concepto de OMP es válido, puesto que, en el fondo, incluso toda autorización para el uso de la fuerza debe enmarcarse en los Propósitos y Principios de la Carta, no existe un marco jurídico único para todas las OMP, y por ejemplo casi nada tiene que ver una operación de cascos azules directamente controlada por la ONU con el inicial conflicto armado internacional de Afganistán amparado por una serie de resoluciones del Consejo, o en general cualquier autorización a los estados para

¹⁴⁷ Como por ejemplo la OSCE. Es el caso de las misiones de monitores policiales en Croacia, a las que se hace referencia en otros puntos del presente trabajo. También la UEO, con el despliegue del *Multinational Advisory Police Element* (MAPE), establecido mediante protocolo entre el gobierno de Albania y el Consejo permanente de la Unión Europea Occidental, firmado el 5 de mayo de 1997. Y naturalmente, cada vez más, la Unión Europea.

¹⁴⁸ SEGURA SERRANO, A., (2008), La aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario a las tropas de paz de la ONU, en el libro *El Estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el exterior*, Plaza y Valdés, Madrid, pp. 367-392, p. 369 y ss. Este autor subraya la dificultad al hablar del tema, por que hasta algunos supuestos de cascos azules tienen una autorización bajo el artículo VII, como es el caso de FINUL, según la Resolución 1614 de 29 de julio de 2005.

¹⁴⁹ Según la doctrina sentada por el Tribunal Internacional de Justicia en su dictamen consul-

tivo de 1961 sobre «ciertos gastos de Naciones Unidas». Es evidente que hay cierta confusión entre lo que implican los capítulos VI y VII de la Carta de las Naciones Unidas, y la correspondiente distribución de competencias. Ha sido más bien la práctica, y no una previsión explícita de la Carta lo que ha determinado la actual distribución de competencias.

¹⁵⁰ Sobre este extremo, como sobre otros muchos de este tipo de operaciones existen ciertas discrepancias en la doctrina, en cuanto a por cuenta de quien o quien crea tales operaciones. Ciertamente las hay de muchos tipos y a lo largo de su historia han participado varios órganos de la ONU. No deja de ser curioso contrastar el consenso y la aceptación universal de estas actuaciones, (en el mundo occidental, claro está), por parte de las sociedades, la prensa, las ONG, y la extraña inconcreción legal de tales actuaciones, lo que evidentemente no implica su ilegalidad.

¹⁵¹ A/47/277 - S/24111. Texto completo en <http://www.un.org/Docs/SG/agpeace.html>.

hacer un uso directo de la fuerza como en la primera guerra de Irak¹⁵². Pero lo que sí que parece claro es que el órgano más importante de Naciones Unidas es el Consejo de Seguridad, que se convierte así en la clave del arco. De hecho existe un consenso evidente, sobre todo en determinados ámbitos¹⁵³, en que la competencia en materia de

¹⁵² Con las salvedades ya apuntadas por ejemplo por SEGURA SERRANO, A. op.cit. p. 370.

¹⁵³ Sobre la licitud y legalidad de una propuesta injerencia humanitaria, por encima de las resoluciones del Consejo de Seguridad cabe hacer algunas reflexiones, puesto que podría conducir, mediante la aplicación del régimen de ocupación, a la asunción de responsabilidades de tipo parapolicial, cuyo estudio es objeto del presente trabajo. Un examen de la legalidad vigente en la materia lleva a la casi irrefutable conclusión de que una situación de generalizada violación de derechos humanos básicos, *per se*, no autoriza al uso de la fuerza, aunque puede perfectamente ser la base de una resolución del Consejo de Seguridad que, por referencia al concepto de amenaza a la paz, autorice el uso de dicha fuerza. Es notorio que, a la luz de la Carta de las Naciones Unidas y en particular los artículos 2.5 –prohibición del uso de la fuerza–, 39 –competencias del Consejo de Seguridad–, y 42 –medidas que impliquen el uso de la fuerza–, entre otros, así como mediante la práctica no contestada de las autorizaciones del Consejo de Seguridad, se diseña el sistema aceptado hasta finales de los años 80 del siglo pasado, y en el no tiene cabida mas fuerza armada que la autorizada por el Consejo de Seguridad, ya mencionada, o la empleada en situaciones de legítima defensa individual o colectiva conforme al artículo 51. ¿Por qué, entonces, el debate? Quizá lo mejor será hacer referencia a distintas posiciones doctrinales: a) Arend y Beck, en un trabajo significativamente titulado «El Derecho Internacional y el uso de la fuerza. Mas allá del paradigma de la Carta de Naciones Unidas» (ARENDE Y BECK eds(1993), *International Law and the Use of Force. Beyond the UN Charter Paradigm*, Londres Routledge, parecen aceptar la posibilidad de dicha injerencia. No menos significativo es que dicha opinión sea casi la única apoyatura doctrinal que recoge un documento aún officioso de la OTAN, el *NATO Legal Handbook*, el cual llega a la curiosa conclusión de que los precedentes sentados por la ejecutoria en la inmediata posguerra del Golfo, en el norte de Irak, y sobre todo, en Kosovo, demuestran la legalidad de la injerencia humanitaria por la sencilla razón de que el consejo de Seguridad no ha dicho lo contrario, por ejemplo en la Resolución 1244. b) En un plano distinto Laszlo VALKI, (2002 «*The Kosovo War and the Norms of International Law*» *Revue de*

Droit Militaire et de Droit de la Guerre, Núm 41) se manifiesta contrario a aceptar que la injerencia pueda convertirse en una norma consuetudinaria. Tras repasar algunos precedentes lejanos, como la intervención de la India en Pakistán Oriental (actual Bangla Desh), en 1971, o la de Vietnam en Camboya en 1978, entre otros, recuerda que de hecho ha habido intervenciones humanitarias anteriores a la crisis de Kosovo, que contaban con el respaldo de una resolución del Consejo de Seguridad, tales como Somalia en 1991, Rwanda en 1994, Haití, en el mismo año, y posiblemente Albania en 1997. Sus razones para esa no aceptación de una nueva costumbre aparecen claramente explicados: Primero, la prohibición del uso de la fuerza, salvo en los casos previstos en la Carta (Capítulo VII y artículo 51), está recogido no solo en el Derecho convencional –la propia Carta– y por el consuetudinario como norma de *Ius Cogens*, y solo puede ser cambiado por la comunidad internacional en su conjunto, representada por la ONU y no por la OTAN. Segundo, ni siquiera en el caso de Kosovo se hizo referencia clara a dicho principio como base de la intervención. Tercero, no concurre el elemento de la *opinio iuris*, por que ni el principio ha sido generalmente defendido, ni se puede ignorar la amplia contestación al mismo fuera de ciertas áreas del mundo. c) Por último quiero citar a un autor español, cuyo apasionamiento por el tema es notorio. Se trata de Antonio REMIRO BROTONS (Deslegitimación del Derecho Internacional: Kosovo, en el libro colectivo «El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados», Tirant lo Blanch, Valencia 2002), el cual ni siquiera quiere entrar en un debate que, según el –y esto es una interpretación personal– dignificaría un enfoque que tiene unos puntos de referencia estrictamente políticos. Huelga decir que está completamente en contra de la injerencia humanitaria como figura autónoma. En resumen, cabe sostener que hoy por hoy, y sin entrar en debates morales o de principios, no existe en el Derecho Internacional norma convencional o consuetudinaria que legitime la injerencia humanitaria, y que los perfiles del debate son mas bien de naturaleza política. Tampoco parece que la situación pueda cambiar en un futuro inmediato, habida cuenta de la práctica mas reciente no va por el camino del asentamiento de una supuesta costumbre. Por otro lado, no se puede negar que existe

OMP corresponde al Consejo de Seguridad¹⁵⁴. Sin embargo, la práctica ha impuesto que sea el Secretario General el órgano ejecutivo en este tipo de operaciones. El DPKO (*Department of Peace Keeping Operations*), se encuentra bajo dependencia del Secretario General, y reemplazó a la Oficina de Asuntos Políticos Especiales¹⁵⁵. Dentro de la primera se encuentra la Unidad de Policía Civil o CIVPOL¹⁵⁶.

Existe también un cierto consenso en la doctrina en cuanto a la clasificación de las OMP en dos tipos que se suceden en el tiempo, las de primera y las de segunda generación, aunque esta denominación no se emplee siempre:

1. Las OMP de primera generación son aquellas que tuvieron lugar entre el nacimiento de la ONU y el final de lo que convencionalmente se ha llamado «guerra fría», en 1988-89 aproximadamente. Se trata de operaciones con un componente fundamentalmente militar que podía ser de dos tipos: los observadores militares –con funciones de vigilancia y cooperación– y los *cascos azules*, o contingentes completos bajo mando coordinado cuya misión fundamental era la congelación de los conflictos, actuando como fuerzas de interposición y policía¹⁵⁷. Hay que señalar que los conflictos a los que respondían estas operaciones de primera generación eran distintos de aquellos que se han producido a partir del final de la guerra fría, en el sentido de que eran menos complejos, con dos contendientes identificables, con líneas de frente y con motivaciones aparentemente más claras. En definitiva las operaciones de mantenimiento de la paz de este primer tipo cumplían misiones de índole *policial*, puesto que se trataba de vigilar, impedir, y en su caso denunciar los quebrantamientos de la paz o actos que pudieran afectar al sistema de seguridad colectiva¹⁵⁸.

la injerencia humanitaria, si bien condicionada al marco diseñado por la Carta de Naciones Unidas, al que ya se ha hecho referencia. Y no se puede descartar que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad hagan uso de tal principio como pretexto de intervenciones en sus zonas de influencia, sobre la tesis, que ya hemos visto expuesta, de que la no condena –imposible, por otra parte al entrar a jugar el veto– equivale a la aceptación. De hecho, creo que este concepto ha aparecido implícito en la reciente crisis de Georgia.

¹⁵⁴ Sin embargo, en los primeros años de andadura de la Organización, esto no estaba claro. Un ejemplo notorio de ello es el de la Resolución 377 (V) de la Asamblea General, conocida como «Unión pro Paz».

¹⁵⁵ Para profundizar en el tema ver <http://www.un.org/Spanish/Depts/dpko/dpko/dpko/shlml>.

¹⁵⁶ Esta denominación, derivada del acrónimo *civilian police*, fue motivo de polémica, al estimar algunos sectores profesionales que la Guardia Civil, por su naturaleza militar, no podía participar en misiones de CIVPOL. Evidentemente, el sentido que para los anglosajones tiene el concepto de policía, como hemos visto, difiere notablemente

del nuestro, ya que un cuerpo policial de naturaleza militar les es completamente extraño. Pero aquí de lo que se trata es de la contraposición entre la «policía civil», es decir, la que presta sus servicios a la sociedad en su conjunto, y la «policía militar», que es un servicio o cuerpo de los ejércitos para fines en principio internos. En este sentido la Guardia Civil es un cuerpo policial «civil», salvo cuando expresamente realiza funciones de policía militar.

¹⁵⁷ FERNANDEZ FLORES, J.L. (2001), *El Derecho de los Conflictos Armados*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 839 y ss. También JUSTE RUIZ, J., (1992), *Características de los conflictos susceptibles de ser resueltos mediante operaciones para el mantenimiento de la paz: De Corea a Yugoslavia*, *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, N° 8, pp. 19-31. Destaco este último inciso ya que el carácter policial de las misiones de los cascos azules es reconocido, como de pasada, por gran cantidad de autores.

¹⁵⁸ <http://www.un.org/Spanish/Depts/dpko/dpko/pastops/shlml>. Las primeras misiones de observación, y de hecho las primeras de cualquier

2. Las OMP de Segunda Generación, por su parte, responden a un concepto distinto, a un mecanismo generalizado de pacificación, como reacción a la aparición de nuevos conflictos de naturaleza mucho más compleja, cuyo paradigma quizá estuvo en el conflicto de la antigua Yugoslavia¹⁵⁹. Por ello tales operaciones tienen un carácter multifuncional, abarcando misiones de índole no militar, tales como la asistencia humanitaria, la supervisión de procesos electorales y el control del orden público. Este carácter multifuncional ha determinado que, junto con el tradicional componente militar, exista en ellos un componente civil, dentro del cual se ha ido destacando hasta cobrar importancia fundamental un contingente policial¹⁶⁰. Esta evolución coincide con el completo análisis de la situación hecho por el entonces Secretario General de la Organización, Butros Ghali, en su famoso y ya citado «Programa de paz», de 1992. En él se hacía eco de la evolución sufrida en el mundo, determinada sobre todo por el fin de la guerra fría, y definía o caracterizaba el mantenimiento de la paz como el despliegue de la presencia de Naciones Unidas sobre el terreno, con el consentimiento de las partes, implicando personal militar, militar y policial o, y esto es lo importante, policial en exclusiva¹⁶¹. No es arriesgado afirmar que esta evolución en las OMP ha estado íntimamente unida al aumento de la importancia de los aspectos propiamente policiales de las operaciones, dato que, salvo en ámbitos y foros muy determinados pasa un tanto desapercibido. Sin ser un fenómeno nuevo, la inclusión de contingentes policiales en las operaciones de mantenimiento de la paz ha experimentado un inusitado auge en los últimos años, acaso un tanto eclipsado por la espectacularidad de los

tipo fueron el UNTSO u Organismo de Naciones Unidas para la vigilancia de la tregua palestina y el UNMOGIP, o Grupo de observadores para la verificación del alto el alto el fuego entre la India y Pakistán en Cachemira, en 1948 y 1949, respectivamente. Entre los contingentes armados destacan UNEF I, desplegada en el conflicto del Canal de Suez en 1956 y ONUC, en el Congo en 1960. La actuación en Corea fue mas bien una actuación bélica por parte de los aliados de Estados Unidos bajo la bandera de las Naciones Unidas, por lo que no se puede considerar propiamente una operación para el mantenimiento de la paz.

¹⁵⁹ Por ejemplo L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (citado por Remiro Brotons, en su manual de Derecho Internacional, edición de 1997, p. 962) recoge entre sus características las siguientes:

- «Desplegarse en conflictos específicos, guerras de liberación nacional o guerras civiles. Son conflictos que ... se desarrollan dentro de los Estados y en cuya lucha participan no solo ejércitos regulares, sino también milicias y civiles con mal definidas jerarquías de mando; que se caracterizan por el desmoronamiento de las instituciones estatales

y la interrupción del imperio de la ley... los acuerdos de alto el fuego son ... frágiles...».

- «Dar cumplimiento a mandatos complejos, que extienden sus funciones a tareas propias de la consolidación de la paz ...»
- «Requerir una estructura operacional compleja, dada la diversidad de componentes (civiles, policiales, junto a los militares)...»

¹⁶⁰ BENNER, T., MERGENTHALER, S. y ROTMANN, P., (2008) *Doctrine Development in the UN Peacebuilding Apparatus: the Case of UN Constabulary Police, 1999-2006*, p. 1. Según estos autores, en 2008 había desplegados unos 10.000 policías de la ONU, pertenecientes a 100 estados. http://www.allacademic.com/meta/P_mla_apa_research_citation/2/5/1/75/pages251756/p251756-1.php.

¹⁶¹ En su punto 20, al definir el mantenimiento de la paz se recoge «*Peace-keeping is the deployment of a United Nations presence in the field, hitherto with the consent of all the parties concerned, normally involving United Nations military and/or police personnel and frequently civilians as well. Peace-keeping is a technique that expands the possibilities for both the prevention of conflict and the making of peace.*»

hechos que motivan tal tipo de operaciones, o por la naturaleza discreta de los policías. Sin embargo, el despliegue en Kosovo y Timor de sendos contingentes policiales completamente ejecutivos por parte de Naciones Unidas hace indispensable una serie de reflexiones. El trabajo policial, en su día a día, es uno de los pilares indispensables de cualquier sociedad. Sin embargo, no es menos cierto que tal trabajo está, o debe estar, condicionado por una serie de normas que lo limiten e impidan su hipertrofia o extralimitación. Esto es lo que distingue a los estados de derecho de las tiranías. Se trata de normas que establecen garantías para las personas frente a una actuación policial que pudiera tender a regirse solamente por el criterio de la obtención de resultados. La aparición de fenómenos como la creación y puesta en funcionamiento de la policía de UNMIK o de UNTAET fueron en sí mismos tan espectaculares (si nos hubiésemos parado a considerarlos), que se corría el riesgo de olvidar pormenores tales como durante cuanto tiempo podía permanecer una persona detenida en Kosovo antes de ser puesta a disposición judicial.

Sentadas las premisas, en algunos casos de naturaleza metajurídica, ya examinadas al hablar el concepto de lo policial y la dificultad de coordinación ante las diferentes culturas policiales, no podemos sino insistir sobre la incidencia de las mismas en las OMP con componente policial ejecutivo, y sobre todo en las medidas de *peace-building*, que suelen implicar una profunda reforma de los aparatos estatales y destacadamente de los policiales¹⁶². No se trata simplemente de excepcionar, por motivos justificados, la evolución y nacimiento lógicos de un aparato policial según los principios mencionados –como sería el caso, que veremos, de la policía de UNMIK, al fin y al cabo de naturaleza temporal– sino de preguntarse hasta que punto un modelo policial puede ser importado o adquirido en el mercado mundial.

3.2.2. La participación policial en las OMP

3.2.2.A. EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE FUERZAS POLICIALES EN LAS OMP

Como ya se ha dicho, la conceptualización de las OMP como operaciones policiales a gran escala, incluso las de primera generación, parece comúnmente aceptada. En cuanto a la participación de cuerpos policiales en misiones internacionales, no es un fenómeno nuevo ni exclusivo de la ONU. Por ejemplo, en 1934, la Sociedad de Naciones solicitó que España colaborara en la supervisión del plebiscito del Sarre. Nuestro país era miembro del Consejo de la S. de N. y de la comisión tripartita para el control del plebiscito. Se decidió el envío de un contingente de la Guardia Civil para reforzar la acción de la policía de aquella región, pero tal misión se malogró por cuestiones de política interna¹⁶³. Sin embargo, la primera vez en la que miembros de

¹⁶² COSIDÓ GUTIÉRREZ, I. (1999), La proyección exterior de la Guardia Civil. Cuadernos de la Guardia Civil, nº 20, pp. 31-40. Es el caso, al que ya hemos hecho referencia, de Guatemala y de Mozambique, por ejemplo. En ambos estados se ha adoptado como modelo policial, aunque con

matices, el de la Guardia Civil de España, Instituto que se ha encargado de la formación de los nuevos cuerpos policiales.

¹⁶³ HINOJOSA GALINDO, A. (1992), La Guardia Civil y el moderno concepto de la defensa nacional. Revista Cuadernos de la Guardia Civil

cuerpos propiamente policiales intervinieron en una operación de mantenimiento de la paz tuvo lugar en 1960 en el Congo (ONUC), siendo en 1989, con el GANUPT o UNTAG¹⁶⁴ (Grupo de Asistencia de Naciones Unidas a la Transición en Namibia, creado mediante Resolución 435 del Consejo de Seguridad), cuando por primera vez un número significativo de miembros de cuerpos policiales participaron con fines concretos, como la supervisión de los cuerpos policiales locales¹⁶⁵, llegando a implicar a 1500 observadores policiales. A partir de aquí, el componente policial ha ido cobrando cada vez una mayor relevancia¹⁶⁶. En la actualidad, prácticamente todas las OMP tienen un componente policial, que en ocasiones es mas amplio que el militar e incluso exclusivamente policial. No parece necesario realizar una enumeración exhaustiva de todas las OMP que han tenido o tiene un componente policial, pero sí destacar las más significativas¹⁶⁷:

Podemos comenzar por ONUSAL o Misión de observadores de Naciones Unidas en El Salvador, creada mediante Resolución 693 (91), del Consejo de Seguridad. En su primera fase tal misión conllevaba un contingente policial con fines de supervisión o monitorización de fuerzas policiales locales. Con al Resolución 729 (92), del Consejo, se amplió el mandato de la misión, con una nueva estructura que suponía una división militar, otra de derechos humanos y una tercera policial. Esta última implicaba un aspecto novedoso en la actuación de Naciones Unidas, llegando a implicar a varios cientos de observadores policiales procedentes de 10 estados. Sus cometidos incluían la supervisión de actuaciones policiales, la monitorización y formación de la Policía Nacional Civil, así como la investigación de cara a presentar informe a la Organización de Naciones Unidas en cuanto a las materias objeto de su competencia¹⁶⁸. En el caso de Angola se suceden tres misiones de la ONU, las Misiones de Verificación de Naciones Unidas UNAVEM I, II, y III. En la segunda y tercera misión, una vez verificada la total retirada de tropas cubanas de Angola (cometido de UNAVEM I), a partir de junio de 1991 se despliegan tanto tropas como observadores militares y monitores policiales, que en la tercera fase llegan a los 288, con el fin de verificar y monitorizar la neutralidad de la Policía Nacional angoleña, tras la guerra civil. El caso de Haití es quizá uno de los mas significativos. A partir de 1993 y hasta hoy se han sucedido varias misiones de Naciones Unidas entre ellas UNMIH, o Misión de Naciones unidas en Haití, creada por resolución n° 867 (93) del Consejo

N° 8, pp. 56 a 65, p 60. También hace referencia a un antecedente de las OMP, cuando de creó una fuerza multinacional en 1927, para intervenir en Shanghai.

¹⁶⁴ Todas las operaciones a las que nos vamos a referir han finalizado. No obstante se puede encontrar bastante información sobre ellas en <http://www.un.org/Spanish/Depts/dpko/dpko/pastops/shtml> consultada por última vez el 18-02-2009 a las 12:15h. Utilizaremos indistintamente la abreviatura correspondiente a la expresión inglesa o a la española, según la que más se haya popularizado.

¹⁶⁵ Un estudio mas completo sobre esta misión en MORALES UTRABO, F. (1992), Las Fuerzas

policiales en las operaciones de mantenimiento de la paz. Revista Cuadernos de la Guardia Civil N° 8, pp. 67 y ss.

¹⁶⁶ BENNER, T., MERGENTHALER, S. y ROTMANN, P., (2008) *Doctrine Development in the UN Peacebuilding Apparatus: the Case of UN Constabulary Police, 1999-2006*, op.cit. p.1.

¹⁶⁷ Por ejemplo en UNAMIR (Ruanda), ONUSOM (Somalia), etc. había componentes policiales, pero la situación requería ante todo un enfoque militar.

¹⁶⁸ MORALES UTRABO, F. (1992) Las Fuerzas policiales en las operaciones de mantenimiento de la paz. Cuadernos de la Guardia Civil, pp. 67-77, p. 70.

de Seguridad. Su finalidad esencial era la aplicación del Acuerdo de Governors Island entre las partes en litigio, que preveía la normalización institucional, y la solicitud de asistencia técnica internacional para la modernización de las fuerzas armadas y la creación de una nueva fuerza de policía. La misión fue posteriormente modificada por las resoluciones 940 y 975, ante el incumplimiento de una de las partes. Posteriormente, es sucedida por UNSMIH (*United Nations Support Mission in Haiti*), regida por las Resoluciones 1063, 1085 y 1086 del Consejo de Seguridad, y UNTMIH (*United Nations Transition Mission in Haiti*), establecida mediante Resolución 1123 de 1997, del Consejo de Seguridad. Sin embargo, es con la Resolución 1141 de 1997, con la que se llega a la más perfeccionada, hasta el momento, intervención policial en el curso de una OMP, estableciéndose por el Consejo de Seguridad la MIPONUH (*United Nations Civilian Police Mission in Haiti*), con un componente, como su propio nombre indica, esencialmente policial, destinado a fines de supervisión, formación, apoyo, etc. de la nueva policía haitiana. Son de destacar estas misiones por la importancia del componente policial, hasta el punto de haber constituido el elemento esencial de la operación, al percibirse la importancia de los cuerpos policiales en la estabilidad de un estado en transición. Con MINUGUA (Misión de las Naciones Unidas en Guatemala), no nos encontramos propiamente ante una operación de Mantenimiento de la Paz, y de hecho no ha estado bajo el Control del DPKO, sino del Departamento de Asuntos Políticos. No obstante, entre los observadores del proceso de paz guatemalteco aparecen los pertenecientes a cuerpos policiales. Una misión muy similar es la desplegada en Mozambique (ONUMAZ)¹⁶⁹. Por último, en cuanto a éste rápido análisis, podemos referirnos a UNPSG (*United Nations Civilian Police Support Group*), desplegado en Croacia. Aunque cabría enmarcarlo en el conjunto de la crisis balcánica, me parece importante destacar esta operación debido a su componente esencialmente policial. La Resolución 1145 de 1997, del Consejo de Seguridad atribuía como misión del Grupo de Apoyo la supervisión de la actuación de la policía croata en la región del Danubio, en particular en relación con el retorno de personas desplazadas.

Mención aparte y destacada merece el caso de la IPTF. Aunque arriba solo se han destacado los más importantes, hasta ahí podemos hablar de una primera fase de participación de miembros de fuerzas policiales en OMP, o «primera generación de la segunda generación», cuyas misiones se limitarían a la monitorización e informe. El conflicto en la antigua Yugoslavia determinó un sustancial avance en el concepto y la importancia de la participación de policías en OMP. Todos los supuestos resumidos hasta ahora no son sino ensayos imperfectos de la tendencia a la «policialización» de las operaciones de mantenimiento de la paz. El caso de Bosnia Herzegovina es el primero en el que el componente policial de la misión adquiere importancia funda-

¹⁶⁹ COSIDÓ GUTIÉRREZ, I. (1999), La proyección exterior de la Guardia Civil. Cuadernos de la Guardia Civil, n° 20, pp. 31-40, p. 39. Aunque el aspecto policial de ambas misiones es importante existen diferencias esenciales. En el caso de Guatemala la participación de las Naciones Unidas en el proceso de Paz no se extendió a algunas previsiones de los acuerdos de paz entre

el gobierno y la guerrilla guatemalteca. El programa para la creación de una nueva policía en Guatemala era de carácter bi o trilateral entre el Gobierno guatemalteco, la Comunidad Europea y España, mientras que, la misión de características muy parecidas que ejecutó España en Mozambique sí que estaba bajo la supervisión de la ONU a través del PNUD.

mental. Mediante la Resolución 743 (92), se crea UNPROFOR, con una estructura a base de observadores militares, fuerzas de protección, ayuda humanitaria y CIVPOL. Este último componente conservaba el tradicional cometido de la monitorización y el informe. El relativo fracaso de UNPROFOR, determinó la autorización para el uso de la fuerza, y como consecuencia directa o indirecta, la adopción de los Acuerdos de Dayton (14 de diciembre de 1995), o «Acuerdo Marco General de Paz en Bosnia y Herzegovina». Se estructuraba en un breve texto con diversos anexos sobre aspectos parciales del proceso de paz, siendo los más importantes, a los efectos que nos interesan, el 1º, sobre aspectos militares del Acuerdo de Paz, el 4º, que recoge la Constitución de Bosnia y Herzegovina, el 10º, sobre la figura del Alto Representante, y sobre todo, el 11º, el Acuerdo relativo a la Fuerza Internacional de Policía. La Resolución 1035 (95), de 21 de diciembre estableció la «Misión de Naciones Unidas en Bosnia-Herzegovina», y constituyó, simultáneamente una fuerza militar internacional (IFOR), bajo el control de la OTAN, sin perjuicio de la participación en ella de fuerzas de estados ajenos a ésta última Organización. El Alto Representante, comisionado de las partes en los acuerdos de Dayton, carecía de autoridad, y no podía interferir en las operaciones o en la cadena de mando de IFOR (Artículo II, punto 9 del Anexo 10). La Fuerza Internacional de Policía o IPTF (*International Police Task Force*) aparecía recogida, como ya se ha adelantado, en el Anexo 11 de los Acuerdos de Dayton. Era, por lo tanto, una creación de las partes en dichos acuerdos, y no de la ONU. En su artículo 1.2 se estableció que las Partes, en este caso la República de Bosnia y Herzegovina, la Federación de Bosnia y Herzegovina y la República Srpska, solicitaban a las Naciones Unidas que estableciera, en virtud de una decisión del Consejo de Seguridad, y a título de operación de UNCIVPOL, una Fuerza Internacional de Policía, que llevara a cabo las misiones previstas en el Anexo. La IPTF estaba dirigida por un Comisionado (nombrado por el Secretario General tras consulta al Consejo de Seguridad) quien recibía orientaciones del Alto Representante, presentaba informes periódicos tanto a éste último como al Secretario General, y proporcionaba información al comandante de la fuerza militar. Las misiones concretas a desempeñar se recogían en el artículo III del Anexo 11, desarrolladas por un programa preparado y ejecutado por el Comisionado¹⁷⁰. Sus miembros, locales, archivos y otros bienes, gozaban de los privilegios e inmunidades propios de los «expertos en misión», y recogidos en los artículos II y III de la Convención de 1946 (artículo II.7 del Anexo 11). También se recogía la obligación de actuar en todo momento de conformidad

¹⁷⁰ Estas incluían vigilar, observar e inspeccionar los medios de hacer cumplir la ley y las actividades para ese fin, incluidas las organizaciones, estructuras y actuaciones jurídicas conexas; asesorar al personal y a las fuerzas encargadas de hacer cumplir la ley; capacitar a este mismo personal; facilitar, en el marco de su misión de asistencia, las actividades de las partes encaminadas a hacer cumplir la ley; evaluar las amenazas al orden público y asesorar en tal terreno; asesorar a las autoridades de Bosnia-Herzegovina acerca del establecimiento de organismos civiles eficaces para hacer cumplir la ley, y prestar asistencia al personal encargado de hacer cumplir la ley

cuando la Fuerza Internacional lo considerase adecuado. En resumen, la clásica función de monitorización. La tendencia anglosajona a las siglas aparentes y fáciles de recordar ha resumido las nuevas funciones del componente policial en el acrónimo SMART, que correspondería a los conceptos de apoyo (*support*), monitorización, asesoramiento (*advice*), informe (*report*) y entrenamiento (*train*), de las fuerzas policiales locales. Como se puede ver, las misiones de IPTF, según el Anexo 11 responden a estos conceptos. DIAZ ALCANTUD, F. (1999), El observador policial en las operaciones de paz. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 20, p. 41-54, p. 51.

con las normas internacionalmente reconocidas y respetando los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales internacionalmente reconocidas, y mientras sea compatible con sus funciones, respetarán las leyes y costumbres del país anfitrión (artículo II, punto 5 del Anexo 11). Lo expuesto hasta ahora, y la propia denominación «fuerza internacional de policía», podría causar la falsa impresión de que nos encontrábamos ante una policía internacional. Pero la IPTF no fue propiamente un cuerpo policial, ni siquiera *ad hoc*, tal y como se ha caracterizado en otros puntos del presente trabajo. Los miembros de IPTF no fueron agentes de policía ejecutivos, sino miembros de cuerpos policiales que debían vigilar a otros policías. Realizaban su misión desarmados y no podían intervenir policialmente. Esto es importante, ya que se puede sostener que, en esta materia existe una notable confusión por el frívolo empleo de determinados términos. Debe quedar claro que, en puridad, la IPTF no fue hasta ese momento más que la forma más perfeccionada de la clásica actuación de contingentes policiales en una OMP. La IPTF fue sustituida por la EUPM de la Unión Europea en enero de 2003¹⁷¹.

3.2.2.B. UNMIK, UNTAET Y SUS FUERZAS POLICIALES

El caso de la policía de UNMIK es completamente distinto a los casos examinados. Entre marzo y junio de 1999 tuvo lugar la guerra entre los estados miembros de la OTAN y la República Yugoslava. En este conflicto, la ONU actuó a remolque de los acontecimientos, ante una polémica actuación de la OTAN¹⁷². El letargo de Naciones Unidas pareció finalizar con la Resolución 1244 (10 de junio de 1999), del Consejo de Seguridad, la cual pasaba sobre ascuas ante la situación de hechos consumados. Con todo, esta Resolución representa un punto de inflexión, y de hecho toda una revolución en la materia que nos ocupa. En principio acuerda el despliegue de una «presencia internacional de seguridad» en el territorio de Kosovo, léase una fuerza militar multinacional. En coordinación con el despliegue de esta fuerza, y en virtud de la capitulación militar, la república de Yugoslavia debía retirar todas las fuerzas militares, paramilitares y policiales. Se hace notorio que la retirada de toda

¹⁷¹ SANCHEZ ORTEGA, A., y RUIZ DIAZ, L.J., (2008), La incorporación de la política exterior española a la política europea de seguridad y defensa. En el libro «El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el exterior», Plaza y Valdés, Madrid, pp. 195-232, p.225. La EUPM, cuya misión fue aprobada por la Acción Común 2002/210/PESC, también contaba con el mandato conferido por la Resolución 1396 (2002) del Consejo de Seguridad de la ONU, y continúa en la actualidad. Tiene las mismas funciones de monitorización y adiestramiento que la IPTF. Aunque en principio (Capítulo I) descartamos referirnos en profundidad a la UE, parece pertinente hacer referencia aquí a otras misiones policiales europeas, como EUPOL PROXIMA y EUPAT

(2003) en Macedonia, EUPOL Kinshasa y EUPOL RD Congo (2005), EUPOL COPPS (2006) en los territorios palestinos, EUPOL Afganistán (2007) y la acción de apoyo a la Unión Africana en AMIS/AMISOM, en Darfur y Somalia (2005).

¹⁷² Un análisis de dicha actuación y polémica en REMIRO BROTONS, A., (2002), Deslegitimación del Derecho Internacional: Kosovo, en el libro El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados, Tirant lo Blanch, Valencia pp. 371-398. También RAMON CHORNET, C. (1999) «La OTAN, Vicaria de la ONU: Reflexiones sobre el sistema de seguridad colectiva, a la luz del «nuevo concepto estratégico» acordado en Washington. Anuario de Derecho Internacional Vol. XV 1999.

fuerza coactiva de un estado implica un vacío de poder¹⁷³. Aunque nada se decía sobre el particular –al fin y al cabo, nada podía disponer el Consejo de Seguridad en materia de soberanía, en un territorio que, en aquella fecha, seguía siendo parte integrante de Yugoslavia– lo cierto es que toda presencia del estado yugoslavo, sus funcionarios, se retiraron del territorio con las fuerzas militares y policiales, debido a un mas que justificado miedo. Consciente de esta situación, el Consejo de Seguridad no se limitó al despliegue de una fuerza militar, sino que se vio obligado a crear una administración interina del territorio encargada de todos los aspectos fundamentales de gobierno¹⁷⁴. En principio, en su punto 9.d), se atribuía a la fuerza militar multinacional (KFOR), la tarea de garantizar la seguridad pública y el orden, hasta que sea sustituida por la «presencia civil internacional», también prevista. Es decir, atribuye a las fuerzas militares competencias policiales ejecutivas. En cuanto a la presencia civil, los puntos 10 y 11.i) autorizan al Secretario General de Naciones Unidas a establecerla. Se trata de UNMIK (*United Nations Interim Administration in Kosovo*), bajo la dirección de un Representante Especial del Secretario General. Entre sus misiones está el mantenimiento de la ley y el orden, incluyendo el establecimiento de policías locales, desplegando, para ello, personal de policía internacional en Kosovo. Hay que hacer hincapié en este último extremo: nos encontramos con el primer caso en la historia de Naciones Unidas¹⁷⁵, en el que se produce un despliegue de una fuerza policial ejecutiva responsable, en exclusiva, de todos los cometidos que en la experiencia común corresponden a los cuerpos policiales¹⁷⁶. En un primer momento, como decimos, fue la KFOR la encargada de todas las funciones policiales en el territorio de Kosovo. Pero esto no era nuevo y lo examinaremos más adelante. Lo realmente nuevo en la ejecutoria de Naciones Unidas era la creación de una policía internacional, concepto distinto al de los «cascos azules» como seudopolicía, que como veremos, no era novedad. Sin embargo, desde un primer momento se puso de manifiesto que la actuación policial en Kosovo presentaba algunas peculiaridades:

- La ausencia de una legislación claramente vigente en Kosovo. Su lugar lo ocupaban una serie de reglamentos del Representante Especial, que se remitían básicamente a la legislación yugoslava anterior al 22 de marzo de 1989, fecha en la que comenzaron las reformas discriminatorias hacia los albaneses¹⁷⁷.

¹⁷³ OSWALD, B. (2006), *Addressing the Institutional Law and Order Vacuum: Key issues and Dilemmas for Peacekeeping Operations*, *New Zealand Armed Forces Law Review*, vol 6, pp. 1-19, p.1.

¹⁷⁴ Así se deduce de la Resolución 1244, y se recoge explícitamente en el Reglamento Nº 1 del Representante Especial, de 25 de julio de 1999, en su artículo 1: «*All legislative and executive authority with respect to Kosovo, including the administration of the judiciary, is vested in UNMIK and is exercised by the Special Representative of the Secretary-General*».

¹⁷⁵ No obstante, GREGORY, F. (1992) «Cooperación policial...» op. cit., p. 142, destaca

que hay antecedentes de «policías internacionales», antes de la Segunda Guerra Mundial, en Shanghai o Tánger.

¹⁷⁶ BENNER, T., MERGENTHALER, S. y ROTMANN, P., (2008) *Doctrine Development in the UN Peacebuilding Apparatus: the Case of UN Constabulary Police, 1999-2006*, op.cit. pp. 11 y 12.

¹⁷⁷ Así se disponía en el Reglamento de UNMIK Nº 24 de 12 de diciembre de 1999, posteriormente enmendado mediante el Reglamento Nº 59 de 27 de octubre de 2000. Además, se regularon por el Representante Especial cuestiones como la detención, el período máximo de prisión preventiva, etc.

- La ausencia de una organización judicial fiable. Desde el inicio del despliegue de la misión UNMIK otorgó prioridad al restablecimiento de un sistema judicial penal y civil¹⁷⁸. La empresa no fue fácil al principio. El propio Secretario General de Naciones Unidas reconocía, en su informe sobre UNMIK de junio de 2000 algunos de estos lastres: Intimidación de jueces y fiscales, reticencias de los testigos, prejuicios étnicos por parte del personal de justicia, etc. Un dato revelador es que en esta última fecha, de los más de 400 jueces y fiscales en activo en el territorio, sólo 46 eran no albaneses, y de ellos sólo 7 serbios¹⁷⁹.

A nadie se le escapará que estas dos circunstancias afectan muy gravemente a la función policial, la cual está muy constreñida por las leyes, y, en su faceta de policía criminal, por el control judicial de las investigaciones. Estos y otros problemas fueron los inicialmente enfrentados por KFOR, en su responsabilidad policial. A ello hay que añadir las dificultades idiomáticas y los diferentes usos policiales. Muchos de estos problemas subsistieron y son los que después enfrentó la policía de UNMIK. Durante un período transitorio, la función policial fue compartida por KFOR y UNMIK, tal y como establece la propia Resolución 1244. Esta, como hemos visto, establecía una administración interina del territorio. Ello implica la asunción de todos los poderes, incluidos los que tradicionalmente forman parte del «núcleo duro» de la soberanía, señaladamente el policial, y sorprendentemente el judicial¹⁸⁰. El estatuto de la fuerza lo estableció el propio Representante Especial¹⁸¹, mediante un reglamento, el número 47 de 18 de agosto de 2000, que incluía, entre otras cosas la inmunidad de jurisdicción del personal de UNMIK y KFOR, respecto de sus manifestaciones o actos en el ejercicio de sus funciones oficiales (artículo 3.3)¹⁸².

La policía de UNMIK se estructuró en principio en la unidad de CIVPOL, la Policía de Fronteras y las Unidades Especiales de Policía. El componente fundamental

¹⁷⁸ A esta cuestión se han dedicado múltiples reglamentos, que han establecido, entre otras cuestiones, los requisitos de acceso a la judicatura.

¹⁷⁹ Punto 57 del Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre UNMIK. Junio de 2000.

¹⁸⁰ STAHN, C. (2005), *Accountability And Legitimacy In Practice; Lawmaking By Transitional Administrations*, http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/stahn_604.pdf, p. 13. Sin embargo este autor sostiene que eso fue así a través de una interpretación muy extensiva de la Resolución 1244 a través del Reglamento 1/2000, siendo éste el que realmente atribuye la autoridad legislativa.

¹⁸¹ Esto contrasta vivamente con el caso de Bosnia Herzegovina, donde tal status, en el caso de IFOR, se recogía mediante varios acuerdos entre la OTAN y las demás partes, incorporados como anexos a los Acuerdos de Dayton, o, en el caso de IPTF en el Anexo 11, artículo II.7.

¹⁸² Tal reglamento recoge su propio fundamento legal en su preámbulo: «*The Special Representative of the Secretary General*,

Pursuant to the authority given to him under United Nations Security Council Resolution 1244 (1999) of 10 June 1999,

Recalling paragraph 7 of the resolution whereby the Security Council authorized Member States and relevant international organizations to establish the international security presence in Kosovo, constituted as KFOR. Recalling paragraph 10 of the resolution whereby the Security Council authorized the Secretary-General to establish the interim administration in Kosovo,

Taking into account United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) Regulation No. 1999/1 of 25 July 1999, as amended on the Authority of the Interim Administration in Kosovo,

For the purpose of regulating, Within the territory of Kosovo the status of KFOR and UNMIK and their personnel, and the privileges and immunities to which they are entitled,

Hereby promulgates the following».

ha sido, hasta hoy el de CIVPOL, formado por miembros de cuerpos policiales de diversos estados¹⁸³. La dificultad que entraña la coordinación, y los diversos problemas planteados por la operatividad en algunos cometidos (control de masas, antidisturbios, controles de carretera, etc.) hicieron necesario el despliegue de las Unidades Especiales de Policía, constituidas por unidades completas y estructuradas, puestas a disposición de las Naciones Unidas por varios Estados¹⁸⁴. La situación ha evolucionado de forma previsible con la proclamación de independencia de Kosovo, que aunque no estabilizado, tiene unas perspectivas distintas, a tenor del informe al Consejo de Seguridad del Secretario General de Naciones Unidas de noviembre de 2008¹⁸⁵.

Otra actuación de la ONU en esta materia fue el despliegue de fuerzas policiales en el territorio de Timor Oriental, mediante la Resolución 1272 (99) del Consejo de Seguridad. En esta ocasión nos encontramos con un punto de partida muy similar al planteado en la provincia de Kosovo: una retirada de toda presencia oficial por parte de Indonesia y la necesidad de crear una administración interina. En este caso, sin embargo, desde el principio parecía claro que tal administración pretendía traspasar el testigo al gobierno de un entonces no nacido Estado de Timor Oriental, cuyo territorio, al fin y al cabo, fue ocupado ilegalmente por Indonesia cuando se encontraba formalmente bajo la administración de Portugal. No obstante, la legislación que se consideró en vigor en el territorio tras la intervención fue la indonesia¹⁸⁶.

3.2.2.C. POSIBLES TENDENCIAS

De todo lo hasta ahora expuesto se podría extraer la conclusión de que se detectaba en 2000-2001 una tendencia a la «policialización» de las operaciones de mantenimiento de la paz, entendiendo por tal una cada vez mayor importancia del componente policial de la misión, dentro del carácter multifuncional de las mismas, fruto de la evolución expuesta por Butros Ghali en su «programa de paz». Es evidente que pasado un primer momento, los problemas que se plantean a la mayor parte de las OMP son mas de índole policial que militar, por lo que parecería mas propio que sean fuerzas policiales y no militares las que hagan frente a esos problemas. No obstante, lo cierto es los acontecimientos posteriores, en 2001, determinaron que de momento esto no se haya desarrollado así. Constatado el fracaso que, en la práctica y en cuanto a resultados, han supuesto las fuerzas multinacionales del tipo de los cascos azules, se

¹⁸³ Información obtenida a través de la Secretaría de Cooperación internacional de la Dirección General de la Guardia Civil.

¹⁸⁴ En concreto, en Junio de 2000 habían aportado tal tipo de Unidades India, Jordania, Pakistán y España. En el caso de España se trata de una Unidad de la Guardia Civil (Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre UNMIK, junio de 2000, Anexo III)

¹⁸⁵ Documento S72008/692. En esta fecha todavía había en Kosovo 1880 policías internacionales, frente a 7043 del Cuerpo de Protección de Kosovo. P. 22 y 23.

¹⁸⁶ STAHN, C. (2005), *Accountability And Legitimacy In Practice; Lawmaking By Transitional Administrations*, http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/stahn_604.pdf, p. 16. Este autor subraya que al principio de la operación hubo discusiones sobre el asunto, imponiéndose, por sentido práctico la legislación indonesia, tal y como se recogía en el Reglamento 1/1999 de UNTAET. Sin embargo, ésta opción fue desafiada por el Tribunal de Apelaciones de Timor en una decisión de 15 de julio de 2003, que aseveraba que la única legislación en vigor en Timor Este el 24 de octubre de 1999 era la portuguesa. Esto demuestra las dificultades que tratamos de describir.

ha pasado, mediante la aplicación del Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas, a atribuir el peso de las operaciones militares a organismos regionales, mucho más coordinados, como la OTAN. Ahora bien, no existe una OTAN policial¹⁸⁷, y de momento parece que la actuación como policía ejecutiva de la ONU se enfrenta a los mismos problemas de descoordinación que se intentaron superar en el plano militar, agravados por la inmensa multiplicidad de modelos y usos policiales¹⁸⁸.

No obstante sí que parece subsistir una tendencia a la asunción, por parte de la ONU, de funciones policiales ejecutivas¹⁸⁹, dentro de las medidas de establecimiento de estados de derecho que no incluyen solo las policiales. No hay que olvidar que, con posterioridad a Kosovo y Timor, ha habido otras intervenciones de administración interina, como en Camboya (UNTAC) y las había habido con anterioridad a la creación de la ONU en Danzig o el Sarre¹⁹⁰. La cuestión resulta compleja, por lo experimental. Creemos haber razonado que los institutos policiales, desde una perspectiva de ciencia política, son una emanación de las sociedades pacíficamente constituidas, íntimamente unidas a sus tradiciones, idiosincrasia y necesidades¹⁹¹. En su actuación, las fuerzas policiales precisan de un marco legal claro y de una organización judicial fiable. Cualquier despliegue policial debe cuidar de tener claras estas premisas y no fiar a la improvisación, so pena de agravar la situación que se pretende resolver. Hay una serie de estándares internacionales en materia de Derechos Humanos que deben ser respetados y que no lo son si no se concretan cuestiones como la detención, la investigación judicial, el derecho a declarar ante un juez, etc. Pero algunos autores como Stahn prefieren hablar de moderación, al encontrar bastantes déficits en algunas de las intervenciones mencionadas, en términos de falta de legitimación democrática, o de deslegitimación de los funcionarios internacionales ante su inmunidad difícilmente justificable en el largo plazo¹⁹². Por ello, la experiencia acumulada por ejemplo en Kosovo debe ser fundamental en cuanto a estas cuestiones. Ahora hablamos de la concreción de una policía presta a intervenir en cualquier parte del mundo cuando se den los requisitos necesarios, que, en un rápido análisis de la práctica, se

¹⁸⁷ Aunque como hemos visto en GIUDICELLI-DELAGÉ, G. (2004), *Missions Abroad and Police Cooperation*, op.cit, en el ámbito de la PESD sí se puede hablar de algo parecido.

¹⁸⁸ GARCIA SACRISTAN (2007), Procedimientos de actuación de fuerzas policiales de naturaleza militar en misiones de apoyo a la paz, Cuadernos de la Guardia Civil nº 36, pp. 53-62, y LOPEZ CORRAL, M. (2006), Las fuerzas policiales en las operaciones de paz: especial referencia a los cuerpos de naturaleza militar, *ibíd.*, Nº 28, pp. 47-54. La ventaja de los cuerpos de naturaleza militar es que resultan mucho más fáciles de coordinar, y son aptos no solo para operaciones puramente policiales, sino para acompañar a contingentes militares en calidad de policía militar, o formando unidades de MPSU –que ya veremos– especializadas.

¹⁸⁹ BENNER, T., MERGENTHALER, S. y ROTMANN, P., (2008) *Doctrine Development*

in the UN Peacebuilding Apparatus: the Case of UN Constabulary Police, 1999-2006, pp. 11 y 12. http://www.allacademic.com/meta/P_mla_apa_research_citation/2/5/1/75/pages251756/p251756-1.php.

¹⁹⁰ STAHN, C. op.cit p. 5

¹⁹¹ STAHN, C. op.cit p. 19

¹⁹² OSWALD, B. (2006), *Addressing the Institutional Law and Order Vacuum: Key issues and Dilemmas for Peacekeeping Operations*, *New Zealand Armed Forces Law Review*, vol 6, pp. 1-19, p. 14. Este autor señala que «while the benefits of involving international law and order personnel in the early phase of peacekeeping operations are recognised on the rhetorical level, the reality to date suggests a lack of willingness to address this significant problem outside the context of interim administration missions». También STAHN, C. op.cit p. 9 y 22.

reducen a una resolución del Consejo de Seguridad que autorice tal intervención o a una invitación por parte de un gobierno soberano. En definitiva, estamos hablando de una policía internacional. Sin embargo, no existen ni una legislación penal ni procesal universales¹⁹³, ni tal policía tiene un estatuto muy claro. Una de las premisas del presente estudio es el limitarnos a un concepto de policía propia de los Estados de Derecho. Cualquier otra forma, normalmente, no pasa del estadio de mera fuerza represiva. En definitiva, parece claro que un cuerpo de naturaleza policial solo tiene sentido si es emanación de la sociedad a la que pretende servir, y para sostener esta aseveración hay que remitirse a anteriores epígrafes del trabajo, que cobran así su sentido. La prueba de fuego es la total sumisión a las leyes de la sociedad a la que sirven¹⁹⁴. Por otra parte, los estándares en la materia, que no pasan de lo meramente declarativo, por ahora, parecen también dar por supuesta esta obligación. Por otro lado, se puede aceptar, a regañadientes, la presencia de fuerzas militares extranjeras en régimen parecido al de la ocupación, pero no debería ser el caso de las fuerzas policiales, con carácter general¹⁹⁵. Hay que reconocer, no obstante, que los casos de Kosovo y Timor son bastante extremos.

3.3. El empleo de ejércitos como fuerzas policiales o parapoliciales

3.3.1. Fuerzas Armadas en funciones policiales y Policía Militar

Hasta ahora, en éste capítulo se ha hecho referencia a un aspecto no propiamente militar de las OMP, cual es el, por así decirlo, estrictamente policial. Adentrándonos un poco más en el núcleo del presente trabajo, hay que hacer referencia a la ejecución de las tan mencionadas funciones policiales directamente por ejércitos desplazados fuera de su territorio nacional, sea o no en el contexto de una OMP. Conviene de entrada hacer algunas precisiones. Al hablar de ejércitos (o de fuerzas armadas, entendidas como sinónimo), no podemos hacer distinción entre los componentes de dichos contingentes según provengan de las fuerzas armadas propiamente dichas o de cuerpos policiales militarizados, como la Guardia Civil. Es claro que, formando parte de contingentes españoles, para ceñirnos a la práctica contemporánea, los componentes de la Guardia Civil no constituyen otra cosa que Policía Militar¹⁹⁶, y a casi

¹⁹³ Aunque, si que se ha sugerido sin mucho entusiasmo la posibilidad de crear tal tipo de legislación para las situaciones interinas que se han descrito STAHN, C. op.cit. p. 20, y en lo referente a la detención, que examinaremos en su momento.

¹⁹⁴ Esto parece oponerse al «Código de Conducta» antes analizado. Lo que caracteriza a cuerpos policiales como la KGB, o la extinta Guardia Nacional de Nicaragua es, precisamente el no estar sometidos a la ley común..

¹⁹⁵ Por ejemplo, y salvando las distancias, la Resolución 690 del Consejo de Europa, en su apartado C) «Guerra y otras situaciones de excepción-ocupación por una potencia extranjera», establece en su punto 1 que «En caso de guerra y ocupación enemiga, el funcionario de policía debe continuar

asumiendo su función de protección de las personas y de los bienes, en interés de la población civil. El no debe, pues, tener el status de combatiente, y las disposiciones de la tercera Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativas al tratamiento de prisioneros de guerra no le son aplicables». Naturalmente, este no es el caso de Kosovo, al menos desde una perspectiva legalista.

¹⁹⁶ Artículos 9.b) y 14.3 de la Ley Orgánica 2/86, y artículos 23 a 25 de la Ley Orgánica 5/2005, de la Defensa Nacional. Pero esto no es nuevo, ya el centenario Reglamento de Campaña recogía esta peculiaridad, y por poner un ejemplo, la Guardia Civil prestó servicios como policía militar durante la segunda Guerra Mundial en Rusia, integrados en la *Feldgendarmarie*. GARCÍA, J.

todos los efectos, especialmente a los que nos interesan ahora, tienen exactamente el mismo estatuto que el resto del contingente militar. Conviene dejar esto claro desde el primer momento, puesto que en la práctica se han producido, y se producen aún, muchos malentendidos¹⁹⁷. En definitiva, cualquier actuación de corte policial hacia el exterior¹⁹⁸, que pudieran llevar a cabo guardias civiles, o gendarmes, o carabineros integrados en contingentes militares como policía militar debe ser entendida como actuación policial o parapolicial de dichos contingentes militares, y no de misiones –de monitorización o ejecutivas– propiamente policiales del corte de las examinadas en un epígrafe anterior. Cuestión distinta es que como unidades especializadas tengan una doctrina diferenciada, lo que examinaremos más adelante al hablar de la AJP-3.2.3.3 y la APP-12, que contiene la doctrina de la OTAN en la materia, y que constituye también la española¹⁹⁹. Sentado esto, y aunque pueda parecer contradictorio con el razonamiento anterior, es sostenible que, en el ámbito de derecho internacional, en nada debería diferenciarse el marco legal general de actuación de una fuerza policial internacional ejecutiva de el de un contingente militar realizando las mismas funciones. Es lógico asumir que, si de lo que se trata es de prestar un servicio policial se constituirá un contingente a base de fuerzas policiales, y así se ha hecho en la práctica. No obstante, como he visto en el caso de Kosovo, de hecho, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas encomendó a las fuerzas militares la misión de realizar interinamente funciones policiales. No es éste, sin embargo, el primer caso. La UNEF I ya realizó de facto este tipo de funciones, básicamente de policía de seguridad, en la crisis de Suez de 1958, en Chipre la Policía Militar de Naciones Unidas estaba autorizada a realizar detenciones, UNTAC (Camboya), Ruanda, INTERFET (coalición desplegada en Timor), etc.²⁰⁰.

(1992) La Guardia Civil en al División Azul, García Hispán, Alicante.

¹⁹⁷ MARTINEZ GUILLEM, R. (2002), La Policía Militar en operaciones de mantenimiento de la paz. El caso de SFOR. En el libro «La función de asesoramiento jurídico militar y otros temas jurídicos militares», Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 91-101. Me parece pertinente la autocita, ya que creo que adelantaba esta cuestión, p. 91 «La inclusión masiva de fuerzas policiales entre los componentes de las operaciones de mantenimiento de la paz (...) plantea la conveniencia de delimitar algunas ideas que tienden a confundirse, y en particular cuestiones como los distintos papeles que puede jugar un instituto policial de naturaleza militar como es la Guardia Civil. Entran aquí en juego tres conceptos perfectamente diferenciables (...) que son el de policía civil, el de policía de naturaleza militar y el de policía militar. La Guardia Civil es, sin duda, las dos primeras cosas, y puede en determinadas circunstancias ser la tercera (...) de hecho, la Guardia Civil tiene una participación en diversos contingentes militares españoles (o

mas propiamente contingentes de Fuerzas Armadas) que se encuentran establecidos en el territorio de otros estados, en el desempeño de OMP, con funciones de policía militar que obviamente no desempeñan en territorio nacional. Además el Instituto, en este caso en su condición de cuerpo de policía civil en diversas OMP en misiones de CIVPOL ...»

¹⁹⁸ Es decir, no a fines internos para el mantenimiento del orden y disciplina de los contingentes, sino en el sentido que se examina en el presente trabajo.

¹⁹⁹ Aún en fase de borrador, el MADOC del Ejército de Tierra ha elaborado un manual, el PD4-901, sobre Policía Militar, que establece (p.IX) que para definir las actividades de la Policía Militar se han utilizado como referencia el A.J.P. 3.2.3.3 *Allied Military Police Doctrine* y el APP-12 *NATO Military Police Doctrine*.

²⁰⁰ OSWALD, B. (2006), *Addressing the institutional Law and Order Vacuum: Key Issues and Dilemmas for Peacekeeping Operations*, *New Zealand Armed Forces Law Review*, Vol 6, 2006, pp. 1-19, p. 3 a 6.

Además de esto, es patente que, en el curso de una misión internacional de carácter netamente militar, enmarcada en cualquiera de las modalidades antes examinadas, las fuerzas estrictamente militares –entre las que contamos, no lo olvidemos a la policía militar, sea de la procedencia que sea– pueden tener que hacer frente a alguna situación en la que el aspecto policial se superponga al militar. Ejemplos de ello serían situaciones tales como que en el curso de una operación de embargo de armas, encomendada a fuerzas militares según un mandato, se descubriera un alijo de sustancias estupefacientes, o de contrabando de cualquier otro tipo, o que en presencia de la fuerza militar se produjera un hecho, con caracteres delictivos, y grave, no relacionado directamente con la operación. Es evidente que ni en uno ni en otro de los supuestos planteados cabe solucionar la cuestión apelando al argumento «no es asunto nuestro». En tal caso, y ante la eventualidad de tener que intervenir, parece patente que deben predominar las consideraciones que se han efectuado en un epígrafe anterior en relación con los estándares de actuación y las reglas que deben imperar en una actuación policial llevada a cabo por un contingente internacional fuera de su territorio nacional²⁰¹. En nada debería influir, *prima facie*, el hecho de que se trate de fuerzas militares quienes lleven a cabo la acción. No obstante, y salvo que tenga expresamente atribuida la realización de funciones policiales, se planteará el problema, de cómo dar continuidad a esa acción pasándole el relevo a las autoridades territoriales competentes, sin malograr, por ejemplo, una investigación a largo plazo por una defectuosa entrega de pruebas o una quiebra en su cadena de custodia²⁰².

Con carácter general, habría que descartar toda participación premeditada en funciones de lo que hemos llamado policía judicial o criminal. Aún contando con personal adiestrado en los contingentes militares –por ejemplo los guardias civiles en funciones de policía militar– dicho adiestramiento siempre estará condicionado por la experiencia en el marco jurídico procesal del estado de origen. El resultado de inmiscuirse en los procedimientos internos de persecución criminal puede ser contraproducente²⁰³. Cuestión distinta es que no quede mas remedio que adoptar alguna medida, dentro de las posibilidades, cuando las autoridades locales o no pueden o no quieren hacer frente a la situación. En estos supuestos no cabe duda de que el marco jurídico aplicable, salvo el caso de ocupación o de conflicto armado, que examinaremos aparte, o salvo creación expresa de uno mediante el mandato, es el de la nación anfitriona en todos sus extremos aceptables según los tan mencionados estándares internacionales²⁰⁴. Casos concretos como la situación en Afganistán también merecen un apartado propio. La *Allied Joint Publication AJP-2.5(A)*, sobre *Captured Persons, Materiel and Documents*, aporta ciertas directrices al respecto, pero sin referencia a un procedimiento concreto²⁰⁵. Además todo este tipo de documentos debe ser interpretado con mucha precaución y siempre a la luz de una legalidad multiforme,

²⁰¹ OSWALD, B, (2006), *Adressing ...* op.cit. p. 10-11

²⁰² HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security. The Practice of International Peace Missions*. WLP, Nimega, p.113.

²⁰³ OSWALD, B, (2006), *Adressing ...* op.cit. p. 14-15.

²⁰⁴ OSWALD, B, (2006), *Adressing ...* op.cit. p. 9.

²⁰⁵ La *Allied Joint Publication AJP-2.5(A)*, sobre *Captured Persons Materiel and Documents*, sobre la que volveremos, incluye en su anexo F las *Guidelines for Handling Evidence*.

determinada no solo por el Derecho Internacional, sino por los derechos domésticos de las distintas naciones participantes. Más prometedor parecía a priori el borrador de *Guidelines for Criminal Procedure in Crisis Management Operations*, desarrollado por la Unión Europea²⁰⁶ como contribución a los trabajos de Naciones Unidas dirigidos a definir un marco jurídico subsidiario para las operaciones de seguridad e imposición de la paz, pero al fin y al cabo acaba siendo una recopilación de derecho convencional y principios ya vistos²⁰⁷.

Pero no son sólo las funciones de investigación de crímenes ya cometidos las que constituyen actividades policiales. Es precisamente en la otra faceta, de policía de seguridad, donde realmente se plantea la posible dimensión parapolicial de una operación militar. El DPKO distingue entre funciones de *law and order* y funciones de seguridad²⁰⁸. Entre éstas últimas y por lo tanto no estrictamente policiales estarían algunas actividades familiares y que veremos con mas detalle: control de movimientos mediante *checkpoints*, escoltas armadas, operaciones de cordón y búsqueda, control de masas y confiscación de armas. El enfoque mas ajustado es que, al menos en lengua inglesa, ley y orden se refiere a la tarea de la policía, mientras que «orden» a secas podría incluir las tareas de seguridad atribuidas a las fuerzas militares²⁰⁹. Es en este sentido como debemos entender el concepto que se ha empleado desde el principio de actividades parapoliciales.

3.3.2. *El enfoque militar y el enfoque policial: el terrorismo como ejemplo*

3.3.2.A. DOCTRINAS SOBRE EL USO DE LA FUERZA

Desde una perspectiva casi castrense, Dahl²¹⁰ subraya que el uso de la fuerza difiere en las actividades policiales y las militares. En el caso militar, las reglas van dirigidas a cumplir el primer propósito del enfrentamiento que no es otro que la derrota del enemigo. En el caso policial, las reglas tienen como principal objeto la resolución de un incidente a ser posible sin la pérdida de vidas y sin lesionar a los participantes, incluidos los criminales. Dicho de otro modo, lo policial se centra en incidentes mas o menos aislados –sin perjuicio de enmarcarlos en una estrategia o política de amplias miras– mientras que el concepto de derrota implica una visión a mas largo plazo y el uso legitimo de la fuerza, resultando no sólo legitimo, sino aceptable, el sacrificio de vidas –incluso de inocentes– en beneficio de un resultado deseado y necesario, con el único limite del principio de proporcionalidad. Se puede objetar a estas reflexiones que no toman en consideración aspectos esenciales del enfoque jurídico del proble-

²⁰⁶ Comisión Europea, Comité para los aspectos civiles de la gestión de crisis, 20 de mayo de 2002, doc. 9465/02.

²⁰⁷ GIUDICELLI-DELAGE, G. (2004), *Missions Abroad and Police Cooperation*, op.cit, p. 169.

²⁰⁸ *United Nations Department of Peacekeeping Operations, Peacekeeping Best Practices Unit, (2003) Handbook on United Nations Multidi-*

mensional Peacekeeping Operations, <http://www.un.org/Depts/dpko/lessons/>

²⁰⁹ OSWALD, B. (2006), *Adressing ...* op.cit. p. 12.

²¹⁰ DAHL, A.W. (2007), *Military assistance to the police in situations requiring the use of armed force*, <http://home.scarlet.be/~ismllw/new/2007> visitada el 15-02-09 a las 12:30h., p. 3-4

ma, como son las características de la misión desempeñada por tropas en el exterior –*peacekeeping, peace enforcement* etc–. Por otro lado, podemos distinguir, dentro de los delitos, entre los que se encuentran claramente encomendados al foro doméstico, y aquellos que son objeto de persecución universal. En cuanto a los primeros es obvio que no cabe otro enfoque que el policial, entendido en el sentido de la detención, recogida de pruebas, instrucción del procedimiento y eventual castigo de los responsables. No obstante, en lo que se refiere a los delitos objeto de persecución universal cabe hacer distinciones. En principio tales delitos están tasados, como hemos visto anteriormente y muchos de ellos sujetos al principio *aut dedere aut iudicare*. No obstante, entre ellos están algunas manifestaciones del fenómeno terrorista.

3.3.2.B. EL TERRORISMO COMO OBJETO AUTÓNOMO DE ATENCIÓN

a. Descripción de una amenaza.

El problema del terrorismo reside en su evolución, desde la acción individual, hasta la forma contemporánea, de redes u organizaciones, en ocasiones apoyadas por estados. No siendo éste un trabajo sobre el terrorismo, baste hacer referencia a unas ideas básicas. No existe una definición –o quizá sería mejor decir tipificación, perfectamente posible en el plano teórico, y más desde el Estatuto de Roma– del terrorismo, generalmente aceptada en el derecho internacional general. Los diversos intentos han fracasado por el componente político de la cuestión²¹¹, aunque cabe aproximarse al concepto a través de los distintos convenios internacionales que tratan de luchar contra las distintas manifestaciones del fenómeno terrorista²¹². En concreto,

²¹¹ DIAZ BARRADO, C.M. (2006), El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo. Cuadernos de Estrategia nº 133, «Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional», Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid pp.53-80, p. 56.

²¹² Los instrumentos convencionales relativos a la materia pueden ser de carácter regional o universal. Los primeros incluirían al Convenio de Washington para prevenir y sancionar los actos de terrorismo, de 1971, Convención Interamericana contra el terrorismo, de 2002, Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, de 1977, Convención árabe para la represión del terrorismo, Cairo 1998, Convención de la Organización de la Conferencia Islámica sobre la lucha contra el terrorismo internacional, Ouagadougou 1999, la Convención de la OUA sobre la prevención y lucha contra el terrorismo, Argel 1999, la Convención regional sobre la eliminación del terrorismo, Kathmandu 1987 y la convención interamericana contra el terrorismo, aprobada mediante Resolución de la Asamblea

General de la OEA de 3 de junio de 2002. Entre los de ámbito universal, hay que incluir el Convenio de Nueva York para la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 1973, los Convenios de Tokio sobre infracciones y otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, de 1963, el Convenio de La Haya para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, de 1970, el Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la aviación civil, de 1971, el Convenio de Nueva York contra la toma de rehenes, de 1979, el Convenio de Roma para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, de 1988, y el Protocolo de igual fecha para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, el Convenio de Nueva York para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 1997, y el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, de 1999.

Rodríguez-Villasante²¹³ tras examinar diversas aproximaciones que no hacen sino poner de manifiesto el problema, propone acudir a la definición del artículo 2.1.b) del Convenio Internacional para la represión de la financiación de del terrorismo, aprobado por la asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 54/109, de 9 de diciembre, que además de enumerar los actos que constituyen terrorismo a la luz de los tratados anteriores, incluye «cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo». Resulta notorio que esta definición es descriptiva y que es el elemento subjetivo de finalidad del acto lo que define a un acto de violencia como terrorismo. Ahora bien, esta definición pudiera ser compatible con la caracterización de un acto terrorista como acto de agresión en el sentido de la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General, como veremos, susceptible además, de poner en marcha el mecanismo de la legítima defensa del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas²¹⁴, dado que dicho artículo habla de un ataque armado y no dice que tenga que ser un estado el que lo perpetre²¹⁵. Teniendo en cuenta esta perspectiva, resulta claro que la respuesta al terrorismo puede enfocarse desde un punto de vista policial o bien del Derecho de los Conflictos Armados.

b. La perspectiva policial

Tradicionalmente, el terrorismo ha sido un problema policial, entendiéndolo o bien como un delito que reviste caracteres específicos –tipificándose como tal– o bien, sin estar expresamente tipificado, remitiéndose el correspondiente código penal a una serie de delitos tales como conspiración, asesinato, estragos, incendio, etc. En cualquier caso parece claro –aunque no sea una cuestión de derecho internacional– que en foro doméstico el terrorismo no debe tener otro enfoque que el policial, dirigido a la detención, recogida de pruebas y puesta a disposición judicial, con los matices, en relación con los distintos modelos policiales a los que se ha hecho referencia en los epígrafes precedentes. Ni siquiera el Protocolo Segundo a los Convenios de Ginebra impediría este enfoque en un contexto de conflicto no internacional.

La duda se plantea en cuanto a dos fenómenos relativamente recientes e interrelacionados, como son el apoyo de determinados estados a grupos terroristas que

²¹³ RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2006), Introducción a la obra colectiva «Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional», Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid pp. 11-38, p. 19.

²¹⁴ «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales»

²¹⁵ SHAH, N.A. (2007), *Self-defence, Anticipatory Self-defence and Pre-emption: International Law's Response to Terrorism*. *Journal of Conflict Security Law*, Vol. 12 nº 1, pp. 95-126, p. 104 y 105. También en GLAZIER, D.W. (2006), *Full and Fair by What Measure?. Identifying the International Law regulating Military Comission Procedure*, *Boston University International Law Journal*, vol 24:55, pp. 55-122, p. 66

actúan fuera de sus fronteras, y la creciente magnitud de los actos terroristas, que tuvo probablemente su cenit el 11 de septiembre de 2001. Como acertadamente señalaba Erickson²¹⁶ –antes de que tales hechos ocurrieran– nunca se había investigado seriamente una alternativa al enfoque policial en relación con el terrorismo esponsorizado por estados²¹⁷. No quiere decir esto que no existiera ya una corriente de opinión que lo estimaba una de la especies de la guerra o del conflicto armado, que sobrepasaba la respuesta meramente policial. Para empezar, como ya se ha razonado en el capítulo precedente, en el momento en el que el delito adquiere un carácter transnacional, la cooperación deviene pieza clave, y lo cierto es que el terrorismo no estaba considerado universalmente como delito. De hecho, como ya se ha señalado, la propia Interpol lo excluía de su ámbito de actuación, al considerar muchos estados que determinadas acciones violentas entraban dentro del concepto del llamado delito político. Otra pieza clave es el de la agilización de instrumentos como la extradición, que ha tropezado muchas veces con el mismo escollo.

Como ya se ha subrayado, a día de hoy no existe en absoluto un consenso internacional acerca de la definición misma del terrorismo. En tales condiciones, y a pesar de la evidente evolución que ha sufrido la materia, desde el punto de vista estricto del Derecho Internacional, buena parte de las dificultades en la cooperación permanecen. De ahí que resulte sugestivo acudir a la vía militar, no sólo por lo hasta ahora expuesto, sino por que los mecanismos de la respuesta –los medios, doctrina y tácticas– se estiman, *prima facie*, en general más expeditivos que los policiales, sin que esta última aseveración entrañe crítica alguna, ya que se hace referencia de nuevo a la diferencia entre enfoques o doctrinas entre lo militar y lo policial. No hay que olvidar que, hasta ahora, se ha planteado el tema desde una perspectiva comparativa de doctrinas, y es evidente que el uso contra terroristas domésticos de fuerzas, medios y técnicas militares por parte de estados soberanos, es una decisión sólo limitada por los distintos tratados o instrumentos de ámbito universal que limitan el uso de la fuerza incluso a efectos internos. Evidentemente la combinación de ambas perspectivas podría ser posible en un plano técnico, pero desde luego llevaría a la confusión. La razón principal, acaso, guarda relación con aspectos puramente de persecución criminal, y se manifiesta a diario en algunas de las operaciones internacionales en curso en las que participa España. Si la que se adopta es la perspectiva policial en la lucha contra el terrorismo, y no siendo este objeto de persecución universal –como género, no así en alguna de sus manifestaciones– es obvio que la persecución y eventual castigo de dichas conductas corresponde a las autoridades del estado en el que se llevan a cabo tales actos.

²¹⁶ ERICKSON, R.J. (1989), *Legitimate Use of Military Force Against State-sponsored International Terrorism*, Air University Press, Maxwell Air Force Base, Alabama, p. 49

²¹⁷ En este sentido, no podemos olvidar que la Resolución 3314 (XXIX) de la AGNU, arriba mencionada, que recoge la definición de la agresión, en su artículo 3 establece como uno de los supuestos de agresión «el envío por un Estado, o en

su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado, de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos.» Es lo que se ha dado en llamar «agresión indirecta», y a la que la sentencia sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua caracteriza como derecho internacional consuetudinario.

No obstante, conviene examinar algunas aproximaciones posteriores a los atentados del 11 de septiembre de 2001. Porque, como señala Glazier, a una distancia que permite descartar cualquier apasionamiento, *the transition from treating terrorism as a crime to treating terrorism as an armed conflict poses a unique set of legal challenges*²¹⁸. Este autor recuerda, muy acertadamente en nuestra opinión, que la única diferencia entre el atentado consumado en el *World Trade Centre*, y el abortado en 1993, no radica en la magnitud de lo planeado, ya que de haber tenido éxito la primera tentativa, el daño podría haber sido incalculablemente mayor en términos de vidas humanas. Por tanto, como dice lacónicamente este autor, *9/11 was simply better executed*²¹⁹. Las diferencias entre uno y otro acto parecen sin embargo claras si nos asomamos a las consecuencias. Tras el atentado frustrado de 1993, las fuerzas policiales convencionales iniciaron, y culminaron con éxito, una investigación que condujo a la captura, procesamiento y condena de los responsables, seis de los cuales purgan condenas de cadena perpetua sin posibilidad de remisión. El atentado de 2001 condujo a un conflicto armado, y al enfoque básicamente excepcional propio del mismo en cuanto a la captura y castigo de los responsables, dicho sea esto *grosso modo*, puesto que no se han descartado las medidas policiales convencionales. Consecuentemente, la cuestión no se agota en la mera confrontación con los grupos terroristas, o en el armamento o técnicas utilizadas, sino que debe responderse a la siguiente pregunta ¿y a continuación que hacemos? Es éste el aspecto práctico que a menudo se olvida, y que solo en el terreno o en el adiestramiento se descubre. Esta claro que si no proponemos una alternativa, *prima facie*, la opción más lógica es la entrega de detenidos y efectos intervenidos como posibles pruebas a las autoridades locales, tarde o temprano. Ello implica la necesidad, además de instrucciones operativas detalladas, tipo SOP (Procedimiento operativo estandarizado), de un adiestramiento específico para no malograr una posible investigación ulterior, pero incluso aconseja el no inmiscuirse en tales acciones posteriores a la confrontación, dejándolas en manos de las autoridades locales desde el principio. Por otro lado plantea también problemas graves desde el punto de vista no sólo ético, sino legal, pero que parecen tener mejor acogida en el capítulo posterior dedicado a la detención.

c. El enfoque del Derecho de los Conflictos Armados

Planteadas así las cosas, ¿cabe imaginar un escenario alternativo? En opinión de Erickson si, eliminados algunos desenfoques, a su modo de ver, repetidamente encontrados incluso entre la doctrina especializada²²⁰. El primero de estos desenfoques es el que se refiere al estatuto de los terroristas capturados. El razonamiento viene a ser que lo que procede, en última instancia, es el castigo de los mismos, y no el atribuirles la condición de prisioneros de guerra. Esta línea de razonamiento olvida que el Derecho de los Conflictos Armados, distingue claramente entre aquellos combatientes legítimos, acreedores al estatuto de prisionero de guerra, y

²¹⁸ GLAZIER, D.W. (2006), *Full and Fair by What Measure?. Identifying the International Law regulating Military Commission Procedure*, Boston University International Law Journal, vol 24:55, pp. 55-122, p. 57.

²¹⁹ GLAZIER, D.W. *ibid.*, p.65.

²²⁰ ERICKSON, R.J. (1989), *Legitimate Use of Military Force Against State-sponsored International Terrorism*, *op.cit.*, p. 50.

aquellos ilegítimos, por no reunir las condiciones del DIH, no acreedores a tal estatuto. Atendiendo a la naturaleza de la acción terrorista, caben pocas dudas de que quienes las ejecutan entrarían en ésta segunda categoría. El segundo desenfoque consiste en olvidar que el Derecho de los Conflictos Armados, o para ser más exactos, su quiebra, de hecho da lugar la persecución penal. La diferencia con respecto al enfoque policial clásico estriba en que, desmenuzando las acciones terroristas en quiebras individualizadas del Derecho de la Guerra, dicha persecución deja de estar ubicada en el ámbito doméstico y pasa al de la jurisdicción universal, como algunos otros. En este caso, y con matices que se considerarán en el siguiente capítulo, en principio cualquier estado está legitimado para ejercer la acción penal, y no solo el territorial. Y esto ya estaba planteado así antes de la creación de los diferentes tribunales penales internacionales.

Podemos encontrar un enfoque distinto, y bien fundamentado en otros autores como el ya mencionado Glazier, y en Pérez González. Estos enfoques tienen la ventaja de haber podido examinar la cuestión desde un punto de vista práctico y no básicamente teórico como en el caso de Erickson, cuyos análisis por lo demás resultan sorprendentemente frescos teniendo en cuenta que se produjeron mas de diez años antes de los hechos desencadenantes de toda esta revolución en la lucha contra el terrorismo.

Glazier estima, en definitiva, que la verdadera diferencia estriba en que de hecho, al Qaeda había declarado la guerra a los Estados Unidos y había atacado instalaciones militares y diplomáticas norteamericanas antes del 11-S, así como que, ya lo hemos visto, no se puede aseverar al ciento por ciento que no se pueda llevar a cabo una guerra contra actores que no constituyen un estado²²¹.

Pérez González, por su parte se muestra menos contemporizador. Aún admitiendo que guerra y terrorismo pueden coexistir esto no implica que se pueda aplicar el concepto de guerra a la lucha contra actores no estatales, sino en el contexto de un conflicto armado por así decirlo «real». Cada cosa tiene su marco legal específico y el de la lucha contra el terrorismo es el derecho de la paz, no el de la guerra²²².

²²¹ GLAZIER, D.W. (2006), *Full and Fair by What Measure?*. ... op.cit., p. 63 a 68. Resulta interesante el análisis de la *Authorization for the Use of Military Force* de 2001, del Congreso de los Estados Unidos, la cual autoriza al Presidente el uso de «*all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons (the President) determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons*». El debate que siguió al atentado puso en funcionamiento acelerado algunos cerebros que

empezaron a darse cuenta de cosas como que la carta de Naciones Unidas no dice que el ataque armado que puede poner en marcha la legítima defensa tenga que provenir de un estado. En cualquier caso, este autor no entra en discusiones estériles, sino que, admitiendo que el enfoque básicamente de conflicto armado que en definitiva se adoptó por la administración norteamericana debía ser consecuente consigo mismo y por tanto aplicar el DIH sin excepcionarlo cuando convenía.

²²² PEREZ GONZALEZ, M. (2006), Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el Derecho Internacional Humanitario. Cuadernos de Estrategia Ministerio de Defensa, núm. 133, pp. 83-105, p. 86 a 90.

Para completar las distintas perspectivas que pueden ayudar a definir las vías de lucha contra el terrorismo, no podemos olvidar la apuntada por Pignatelli en relación con la posible inclusión del mismo en el concepto de crímenes de lesa humanidad del artículo 7 del Estatuto de Roma²²³. En suma, su conclusión que no podemos sino compartir, excluye tal posibilidad, por razones análogas a las ya examinadas en relación con la perspectiva policial, y básicamente la imposibilidad de alcanzar un consenso en cuanto a la definición de terrorismo. No obstante el mismo autor subraya la Resolución E del Anexo I al Acta final de la Conferencia Diplomática de Roma la cual reconoce que «los actos terroristas, por quienquiera y dondequiera que sean perpetrados y cualesquiera que sean sus formas, métodos o motivos, constituyen graves crímenes de trascendencia para la comunidad internacional» manifestándose «profundamente alarmada» por la persistencia del fenómeno y deplorando expresamente, y esto es lo importante «que no se haya podido llegar a un acuerdo sobre una definición generalmente aceptable de los crímenes de terrorismo para que quedaran incluidos en el ámbito de competencia de la Corte. No obstante, el mismo documento recomienda que en una Conferencia de Revisión, de conformidad con el artículo 123 del Estatuto se examinen los crímenes de terrorismo con miras a llegar a una definición generalmente aceptable y a que queden comprendidos en una lista de crímenes de competencia de la Corte. Este mismo autor completa su razonamiento argumentando que el terrorismo *per se* no constituye tampoco un crimen de guerra, de conformidad con el artículo 8 del mismo Estatuto. No obstante, como hemos visto en el razonamiento, absolutamente compatible con el que ahora examinamos, de Erickson, no es el terrorismo en sí lo que permite que entre a jugar el Derecho de los Conflictos Armados y su posible quiebra, sino su desmenuzamiento en diversas actividades que si entrarían en el concepto de crímenes de guerra, y aprovechando el mismo razonamiento, en el de crímenes de lesa humanidad del artículo 7 del Estatuto.

d. El uso de fuerzas militares en la lucha contra el terrorismo y el TEDH.

A partir del 11 de septiembre de 2001, en las declaraciones públicas de las autoridades ejecutivas de EEUU, y en sus actos de gobierno, comenzó a aparecer con profusión el concepto de la guerra al terrorismo, entendida, como se ha podido ver en los años siguientes, no como una mera expresión vulgarizadora del término guerra, sino en su estricto sentido como conflicto armado²²⁴. En tal contexto, la práctica ha demostrado que el gobierno de los EEUU quería implicar una especie de movilización total de recursos policiales, de inteligencia, y evidentemente militares en la lucha contra la organización Al Qaeda y sus ramificaciones, propias de una visión de la seguridad nacional que no admite límites precisos entre lo policial y lo militar. De este modo, ante una crisis motivada por el mayor atentado terrorista que se ha conocido, no solo por el número de víctimas, sino por su espectacularidad, se podría haber llegado a

²²³ PIGNATELLI MECA, F. (2006) El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen guerra en el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Cuadernos de Estrategia Ministerio de Defensa, núm 133, pp. 207-249, p.247.

²²⁴ GLAZIER, D.W. (2006), *Full and Fair by What Measure?*. ... op.cit., p. 63. Este

autor subraya el error de haber hecho uso de la expresión *war on terror*, en vez de emplear otra mucho mas ajustada a la realidad, que es la de *War Against al Qaeda and the Taliban*, por que ésta sí identifica un enemigo, premisa para hablar de guerra en términos jurídicos y no pasionales.

una síntesis de las dos perspectivas antes analizadas; la policial y la del Derecho de los Conflictos Armados. Aún es pronto para juzgar si se aprovechó o no la oportunidad. No obstante, como ya hemos visto al examinar someramente el modelo policial británico, el uso directo de unidades militares en funciones antiterroristas no es nada nuevo ni siquiera en el ámbito europeo. Así, la creación del Regimiento para la Defensa del Ulster en 1970, o el empleo del SAS, han sido moneda corriente en el proceso, y hasta ha sido objeto de examen por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varias ocasiones. Parece pertinente hacer referencia a dos sentencias bastante llamativas, por que ante todo no ponen objeciones a dicho empleo de fuerzas, y sin embargo aportan algunas pistas acerca de los límites de dicho empleo desde una perspectiva estrictamente policial.

La primera es la sentencia del caso McCann y otros contra el Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995. Los hechos sobre los que esta se basa son muy parecidos a los de la sentencia que examinaremos a continuación: En marzo de 1988, tres miembros del IRA, dos hombres, McCann y Savage, y una mujer, Farrell, acudieron a Gibraltar para llevar a cabo un atentado con explosivos. Pero las autoridades locales tenían conocimiento previo y los tres terroristas fueron abatidos por miembros del SAS. El tribunal, por una ajustada mayoría de diez votos contra nueve, entendió que existió vulneración del artículo 2 del Convenio, ya que no se había impedido la entrada de los terroristas en Gibraltar y se había utilizado la fuerza de forma inmediata, sin contrastar las intenciones de los terroristas. En definitiva, se sostiene que, a diferencia de la limitación de otros derechos, posible en caso de necesidad, la del derecho a la vida solo puede producirse cuando sea «absolutamente necesario». En cualquier caso, no se interpreta por el Tribunal que hubiera un plan preconcebido por parte del Gobierno británico para matar a los terroristas en lugar de detenerlos, ni se fija indemnización en favor de los demandantes, toda vez que se considera probado que los fallecidos iban a perpetrar un atentado terrorista. Este asunto tuvo una gran repercusión pública en su día, y ha sido muchas veces esgrimido como ejemplo de política de mano dura contra el terrorismo satisfactoriamente dirigida y ejecutada²²⁵.

Por su parte, la Sentencia de 4 de mayo de 2001 (Kelly y otros contra el Reino Unido)²²⁶, plantea una serie de aspectos de particular interés, relacionados con la

²²⁵ Un completo análisis de ésta Sentencia en MANZANO SOUSA, M. (2001), Comentarios a la STEDH de 27 de septiembre de 1995 (caso McCann y otros contra el Reino Unido). La fuerza armada en un caso límite: la amenaza terrorista en Gibraltar, Dykinson, Madrid.

²²⁶ Demanda 300054/96. Resumidamente, los hechos son los siguientes: a través de informaciones previas, se tuvo conocimiento por parte de las autoridades de que el día 8 de mayo de 1987, la organización terrorista autodenominada Ejército Republicano Irlandés (*Irish Republican Army* o IRA), iba a perpetrar un atentado contra un puesto de la Real Policía del Ulster (*Royal Ulster Constabulary* o RUC) en Loughgall, condado de Armagh. En la fecha mencionada, tres miembros del RUC y

veinticuatro soldados del SAS (*Special Air Service*) se apostaron dentro y en las proximidades del puesto de policía. Algunos de los soldados iban sin uniforme y, en general, se ocultaron en diversas zonas boscosas. En efecto, el ataque tuvo lugar, iniciándose el tiroteo por parte de uno de los presuntos miembros de IRA, fuego que fue respondido sin mediar palabras por la fuerza del SAS, y en el que se implicaron otros miembros del comando terrorista. También se produjo una explosión, que afectó gravemente al puesto de policía, produciendo heridos. En el curso del tiroteo murieron todos los miembros del comando terrorista, además de un civil, Anthony Hughes, sin conexión alguna con el IRA o su acción. También resultaron heridos varios soldados y dos policías del RUC. Aunque el

actuación y el uso de la fuerza con resultado de muerte por parte de fuerzas militares en funciones policiales, y merece un estudio detenido. En relación con la presunta violación del artículo 2 del Convenio²²⁷, los demandantes sostenían que la muerte de sus allegados era resultado de un innecesario y desproporcionado uso de la fuerza por los soldados del SAS, inmerso en una política de *tirar a matar* practicada deliberadamente por el gobierno del Reino Unido en Irlanda del Norte. Ello implicaría, en el caso examinado, que el objetivo de la operación policial era matar a los implicados en el atentado terrorista, o bien que fue tan negligente que debía producir ese resultado. Llegaban a estas conclusiones partiendo del hecho de que no se hizo ningún intento por detener a los implicados antes del incidente, a pesar de contar con información previa, y de que la operación fuera conducida como una emboscada. Se produjo también una intensidad de fuego desproporcionada por parte de los soldados (se recogieron 600 casquillos disparados por ellos, pero hay motivos para pensar que hicieron más de 2500 disparos). Además tres de los muertos estaban desarmados. De otra parte, la investigación policial, según los demandantes, demostraría la connivencia del estado, ya que ningún soldado fue arrestado, ni se les tomó declaración hasta días después, permitiéndoseles abandonar el lugar de los hechos. Asimismo, sostenían los demandantes que el Tribunal debía oír los testimonios de los soldados y los policías implicados en la investigación, de cara a establecer los hechos. Otro argumento esgrimido era que no había existido ninguna investigación efectiva por parte de las autoridades, conforme a los estándares internacionales determinados por el Protocolo de Minnesota (al que más adelante se hará referencia), y que la investigación por parte del RUC (*Royal Ulster Constabulary*) fue inadecuada y carente de independencia,

comando del IRA, que empleó una furgoneta para el ataque, iba dotado de múltiples armas, algunos de sus miembros iban desarmados en el momento de su muerte. Tan pronto finalizó el tiroteo, los policías del RUC y los veinticuatro soldados del SAS fueron evacuados a sus cuarteles. En cuanto a las investigaciones llevadas a cabo sobre los hechos son las siguientes: a) Una investigación policial llevada a cabo por el Departamento de Investigación Criminal del RUC, a partir del día 8 de mayo de 1987, con intervención de las armas empleadas por el SAS en la acción (día 8 de mayo), toma de declaraciones a los soldados (entre el 9 y el 12 de mayo), y examen forense de los cadáveres, entre otras diligencias. En el lugar de los hechos se recogieron 678 casquillos, de los cuales 78 correspondían a disparos efectuados por las armas del comando del IRA. Las declaraciones de los soldados del SAS que efectuaron los disparos señalaban la existencia de movimientos o manipulación de objetos por parte de los miembros del comando que se encontraban desarmados en el momento de su muerte que, en el curso del tiroteo, ellos interpretaron como ataques, agresiones o manipulación de armas de fuego, motivo por el que dispararon. b) Un informe sobre el conjunto de la investigación policial fue remitido al *Director of Public Prosecution for Northern Ireland*, el 21 de julio

de 1988, quien el 22 de septiembre del mismo año resolvió no ejercer acusación penal contra ningún involucrado en el tiroteo. La figura del DPP es lo más parecido que existía en Irlanda del Norte o en Gran Bretaña a la figura del fiscal, pero se limita a trabajar sobre las investigaciones y pruebas que le proporciona la policía, teniendo la posibilidad de decidir si se ejerce la acusación o no con bastante libertad. c) Una encuesta llevada a cabo por el *coroner*, con un jurado de 10 miembros. El 9 de mayo de 1990, las declaraciones tomadas durante la investigación policial del hecho fueron remitidas al *coroner*. No obstante varias cuestiones formales, dieron lugar a diversos aplazamientos, de forma que la vista no se inició hasta el 30 de mayo de 1995, es decir, *siete años* después de los hechos. Los familiares de seis de los muertos contaron con asistencia letrada (*counsel*). Esta solicitó el acceso a pruebas al inicio del procedimiento, lo que le fue denegado. En el curso de la encuesta no compareció ninguno de los soldados del SAS implicados. La encuesta concluyó que los nueve fallecidos habían muerto como consecuencia de múltiples heridas de bala, el 2 de junio de 1995. d) Acciones civiles emprendidas por las familias de los fallecidos, contra el Ministerio de Defensa británico, y aún en curso en el momento de la sentencia.

²²⁷ Cfr. párrafos 83 a 86 de la sentencia.

viéndose el papel propio del DPP (*Director of Public Prosecution*) limitado por la investigación del RUC. Aparte de esto, el DPP no hizo públicas las razones por las que no ejerció la acusación. La encuesta llevada a cabo estuvo condicionada por los aplazamientos, lo limitado de sus objetivos, la ausencia de asistencia legal, la imposibilidad de acceder a documentos y declaraciones de testigos, la no comparecencia de éstos últimos y el uso de certificados de inmunidad por interés público.

En relación con la presunta violación del artículo 6.1 del Convenio²²⁸, argumentaban los demandantes que sus allegados fueron arbitrariamente muertos en circunstancias en las que una detención era posible, y que las muertes se produjeron de forma deliberada como alternativa a la detención. Hacen referencia a la preocupación expresada, entre otras organizaciones, por Amnistía Internacional, relativa a que las muertes producidas por las fuerzas de seguridad en Irlanda del Norte reflejan una política deliberada de eliminar a los sospechosos antes que detenerlos y poner en marcha un procedimiento penal. La línea de defensa del Gobierno británico es simple: consistió en negar las acusaciones que derivan de una *interpretación* de los datos objetivos, mediante un razonamiento paralelo. Por ello, no parece necesario comentario alguno²²⁹. En cuanto a los hechos propiamente dichos, es decir, aquellos que eran discutidos y en consecuencia no estaban fijados –los referidos al tiroteo y las circunstancias que lo rodearon– el Gobierno británico planteaba una cuestión formal al no haberse producido un agotamiento de los recursos internos. No obstante, es evidente que el Gobierno británico temía un pronunciamiento que pusiera en cuestión su política antiterrorista en Irlanda del Norte²³⁰. No sería la primera vez que recibiera un varapalo del TEDH en este campo²³¹. En cuanto a la normativa y práctica aplicables al caso la Sentencia cita como de carácter interno básicamente la legislación de Irlanda del Norte, salvo algunas excepciones²³². En cuanto a la de carácter internacional, la Sala menciona la siguiente normativa y práctica²³³:

²²⁸ Cfr. parágrafo 141 de la sentencia.

²²⁹ Cfr. párrafos 87, 142, 147 y 152 de la sentencia.

²³⁰ Por ejemplo, así se deduce de lo recogido en el parágrafo 88 de la sentencia *«Insofar as the applicants invited the Court to find a practice of killing rather than arresting terrorist suspects, this allegation was emphatically denied. The Government submitted that such a wide ranging allegation calling into question every anti-terrorist operation over the last thirty years went far beyond the scope of this application and referred to matters not before this Court»*. Se trasluce aquí un comprensible temor a que el Tribunal se convierta en cancha para una *causa general* contra la política y la legislación antiterrorista de Gran Bretaña.

²³¹ Como ya se ha adelantado, algunas sentencias del Tribunal han tenido un notable efecto. La sentencia del caso *Brogan* determinó un fuerte revés a la legislación antiterrorista británica, en cuanto, entre otras cuestiones, a la duración de las detenciones. El caso *McCann* va mas allá, ya

que la sentencia fallaba que el Reino Unido había transgredido el artículo 2 del Convenio en su aspecto sustantivo, es decir, que había violado el derecho a la vida.

²³² Siendo las normas mas importantes, de entre las mencionadas, las siguientes Cfr. párrafos 47 a 74 de la sentencia, el artículo 3 de la *Criminal Law Act* para Irlanda del Norte, de 1967, en cuanto al uso de la fuerza para prevenir el delito, la *Coroners Act* de 1959 y las *Coroners (Practice and Procedures) Rules* de 1963, ambas para Irlanda del Norte, relativas a la encuesta en los casos de muerte violenta, la Circular del *Home Office* N° 20/99, relativa a la revelación de documentos, la *Police Order* de 1987, para Irlanda del Norte, en cuanto que regula la *Independent Comission for Police Complaints* (actualmente sustituida por el *Police Ombudsman for Northern Ireland*, al amparo de la *Police Act* de 1998, y la *Prosecution of Offences Order* de 1972, para Irlanda del Norte, que regula la figura del *Director of Public Prosecutions*.

²³³ Cfr. párrafos 75 a 81 de la sentencia.

- Los Principios Básicos de Naciones Unidas sobre el Uso de la Fuerza y las Armas de Fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir las leyes, adoptadas por el 8º Congreso de Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes, el 7 de septiembre de 1990.
- Recomendaciones del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, recogidas en su Resolución 1989/65 sobre la eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.
- El Protocolo de Minnesota, que recoge un modelo estandarizado de investigación de tales hechos.
- Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, realizado tras su visita al Reino Unido, el 13 de enero de 2000.

La sentencia, en relación con la presunta violación del artículo 2 del Convenio, comienza el Tribunal por sentar los principios generales aplicables al caso:

- El derecho a la vida es uno de los aspectos más importantes del Convenio, no susceptible de derogación en tiempo de paz conforme al artículo 15 del mismo.
- El artículo 2 debe ser interpretado de forma que sus garantías sean prácticas y efectivas²³⁴.
- Las privaciones del derecho a la vida deben ser sometidas, en consecuencia, al más cuidadoso escrutinio, tomando en consideración no solo las acciones de los agentes del Estado, sino también todas las circunstancias concurrentes. En el caso de que los hechos se encuentren totalmente o en gran parte bajo el control del Estado, hay que aceptar una serie de fuertes presunciones de hecho en el supuesto de muerte o heridas, correspondiendo la carga de la prueba a las autoridades²³⁵. Son éstas las que deben dar una explicación convincente sobre lo ocurrido.
- El artículo 2 no sólo protege el derecho a la vida, sino que contempla las situaciones en las que un uso de la fuerza, con el resultado de muerte, puede estar permitido. En tales casos debe realizarse un cuidadoso examen acerca de si el uso de dicha fuerza era, en las circunstancias del caso, absolutamente necesario²³⁶.

²³⁴ Cfr. párrafo 91 de la sentencia. Es aquí donde se hace una primera referencia a la Sentencia del caso McCann y otros contra el Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995, ya examinada.

²³⁵ Cfr. párrafo 92 de la sentencia.

²³⁶ Cfr. párrafo 93 de la sentencia, que invoca los párrafos 148 y 149 de la sentencia McCann, ya citada. Dada la trascendencia de la cuestión tratada –los límites en el uso de la fuerza– me parece interesante transcribir estos últimos:

«148. *The Court considers that the exceptions delineated in paragraph 2 (art. 2-2) indicate that this provision (art. 2-2) extends to, but is not concerned exclusively with, intentional killing. As the Commission has pointed out, the text of Article 2, read as a whole, demonstrates that paragraph*

2 does not primarily define instances where it is permitted to «use force» which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life. The use of force, however, must be no more than «absolutely necessary» for the achievement of one of the purposes set out in sub-paragraphs a, b or c ...»

«149. *In this respect the use of the term «absolutely necessary» in Article 2 para. 2 indicates that a stricter and more compelling test of necessity must be employed from that normally applicable when determining whether State action is «necessary in a democratic society» under paragraph 2 of articles 8 to 11 of the convention. In particular, the force used must be strictly proportionate to the achievement of the aims set out in sub-paragraphs 2 a), b) and c) of Article 2:»*

- La obligación por parte del Estado de proteger el derecho a la vida conforme al artículo 2, implica también, en una interpretación conjunta del artículo 1 del Convenio, la obligación de alguna forma de investigación oficial efectiva en caso de muerte por uso de la fuerza. La forma concreta de esa investigación puede variar, aunque las autoridades deben actuar de oficio²³⁷.
- Las personas responsables de la investigación deben ser independientes, implicando no solo ausencia de relación jerárquica o institucional con los implicados en los hechos, sino también una independencia en la práctica²³⁸.
- La investigación debe ser además efectiva, en el sentido de que sea susceptible de conducir a una conclusión acerca de si el uso de la fuerza estaba o no justificado, en las circunstancias concretas, y además, en su caso, a la identificación y castigo de los responsables. Esto no implica una obligación en cuanto al resultado, sino en cuanto a los medios que deben emplearse²³⁹.
- Hay implícita en esta obligación de investigar un requisito de razonable celeridad²⁴⁰.
- Debe en todo caso haber en la investigación un elemento de publicidad que puede variar según el caso. Pero siempre los parientes próximos de la víctima deben tener acceso al procedimiento²⁴¹.

En cuanto a la aplicación al caso examinado, la Sala comienza por excusarse de pronunciamiento sobre la legalidad del uso de la fuerza en el caso planteado, con el argumento de la subsidiariedad de su cometido respecto de los remedios internos del Estado. Por otro lado está el aspecto procedimental derivado del artículo 2 del Convenio, consistente en la obligación de investigar adecuadamente las muertes violentas producidas por acción de los agentes del Estado. En este punto, el Tribunal cuida de distinguir la investigación policial, la participación del ministerio público, y la del *coroner*²⁴².

²³⁷ Cfr. párrafo 94 de la sentencia.

²³⁸ Cfr. párrafo 95 de la sentencia.

²³⁹ Cfr. párrafo 96 de la sentencia.

²⁴⁰ Cfr. párrafo 97 de la sentencia.

²⁴¹ Cfr. párrafo 98 de la sentencia.

²⁴² La Sala entiende que, si bien en cuanto a la manera de conducir la investigación *policial* no existen indicios de irregularidades vulneradoras del Convenio (párrafo 113 de la sentencia), no se puede decir lo mismo en relación con la exigencia de independencia o imparcialidad de quienes deben llevar a cabo dicha investigación, toda vez que los agentes que investigaron el caso estaban conectados «*aunque indirectamente, con la operación bajo investigación*», ya que se trataba de agentes del RUC, cuerpo que sin duda estuvo directamente implicado en la operación conjunta (párrafo 114). Por otro lado, la investigación –todavía en la fase policial– no tuvo publicidad y no se permitió el acceso a ella a los demandantes o familiares de las víctimas. La Sala entiende que esto no iría necesariamente en contra del Convenio, toda vez que las investigaciones policiales implican una gran

acumulación de datos, la divulgación de algunos de los cuales puede tener efectos perjudiciales para las personas o la propia investigación, pero parece condicionar esta licitud a que la debida publicidad se produzca en otras fases de los procedimientos disponibles (párrafo 115). Otra cuestión es la ejecutoria del *Director of Public Prosecution*. La Sala no duda de su independencia, ni pone peros a su actuación bajo el prisma de la legislación nacional aplicable (en este caso la de Irlanda del Norte), que excusa a la fiscalía de la obligación de dar razones de su eventual decisión de no ejercer la acusación. Sin embargo, estima que tal tipo de decisiones deben ser motivadas so pena de incumplimiento del artículo 2 del Convenio. Según el Tribunal, el funcionario que decide si a alguien se le acusa o no debe dar sensación de independencia y el procedimiento empleado en el caso que nos ocupa no parece que pueda conducir a la confianza pública. Hubo nueve muertos y esto parece exigir alguna explicación, excusable solo si tal información va a estar disponible mas adelante de alguna otra forma, pero tal cosa no ocurrió con los muertos de Lough-

En definitiva, y como consecuencia de los razonamientos arriba recogidos, el Tribunal concluye que los procedimientos para la investigación del uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad demostraron en este caso los siguientes defectos²⁴³:

- Falta de independencia por parte de los agentes de policía que investigaron los hechos, respecto de las fuerzas involucradas en el incidente.
- Falta de publicidad, y de información a las familias de las víctimas, respecto de las razones por las que el *Director of Public Prosecutions*, decidió no ejercer acusación contra ningún soldado.
- La encuesta del *coroner* no permite llegar a ningún veredicto o fallo que asegure la acción penal respecto de cualquier delito que pudiera desvelarse.
- Los soldados que dispararon contra las víctimas no pudieron ser requeridos para comparecer en la encuesta como testigos.
- La ausencia de vista y examen de las declaraciones de los testigos antes de la comparecencia de éstos en la encuesta, perjudicó la capacidad de los demandantes para participar en la encuesta y contribuyó a que se produjeran largos aplazamientos en los diferentes procedimientos.
- Los procedimientos de encuesta no comenzaron con prontitud ni se siguieron con razonable diligencia.

El Tribunal se abstiene de especificar qué procedimientos son los adecuados para cumplir con las exigencias derivadas del artículo 2 del Convenio, y admite que cuando estos procedimientos implican a diversas autoridades –como es el caso de Irlanda del Norte– pueden llegar a satisfacer tales exigencias si proveen de las nece-

gall. Tal razonamiento, como otros que veremos mas adelante, pone en cuestión no tanto la actuación del funcionario como el sistema en sí (parágrafos 116 a 118 de la sentencia). En cuanto a la encuesta ante el *coroner*, la Sala, como en otras partes de la Sentencia, establece un paralelismo con el caso McCann, con el que tiene una serie de puntos en común, como ya se ha dicho. Sin embargo, mientras que en el caso McCann el Tribunal entendió que la encuesta del *coroner* en Gibraltar satisfacía los mínimos exigidos por el artículo 2 del Convenio, no ocurre lo propio en este caso (parágrafo 119). De nuevo, las reconveniones de la Sala van no tanto contra la actuación del funcionario individual, quien se limita a aplicar la legislación vigente en Irlanda del Norte, como contra la legislación misma, aunque sin expresarlo de esta forma. A diferencia de lo ocurrido en el caso McCann, las encuestas en el Ulster solo pueden ir dirigidas a averiguar la identidad del muerto, y el lugar, fecha y causa de la muerte. Esto unido a la ausencia de obligación de dar explicaciones por parte del DPP, ya examinada, implica en la práctica la ausencia de un procedimiento de oficio tendente a determinar la

identidad y, en su caso, a ejercer la acusación contra los posibles responsables de las muertes, por lo que la encuesta ante el *coroner*, en Irlanda del Norte –no así en otros lugares del Reino Unido– no reúne los requisitos procedimentales exigidos por el artículo 2 del Convenio. Hay que añadir a esto la falta de información en cuanto a la posibilidad de contar con asistencia legal, la inaccesibilidad, para los parientes de las víctimas, de la documentación sobre el caso, la ausencia de los soldados implicados en la operación (los cuales no están obligados a comparecer según, de nuevo, la legislación interna) y los múltiples y en ocasiones injustificados aplazamientos que sufrió la encuesta. Este último aspecto es objeto de una especial atención por parte de la Sala, la que estima que, aunque los interesados contribuyeron en algunos casos al retraso sufrido por la investigación, o lo consintieron, no se debe olvidar que ello no excusa a las autoridades del deber de conducir la investigación con la razonable celeridad, la cual en este caso no se ha producido, con la consiguiente quiebra de las obligaciones impuestas por el artículo 2 del Convenio.

²⁴³ Cfr. parágrafo 136 de la sentencia.

sarias garantías, aunque en el caso examinado éstas no concurren²⁴⁴. Tales defectos en cuanto a transparencia y efectividad juegan en contra del propósito, expresamente identificado por la jurisprudencia del Reino Unido, de eliminar sospechas y rumores. Los procedimientos adecuados son indispensables para mantener la confianza pública, y la ausencia de tales procedimientos puede dar pie a sospechas de motivaciones siniestras, como demuestran las denuncias realizadas por los demandantes en cuanto a la existencia de una política de «tirar a matar»²⁴⁵. En fin, el Tribunal estima que ha existido un defecto en el cumplimiento de las obligaciones procedimentales derivadas del artículo 2 del Convenio y que ha habido, a este respecto, una violación de dicho artículo²⁴⁶.

A la hora de sacar algunas conclusiones parciales, solo cabe hacer un análisis de la cuestión de fondo planteada, es decir, la investigación de los supuestos en los que, debido al uso de la fuerza por parte de cuerpos militares en funciones policiales, se produce un resultado de muerte, lesiones, etc. y en general, el control de la actividad policial. En primer lugar aparece claro que la mera existencia de una panoplia de recursos aparentemente complementarios no sirve para satisfacer las exigencias procedimentales derivadas del artículo 2 del Convenio. El sistema examinado de investigación para estos casos resulta opaco²⁴⁷. Como conclusión más general se puede extraer que la actuación policial, cuando hay un resultado de muerte, y a la luz del Convenio, debe estar sometida al más amplio escrutinio público, aunque admite un cierto grado de confidencialidad en las primeras fases de la investigación, con objeto de no malograrla o no perjudicar intereses generales. Por otro lado, el propio sistema policial de corte anglosajón queda un tanto en entredicho, y se pone en evidencia que, incluso cuando una investigación policial ha sido bien llevada, como reconoce la propia sentencia²⁴⁸, puede venirse abajo por un concepto de la relación entre poderes que choca con los estándares internacionales fijados, entre otros instrumentos, por el Convenio de 1950 y sus protocolos.

²⁴⁴ Cfr. párrafo 137 de la sentencia.

²⁴⁵ Cfr. párrafo 138 de la sentencia.

²⁴⁶ Cfr. párrafo 139 de la sentencia. También, conforme a los párrafos 160 a 165 de la sentencia, el Tribunal puede, al amparo del artículo 41 del Convenio, fijar una indemnización a favor de los demandantes en caso de violación de aquel. En el caso que nos ocupa, el Tribunal establece de nuevo un paralelismo con el caso McCann, ya mencionado varias veces. En aquella ocasión no se fijó indemnización alguna, a pesar de apreciarse una violación del artículo 2 del Convenio, ya que se había demostrado que las víctimas iban a cometer un atentado terrorista. Sin embargo, en este caso el Tribunal estima que el defecto en el cumplimiento con la obligación de llevar a cabo una inmediata y efectiva inves-

tigación, debe haber producido en los demandantes sentimientos de frustración, sufrimiento y ansiedad, daño no pecuniario que no quedaría compensado tan sólo con la sentencia. Por ello fija una indemnización de 10.000 libras esterlinas para cada demandante.

²⁴⁷ Como señala el párrafo 117 de la sentencia: «...it is of increased importance that the officer who decides whether or not to prosecute also gives an appearance of independence in his decision-making.» El párrafo 118 añade: «In this case, nine men were shot and killed, of whom one was unconnected with the IRA and two others at least were unarmed. It is a situation which, to borrow the words of the domestic courts, cries out for an explanation.»

²⁴⁸ Cfr. párrafo 113 de la sentencia.

3.4. La perspectiva practica: incidencia del problema en las operaciones internacionales

3.4.1. Actividad policial vs. actividad parapolicial

3.4.1.A. LA EXCEPCIONALIDAD DEL EJERCICIO DE FUNCIONES POLICIALES

Hasta ahora se ha hecho referencia a diversos ámbitos de actuación parapolicial muy específicos, como el terrorismo o a la existencia de un mandato por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, pero como regla general se puede aseverar que las fuerzas militares no están llamadas a ejercer ninguna actividad propiamente policial mas que de forma muy tangencial y con carácter auxiliar²⁴⁹. El propio documento base sobre el uso de la fuerza en el seno de la OTAN, el MC 362, establece esta regla: «11. *Civilian law enforcement is not a NATO function. During NATO/NATO-led military operations the situation may arise, however, where NATO/NATO-led forces, when specifically directed by the NAC/DPC in accordance with an international mandate (e.g. a UNSCR), may become involved in support or the conduct of civilian law enforcement functions. In such exceptional circumstances, the extent of the NATO/NATO-led forces' involvement will be determined by the political direction given by the NAC/DPC, and specified in the NATO Strategic Commander's (SC's) OPLAN/ROE*». La experiencia práctica demuestra que, salvo las eventuales excepciones que el propio MC 362/1 recoge, en los diferentes planes de operaciones se repite esta misma limitación. En todo caso, del conjunto de directrices aplicables al caso se deduce que tal intervención tendrá un carácter muy secundario y rudimentario²⁵⁰. Además, hay que tener en cuenta los diferentes marcos jurídicos relevantes para una operación concreta que incluyen, además del determinado por el mandato y los posibles tratados internacionales, como ya hemos visto, el de cada una de las naciones que contribuyen con tropas, puesto que en algunos casos tienen prohibida la participación en tal tipo de actividades. No acaba aquí la doctrina de la OTAN sobre el particular. En principio, descartada la participación directa de la fuerza militar en misiones policiales, la parte residual de éstas que pudiera teóricamente sobrevenir, estaría encomendada a la policía militar. La mayor parte de estas responsabilidades estarían vinculadas básicamente a dos sectores, que son el ejercicio de la autoridad entre los propios contingentes desplazados, en virtud del principio de bandera o el SOFA, el cual ha sido descartado como objeto de interés para éste trabajo, y la seguridad de la fuerza. El ejercicio de las funciones policiales normales, salvo en casos

²⁴⁹ DAHL, A.W. (2007), *Military assistance to the police in situations requiring the use of armed force*, <http://home.scarlet.be/~ismllw/rew/2007> visitada el 15-02-09 a las 12:30h., p. 2. También OSWALD, B. (2006), *Addressing the institutional Law and Order Vacuum: Key Issues and Dilemmas for Peacekeeping Operations*, *New Zealand Armed Forces Law Review*, Vol 6, 2006, pp. 1-19, p. 15.

²⁵⁰ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security. The Practice of International Peace Missions*. WLP, Nimega, p. 122.

Sobre el tema ver también PORETSCHKIN, A. (2006), *Using Armed Forces for Law Enforcement Operations in Post-Conflict Situations*, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* n° 45 vol 1-2, pp. 119-123, THYS, P. (2006), *Le recours aux forces armées en tant que forces de police au cours d'opérations de maintien de la paix*, *ibid.* pp. 137-147, PARAMESWARAN, K. (2006), *The Use of Military Force and the Applicable Standards of Force Governing Police Operations in Occupied Territories*, *ibid.* pp. 249-255.

como el de Kosovo, ya examinado, corresponderían a las autoridades locales. No obstante esto es solo una asunción, ya que si no esta prevista en el marco jurídico de una operación, lo habitual es que una situación que no se puede o no se sabe enfocar desde el punto de vista policial se acabe enfocando desde el militar, mediante las correspondientes SOP y FRAGO. Esta es la parte que debemos examinar con más cuidado.

La doctrina de la OTAN en relación con la policía militar está recogida en varios documentos, siendo los principales el STANAG 2085, el AJP-3.2.3.3 (*Allied Joint Publication*) y el APP-12 (*Allied Procedural Publication*). Por su propia naturaleza, estos documentos no pueden calificarse, en sentido estricto, como normas jurídicas²⁵¹, pero si que dan una pista acerca del enfoque de las operaciones policiales combinadas o multinacionales. En principio nada en ambos documentos violenta el principio de bandera ni el de soberanía limitándose a establecer procedimientos. A título de información cabe referirse al punto 101 del APP-12, puesto que enumera posibles actuaciones de tipo policial que pueden llevarse a cabo por fuerzas aliadas²⁵²:

3.4.1.B. EL MARCO JURÍDICO DE ACTUACIÓN

a. Marco jurídico general.

Con señaladas excepciones, como Alemania, cuya constitución lo prohíbe, o de los estados escandinavos por tradición²⁵³, lo cierto es que por lo general no existe una limitación general, ni en el Derecho Internacional ni en la mayoría de los derechos internos, en cuanto a la utilización de fuerzas militares para realizar funciones policiales con carácter auxiliar o en supuestos de necesidad. Es pertinente recordar ahora la denominación de la Resolución de la Asamblea General de la ONU, que no hace referencia a la policía sino a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, y la reflexión de Rodríguez-Villasante al respecto²⁵⁴. Ahora bien, ¿qué marco específico es el que se debe aplicar a una situación en al que fuerzas militares deban en efecto

²⁵¹ La Orden Ministerial 238/2002 de 14 de noviembre aprueba el procedimiento para la implantación, ratificación, revisión y derogación de los Acuerdos de Normalización de la OTAN, con lo que podría considerarse una recepción del derecho derivado de la OTAN.

²⁵² APP-12, Chapter 1, paragraph 101: «AIM. The aim of the Allied Procedural Publication 12 is to: 1. Set out the principles relating to the establishment and functions of NATO Military Police acting on behalf of the commander appointed within NATO, when formations of one or more NATO forces are stationed or moving on operational territory. In the context of this APP the term NATO Military Police may include forces composed of NATO, non-NATO or PFP nations. 2. Standardise doctrine, tactics, techniques and procedures to

be used by NATO Military Police during NATO operations in the areas of : a. Investigations. (Particularly the urgent measures to be taken in case of breaches of discipline by military members of multi-national force and incidents which cannot be dealt with solely on a national level.). b. traffic control. c. Law enforcement. d. Area security. e. Prisoner of War (EPW) operations. f. NATO Military Police specialised unit operations. g. NATO Military Police intelligence operations (MPIO). h. NATO Military Police standardised reports. 3. Provide staff guidance on the employment of Military Police in NATO Combined and Joint Operations.»

²⁵³ DAHL, A.W. (2007), *Military assistance to the police in situations requiring the use of armed force*, op.cit., p. 1.

²⁵⁴ Ver nota 13, *supra*.

llevar a cabo tales funciones? En primer lugar debe tenerse en cuenta el estatuto de dichas fuerzas.

b. El supuesto de la ocupación.

El régimen de la misma aparece recogido en la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbre de la guerra terrestre de 18 de octubre de 1907 (en lo sucesivo HIV²⁵⁵), cuya Sección 3ª lleva el título «De la autoridad militar sobre el territorio del Estado enemigo», con un total de 15 artículos, y en el Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949 (en lo sucesivo GIV), concretamente en su Sección III, que lleva el título «Territorios ocupados», artículos 47 a 78. Es claro que en régimen de ocupación las obligaciones y poderes de la potencia ocupante vienen determinados, en primer lugar, por la automática aplicabilidad del Derecho de los Conflictos Armados, y en particular:

- En tanto que sea posible, la población civil debe poder continuar viviendo normalmente. El ocupante tiene el deber de mantener el orden público (*G IV, art. 64*).
- De manera general, las autoridades, la administración y las instituciones, tanto públicas como privadas, continuarán funcionando (*G IV, arts. 54, 63 y 64*).
- El ocupante tiene derecho a defenderse contra los actos hostiles a su administración y a los miembros de sus tropas. Puede promulgar, a tal propósito, leyes especiales (*G IV, art. 64*) y perseguir a los acusados ante sus propios tribunales (*G IV, art. 66*), pero no podrá pronunciarse condena alguna sin previo proceso regular (*G IV, art. 71*).
- Podrá proceder, si su seguridad lo exigiere imperiosamente, al internamiento de ciertas personas (*G IV, art. 78*). No obstante, todas estas medidas habrán de estar sometidas a reglas concretas y al control de la Potencia protectora (*G IV, arts. 65-77, 78, 136, 137 y 143*).

En consecuencia, el conjunto de la normativa examinada nos conduce a dos conclusiones parciales en relación con el objeto de estudio:

1. En principio²⁵⁶, el ejercicio de las funciones policiales en territorio ocupado corresponde a los aparatos de gobierno del estado ocupado²⁵⁷. En esta línea se

²⁵⁵ Como en el resto del trabajo, al referirme al DIH utilizaré las abreviaturas convencionales GI, GII, PI, etc.

²⁵⁶ CORRALES ELIZONDO (2006), La ocupación bélica. Cuadernos de Estrategia nº 133, Ministerio de Defensa Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 109-134. p. 114. Es lo que este autor denomina «principio de continuidad del orden jurídico».

²⁵⁷ BERMEJO GARCIA, R. (2002), Los territorios «ocupados» o «administrados» por Israel, la Intifada de Al-Aqsa y el Derecho Internacional

Humanitario. En el libro «El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados», Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 49-89, en particular pp 51 a 57. Este artículo plantea una cuestión a considerar. ¿Y si no existe un estado ocupado, sino unos territorios, al negarse el ocupante a aceptar dicha condición?. Es evidente que en los territorios ocupados y salvo aquellos que han pasado a estar bajo la Autoridad Palestina, Israel ejerce todas las funciones. Debe recordarse, además, que Israel no es parte en el Protocolo I.

encuentran también la Declaración sobre la Policía y el Código de Conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

2. No obstante, el Derecho Internacional Humanitario atribuye a la potencia ocupante la obligación de mantener el orden público (H IV, art. 43), es decir una de las facetas de la actividad policial generalmente identificable, como hemos visto con el concepto de policía de seguridad. Lo importante del caso es que dicha responsabilidad le es atribuida directamente al ocupante, y si bien no se especifica con que medios tendrá que hacer frente a dicha obligación, es evidente que en la mayor parte de los supuestos concebibles debería hacerse con fuerzas militares o, en su caso, de estar disponibles, con cuerpos mas o menos gendármicos específicamente adiestrados que siguen a las tropas en concepto de policía militar²⁵⁸.
3. Por último, también atribuye, el Derecho Internacional Humanitario la posibilidad de ejercer una función policial por así decirlo, propia, en relación con los posibles delitos o crímenes de los que la potencia ocupante pueda ser víctima, lo que evidentemente incluiría la investigación criminal y el eventual castigo de posibles hechos delictivos por referencia a leyes y con competencia de tribunales de la propia potencia ocupante. Aparentemente, este es el supuesto en el que el ejercicio extraterritorial de un poder normalmente vinculado a la soberanía territorial puede ejercerse con más amplio ámbito, si bien limitado a los supuestos mencionados.

En todo caso no debemos olvidar que el régimen de ocupación y los deberes del ocupante no sólo caben ser imaginados en un conflicto bélico, por así decirlo, clásico, tipo segunda guerra mundial, o en fechas mucho mas recientes Irak, en las que el Consejo de Seguridad recordó, en su Resolución 1483, de 22 de mayo de 2003, las obligaciones de los ocupantes, sino también en operaciones tales como la desarrollada en Afganistán (al principio), y en general cualquier otra operación de *peace enforcement*, en las que obviamente no va a existir un estatuto pactado con el poder territorial donde se asientan las tropas extranjeras. Es por ello que a pesar de tratarse de una situación transitoria, debe examinarse con sumo cuidado, puesto que la experiencia reciente, como ya se ha señalado, demuestra su operabilidad. Por otro lado, a raíz de varios pronunciamientos del Tribunal Internacional de Justicia²⁵⁹, se acepta con carácter general –aunque no sin ciertas reticencias²⁶⁰– que, salvo la suspensión expresa prevista en los propios convenios reguladores²⁶¹ –Pacto Internacional

²⁵⁸ APP-12. Ya hemos visto que es la doctrina de la OTAN y la de muchos de sus miembros, como España. Y ya veremos mas adelante también que el APP-12, al referirse a la MPSU, tiene cuidado de referirse no del todo indistintamente a «Nación Anfitriona» y «Estado Receptor», valga la traducción chapucera.

²⁵⁹ Estos son las opiniones consultivas sobre la legalidad de la amenaza del uso del arma nuclear, de 8 de julio de 1996, y sobre las implicaciones de la construcción de un muro defensivo en los territorios palestinos ocupados de 9 de julio de 2004 (<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/>

[imwp/imwpframe.htm](http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ico/icoframe.htm)), y la sentencia en el caso de actividades armadas en el territorio del Congo (<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ico/icoframe.htm>).

²⁶⁰ GROSS, A.M., (2007) *Human Proportions: Are Human Rights ...* op.cit. El propio título del artículo es suficientemente expresivo al respecto.

²⁶¹ Artículo 4 de la Convención de 1966: «1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en la presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las

de Derechos Civiles y Políticos, y Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, básicamente— todo el régimen convencional en materia de Derechos Humanos es también de aplicación²⁶². En cualquier caso debe recordarse que no todos los derechos recogidos en dichos instrumentos son susceptibles de suspensión, pero sí los recogidos en los artículos 9, 10, 12, 13, 14 y 17 del Pacto, que hacen referencia a la detención y prisión —que se examinará más adelante— libertad de circulación, derechos de los extranjeros, e injerencias en la vida privada.

c. Los supuestos distintos a la ocupación

A pesar de ser, quizá, el supuesto mejor desarrollado desde un punto de vista jurídico, no es el de la ocupación el que más probablemente van a enfrentar las fuerzas armadas españolas en el exterior. Dentro de los diversos subtipos que ya hemos visto del concepto genérico de operaciones de mantenimiento de la paz, lo más frecuente en la práctica reciente es el establecimiento en un territorio sobre la base de un mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, y con un estatuto pactado con la nación anfitriona. Que, en el fondo, la nación anfitriona acceda a la presencia de fuerzas extranjeras en su territorio a regañadientes, forzada por las circunstancias de la política internacional es algo irrelevante para los propósitos del presente trabajo. La forma del despliegue²⁶³, en estos casos, va a estar condicionada por varios facto-

exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18. 3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.»

²⁶² Hasta 2006, al menos 27 naciones de todos los continentes, menos Australia, han declarado suspensiones del Pacto, y seis citaron específicamente el terrorismo como la amenaza justificativa. El Reino Unido lo hizo respecto de Irlanda del Norte y lo volvió a hacer en diciembre de 2001, precisamente en relación con los ataques del 11-S. Sin embargo, hasta la fecha los Estados Unidos no han acudido a la suspensión aunque nada les impide hacerlo en cualquier momento. GLAZIER, D.W. (2006), *Full and Fair by What Measure ...* op.cit. p. 102-103.

²⁶³ Aunque no es la única posibilidad, y de hecho así ocurre con la Operación Libre Hidalgo, desarrollada en el Líbano bajo mando de Naciones Unidas, la doctrina en la materia más desarrollada es la de la OTAN, y por ello voy referirme básicamente a ella. La estructura de fuerzas de la OTAN se compone de fuerzas nacionales o multinacionales, así como de cuarteles generales a disposición de la Alianza de manera permanente o temporal, según criterios de disponibilidad. La contribución de las naciones a la OTAN se realiza por medio de la transferencia de autoridad (*Transfer of Authority* o TOA) a la que haremos referencia al final, o por acuerdos de cooperación o coordinación. Dentro de la estructura militar integrada de la OTAN hay cuatro modelos básicos para el mando y organización de fuerzas con diferente grado de multinacionalidad: 1—Integración plena. Constituyen una base multinacional de participación proporcional a partir de componentes nacionales y cuarteles generales plenamente integrados. Los mandos de estas unidades son designados normalmente con carácter cíclico. 2— Bi/tri nacionalidad. Se forman sobre la base de una participación equivalente con cuarteles generales plenamente integrados. 3—Nación Marco. Las fuerzas basadas en una nación marco tienen como mando a un oficial de dicho país, que también proporciona la base de comunicaciones y apoyo logístico y lidera en temas doctrinales y, 4— Nación Líder. Este modelo se basa en que una nación asuma la responsabilidad

res, entre otros el consentimiento de grado o no, como hemos visto de dicha nación anfitriona, a través de un acuerdo internacional –o similar– sobre el estatuto de las fuerzas internacionales. Es lo que se conoce comúnmente como SOFA o *Status of Forces Agreement*. El estatuto jurídico del personal que participa en una operación, tanto militar como al que participa como observador, y al personal civil participante en la misión, se negocia caso por caso, por lo que en cada acuerdo puede haber disposiciones específicas no existentes en otros, aunque la tendencia es a repetir las mismas normas. No obstante, existen 3 instrumentos jurídicos básicos.

del planeamiento y ejecución de una operación. El jefe, el estado mayor, la estructura CIS, la doctrina y apoyo logístico de la fuerza serán normalmente proporcionados por la nación líder. Otras naciones pueden asignar contribuciones a la fuerza, y ocupar algunos puestos del estado mayor. En relación con las fuerzas subordinadas las relaciones de mando pueden ser las siguientes: 1– OPCOM. Es la autoridad otorgada a un Comandante para encomendar misiones o cometidos a comandantes subordinados, desplegar unidades y reasignar fuerzas, y retener o delegar el control operativo o táctico cuando lo considere necesario. No incluye, por sí mismo responsabilidad administrativa logística o disciplinaria. 2– OPCON. Es la autoridad delegada a un comandante para dirigir fuerzas atribuidas, de forma que pueda llevar a cabo misiones o cometidos específicos, normalmente limitados por función, tiempo o lugar, desplegar unidades de su mando –que le han sido atribuidas– y retener o asignar el control táctico de tales unidades. No incluye autoridad para asignar empleo diferente o separar a los componentes de esas fuerzas ni, por sí mismo, responsabilidad administrativa, logística o disciplinaria. 3– TACOM. Es la autoridad delegada a un comandante para signar cometidos a las fuerzas bajo su mando para el cumplimiento de la misión asignada por la autoridad superior. 4– TACON. Es la dirección y control detallado, y normalmente local, de movimientos o maniobras necesarias par cumplir misiones o cometidos asignados. Según la doctrina de la OTAN, las naciones transferirán el OPCOM a los mandos estratégicos, quienes lo ejercen al más alto nivel y toman decisiones de alto nivel. Normalmente es delegado el OPCON a los mandos regionales de carácter geográfico, para operaciones tácticas y para establecer prioridades en las operaciones en curso. A veces el OPCON se delega hasta mandos componentes. Esta transferencia de OPCON a la OTAN no siempre es así, al menos en las actuales operaciones y normalmente las naciones transfieren solo el OPCON a la OTAN. La autoridad requerida para ejercer el mando se puede

obtener por los siguientes métodos: Investidura o nombramiento, delegación o Transferencia de autoridad. La investidura es un acto administrativo mediante el cual se confiere a un militar la autoridad necesaria para ejercer el mando de unas determinadas fuerzas u organización operativa. Por delegación hay que entender la acción mediante la cual se cede autoridad, dentro de la propia cadena de mando, a un comandante sobre determinadas fuerzas y medios militares para la ejecución de un plan de operaciones determinado. La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el delegante y estará siempre sujeta a las limitaciones que imponga; nunca podrá delegarse una autoridad que se posea por delegación. Cuando se efectúa fuera de la propia cadena de mando se le denomina transferencia de autoridad. Siempre que se realice una delegación o TOA, se indicará el grado de autoridad que se transfiere así como las condiciones y, en su caso, el plazo de tiempo durante el cual dicha transferencia será efectiva. Todo lo cual quedará relejado en el preceptivo documento, como veremos. La forma de transferir fuerzas a la estructura multinacional es la TOA. Normalmente se realiza mediante mensajes normalizados ORBATTOA, en el que se incluye la modalidad y otras informaciones de interés para la operación, como pueden ser las restricciones nacionales o *caveats*. En cualquier caso, resulta notorio que no se entrega la fuerza mediante una patente de corso. El mando operacional lo sigue conservando el CHOD correspondiente, en el caso de España el JEMAD o el CMOPS, quienes tienen su estructura paralela, así como su propio planeamiento de la operación, y que además implican, según imperativos de derecho interno, una cadena administrativa, hasta cierto punto, y disciplinaria, que siempre será nacional. La experiencia ha demostrado que la TOA de las fuerzas atribuidas a un mando de la OTAN en cualquier modalidad, debe delimitar y detallar claramente los aspectos sobre los que se transfiere la autoridad, ya que el simple enunciado de la modalidad (OPCOM, OPCON, etc.) no es suficiente.

- Los Acuerdos de participación que se suscriben entre el Secretario General de las Naciones Unidas, y los estados contribuyentes a la Operación. La Asamblea General ha aprobado un modelo de acuerdo entre las NU y los estados que aportan personal y equipo a las OMP,s. (Documento A/46/185).
- Por otro lado, y especialmente, el Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas (*Status of Forces Agreement* –SOFA–), que suscriben las NU con el estado receptor o anfitrión en el que se establecen los derechos y obligaciones de los participantes en relación con el país anfitrión: aspectos jurisdiccionales, privilegios e inmunidades, etc. El precedente de los SOFA´s que se firman en la actualidad se halla en el «Reglamento o Estatuto de las Fuerzas de Emergencia de las NU» dictado por el Secretario General el 20 de febrero de 1957, con ocasión de la misión desarrollada por los cascos azules en el Canal de Suez. Las disposiciones contenidas en ese Reglamento se han aplicado después con las modificaciones necesarias en los SOFA´s acordados para distintas operaciones²⁶⁴.
- Aparte de ello, existe también, aprobado por la Asamblea General, un «modelo de acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre las NU y los países anfitriones» (Documento A/45/594, de 9 de octubre de 1990), que tiene por objeto servir de base a este tipo de acuerdos, siempre sujeto a las modificaciones que en cada caso se convengan entre las partes²⁶⁵. El estatuto del personal militar incluye una serie de derechos y obligaciones. La obligación general es respetar la legislación local, de la que no se está exento por el hecho de participar en la misión, aunque se gocen de algunos privilegios, que se mencionarán. Los observadores militares tienen un régimen particular en su calidad de expertos en misión, extremo que contempla el «modelo». El personal militar integrado en contingentes, y también los observadores, gozan de los siguientes privilegios e inmunidades:
 - El personal militar está sujeto a la exclusiva jurisdicción de sus estados de origen en caso de comisión de presuntos actos delictivos. No ocurre lo mismo en relación con el personal civil que acompañe al contingente militar.
 - La jurisdicción disciplinaria militar permanece en todo caso en los mandos nacionales.
 - El personal militar de cualquier contingente puede ser detenido por las fuerzas de Policía Militar de la Operación. En cualquier caso, deben ser puestos a continuación a disposición del Jefe de Contingente Nacional.
 - En caso de flagrante delito el personal militar puede ser también detenido por las autoridades locales, pero su custodia debe ser inmediatamente transmitida a la autoridad más cercana de las NU. Está autorizado, sin embargo, que sea sometido a un interrogatorio preliminar, siempre que ello no implique una dilación innecesaria en la entrega del detenido.
 - El personal militar no está exento, en principio, de la jurisdicción civil del estado territorial. En el caso de iniciarse algún procedimiento civil contra personal

²⁶⁴ MARTÍN RODRIGUEZ, P. (2008), El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el extranjero: Marco general de análisis. En el Libro «El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el exterior», Plaza y Valdés, Madrid, pp. 39-97, p. 71. Este autor destaca las dificultades que entrañaría el despliegue sin SOFA, y la posible apli-

cación provisional del de la ONU. No obstante no hace falta imaginar los problemas que tal situación causaría, ya que se produjo durante el despliegue de la Fuerza de Respuesta de la OTAN (NRF5) en 2006 en Pakistán como consecuencia del terremoto.

²⁶⁵ MARTÍN RODRIGUEZ, P. (2008), El estatuto jurídico ... op.cit. p.69

militar, el Comandante en Jefe debe certificar si el acto que da origen al mismo tiene o no relación con el servicio. Si no guarda relación con él, el proceso puede continuar.

- En cualquier caso, todo el personal militar goza de inmunidad judicial con respecto a las manifestaciones orales o escritas y acciones realizadas en ejecución de un acto de servicio, inmunidad que continúa aun después de finalizada la misión.

El modelo de SOFA empleado por la OTAN no difiere sustancialmente del expuesto, y básicamente lo que expresan ambos es que las fuerzas se encuentran sujetas al tradicional principio de bandera, por lo que la competencia para perseguir delitos cometidos por los miembros de un contingente corresponde a sus autoridades nacionales. Pero esto no es nuevo, y de hecho es poco relevante para el objeto de este trabajo. Lo que realmente importa es determinar qué funciones de corte policial –parapoliciales– puede desempeñar ese contingente en el desempeño de su misión, y a que marco jurídico estará sujeto. En cuanto a lo primero, ya hemos visto que será el mandato el que determine la posibilidad de ejecutar funciones policiales como en el caso de Kosovo, o el propio cumplimiento de dicho mandato determinará la realización de funciones policiales relacionadas con dicho cumplimiento, como el control del tráfico, el uso de medios de control de masas, etc. En cuanto al marco jurídico de actuación, a falta de un cuerpo legal claro como el de la ocupación, vendrá asimismo determinado por el mandato –incluidas las previsiones de un acuerdo de paz– y el estatuto de la fuerza, de un modo muy general, y sobre todo por la legislación de la nación anfitriona²⁶⁶. Y por supuesto por la aplicación del derecho de los Derechos Humanos.

c. La aplicación extraterritorial de las convenciones en materia de Derechos Humanos.

Teniendo en cuenta la incidencia que el conjunto de normas jurídicas internacionales relativas a los Derechos Humanos tienen sobre el objeto de estudio, incluida la detención, es pertinente hacer referencia a un debate no del todo cerrado, pero que presenta una clara tendencia. Se trata de la aplicación de las convenciones – universales y regionales– por los estados cuando se trata de la actuación de agentes o funcionarios suyos fuera de las fronteras. Aunque parezca sorprendente, hay, al menos dos interpretaciones del artículo 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁶⁷: La que estima que para que tal Pacto sea aplicable deben concurrir ambas condiciones, es decir que sea en el propio territorio y que además el individuo esté sujeto a su jurisdicción, y la que por el contrario entiende que la

²⁶⁶ MARTÍN RODRIGUEZ, P. (2008), El estatuto jurídico ...p. 61. Aparte del SOFA, será necesaria la pormenorización de algunos aspectos de procedimiento y coordinación con la nación anfitriona, a través de acuerdos no normativos tales como MOU,s o acuerdos técnicos.

²⁶⁷ «Art. 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a

respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.»

conjunción «y» es enumerativa. Evidentemente es a través de esta segunda interpretación por donde pasa la verdadera incidencia de Pacto en el tipo de operaciones que analizamos²⁶⁸. Antes se han examinado, con cierto detenimiento, unas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos McCann y Kelly. El Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene una previsión similar a la del Pacto²⁶⁹. No obstante la cuestión es mucho más controvertida, puesto que aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en repetidas ocasiones por la aplicación extraterritorial del Convenio (como en el caso Öcalan, que examinaremos), en las sentencias *Behrami* contra Francia y *Saramati* contra Francia, Alemania y Noruega, de 2 de mayo de 2007²⁷⁰, excluye su aplicabilidad cuando las tropas nacionales actúan en como parte de una misión de la ONU, Organismo que no es parte de la Convención. En cuanto a las interpretaciones domésticas hay que destacar que la Cámara de los Lores británica ha admitido la aplicación extraterritorial del CEDH en su sentencia de 13 de junio de 2007, en el asunto *Al-Skeini V. The Secretary of State*, aunque la ha rechazado en otras ocasiones²⁷¹. En cuanto a España ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000, de 5 de abril, reconocía esta aplicación extraterritorial. De cuanto antecede no cabe sino concluir que, aunque sigue sin haber un pronunciamiento absoluto, y más allá del análisis caso por caso de las situaciones, la prudencia aconseja atenerse a los dos convenios mencionados, puesto que de hecho han sido aplicados extraterritorialmente tanto por la jurisprudencia del TEDH, como por las internas²⁷².

3.4.1.C. LOS POSIBLES ESCENARIOS

a. Contrainsurgencia. El caso afgano.

Una de las zonas fronterizas entre lo militar y lo policial que podría entrar en el difuso concepto de actividad parapolicial es la lucha contra la insurgencia o, para emplear la denominación mas popularizada, «contrainsurgencia» (COIN)²⁷³. La insurgencia se puede definir como el movimiento violento organizado que emprende

²⁶⁸ GLAZIER, D.W. (2006), *Full and Fair by What Measure?*. ... op.cit., p.100-101. Este autor destaca que una de las imputaciones que se hicieron a Irak durante su invasión de Kuwait, por parte de la comunidad internacional, incluidos los Estados Unidos, era la de violación de los Derechos Humanos, lo que representa una aceptación de la aplicación extraterritorial de los estándares.

²⁶⁹ «Art. 1. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título 1 del presente Convenio.»

²⁷⁰ Reseña de las mismas y sus fundamentos en el *Rapport annuel* de 2007, pp. 33 y ss, en <http://echr.coe.int>, visitada el 23-02-2009 a las 12,05h.

²⁷¹ CUESTA RICO, F., (2008), Los parámetros constitucionales de la acción exterior de las Fuer-

zas Armadas españolas. Incluido en el libro «El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el Exterior», Plaza y Valdés, Madrid, pp. 233-319, p. 313 n.

²⁷² Para profundizar en el tema ver DE SCHUTTER, O. (2005), *Globalization and Jurisdiction: Lessons From the European Convention on Human Rights*, en <http://www.chrgi.org>, visitada el 23-03-2009 a las 11,35h.

²⁷³ FIDLER, D. (2007), *Counterinsurgency, Rule of Law Operations, and International Law*, en <http://www.asil.org/insights070919.cfm>, consultado el 23-03-09 a las 19:49. En este artículo se emplea este acrónimo que también es el que aparece en publicaciones de la OTAN, como el AAP-6, y en el proyecto para el AJP 3.4.4, todos relativos a este asunto.

una lucha prolongada con la finalidad de cambiar el orden político establecido²⁷⁴. Otra acepción es la de Galula, quien describe insurgencia y contrainsurgencia como la batalla por la población, por su apoyo y su consentimiento²⁷⁵. Esta caracterización sitúa a la insurgencia, no necesariamente desde un punto de vista estrictamente jurídico, en un lugar intermedio entre el conflicto armado doméstico y el simple bandillaje o delincuencia organizada, y los límites a veces resultan muy difusos, como se demuestra con dos ejemplos bien conocidos: Colombia y Afganistán. En cualquier caso el marco jurídico internacional de este tipo de conflicto oscila entre lo policial y la aplicación del Protocolo II a los Convenios de Ginebra o, en su defecto, del artículo 3 común a los mismos²⁷⁶. Como sabemos, existe una probada relación entre movimientos con objetivos políticos, como puede ser la toma del poder en un estado o en parte de él, y paralelas estructuras de financiación de esos movimientos que implican actividades que, desde ningún punto de vista pueden considerarse incluidas entre los delitos incluidos en el Estatuto de Roma o entre aquellos que pueden ser objeto de persecución universal, como son el narcotráfico, el robo, o la detención ilegal de personas²⁷⁷. Es en este segundo plano donde la lucha contra la insurgencia adquiere un aspecto más propiamente policial. La doctrina de la OTAN en la materia se encuentra actualmente en desarrollo²⁷⁸, pero es denominador común de esta doctrina y de la de los estados miembros de la Organización es la ya expresada en relación con el uso de la fuerza en el documento MC 362/1, es decir, que la realización de estas actividades no puede simplificarse por reducción a un supuesto caso militar. En todos estos documentos existe casi una obsesión por deshacerse de cualquier obligación policial, y por tanto se hace hincapié en hacerlo todo de la mano con las fuerzas de seguridad locales.

En el caso de Afganistán, los perfiles jurídico-internacionales del problema se definen por los puntos de referencia que trataremos de resumir a continuación siguiendo la ordenada exposición de Rodríguez-Villasante²⁷⁹. El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, mediante la resolución 1659 (2006), da expreso espaldarazo al llamado «Pacto para Afganistán», firmado en Londres el 31 de enero de 2006. Básicamente se trata de un documento marco para la cooperación entre la comunidad

²⁷⁴ FERNANDEZ GONZALEZ, F. (2008), Descripción de la amenaza. La insurgencia, revista de la DIDOM, nº 9, pp. 18-25, p. 18. En esta publicación se analiza el manual PD3-301, del Ejército de Tierra, dedicado al tema de la Contra-insurgencia.

²⁷⁵ DAHL THRUENSEN, P., (2008), *Implementing the Comprehensive Approach in Helmland – Within the Context of Counterinsurgency*, Faculty of Strategy and Military Operations. Royal Danish Defence College, Copenhagen, p. 11.

²⁷⁶ FIDLER, D. (2007), *Counterinsurgency* ... op.cit. Este autor recoge como la doctrina argumenta que «*COIN detention and interrogation activities must comply with international legal obligations, such as those found in Common Article 3 of the Geneva Conventions*. The

doctrine takes the same approach to training host-nation security forces, emphasizing that such training must seek to equip host-nation military and police forces with the ability to provide security in compliance with relevant norms of international law»

²⁷⁷ Salvo, claro está, los supuestos que caben en el Convenio de Nueva York contra la toma de rehenes, de 1979..

²⁷⁸ Es el borrador del AJP 3.4.4, actualmente en fase de consultas.

²⁷⁹ RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2007), Aspectos jurídico-internacionales del conflicto armado de Afganistán, Documentos de seguridad y defensa, CESEDEN, nº 7, Posible evolución de Afganistán: El papel de la OTAN, pp. 66-117, p. 82 y ss.

internacional y el Gobierno afgano para verdadera asunción por parte de este último de todas las responsabilidades. Paralelamente, el Consejo de Seguridad acoge favorablemente el Plan de Operaciones (OPLAN) revisado de la OTAN para ISAF, mediante el que se pretendía una mayor sinergia con la operación Libertad Duradera y reforzar el apoyo a las fuerzas de seguridad de Afganistán (ANA –ejército nacional– y ANP –policía–). La Resolución 1707 (2006) del Consejo prorroga además el mandato de ISAF. A raíz de esto, ISAF tomó el relevo a Libertad Duradera en el sur del país –en concreto las tantas veces mencionadas por los medios provincias de Kandahar, Heldman etc.). La situación real resultante es que, no pudiendo las fuerzas de seguridad afganas hacer frente a una intensa actividad insurgente en la zona, ISAF se ha visto involucrada en operaciones militares con uso de la fuerza armada contra grupos talibanes y de Al Qaeda, siempre, al menos en teoría, en combinación con el Ejército Nacional Afgano²⁸⁰. A mayor abundamiento, identificado el cultivo de adormidera como fuente principal de financiación de grupos insurgentes, en forma paralela se ha procedido a diversas operaciones específicamente dirigidas a la erradicación de dicho cultivo y actividades subsiguientes de transformación y tráfico, actividad que, despojada de otras consideraciones, merecería claramente la caracterización como actividad policial. La política oficial de ISAF –independientemente de las iniciativas que UNAMA y la Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas están llevando a cabo– en relación con la erradicación del cultivo y tráfico de estupefacientes es clara: cumplimiento del mandato en lo que se refiere a crear un marco seguro y estable, y apoyar e instruir a las fuerzas de seguridad afganas para que ellas lleven a cabo la labor, por así decirlo, contra la delincuencia a gran escala que representa el narcotráfico de cara a una persecución penal que no puede ser otra que la que lleve a cabo el gobierno local²⁸¹. Con la revisión del OPLAN de ISAF, iba incluida un nuevo catálogo de reglas de enfrentamiento que permitían un empleo más ofensivo de la fuerza armada. No obstante no existe ningún marco jurídico general por encima de las órdenes que presumiblemente se están impartiendo en relación con problemas como el expuesto. Por ello, tampoco la situación en Afganistán nos permite extraer conclusiones que contradigan algunas de nuestras premisas provisionales en relación con el ámbito jurídico de actuación de fuerzas militares en funciones policiales. Solo cabe hacer una excepción, y es la que se refiere a la detención, objeto del siguiente capítulo.

b. Checkpoints, escoltas, entradas y registros, control de masas.

Así pues, por aproximación o exclusión podemos provisionalmente admitir ciertas premisas de actuación parapolicial de fuerzas militares:

El marco jurídico aplicable variará según nos encontremos en una situación de ocupación militar o conflicto armado, o no. En el primero de los casos las previsiones de la Convención de la Haya de 1907, del III y IV Convenios de Ginebra y del I Protocolo Adicional serán de aplicación, además de las convenciones en materia de

²⁸⁰ Debe recordarse que ni los Estados Unidos de América ni Afganistán son partes en los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra.

²⁸¹ Las fuentes abiertas en <http://www.nato.int/ISAF/issues/afghanistan/index.html>, visitada el 3-03-2009 a las 18,15h.

Derechos Humanos aplicables. En el segundo será, aparte de éstas últimas, el mandato, las directrices sobre el uso de la fuerza y la legislación de la nación anfitriona las que juegan un papel esencial, sin que podamos excluir la legislación del estado del que las tropas actuantes sean nacionales, pero no tanto para aseverar la legalidad o ilegalidad de una concreta actuación en Derecho Internacional, sino para excluir la ilegalidad y la relevancia penal de determinadas acciones en el plano interno.

Salvo en supuestos muy concretos, en los que el propio mandato de Naciones Unidas establezca otra cosa, el ejercicio de funciones policiales es una responsabilidad exclusiva del estado soberano o nación anfitriona. La posibilidad de llevar a cabo funciones auxiliares, tales como operaciones de cordón, vendrá determinada de nuevo por el mandato, las órdenes recibidas y el apoyo requerido por la nación anfitriona en ejercicio de su soberanía²⁸².

No obstante, en la práctica hay cuatro actividades, aparte de la detención, que son práctica mas o menos corriente en las diversas operaciones multinacionales, sean de mantenimiento o de imposición de la paz, y que merecen un estudio un poco mas detallado. Se trata del establecimiento de puestos de control en carreteras o accesos a determinados lugares, la protección de personas o propiedades relacionadas con la misión, la posibilidad de entrar en propiedades privadas o domicilios para efectuar registros y el empleo de medios de control de masas o antidisturbios por parte de fuerzas militares. En principio nada en el Derecho Internacional impide la ejecución de tales actividades. Los límites vendrán impuestos por los marcos jurídicos mas arriba mencionados²⁸³, pero cabe aseverar que tales actuaciones, tal y como se vienen planteando en la práctica, traen causa o bien del cumplimiento del mandato, o bien de las necesidades determinadas por la protección de la fuerza o *force protection*. Como ya hemos subrayado, la formula de estilo «todas las medidas necesarias» empleada por buena parte de las resoluciones del Consejo de Seguridad, aunque no constituye

²⁸² La *Allied Procedural Publication*, APP-12, (2002) se refiere a estas cuestiones en su capítulo 8. La publicación distingue claramente las funciones clásicas de policía militar, para fines de mantenimiento de la disciplina interna del contingente multinacional, y las que puede ser necesario tomar de fuerzas para afuera. Estas últimas corresponden en la doctrina de la OTAN a las llamadas MPSU (*Military Police Specialised Unit*). En el Anexo A a dicho Capítulo, se define tal unidad como «a *Military Police Unit, mainly composed of police forces with military status, with the structure and capability to intervene and undertake pre-emptive or responsive operations, to assist in the restoration of law and order in a deteriorated public order situation, in crisis response or post conflict operations*». Cabe también que lleve a cabo labores de monitorización de la policía de la nación anfitriona.

²⁸³ La APP-12 amplía el concepto de forma concisa pero eficaz: «*When deployed on Crisis*

Response or Post Conflict operations, NATO may require a capability to intervene to prevent deterioration or further deterioration of public order. Over the long term, local police should have primary responsibility for all law enforcement and public security issues. In the interim, where this is not possible because the Receiving Nation police are either incapable or unwilling to deal with such problems, the use of conventional military forces and equipment may be considered inappropriate. The provisions on a mandate may also require NATO to monitor, or in fact substitute, the role of the Host Nation (HN)/Receiving Nation Police. Therefore, a NATO Commander may require a Military Police Specialised Unit (MPSU), mainly composed of police forces with military status . This unit has the training, experience and capability to deal with the area of public security. It is capable of using non lethal force and has the legal authority to use such force». No parece necesario añadir nada mas.

en modo alguno una patente de corso, si permite, dentro de la legalidad doméstica e internacional, admitir como legales algunas acciones que en otro contexto tendrían muy difícil justificación²⁸⁴.

A partir de aquí, hay que examinar el mandato específico. Si, por ejemplo, dentro de el mismo está la ejecución de un embargo de armas, directamente atribuido a la comunidad internacional o a una fuerza en concreto, es evidente que la entrada y registro de determinados locales puede no solo ser necesaria, sino ineludible. Normalmente el ejercicio de tal potestad debe estar reflejada en las correspondientes reglas de enfrentamiento²⁸⁵, y debe ir acompañada de procedimientos debidamente difundidos por la cadena de mando, que pormenoricen cuando y como debe actuarse. La denominación concreta de estos procedimientos no es muy relevante (Directiva, en el nivel operacional, SOP o «procedimiento operativo estándar» en el táctico, etc.) Lo importante es someter la actuación a un procedimiento común, aceptable para todos los estados implicados, de forma que la ausencia de un marco legal previo queda compensado por una legítima acción de mando. Es en este aspecto en el que la función de asesoramiento jurídico cobra una especial relevancia a todos los niveles –político, estratégico, operacional y táctico– en ausencia de una autoridad judicial. A falta de otras directrices, hay que entender que, en los tres casos mencionados, los estándares de actuación son los examinados en el Capítulo I²⁸⁶, salvo que nos encontremos con base suficiente para entender aplicable el Derecho de los Conflictos Armados.

²⁸⁴ Así lo admite también el DPKO, *United Nations Department of Peacekeeping Operations, Peacekeeping Best Practices Unit, (2003) Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping Operations*, <http://www.un.org/Depts/dpko/lessons/>

²⁸⁵ No obstante la naturaleza jurídica de las ROE es algo controvertida. Por ejemplo UBEDA-SAILLARD, M (2004), *L'invocabilité en droit interne des règles d'engagement applicables aux opérations militaires multinationales*, *Revue Générale de Droit International Public*, 2004-1, pp. 149-176, las caracteriza como ordenes lícitas del Mando, y GOSSIAUX, C. (2001), *Les Règles d'engagement, norme juridique nouvelle?*, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, N° 40, vol 1-2, pp. 161-179, las define cómo directrices de la autoridad competente para el uso de la fuerza. En cualquier caso, se supone que son legales, y solo su manifiesta ilegalidad impediría al ejecutor de las ordenes ampararse en la ROE.

²⁸⁶ En relación, por ejemplo con los medios de control de masas, los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuen-

te, La Habana, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990: informe preparado por la Secretaría (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: s.91. IV.2), cap. I, secc. B.2.), en lo que se refiere a la «actuación en caso de reuniones ilícitas», disponen: 12. Dado que todas las personas están autorizadas a participar en reuniones lícitas y pacíficas, de conformidad con los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los gobiernos y los organismos y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley reconocerán que la fuerza y las armas de fuego pueden utilizarse solamente de conformidad con los principios 13 y 14. 13. al dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o, si no es posible, lo limitarán al mínimo necesario. 14. Al dispersar reuniones violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sólo podrán utilizar armas de fuego cuando no se puedan utilizar medios menos peligrosos y únicamente en la mínima medida necesaria. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se abstendrán de emplear las armas de fuego en esos casos, salvo en las circunstancias previstas en el principio 9 (legítima defensa propia o de terceros)».

Cuestión distinta es la de la conveniencia de realizar todo este tipo de acciones en íntima colaboración con fuerzas de policía locales. La razón es patente, y ya se ha expresado con anterioridad. Se resume, como sabemos, en la pregunta clave «¿y después de la intervención, que?». Es claro que aparte de las medidas llevadas a cabo en cumplimiento de la misión, medidas por así decirlo «ofensivas», en las que la fuerza toma la iniciativa en cumplimiento de la misión, ejecutando los diversos planes u órdenes de operaciones o planes de contingencia a través de las correspondientes órdenes fragmentarias (FRAGO), existen las medidas de protección de la propia fuerza, medidas de legítima defensa, que no pueden estar limitadas mas que por las fronteras de este último concepto y del estado de necesidad.

En cuanto a las primeras es evidente que es decisión del mando el llevarlas a cabo o no, y en que medida. Por tanto permiten un planeamiento detallado y la posibilidad de coordinar con las fuerzas policiales o militares locales su ejecución. Carece en absoluto de sentido tal ejecución si, después de llevadas a cabo la fuerza se encuentra con un conjunto de piezas de convicción, o de detenidos, con los que nada se puede hacer salvo entregarlos a las autoridades locales o ponerlos en libertad. Y ello sin contar con la posible contaminación de las pruebas. De ahí la conveniencia –si no necesidad– de contar con las autoridades locales desde el principio, y de pormenorizar esa colaboración mediante los correspondientes memorandos de entendimiento o acuerdos técnicos²⁸⁷.

Sin embargo, el caso de las medidas de protección de la fuerza es distinto. Si bien la cooperación de las autoridades locales es tan necesaria, o mas, que en el caso anterior, la ejecución de tales medidas no puede estar condicionada a dicha concurrencia, por tratarse de medidas normalmente ineludibles. En otras palabras, en estos casos la incógnita planteada por la que hemos denominado «pregunta clave» pasa a ser, no irrelevante, pero desde luego no condicionante de la decisión de mando, en el contexto de mandato, directrices sobre el uso de la fuerza, y retención a distintos niveles de la capacidad de decisión²⁸⁸. En última instancia la legalidad o ilegalidad de

²⁸⁷ La APP-12, aclara este último aspecto. En el punto 804 establece: «Principles. *The following principles apply to the employment of an MPSU. a. ROE. The general ROE that applies to the Force applies equally to a NATO MPSU. In addition, specific ROE for the Force covering the use of non-lethal weapons must be included. Lethal weapons will be used in self-defence and defence of others only. b. SOFA/MOU. The SOFA/MOU for an operation must have agreement with the Receiving State that, where a civilian police force exist in that state, the NATO MPSU may act in support of the civilian police or, where necessary, unilaterally undertake certain actions normally conducted by the civilian police. c. Use fo Non Lethal Force. A NATO MPSU will deploy with non-lethal weapons, capable of active and passive means , as its principal equipment. d. Jurisdiction. The limitations for intervention of a NATO MPSU*

must be established in an MOU and include the authority for the Unit to arrest and detain and its responsibilities to the Receiving Nation Police and judicial system. e. Employment. A NATO MPSU is a flexible unit capable of operating bth with the military force and the civilian police. Its capabilities focus on prevention, deterrence and reactive operations. It will be small in size but expensive in terms of training, equipment and employment, thus enhancing its effectiveness. It must not be used as a Quick Reaction Force (QRF) or retained as a reserve solely for intervention operations. f. Representation. Troop contributing nations contributing to a MPSU must send formed units/sub units, not individuals.»

²⁸⁸ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security. The Practice of International Peace Missions*. WLP, Nimega, p.111.

las medidas tipo *checkpoint*, con cacheos y registro de vehículos, o de uso de medios antidisturbios para protección de la fuerza vendrá determinada por el concepto de orden legítima y obediencia debida en sus distintas modalidades nacionales, y desde un punto de vista jurídico deberá ser controlada judicialmente en el ámbito doméstico²⁸⁹.

c. Las operaciones NEO y el rescate de rehenes.

Las operaciones de evacuación de no combatientes (NEO), son una categoría de operaciones militares con características muy definidas: básicamente se trata de extraer o rescatar a personas civiles —o por así decirlo, independientemente de su profesión o labor, no combatientes, no involucrados en un conflicto o situación de crisis— de un área o zona, situada en un estado extranjero en la que existe un peligro real o inminente para dichas personas²⁹⁰. En la doctrina de todos los estados occidentales, así como en la de la OTAN²⁹¹ está incluida la eventualidad de tener que lanzar una operación de rescate de nacionales, o asimilados, localizados en un estado en crisis. Las posibilidades de actuación están directamente relacionadas con la permisividad del estado en cuyo territorio soberano tal operación habría de tener lugar. Esta iría de la franca cooperación hasta la hostilidad, pasando por la mera tolerancia²⁹². Si tal tipo de operaciones se traen a colación en este trabajo es por que en el curso de las mismas no cabe descartar la ejecución de un rescate de rehenes, el empleo de medios antidisturbios y otras actividades de corte policial. En la práctica internacional —no de forma tan explícita en el Derecho Internacional— está admitida la ejecución de operaciones NEO, para el rescate de propios nacionales aún en contra de la voluntad del estado territorial si este se muestra incapaz de hacer frente a la situación²⁹³. En cualquier caso, la cooperación plena del estado en el que se desarrolla la operación determina la irrelevancia jurídica de la operación, no desde el punto de vista del derecho interno de cada estado implicado, sino desde el del derecho internacional, puesto que se trataría de un ejercicio de poderes soberanos, o su renuncia.

²⁸⁹ MARTÍN RODRIGUEZ, P. (2008), El estatuto jurídico ... op.cit. p. 65. De todas formas la inmunidad de jurisdicción causa problemas a largo plazo, cfr. STAHN, C. (2005), *Accountability And Legitimacy In Practice ...*, op.cit, como hemos visto.

²⁹⁰ La publicación doctrinal DO1-001 del Ejército de Tierra (2003) «Empleo de las fuerzas terrestres» las incluye entre las «operaciones no bélicas» p. 15-1, y las define como «operaciones realizadas con el fin de trasladar a un lugar seguro a personal no combatiente residente en un área afectada por una crisis interna o un conflicto armado».

²⁹¹ El MC 477, que recoge el concepto de la OTAN en materia de Fuerza de Respuesta (NRF), incluye las NEO entre sus misiones.

²⁹² El citado manual DO1-001 clasifica las operaciones NEO, según el grado de riesgo, en per-

misivas (sin amenaza probable), inciertas (semi-permisivas y con amenaza probable) y hostiles (no permisivas y con amenaza segura, caracterizadas por la resistencia a la operación de evacuación, bien por que el gobierno del país no controla la situación o por que no autoriza su ejecución).

²⁹³ HILAIRE, M. (2002), *The Laws of Armed Conflict, The Right of Self-Defense, and the United Status Military Operation Against Terrorism in Afganistán. Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, nº 41, Vol 1-2, pp. 105-128, p. 122. Este autor recoge el precedente de Entebbe, que examinaremos a continuación, y la orden del Presidente Carter de rescatar a los rehenes norteamericanos en la embajada de Teherán en 1976, y recuerda que ni el Consejo de Seguridad (!), ni el TIJ condenaron la acción. Sitúa su fundamento jurídico en el derecho de legítima defensa.

El caso más significativo de ejecución de una operación de este tipo, más bien rescate de rehenes, en contra de la voluntad del gobierno de un estado soberano, en el territorio de este último, es la desarrollada en el aeropuerto de Entebbe (Uganda) llevado a cabo por una unidad de operaciones especiales del Ejército israelí. El hecho dio lugar a una airada protesta del Gobierno de Uganda, respaldada por la Organización para la Unidad Africana (OUA, actual UA), pero sobre la que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no se pronunció²⁹⁴.

²⁹⁴ Contrasta el lenguaje y los términos empleados por la OUA (actual UA) y la ONU. Parece oportuno, dada la trascendencia de los hechos en su momento, y la evidencia de una cierta política internacional sobre el tema, y la relevancia para el presente trabajo, extenderse un poco en el tema y transcribir, en la medida de lo posible, el debate. Utilizaremos además, la versión en lengua inglesa de los documentos, por ser la empleada por la mayor parte de los implicados. La entonces Organización para la Unidad Africana, en su reunión de jefes de estado y de gobierno de Port Louis, Mauricio, del 2 al 6 de julio de 1976 AHG/Res. 83 (XIII), declaró: «Resolution on Israel Aggression Against Uganda. The Assembly of Heads of State and Government of the Organization of African Unity, meeting in its Thirteenth Ordinary Session at Port Louis, Mauritius, from 2nd to 6th July 1976, Having heard the statement of the Minister of Foreign Affairs of the Republic of Uganda; Deeply alarmed about the Israeli aggression on Uganda which constitutes a threat to international peace and security; Considering that an aggression against one OAU Member State, is aggression against all member States requiring collective measure to repel it; Believing that such aggression results from the policy of cooperation between Israel and South Africa which aims at threatening the independence and territorial integrity of all African and Arab States and to undermine the aim of Africa to liberate the territories which are still under colonialism and racist domination in the Southern part of Africa, 1. Strongly condemns the Israeli aggression against the sovereignty and territorial integrity of Uganda; the deliberate killing and injuring of people and wanton destruction of property; and for having thwarted the humanitarian efforts by the President of Uganda to have the hostages released; 2. Calls for an immediate meeting of the United Nations Security Council with a view to taking all appropriate measures against Israel, including measures under Chapter 7 of the United Nations Charter; 3. Expresses its full support to Uganda and its appreciation to its president for the humanitarian role he has played; 4. Decides to send a message of solidarity, support and condolence to the President and people of Uganda; and 5. Calls upon all African States to

intensify their efforts in order to isolate Israel and compel her to change her aggressive policy; 6. Calls upon Member States of the OAU to assist Uganda to retrieve much of what she has lost; 7. Mandates the Current Chairman of the Council of Ministers and Guinea and Egypt to assist Uganda in putting the case before the Security Council.» Hay que recordar que el presidente de Uganda por aquel entonces era Idi Amin, y que la descripción de los hechos que hace la OUA en su resolución es, como mínimo, parcial. En cualquier caso, el Consejo de Seguridad eludió el tema político, optando por una condena de los secuestros aéreos en general: «Complaint by the Prime Minister of Mauritius, Current Chairman of the Organization of African Unity, of the 'act of aggression' by Israel against the Republic of Uganda. Decisión of 14 July 1976 (1943rd meeting): rejection of the two-Power draft resolution. At its 1939th to 1943rd meetings, from 9 to 14 July 1976, the Council considered the complaint by the Prime Minister of Mauritius, current Chairman of the OAU, of the 'act of aggression' by Israel against Uganda, which dealt with the Israeli raid on Entebbe Airport following the hijacking of a French aircraft. In the course of the meetings on this item, virtually every member of the Council condemned hijacking and affirmed the need for further international action to combat international terrorism; however, a number of delegations objected to a discussion of the question in the current debate on the grounds that it represented a departure from the agreed agenda (...) At the 1941st meeting, the representative of the United Republic of Tanzania voiced objections similar to those of the Libyan Arab Republic, and stated that his delegation would have preferred the case of the violation of Uganda's sovereignty to be treated on its own merits, and the question of hijacking, with all its implications, also to be treated on its own merits. Other delegations asserted that the Council could not consider the episode at Entebbe without also considering the events that had led to it, with a view to preventing future occurrences of similar nature. At the 1940th meeting, the representative of the United Kingdom, recalling previous action by the international community in connection with hijacking, stated that what was needed now was: (a) to make the existing

En todo caso, parece claro que, como veremos al estudiar el caso de las «abducciones», o secuestro de personas en el territorio soberano de un estado para su persecución penal formal en el territorio de otro, el principio principal que aquí juega es el respeto a la soberanía, conforme a los principios y propósitos de Naciones Unidas, y la Resolución 2625(XXV) de la AGNU. Nada impide, a priori, que una operación de este tipo, por muy justificada que pueda parecer a los ojos de la opinión pública de un estado, sea considerada como una injerencia en los asuntos internos de otro, como una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz, o incluso un acto de agresión conforme a la Resolución 3314 (XXIX) de la AGNU, tal y como calificó a la intervención israelí la resolución de la OUA. En cualquier caso, el supuesto extremo de una operación de rescate en contra de las autoridades legítimas de un estado, implicaría claramente una situación límite a la que el derecho internacional puede dar difícil respuesta. Parece claro empero que en su actuación, el estado que intervenga deberá atender, casi en exclusiva, a criterios de legalidad interna, aunque cabe preguntarse acerca del estatuto, siquiera momentáneo, de las personas detenidas para la ejecución de la misión y otras cuestiones parecidas. En definitiva, lo extremo de la situación – que no su inverosimilitud, ya que se han dado varios casos con mayor o menor éxito–

international action as effective as possible and to ensure the maximum compliance with it by all members of the international community; and (b) to consider whether there was any further action that the international community, and specifically the United Nations, could take so as to prevent further acts of hijacking and to punish those responsible. The representative of the United States, at the 1942st meeting, stated that his delegation believed strongly that the Council should address itself to the causes of incidents such as that which had occurred in Uganda, and once again take positive action to put an end to such senseless violence. The Council should reaffirm its opposition to hijacking, which was expressed in the Council's consensus decision on hijacking adopted on 20 June 1972, and take a firm stand against terrorist hijacking, which was one of the most dangerous threats to peace and security in the world today. At the 1940th meeting, the representative of the United Kingdom, on behalf of the United Kingdom and the United States, introduced a draft resolution that, in its second preambular paragraph, recalled the Council's decision on hijacking adopted by consensus on 20 June 1972, and other international instruments against hijacking, and in its operative part would have the Council: condemn hijacking and all other acts that threatened the lives of passengers and crews and the safety of international civil aviation and call upon all States to take every necessary measure to prevent and punish all such terrorist acts; deplore the tragic loss of human life that had resulted from the hijacking of the French aircraft; reaffirm the need to respect sovereignty and territorial integrity of all states in accordance with the Charter of the Uni-

ted Nations and international law; and enjoin the international community to give the highest priority to the consideration of further means of assuring the safety and reliability of international civil aviation. At the 1943rd meeting, on 14 July 1976, the draft resolution received 6 votes to none, with 2 abstentions, and was not adopted having failed to receive the required majority. Seven members did not participate in the vote. Prior to the voting, at the same meeting, the representative of Pakistan stated that, while his Government opposed to and deplored hijacking and would be ready to contribute to a discussion of the question at the proper time and place, the draft resolution before the Council was not related to the subject in matter under discussion, and therefore his delegation would not be able to participate in the vote. Other members gave similar reasons for not participating in the voting. After the vote, at the same meeting, the representative of the United Kingdom stated that his delegation's interest in sponsoring the draft resolution had been to promote an equitable and balanced resolution covering all aspects of the events at Entebbe in a way that they hoped would lay the groundwork for future international co-operation to deal with the scourge of terrorism. He added that although it had not been possible to agree on action at the current time, they hoped that the debate would serve as a stimulus to further international discussion, particularly on the subject of hijacking, and that some time in the near future they would be able to agree on action in the United Nations that would prevent future acts of terrorism.» *Repertoire of the Practice of the Security Council, Supplement 1976, Chapter IX, pp. 359-360.*

sitúa esta cuestión, a pesar de su claro aire policial, en el ámbito de lo político, mas que en el de lo jurídico, y por tanto la inclusión en este trabajo es solo a efectos de una mas perfecta catalogación de las que hemos llamado actuaciones parapoliciales.

IV. LA DETENCION REALIZADA POR FUERZAS MILITARES COMO POSIBLE FIGURA AUTÓNOMA DE OTRAS PRIVACIONES DE LIBERTAD

4.1. La detención en Derecho Internacional

Hasta hace relativamente muy poco, el individuo no era sujeto del derecho internacional. Por ello no debe extrañar que la detención haya permanecido, quizá hasta hoy en día, en el estricto ámbito de los derechos domésticos, salvo contadísimas excepciones entre las que se encuentra el estatuto del prisionero de guerra o el del internado civil. Ha sido en el desarrollo de los derechos humanos cuando la detención ha cobrado cierta importancia dado que como señala Climent «después de la vida, el bien jurídico mas importante es el de la libertad personal»²⁹⁵. En la tensión ya descrita entre el Derecho Internacional Humanitario y el marco internacional en materia de Derechos Humanos es donde debe situarse el tema que tratamos de analizar. Ya nos hemos referido a la ambigüedad consustancial a las operaciones militares llevadas a cabo actualmente en el marco del sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas, y evidentemente debe tenerse en cuenta en todo momento el carácter de *lex specialis* del Derecho Internacional Humanitario. No obstante, la aplicabilidad de este, en principio, está condicionada a la existencia de un conflicto armado de la naturaleza que sea –internacional o interno– quedando las cuestiones relativas al individuo, en otras situaciones imaginables, en el ámbito de los Derechos Humanos. En cualquier caso, el concepto de la detención admite, e incluso necesita, varias aproximaciones. Desde un punto de vista material, la detención no es sino la situación fáctica que tiene lugar siempre que a una persona se le impide realizar una conducta que voluntariamente realizaría de no existir una coerción exterior que se lo imposibilita, o se le priva de la libertad ambulatoria, tanto impidiendo que abandone un lugar como conduciéndola contra su voluntad a otro²⁹⁶. La detención llevada a cabo por cuerpos del estado es una de las cuestiones mas cuidadosamente delimitadas en los derechos internos, y el desarrollo de todo un sistema para su control ha jalonado mas que cualquier otra cosa la evolución de los sistemas de protección de los derechos individuales en las naciones convencionalmente llamadas civilizadas, a través de institutos como el *Habeas Corpus*. Sin embargo, en el ámbito que nos ocupa la situación dista de ser clara. Así como si un individuo, en situación de normalidad, encontrándose en territorio español, sabe o puede saber cuales son sus derechos concretos en caso de detención, parece ser, observando la práctica contemporánea, que no ocurre lo mismo si la detención se practica por fuerzas militares españolas en el territorio de otro estado, especialmente si dicha detención se produce en una situación

²⁹⁵ CLIMENT DURAN, C. (1998), Detenciones ilegales policiales, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 21.

²⁹⁶ Ibid. p. 68.

distinta del conflicto armado. Aunque no de una manera abierta, se admite en el ámbito político –y desde luego sin complejos en el académico– que las convenciones de Ginebra y sus protocolos no dan respuesta a todas las situaciones relacionadas con el trato a los detenidos en operaciones militares²⁹⁷. Por otro lado, cabe preguntarse si en un contexto internacional o multinacional, y sobre la base de la diferencia de culturas jurídicas y policiales que ya hemos examinado se tiene de la detención un mismo concepto. La primera impresión es que sí, por la similitud de vocablos –detención, *detention*, *arrest*, etc.– pero en cuanto se profundiza un poco en la cuestión se empieza a sospechar que nos encontramos ante los clásicos «falsos amigos» propios de las malas traducciones²⁹⁸. Debe acudir, pues a las definiciones recogidas en textos de relevancia internacional aunque no sean de carácter normativo, ya que los de carácter normativo no suelen incluir tales definiciones. Así, el ya mencionado «Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión»²⁹⁹, señala que «para los fines del Conjunto de Principios:

- a) Por «arresto» se entiende el acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad;
- b) Por «persona detenida» se entiende toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito;
- c) Por «persona presa» se entiende toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito;
- d) Por «detención» se entiende la condición de las personas detenidas tal como se define *supra*;
- e) Por «prisión» se entiende la condición de las personas presas tal como se define *supra*;

Estas definiciones están tomadas, claro está, de la versión española del documento, tan auténtica –si queremos utilizar este término en un documento no normativo– como cualquiera de las versiones en las otras lenguas oficiales de Naciones Unidas. Sin embargo, la práctica reciente nos lleva a la conclusión de que la nomenclatura es

²⁹⁷ OSWALD, B. (2008), *Detention of Civilians on Military Operations: reasons for and challenges to developing a special law of detention*, *Melbourne University Law Review*, vol. 32, pp. 524-553, p. 526. Significativamente, este autor cita al Asesor Jurídico del Departamento de Estado estadounidense John Bellinger III, que en 2007 declaró «the United States is firmly committed to the law that applies. We're also committed to working with other countries around the world to develop new legal norms in cases where existing law does not give one the answers. But what we do think is problematic is to simply suggest that the Geneva Conventions provide all of the answers in fighting international terrorism, and that countries simply need to follow the Geneva Conventions and that is the end of the matter».

²⁹⁸ Mc BRIDE, J. *Pre-Trial Detention in the OSCE Area (1999)*, *ODHIR publications*, Back-

ground Paper 1999/2, p. 5 y ss. Este autor señala que «Although many of the terms used in international standards will generally appear familiar to lawyers, judges and others working in the legal systems, their meaning does not necessarily coincide with the way in which they are understood in any particular national legal system. The distinct understanding enjoyed by such terms in an international context is essential for the effective application of rules concerned to a wide range of different legal traditions, ensuring that attention is focused on the essence of a situation rather than its formal characterization within a given country. However, the use of ostensibly familiar terms still often leads to the mistaken assumption that an existing national procedure complies entirely with the relevant international standard.»

²⁹⁹ Texto completo en http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es.pdf.

un problema más grave de lo que aparece a simple vista. La lectura de cualquier trabajo sobre detención en operaciones militares redactado por un angloparlante evidencia que en el concepto de *detainee* engloba a cualquier persona privada de libertad, en el sentido antes mencionado de privación física de libertad ambulatoria³⁰⁰. De este modo un prisionero de guerra es una forma más del genérico concepto de detenido. Creo, sin apoyatura en texto alguno concreto³⁰¹, que en lengua española la idea de la detención es mucho más limitada, y que a casi nadie se le ocurriría llamar «detenido» a un prisionero de guerra³⁰², aunque, de hecho, existe la figura del detenido en relación con el conflicto armado, que evidentemente debe ser examinada con cuidado, puesto que acaso sea la clave del arco. Esta cuestión cobra importancia no como ejercicio de filología, sino en puro derecho internacional, a la hora de determinar el

³⁰⁰ Así en GLAZIER, D. (2006), *Full and Fair by What Measure?: Identifying the International Law regulating Military Commission Procedure*, Boston University International Law Journal, vol. 24:55, pp. 55-122, OSWALD, B. (2007), *The Law on Military Occupation: Answering the Challenges of Detention during Contemporary Peace Operations?*, Melbourne Journal of International Law, vol.8, pp. 311-326, t. OSWALD, B. (2008), *Detention of Civilians on Military Operations*, Melbourne University Law Review, vol. 32, pp. 524-553, NAERT, F. (2006), *Detention in Peace Operations: The Legal framework and Main Categories of Detainees*. Institute for International Law, Working Paper No 94, <http://law.kleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP94eng.pdf>.

³⁰¹ Aunque sí se puede hacer referencia a dichos textos sobre la base de la ausencia de dicho concepto en su redacción, salvo con un carácter muy residual. por ejemplo en FERNANDEZ – FLORES Y DE FUNES, J.L. (2001) *El Derecho de los Conflictos Armados*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, *passim*.

³⁰² McBRIDE, J. (1999), *Pre-Trial Detention ...*, *op.cit.* Este autor entra en una serie de definiciones que parece pertinente reproducir, aunque se refieran mas bien a cuestiones puramente criminales, dado que el presente trabajo trata de aproximarse a ciertos aspectos policiales de las operaciones militares, y aunque el documento se refiera al «área de la OSCE»:

«Arrest. This is especially true in the field of criminal justice where an arrest can simply be the initial act of apprehending someone on suspicion that he or she was involved in a crime. But often it is regarded as a formal measure taken by the police, other law enforcement officials or (in some countries) private individuals, whereas the latter is likely to be directed by a judge or prosecutor, the distinction is obviously important if safeguards required in respect of the initial measure are only

meant to be applicable when the more formal one is taken.

Detention. Detention is similarly a concept which may be used in more than one way. It can simply be a factual description of a person's loss of liberty (whether or not this has a legal basis). It may also be the characterization of the particular legal processes which have that as their intended consequence. The latter processes may be ones connected with the administration of criminal justice (whether before or following conviction) but they may also serve other legitimate purposes (such as immigration control and safeguarding persons of unsound mind).

Administrative and preventive detention. Detention which is not part of a process that can lead to a criminal prosecution is often designated as administrative. Where such detention seeks to prevent crimes being committed but is not a part of a process leading to a prosecution or is not concerned with persons of unsound mind, it may well be described as preventive. A properly declared emergency will be a precondition for the use of such a measure but its justification will also be dependent on demonstrating the inadequacy of other, less draconian powers.

Pre-trial detention. This paper is only concerned with a deprivation of liberty based on a suspicion that the person affected is somehow involved in a crime (as a participant rather than as a witness). It follows many international standards that treat arrest and detention in this context as interchangeable terms for the initial measure taking away such a person's liberty where that has a legal basis. International standards also recognize and require a separate act of authorization, soon afterwards, for this initial deprivation of liberty to be continued and this may have to be renewed on a periodic basis. No specific term is used in international standards for such an authorization but, as has been seen, some national legal systems may refer to this as arrest or detention».

marco jurídico aplicable a una persona privada de libertad. Como ya se ha repetido varias veces en este trabajo, hay dos regímenes legales completamente distintos aplicables a una operación militar, dependiendo de si nos encontramos en una situación de conflicto armado o no, que son el Derecho Internacional Humanitario y el sistema internacional de los Derechos Humanos³⁰³.

Naert, que es quizá quien mejor ha sistematizado el tema, distingue primero entre la operaciones regidas por el Derecho de los Conflictos Armados (Irak, en 1991, MONUC, etc.) y las que no, para pasar a continuación a enumerar los distintos tipos de detenidos en cada una de estas situaciones, que incluiría básicamente a los prisioneros de guerra e internados civiles (con el subapartado de criminales) en la primera, y a las personas detenidas por constituir una amenaza para la fuerza y los criminales en la segunda³⁰⁴.

4.2. Las formas convencionales de privación de libertad vinculadas a la acción de los ejércitos: la situación de conflicto armado

4.2.1. Delineación de los conceptos

Uno de los objetos del trabajo es delimitar un concepto, el de detenido por fuerzas militares, y es notorio que desde que existen los ejércitos les es consustancial el hecho de privar de libertad a determinadas personas, a través de las figuras que veremos. Aunque es un tema ya estudiado con mucha profundidad, es conveniente hacer una breve referencia a dicho régimen, para entrar con posterioridad a explorar la existencia o no de un régimen de la detención distinto a éste. El contexto en el que se desarrolló el Derecho Internacional Humanitario en la posguerra mundial³⁰⁵ era el del conflicto armado internacional, admitiendo a través de su artículo 3 común, la existencia de otros tipos de conflicto y el deseo de establecer ciertas reglas mínimas. Por ello no es extraño que exista una completa regulación de las situaciones de privación de libertad vinculadas a un conflicto armado internacional, y un poco menos en lo que se refiere a los conflictos de carácter no internacional. Como punto de partida podemos concretar dos categorías fundamentales, los prisioneros de guerra y las personas civiles internadas³⁰⁶. Tal clasificación, acaso en exceso simplificadora, adquiere su cabal sentido si la matizamos con conceptos tales como forma de captura, estatuto específico de determinados individuos o grupos, casos dudosos, y personas

³⁰³ NAERT, F. (2006), *Detention in Peace Operations: The Legal framework and Main Categories of Detainees*. Institute for International Law, Working Paper No 94, <http://law.kleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP94eng.pdf>,

³⁰⁴ NAERT, F. (2006), *Detention in Peace Operations* ..op.cit. *passim*.

³⁰⁵ PELÁEZ MARÓN, J.M. (1991). El Derecho Humanitario antes y después de la Segunda Guerra Mundial. Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, pp. 61-93.

³⁰⁶ Los textos consultados para la realización de este trabajo no suelen seguir esta distribución sistemática, acaso debido a la exhaustiva regulación del régimen de los prisioneros de guerra, a diferencia de la segunda de las categorías, mas difuminada que la anterior. Por ejemplo, así se recoge en FERNANDEZ FLORES, J.L. (2001), *El Derecho de los Conflictos Armados*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid.

que no entran en ninguno de los dos grupos, o exentas de protección por los convenios internacionales en la materia. Por otro lado, nos vamos a referir, en exclusiva, a los conflictos armados de naturaleza internacional. La mayor parte del Derecho Internacional Humanitario se refiere a los conflictos armados internacionales, a pesar de la evidencia de que desde la Segunda Guerra Mundial la mayoría de los conflictos armados han sido de naturaleza no internacional³⁰⁷. El Derecho Humanitario Bélico, que entra de lleno dentro de la clásica categoría del *ius in bello*, se preocupa mucho menos de la forma que del fondo. Hay que analizar el Derecho Humanitario bélico como lo que es, y compartiendo la idea de Fernández Flores, ver tal rama del derecho internacional como el intento de proteger los derechos fundamentales del hombre en condiciones muy adversas³⁰⁸.

4.2.2. *Los prisioneros de guerra*

4.2.2.A. *CONCEPTO Y RÉGIMEN GENERAL*

Como señala Sánchez del Río³⁰⁹, el prisionero de guerra es una víctima del conflicto. Es evidente que la situación del mismo no es envidiable –dicho sea esto con carácter general– fundamentalmente por el desamparo e incertidumbre de la situación. Tengamos en cuenta por ejemplo que, a diferencia del cumplimiento de una pena, la privación de libertad del prisionero de guerra es de duración indefinida, con el consiguiente efecto psicológico sobre la persona en tal situación. El régimen legal aplicable viene recogido en diversos Instrumentos. El Reglamento de las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre, anexo al II Convenio de la Haya de 1899, sigue en vigor en algunos países, como España, así como el Reglamento anexo al IV Convenio de la Haya de 1907. No obstante, dichas normas carecen en absoluto de aplicación, ya que han sido ampliamente superadas, primero por el Convenio de Ginebra de 1929, y por la normativa hoy en vigor, el Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, o III Convenio de Ginebra (en lo sucesivo GIII). También son de aplicación los artículos 43, 44, 45, 46 y 47 del Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977. Según Orcasitas Llorente, la diferencia fundamental entre el régimen actual y el de 1929, estriba en que, mientras los dos convenios de 1929 que regulaban la materia eran completamente independientes, ahora todos están estrechamente vinculados como o demuestra, por ejemplo la existencia del artículo 3 común a todos los Convenios de 1949³¹⁰. El concepto actual de prisionero de guerra debemos formarlo mediante la enumeración, derivada del estudio de los textos convencionales, de las personas con derecho a dicho estatuto, una vez caen en manos del enemigo, y la clasificación de aquellas personas que no entrarían en ésta categoría:

³⁰⁷ AHLSTRÖM, C. y NORDQUIST, K., (1991), *Las víctimas de los conflictos*. Departamento de Investigaciones sobre Paz y Conflictos, Universidad de Uppsala, Suecia, p.p. 5 y 6.

³⁰⁸ FERNÁNDEZ FLORES, op. cit. p. 147.

³⁰⁹ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, J., «Protección de los prisioneros de guerra», docu-

mentación del Centro de Estudios del Derecho Humanitario. Cruz Roja Española.

³¹⁰ ORCASITAS LLORENTE, L., (1950), *Los prisioneros de guerra en la Convención de Ginebra de 1949*. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. III, Nº 2, pp. 473-500, p. 479.

a) *Los prisioneros de guerra*, sea por tener el estatuto de combatiente, por asimilación o por consideración³¹¹ son las personas que entran en alguno de los siguientes grupos:

- Los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto, integradas por todas las fuerzas, grupos y unidades armadas y organizadas, bajo mando responsable y sometidas a algún tipo de régimen disciplinario. (Art. 43 Protocolo I)
- Los integrantes de organismos paramilitares o servicios armados para la salvaguardia del orden público que una parte haya incorporado a sus Fuerzas Armadas, notificándolo a las otras partes en conflicto. (Art. 43 Protocolo I).
- Los miembros de milicias y otros cuerpos voluntarios, incluso los movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una Parte contendiente y que actúen fuera o dentro de su propio territorio, aunque se halle ocupado, siempre que cumplan una serie de condiciones, consistentes en que figure al mando una persona responsable, que lleven un signo distintivo reconocible a distancia, que porten francamente las armas y que, en su actuación, respeten las leyes y usos de la guerra (art. 4.A.2 GIII).
- Los miembros de las fuerzas armadas regulares pertenecientes a un gobierno o a una autoridad no reconocidos por la Potencia en cuyo poder hayan caído (art. 4.A.3 GIII).
- La población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo toma espontáneamente las armas para combatir a las tropas invasoras, sin tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, siempre que porten las armas francamente y respeten las leyes y usos de la guerra. (4.A.6 GIII).
- Los guerrilleros. Podemos entender por tal al combatiente que, en determinada situación, no pueda distinguirse de la población civil, siempre que en esas circunstancias lleve las armas abiertamente durante todo el enfrentamiento militar y durante todo el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que se va a participar (art. 44. 3 P I).
- Las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar parte integrante de ellas, tales como miembros civiles de tripulaciones de aviones militares, corresponsales de guerra, proveedores, individuos de unidades de trabajo o de servicios encargados del bienestar de las fuerzas armadas, a condición de que para ello hayan recibido permiso de las fuerzas que acompañan, y debiendo éstas entregarles una tarjeta de identidad, según un modelo que se establece. (Art. 4.a.4 GIII).
- Los miembros de las tripulaciones, incluso capitanes pilotos y grumetes, de la marina mercante, y tripulaciones de la aviación civil de las partes conten-

³¹¹ Según terminología utilizada por SÁNCHEZ DEL RÍO, op. cit. Por su parte, José Luis Domenech Omedas utiliza la diferenciación entre personas con estatuto de prisionero de guerra y personas sin tal estatuto, pero con derecho a ser tratados como prisioneros de guerra. DOMENECH

OMEDAS, J.L. (1996), «La protección del prisionero de guerra», ponencia presentada en las II Jornadas de Derecho Internacional Humanitario y el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Valencia 3, 4 y 5 de diciembre de 1996.

- dientes, que no gocen de trato mas favorable en virtud de otras disposiciones del Derecho Internacional (art. 4.a.5 GIII).
- Personal militar que preste servicios en organismos de protección civil (art. 67.2 P I).
 - Las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado, si, por razón de ésta pertenencia la Potencia ocupante, aunque las haya inicialmente liberado mientras las hostilidades se efectuaban fuera del territorio que ocupe, considera necesario proceder a su internamiento, especialmente después de una tentativa fracasada de incorporarse a las fuerzas armadas a que pertenezcan y que se hallen comprometidas en combate, o cuando hagan caso omiso de la orden que se les de para su internamiento. (Art. 4.b.1 GIII).
 - Las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el presente artículo que hayan sido recibidas en sus territorios por potencias neutrales o no beligerantes, y a quienes éstas tengan la obligación de internar en virtud del derecho internacional, bajo reserva de cualquier trato mas favorable que dichas Potencias juzguen oportuno concederles y con excepción de las disposiciones de los artículos 8, 10, 15, 30, quinto párrafo, 58 a 67 incluidos, 92, 126, y de las disposiciones concernientes a la potencia protectora, cuando entre las partes contendientes y la potencia neutral o no beligerante interesada existan relaciones diplomáticas. Cuando existan tales relaciones diplomáticas, las partes contendientes de quienes dependan dichas personas estarán autorizadas para ejercer, respecto a ellas, las funciones que el presente Convenio señala a las Potencias protectoras, sin perjuicio de las que dichas partes ejerzan normalmente a tenor de los usos y tratados diplomáticos y consulares (art. 4.b.2 IIIG).
 - El combatiente que caiga en poder de una parte adversa y no reúna las condiciones enunciadas en la segunda fase del párrafo 3, perderá el derecho a ser considerado como prisionero de guerra, pero, no obstante, recibirá las protecciones equivalentes, en todos los sentidos, a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III Convenio y el presente Protocolo. Esta protección comprende las protecciones equivalentes a las otorgadas a los prisioneros de guerra por el III Convenio en el caso de que tal persona no sea juzgada y sancionada por cualquier infracción que haya cometido (art. 44.4 P I).
- b) En principio, quien no entra en las categorías anteriores, carece de la consideración de prisionero de guerra³¹². No obstante, la persona que habiendo participado en las hostilidades, cae en poder del enemigo, debe, en caso de duda sobre su estatuto, ser tratado como prisionero de guerra provisionalmente, hasta que dicho estatuto de determine por un tribunal competente (art. 5 GIII). El Protocolo I va más allá, al afirmar que tales personas se presumirán prisioneros de guerra, cuando reivindiquen tal estatuto, cuando parezcan tener derecho al

³¹² BOLLO AROCENA, M.D. (2005), La responsabilidad del Estado por la violación del Derecho Internacional Humanitario. A propósito de los hechos ocurridos en la cárcel de Abu Ghraib

(Irak), Revista Española de Derecho Militar nº 86, pp. 153-195. Esta autora destaca que eso no quiere decir que carezcan de estatuto, y lo hace desde el enfoque de la responsabilidad del Estado, *passim*.

mismo o cuando la Parte de la que dependa reivindique dicho estatuto en su favor. Fuera de los casos anteriores, el capturado carece de la consideración de prisionero de guerra, lo que no necesariamente es negativo, si, por ejemplo, puede beneficiarse de un mejor estatuto. Pero tanto la doctrina como la práctica internacionales están de acuerdo en que hay varias categorías de combatientes que no están protegidos por los Convenios: los francotiradores, los combatientes ilegítimos, y sobre todo, los espías y los mercenarios, que se englobarían en el concepto genérico de «combatientes ilegítimos». Pero su estatuto se examinará más adelante.

Siguiendo a Fernández Flores, y a Orcasitas³¹³, podemos definir como reglas generales del estatuto de prisionero de guerra, las que se refieren a los principios generales de dicho Estatuto, frente a las normas particulares que estudiaremos en epígrafes sucesivos. También hay quien habla de un mínimo compartido en cuanto al trato de prisioneros³¹⁴. El principio general, recogido en el artículo 12, párrafo primero del III Convenio de Ginebra, es que los prisioneros están en poder de la potencia captora y no de los cuerpos de tropa o individuos que materialmente los aprehenden. Se pueden señalar, además, una serie de reglas concretas, recogidas en los artículos 12, 13, 14, 15 y 16 del Convenio, relativas a la prohibición de traspaso de prisioneros a otras potencias, salvo excepciones, a la obligación de protección, asistencia y manutención gratuita, etc.

4.2.2.B. LOS LÍMITES TEMPORALES DEL ESTATUTO DEL PRISIONERO DE GUERRA

En este epígrafe se pretende definir cuanto dura en el tiempo el carácter de prisionero de guerra, ya que como regla general podemos afirmar que es un estatuto que se tiene solo mientras se está realmente en poder del enemigo, o al menos en el territorio controlado por el mismo. Un combatiente se convierte en prisionero de guerra en cuanto cae en poder del enemigo, sea mediante rendición o mediante captura. Las formas de rendición son muy variadas, y pueden pactarse, pero en general consisten en manifestar de forma inequívoca que se ha renunciado a la lucha. Las reglas de comportamiento en el combate han asentado una serie de prácticas tales como levantar los brazos, arrojar las armas, enarbolar banderas blancas, avanzar con la torre del carro de combate hacia atrás, etc.³¹⁵.

Tengamos en cuenta que se considera un acto de perfidia, por lo tanto prohibido, el atacar simulando una rendición (art. 37 P I). Es ilícito atacar al enemigo que notoriamente está fuera de combate, sea por estar herido, naufrago e indefenso, o descendiendo en paracaídas al haber resultado derribada o en peligro su aeronave (P I, arts. 41 y 42). El prisionero puede conservar sus objetos de uso personal y

³¹³ FERNÁNDEZ FLORES, op cit. pp. 628 y ss., y ORCASITAS LLORENTE op.cit. p.477.

³¹⁴ CLIFFORD, W. (1972), *The Shared Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*. *American Journal Of International Law*, 1972, p. 232.

³¹⁵ DE MULINEN, F. (1991) *Handbook on the Law of War for Armed Forces* (edición en español Manual sobre el Derecho de la Guerra para las fuerzas armadas). Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, p. 125

algunos objetos defensivos, tales como las mascarar antigás, así como el vestuario y prendas de uniformidad, pero le son retiradas todas las armas, y su documentación militar. La retirada de objetos de valor o dinero, solo podrá efectuarse por razones de seguridad, por orden de un oficial y previa consignación en un registro, para su posterior devolución (art. 18 G III). La potencia captora puede someter a interrogatorio al prisionero, si bien este tiene derecho a ser interrogado en un idioma que comprenda, a no ser sometido a ningún tipo de presión o tortura, a ser tratado con dignidad, a declarar solo su nombre, grado, fecha de nacimiento y número de identificación, y a ser provisto de una tarjeta de identificación que acredite su condición. No es conveniente omitir algunos de los datos antes señalados, ya que ello autorizaría a la potencia captora a privar de algunas ventajas que corresponderían, por ejemplo, al empleo militar del prisionero (art. 17 G III). Los prisioneros deben ser evacuados, tan pronto la situación táctica lo permita, fuera de las zonas de combate, salvo excepciones determinadas por razones de salud. No pueden quedar expuestos a los peligros del combate, si bien cabe que se les aloje provisionalmente en campos de tránsito, por el menor tiempo posible. Se adoptarán medidas para su seguridad (arts. 19 y 20 GIII). En ningún caso se permite la ejecución de prisioneros ante la imposibilidad de evacuación. Si se produce tal eventualidad, se les pondrá en libertad (Art. 41 Prot. I).

El fin del cautiverio, y con el, el del estatuto de prisionero se puede producir de diversas formas³¹⁶:

- La repatriación, que se puede llevar a cabo durante las hostilidades, en algunos casos (heridos graves y enfermos, o incluso mediante acuerdo entre las partes, de aquellos prisioneros que han padecido un largo cautiverio), nunca en contra de la voluntad del prisionero (arts. 109, 110, y 117 GIII), y al término de las hostilidades, momento en el que debe realizarse sin demora (Art. 118 GIII). Solo pueden ser retenidos aquellos prisioneros sometidos a proceso penal o que estén cumpliendo una pena (no así una sanción disciplinaria) (art. 119 GIII). La práctica, sin embargo, demuestra que esta repatriación inmediata raramente se produce, y normalmente suelen mediar acuerdos³¹⁷ y otro tipo de presiones internacionales para conseguirla. Por poner un ejemplo reciente, al final de la guerra entre Irán e Irak, en 1998, y a pesar de las continuas manifestaciones de las Partes, en cuanto a su voluntad de repatriar inmediatamente a los prisioneros, no fue sino en 1990 cuando se procedió al canje de 75.466 prisioneros, aunque varios miles siguieron sin ser repatriados³¹⁸. Algo parecido ocurrió al final de la Guerra de Corea. Normalmente, se condiciona la repatriación al cumplimiento

³¹⁶ FERNANDEZ FLORES, J.L. (2001), *El Derecho de los Conflictos Armados*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 657-661.

³¹⁷ Un ejemplo reciente de éste tipo de acuerdos son los contenidos en el art. IX de los Acuerdos sobre los aspectos militares del Acuerdo de paz, dentro de los Acuerdos de Dayton:

«1. Las partes pondrán en libertad y trasladarán sin demora a los combatientes y civiles detenidos en relación con el conflicto (en adelante denominados prisioneros) de conformidad con el derecho internacional humanitario y las disposiciones del presente artículo».

³¹⁸ AHLSTRÖM, op.cit., p. 59.

de otros aspectos de los tratados de paz, con lo que se convierte a los prisioneros en rehenes, violando así el art. 118³¹⁹.

- El traslado a un país neutral. En su artículo 109, el III Convenio de Ginebra establece que los países beligerantes y los neutrales harán lo posible por concretar los acuerdos para el internamiento, hasta el final de las hostilidades, de prisioneros de guerra en países neutrales (art. 109 GIII). En ningún caso se pueden transferir prisioneros de guerra por la potencia en cuyo poder se encuentran, a otro estado que no sea parte en el Convenio, y solo cuando tenga la seguridad de que dicho estado pueda hacer frente a las obligaciones impuestas por el mismo (art. 12 GIII).
- La evasión consumada. Se considera que existe una evasión consumada cuando un prisionero haya podido incorporarse a su propio ejército o al de una potencia aliada, cuando haya salido del territorio en poder de la potencia detenedora o de sus aliados o cuando se haya embarcado en un buque con la bandera de su propio país o de un país aliado. Un prisionero que haya podido evadirse no puede ser castigado en caso de caer prisionero de nuevo (art. 91 GIII). Si dicha captura se produce antes de consumir la evasión, el prisionero solo puede ser sometido a sanciones disciplinarias, y en su caso, a un régimen de especial vigilancia (art. 92 GIII). Teniendo en cuenta la levedad de las posibles sanciones disciplinarias a imponer, que veremos mas adelante, Orcasitas señala que evidentemente, a diferencia del quebrantamiento de una pena, la evasión no atenta contra el ordenamiento jurídico general³²⁰.
- El fallecimiento. El régimen viene recogido en los artículos 120 y 121 del Convenio. En 1929, tal cuestión se reguló en un Título independiente, pareciendo de mayor rigor técnico su inclusión entre las formas de finalizar el cautiverio³²¹.

El artículo 121 representa una innovación frente a la regulación anterior, en la Convención de 1929, según los trabajos preparatorios, «en razón de los incidentes sobrevenidos durante la guerra última»³²². Se trata de la obligación de que toda defunción o herida grave de un prisionero, sospechosa de haber sido causada por un centinela, por otro prisionero o por cualquier otra persona, así como toda otra defunción cuya causa sea desconocida, será seguida de una información oficial de la Potencia que lo tenga en su poder, la que comunicará todo ello a la protectora³²³.

4.2.2.C. *EL RÉGIMEN DE LOS PRISIONEROS DURANTE SU PERMANENCIA EN PODER DE LA POTENCIA DETENEDORA*

a. El régimen interior del campamento.

Normalmente, el prisionero de guerra es internado en un campo de prisioneros, si bien existen figuras como la de la libertad bajo palabra³²⁴. Tanto las características

³¹⁹ SAHOVIC, M. (1989), *La question de la libération des prisonniers de guerre entre L'Irak et L'Iran. Annuaire Français de Droit International*, 1989. pp. 159-165, p. 160.

³²⁰ ORCASITAS LLORENTE, op.cit., p. 492.

³²¹ ORCASITAS LLORENTE, op. cit., p. 498.

³²² Comisión II, en su informe a la Asamblea

Plenaria. ORCASITAS LLORENTE, op.cit., p. 499.

³²³ ORCASITAS LLORENTE, op.cit., p. 499.

³²⁴ DE NO LOUIS, E. (1953), Los prisioneros de guerra, la libertad bajo palabra. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. VI, N° 3, pp. 633 y ss.

físicas o de localización, como el régimen interior de dichos campos, se encuentran minuciosamente reguladas en el Convenio, en lo que se refiere al tratamiento genérico de los prisioneros, uniformidad (art. 27), representación (arts. 79, 80 y 81), reclamaciones (art. 79), comunicación con el exterior (arts. 70 y 71), higiene y asistencia médica (arts. 25, 30 y 306), manutención y vestuario (arts. 18, 26, 110 y anexo 1), religión y actos de culto (arts. 33, 34 y 35), actividades culturales y recreativas (art. 38), y régimen laboral (arts. 49, 51 y 53).

b. El régimen penal y disciplinario.

Una atención más cuidadosa requiere el examen del régimen penal y disciplinario. En principio, los prisioneros estarán sometidos a las leyes reglamentos y demás normativa vigente para las fuerzas armadas de la potencia detenedora (art. 82 GIII). Se pueden establecer unos principios generales como los de *ne bis in idem*, no discriminación, prohibición de sanciones colectivas o intervención mínima del derecho penal (arts. 83, 86, 87 y 88 GIII). Aparte de esto, y en lo que se refiere al sistema de garantías en asuntos penales, se recoge el principio de legalidad (art. 99 GIII), y la garantía de ser sometido solo a tribunales competentes según el Convenio (arts. 84, 102, y 105). La incoación de cualquier procedimiento judicial contra un prisionero de guerra debe ser puesta en conocimiento de la potencia protectora (art. 104). En lo que se refiere al régimen disciplinario, también está sujeto a una serie de garantías. La potestad disciplinaria viene atribuida al Jefe del campamento o en quien éste delegue, que en ningún caso puede ser un prisionero de guerra (art. 96 GIII). El procedimiento también aparece regulado, bajo los principios de publicidad, contradicción y respeto al derecho de defensa (art. 96). Las posibles sanciones vienen genéricamente determinadas (multas, supresión de ventajas, trabajo y arrestos), y no podrán, en ningún caso, ser inhumanos, brutales o peligrosos para la salud, ni exceder de treinta días (arts. 89 y 90 GIII). Por último, el uso de armas contra los prisioneros de guerra, solo podrá efectuarse en casos extremos, y precediendo siempre intimaciones, según las circunstancias (art. 42 GIII).

c. El régimen relativo a la comunicación.

Aunque lo hemos mencionado de pasada, merece, por su importancia, una atención especial la parte del sistema de protección a los prisioneros de guerra consistente en el establecimiento de una red de información, que pretende crear desde el primer momento una comunicación estable entre el prisionero y su familia. Este régimen, casi sin diferencias dignas de mención³²⁵, se recogía ya en los Convenios de 1929. Desde el inicio del conflicto, cada una de las partes establecerá una Oficina Nacional de Información, encargada de canalizar toda información relativa a prisioneros, heridos enfermos y desaparecidos, tanto propios como enemigos, y también relativa a combatientes fallecidos cuyos restos hayan sido recogidos. Si bien está previsto en el III convenio de Ginebra la institución en cada país neutral de una Agencia Central de Información, funciona con carácter permanente una Agencia Central de Búsquedas, con sede en Ginebra y dependiente del Comité Internacional de la Cruz Roja (art. 122

³²⁵ ORCASITAS LLORENTE, op.cit. p. 500.

GIII, 136 GIV y 33 Prot. I)³²⁶. Tan pronto como ha caído prisionero o como máximo en el plazo de una semana desde su llegada al campamento, el combatiente capturado tiene derecho a informar a su familia y a la Agencia Central de Búsquedas sobre su cautiverio dirección y estado de salud. A tales efectos, debe facilitársele una tarjeta de captura, cuyo formato aparece en el anexo III al Convenio (Art. 70 GIII).

4.2.3. *Las personas civiles en poder del enemigo*

4.2.3.A. *EL CONCEPTO DE PERSONA CIVIL*

Este concepto, en el marco normativo en el que nos desenvolvemos, se establece, en general, por contraposición al combatiente, según el concepto ya visto. No obstante se pueden recoger dos nociones distintas:

- Las *personas civiles* son aquellas que reúnen las características de a) no ser combatientes, en el sentido ya expresado (art. 4 GIII, y 50.1 P I); b) no ser nacionales de la potencia beligerante u ocupante en cuyo poder se esté (art. 4 GIII); c) ser nacionales de un estado parte en la Convención (art. 4 GIII); y d) en el caso de ser nacional de un estado neutral o de un co-beligerante, que no haya relaciones diplomáticas entre su estado y aquel en cuyo territorio estén. Si existiese tal representación diplomática, sería ésta la que protegiese a tales personas y no el Convenio³²⁷.
- La *población civil*, a la que se refiere el art. 4, en relación con el 13 de la Convención, y que define el artículo 50.2 del Protocolo I, como la que comprende a todas las personas civiles.

4.2.3.B. *PERSONAS CIVILES EN TIERRA ENEMIGA*

El primer supuesto del que nos vamos a ocupar es el de las personas civiles que, por circunstancias de lo mas variado, puedan encontrarse en territorio enemigo durante el conflicto, normalmente al haberse visto sorprendidos por el mismo o por decisión voluntaria³²⁸. El régimen aplicable a dichas personas aparece recogido en la IV Convención de Ginebra, y se puede resumir en el derecho a salir del país, siempre que no se opongan consideraciones de seguridad (art. 35), a ser tratados de modo análogo al resto de extranjeros (art. 38) y en caso de internamiento, a recurrir tal decisión y obtener un examen imparcial del caso (art. 41 a 43).

³²⁶ BORY, F. (1982), Génesis y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, p. 13. En la fecha del trabajo, la Agencia Central de Búsquedas había reunido más de 55 millones de fichas.

³²⁷ FERNÁNDEZ FLORES, op.cit., pp. 456 y ss.

³²⁸ Al referirnos al concepto de enemigo, el campo al que hacía referencia el apartado anterior

queda sensiblemente reducido, ya que implica, en principio a nacionales de una parte en conflicto. José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE, «La protección de la población civil», ponencia presentada en las II Jornadas de Derecho Internacional Humanitario y el Movimiento Internacional de Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Valencia 3, 4 y 5 de diciembre de 1996.

4.2.3.C. POBLACIÓN CIVIL EN TERRITORIO OCUPADO. EL INTERNAMIENTO

a. Población civil.

Además de las normas mencionadas, hay que tener en cuenta las disposiciones destinadas a la protección de la población civil que se encuentra en territorio ocupado. Podemos distinguir tres tipos de normas³²⁹:

- Las normas que se refieren a garantizar el respeto a la persona y a sus derechos inherentes, (artículos 27 a 34 GIV y artículo 75 PI) fundamentalmente relativas al derecho al honor, garantía de los derechos familiares, convicciones y prácticas religiosas, hábitos y costumbres, prohibiendo en especial una serie de prácticas³³⁰. Es importante destacar el artículo 75 del Protocolo Primero por

³²⁹ RODRÍGUEZ -VILLASANTE, J.L., op.cit.

³³⁰ En materias relacionadas directamente con la detención el Artículo 75 del PI dispone una serie de garantías fundamentales:

«3. Toda persona detenida, presa o internada por actos relacionados con el conflicto armado será informada sin demora, en un idioma que comprenda, de las razones que han motivado esas medidas. Salvo en los casos de detención o prisión por una infracción penal, esa persona será liberada lo antes posible y en todo caso en cuanto desaparezcan las circunstancias que hayan justificado la detención, la prisión o el internamiento.

4. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción penal relacionada con el conflicto armado, sino en virtud de sentencia de un tribunal imparcial, constituido con arreglo a la ley y que respete los principios generalmente reconocidos para el procedimiento judicial ordinario, y en particular los siguientes:

- a) el procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;
- b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;
- c) nadie será acusado o condenado por actos u omisiones que no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional que le fuera aplicable en el momento de cometerse. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción. Si, con posterioridad a esa infracción, la ley dispusiera la aplicación de una pena más leve, el infractor se beneficiará de esa disposición;

d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;

f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable;

g) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y a que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

h) nadie podrá ser juzgado ni condenado por la misma Parte, de conformidad con la misma legislación y con el mismo procedimiento judicial, por un delito respecto al cual se haya dictado ya una sentencia firme, condenatoria o absolutoria;

i) toda persona juzgada por una infracción tendrá derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente;

j) toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de todo tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.

5. Las mujeres privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado serán custodiadas en locales separados de los ocupados por los hombres. Su vigilancia inmediata estará a cargo de mujeres. No obstante, las familias detenidas o internadas serán alojadas, siempre que sea posible, en un mismo lugar, como unidad familiar.

6. Las personas detenidas, presas o internadas por razones relacionadas con el conflicto armado disfrutarán de la protección otorgada por el presente artículo, incluso después de la terminación

dos razones: Primero, recoge unas obligaciones consideradas como derecho consuetudinario incluso por los estados que no son parte en dicho Protocolo³³¹. Segundo, en el debate entre Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos, parece olvidarse que, posiblemente, las obligaciones establecidas por este estatuto de protección mínima son mucho más detalladas y concretas que las recogidas en las convenciones sobre Derechos Humanos³³². De hecho el problema estriba en que, si bien en tiempo de conflicto armado se impone el principio de la norma más garantista –independientemente de que provenga del DIH o del DDH, olvidando así el carácter de *lex specialis* del primero–, en tiempo de paz no se da la situación recíproca.

- Las normas relativas al régimen de la ocupación, ya mencionadas. De entre éstas y por lo que tiene de relevante para el presente trabajo, hay que destacar la prohibición de los traslados en masa o individuales de la población con carácter forzoso³³³, las deportaciones fuera del territorio ocupado, así como la colonización del territorio ocupado mediante la evacuación o transferencia de una parte de la población de la Potencia ocupante (art. 49 GIV).
- Las relativas al internamiento.

b. El internamiento.

Es preciso hacer especial referencia al régimen del internamiento, recogido en la Sección IV, Título III del Convenio (arts. 79 a 135). La extensión de éste régimen cubre una laguna que, desgraciadamente, se correspondía con una práctica habitual de los Estados, iniciada durante la guerra de los Boers, a principios del siglo XX, y generalizándose durante la Segunda Guerra Mundial³³⁴. Según el artículo 79 del Convenio IV, el internamiento puede decretarse tanto respecto de los extranjeros residentes en territorio de la potencia adversa (arts. 41 a 43), como respecto a personas pertenecientes a la población civil (arts. 68 y 78), pero siempre que se trate de medidas de

del conflicto armado, hasta el momento de su liberación definitiva, repatriación o reasentamiento.

7. A fin de evitar toda duda en cuanto al procesamiento y juicio de personas acusadas por crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad, se aplicarán los siguientes principios:

a) las personas acusadas de tales crímenes deberán ser sometidas a procedimiento y juzgadas de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional; y

b) cualquiera de esas personas que no disfrute de un trato más favorable en virtud de los Convenios o del presente Protocolo, recibirá el trato previsto en el presente artículo, independientemente de que los crímenes de que se la acuse constituyan o no infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo.

8. Ninguna de las disposiciones del presente artículo podrá interpretarse de manera que pueda limitar o infringir cualquier otra disposición más favorable y que ofrezca a las personas compren-

didadas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional.»

³³¹ GLAZIER, D. (2006), *Full and Fair by What Measure?: Identifying the International Law regulating Military Commission Procedure*, Boston University International Law Journal, vol. 24:55, pp. 55-122, p. 116.

³³² GROSS, A.M., (2007) *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, *The European Journal of International Law*, vol. 18 n°1, pp.1-35, p. 35

³³³ NAERT, F. (2006), *Detention in Peace Operations ...* op.cit. p. 15 y 16. Esta es una regla fundamental, pero al parecer, durante la ocupación de Irak, y con base en un memorándum del Departamento de Justicia, la Agencia Central de Inteligencia de hecho sacó a detenidos de Irak.

³³⁴ RODRÍGUEZ VILLASANTE, op.cit., y BORY, F., op.cit. p. 17.

seguridad por necesidad imperiosa. Del mismo modo que el régimen de los prisioneros de guerra, y evidentemente, por tratarse de una privación o limitación de libertad, el internamiento se regula con minuciosidad. En dicha regulación se incluyen:

- El lugar de internamiento, que deberán emplazarse en lugares alejados de los combates, y siempre que las condiciones de orden militar lo permitan, se señalarán con las siglas «IC», colocadas de forma que puedan ser vistas desde el aire.
- Asistencia al internado, con normas sobre alojamiento, que deberá ser separado de los prisioneros de guerra y de personas privadas de libertad por otras causas, higiene alimentación y vestuario, asistencia médica y religiosa, actividades intelectuales y recreativas, propiedades y recursos financieros. La asistencia sanitaria debe concretarse en cada lugar de internamiento, en una enfermería adecuada, bajo la dirección y autoridad de personal médico cualificado. Deben realizarse, al menos una vez al mes, inspecciones médicas a los internados.
- Relaciones con el exterior, que incluye la información de los derechos que asisten al internado y las obligaciones que se les imponen, la obligación de comunicar la situación de internamiento tanto a la potencia de la que sean súbditos, como a la Potencia protectora, el derecho a enviar una tarjeta de internamiento a su familia, a mantener correspondencia, recibir alimentos, ropas, medicamentos y libros, y a recibir visitas de familiares a intervalos regulares de tiempo.
- Sistemas de información, que se concreta en la obligación para las partes contendientes de constituir una Oficina Nacional de Información, como ya hemos señalado al referirnos a los prisioneros de guerra, con el cometido de recibir y tramitar informes sobre las personas protegidas que se hallen en su poder, así como una Agencia Central de Información en cada país neutral, a cuyo efecto el Comité Internacional de la Cruz Roja propondrá a las personas interesadas la organización de una agencia de tal naturaleza, que podrá ser la misma prevista para el caso de los prisioneros de guerra. Esta Agencia Central se encargará de la concentración de todos los informes recibidos de las Oficinas Nacionales, los cuales transmitirán lo mas rápidamente posible al país de origen o de residencia de las personas interesadas.
- Liberación, repatriación y evacuación a países neutrales, estableciéndose la obligación de poner en libertad a los internados tan pronto desaparezcan las razones que motivaron su internamiento, que cesará lo mas rápidamente posible al término de las hostilidades.

4.2.3.D. *EL DETENIDO EN EL MARCO DEL DIH*

Parece procedente, en este punto, recapitular un poco sobre lo hasta ahora examinado en relación con las privaciones o restricciones de libertad en el contexto del conflicto armado. Las figuras del prisionero de guerra y del internado parecen claramente delimitadas, y su régimen jurídico o estatuto es lo bastante detallado como para satisfacer el más severo escrutinio, sobre la base de la excepcionalidad de la situación regulada. Además existe el mas amplio consenso sobre el particular, como lo demuestra el número de estados partes en las convenciones. Sin embargo, como de pasada hemos hablado de una categoría, la de los combatientes ilegítimos, que no

parece entrar en ninguna de aquellas. Estos son, cuando son capturados los que más se hacen acreedores a la denominación genérica de detenido³³⁵.

Combatientes ilegítimos serían los espías y mercenarios, y además, como categoría residual, incluiría a cualquier combatiente que, no reuniendo los requisitos que hemos expresado en el apartado anterior, tampoco entre en la categoría de espía o mercenario, por ejemplo³³⁶. Por francotiradores podemos entender aquellas personas que combaten por su cuenta. No están integrados en organización alguna y carecen de mandos que se responsabilicen de sus actos. No deben confundirse con los tiradores selectos que existen en todos los ejércitos del mundo (art. 44 PI). Los espías son personas encargadas de obtener información de interés para alguna de las partes contendientes³³⁷. El Derecho de la guerra se ocupa solamente de los espías militares, es decir de los miembros de las fuerzas armadas que realicen actividades de espionaje. No se consideran actividades de espionaje la recogida de información por parte de un miembro de las fuerzas armadas a favor de las mismas cuando vista su uniforme reglamentario o sea residente de un territorio ocupado y recoja información en ese territorio a favor de la potencia ocupada (art. 46. PI).

De entre todas las categorías apuntadas, la que indudablemente presenta un mayor interés son los mercenarios (art. 47.2 PI), no solo por la importancia que, sobre todo en los años sesenta, llegaron a tener en las guerras africanas, sino por que, de hecho, es una figura que ha llegado a tener unos perfiles bien definidos en el derecho internacional. Además no han perdido su actualidad³³⁸. Mercenario es aquel que combate por dinero³³⁹. A veces es difícil distinguirlos de los voluntarios que luchan por consideraciones idealistas o altruistas. Pero, consideraciones sociológicas o psicológicas aparte, el mejor punto de referencia es el móvil económico que mueve *fundamentalmente*³⁴⁰ al mercenario. Lógicamente, siendo la guerra una actividad prohibida y estando regulada como mal menor, las personas que viven de, o se lucran con ella son universalmente consideradas poco menos que como criminales. Prueba de ello es la gran cantidad de resoluciones de las Naciones Unidas sobre el particular, tales como al 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960, la 2131 (XX) de 21 de diciembre de 1965, la 2465 (XXIII), de 20 de diciembre de 1968, la 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970,

³³⁵ ELSEA, J. (2005), *U.S. Treatment of Prisoners in Iraq: Selected Legal Issues. CRS Report for Congress*, <http://digital.library.unt.edu/govdocs/crs/permalink/meta-crs-6484:1> Este es uno de los informes hechos al Congreso de los EEUU, ante las denuncias de malos tratos dados a los presos de la cárcel de Abu Ghraib, que fueron investigados por el Ministerio de Defensa de dicho estado, en concreto llevado a cabo por el General Antonio Taguba en 2004. Se destaca, p. 5, que los combatientes ilegítimos entran en la categoría de «otros detenidos, pero se recuerda toda la panoplia de normas protectoras aquí examinadas.

³³⁶ NAERT, F. (2006), *Detention in Peace Operations ...*, op.cit. p. 16.

³³⁷ FERNÁNDEZ FLORES, op.cit. p. 314 y 315.

³³⁸ DICKINSON, L. (2007), *Accountability of Private Security Contractors under International and Domestic Law*, <http://www.asil.org/insights071226.cfm>, visitada el 12-02-2009 a las 21.04. p. 1 y 2.

³³⁹ LEHNARDT, C. (2008), *Criminal Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law. The European Journal of International Law*, vol 19, nº 5, pp. 1015-1034. Este artículo demuestra como se puede soslayar el tema del mercenarismo al tratar de las empresas privadas.

³⁴⁰ VIÑAL CASAS, A., (1977), El estatuto Jurídico-Internacional de los mercenarios. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXX, nº 2-3, pp. 289-313, p. 295.

la 2708 (XXV) de 14 de diciembre de 1970, la 3103 (XXVIII), de 12 de diciembre de 1973, la 3314 de 14 de diciembre de 1974, etc. En todas ellas aparece una inequívoca condena de la figura del mercenario³⁴¹. Pero la prueba mas rotunda sobre esta condena universal es el Convenio sobre mercenarios, adoptado por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 4 de diciembre de 1980, del que España no es aún parte. Tal Convenio define como mercenarios a las categoría que enumera en su artículo 1^o³⁴², y constituye como delitos internacionalmente perseguibles la recluta, financiación o entrenamiento de mercenarios, así como el hecho de serlo, si se participa en hostilidades (artículos 2 y 3 del Convenio de 1980).

En cualquier caso, tanto el mercenario como el resto de las categorías examinadas carece del estatuto de combatiente, pero está protegido por un mínimo de garantías. No obstante, estas incluyen un procedimiento judicial en caso de captura, respeto a la persona, honor convicciones y prácticas religiosas, prohibición de atentados contra su vida salud e integridad física o mental, y en particular, el homicidio, la tortura, los castigos corporales y las mutilaciones, y la prohibición de atentados contra la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la prostitución forzada, los castigos colectivos y las amenazas de realizar los actos anteriores, a tenor de lo que dispone el artículo 75 del Protocolo I. Y por supuesto, como mínimo del mínimo, están bajo la protección del artículo 3 común a los Convenios.

Cuestión distinta es la de los *enemy combattants*. Significativamente Naert coloca el término entre signos de interrogación, ya que el término acuñado por la administración de EEUU, tras haber hecho uso de la habitual de combatientes ilegítimos, parecía buscar una nueva categoría, que no ha sido admitida ni por la doctrina inter-

³⁴¹ VIÑAL CASAS, op.cit. p. 305.

³⁴² Según el artículo 1 de la Convención :

- «1. Se entenderá por mercenario toda persona:
- a) que haya sido especialmente reclutado, localmente o en el extranjero para combatir en un conflicto armado;
 - b) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes en grado y funciones similares en las fuerzas armadas de esa parte;
 - c) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una parte en conflicto;
 - d) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una parte en conflicto; y
 - e) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no sea Parte en el conflicto.

2. Se entenderá también por mercenario toda persona en cualquier otra situación:

- a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, para participar en un acto concertado de violencia con el propósito de:
 - i) derrocar un gobierno o socavar de alguna otra manera el orden constitucional de un Estado; o
 - ii) socavar la integridad territorial de un Estado;
- b) que tome parte en ese acto animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal significativo y la incite a ello la promesa o el pago de una retribución material.
- c) que no sea nacional o residente del Estado contra el que se perpetre ese acto;
- d) que no haya sido enviada por un Estado en misión oficial; y
- e) que no sea miembro de las fuerzas armadas del Estado en cuyo territorio se perpetre el acto.»

nacionalista ni por los tribunales estadounidenses, como veremos³⁴³. Hay que señalar, no obstante, que el artículo 5 de la IV Convención, admite la detención indefinida y bajo incomunicación, aspecto muy significativo del problema³⁴⁴.

4.3. La detención en supuestos distintos al conflicto armado

4.3.1. Definición de la detención como objeto de análisis

Como hemos visto, la detención implica, desde un punto de vista físico, o de hecho una privación de libertad. Puede ser llevada a cabo por particulares o por personas investidas de autoridad y puede ser legal o ilegal. Podemos aseverar que esto es así en todos los estados y que los diferentes estándares sobre la detención así lo recogen, sean de carácter convencional o meramente declarativos. Todas estas modalidades pueden, teóricamente, tener lugar en el curso de una operación militar internacional llevada a cabo al amparo de una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o en cualquier otra de las modalidades que determinarían la licitud de dicha operación. No obstante, el supuesto sobre el que parece preciso reflexionar es el más común, es decir, aquel en el que, con objeto de ejecutar el mandato –y, de forma accesoria, para mantener la seguridad de la fuerza en dicha ejecución– se hace preciso privar temporalmente de libertad a una persona.

El MC 362/1 define la detención como «*the act of holding in custody for lawful purpose such as prosecution, maintenance of public safety, or pursuant to legal order.*» Parece claro que cabe definir dos supuestos mas o menos claros de detención, aquella que se lleva a cabo con el único objeto de eliminar un obstáculo para el cumplimiento de la misión, tal como una sentada, demostración etc. llevada a cabo por personas que no representan un peligro público evidente, y aquellas, que pueden incluir a la anterior en las que el mantenimiento de la medida, sea por razones de seguridad o para una ulterior persecución de tipo penal, pueda ser necesaria. En el primero de los casos, la duración de la medida viene determinada, dentro de unos límites razonables por la eliminación del obstáculo y la continuación de la misión. No parece preciso detenerse en ella, salvo para recordar los estándares aplicables a todo tipo de detención, por breve que sea, y que son los ya examinados en partes mas generales del trabajo. En todo caso, la transferencia de los posibles detenidos a las autoridades competentes, sean de la nación anfitriona u otras en caso de supuestos como el de Kosovo, en su día, es asunto de importancia secundaria, puesto que el motivo de la medida ha surtido su efecto y no parece preciso inmiscuirse en cuestiones de simple orden público. La otra posibilidad apuntada es se refiere a aquellos supuestos en los que, o bien por azar, o bien de forma planificada, en el cumplimiento de la misión se producen detenciones de personas, con fines diversos, que pueden incluir, pero no se limitan a la persecución penal³⁴⁵.

³⁴³ NAERT, F. (2006), *Detention in Peace Operations ...* op.cit. p. 16.

³⁴⁴ ELSEA, J. (2005), *U.S. Treatment of Prisoners in Iraq ...* op.cit. p. 6 n. La autora subraya el que la mayoría de los prisioneros de Abu Ghraib entrarían en esta categoría.

³⁴⁵ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security. The Practice of International Peace Missions.* WLP, Nimega, p.125 y ss. Es lo que este autor denomina *operational detentions*.

En el contexto de las experiencias acumuladas, parece haber consenso en que el único fundamento serio de tales actuaciones aparecería en la famosa cláusula de las «medidas necesarias» recogida en algunas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. No parece ponerse en duda, por ahora, la posibilidad de llevar a cabo tal tipo de detenciones, y de hecho se llevan a la práctica con relativa frecuencia. Lo que resulta dudoso, por escasamente reflexionado es, no tanto el fundamento último de la medida, ni más ni menos sospechosa que la actuación del Consejo de Seguridad en sí, sino el, por así llamarlo, marco jurídico interno de una medida en principio no solo aceptable sino necesaria. Naturalmente esto incluye aspectos tales como fundamento jurídico y oportunidad de la detención, trato del detenido, transferencia del mismo y revisión de la medida en cuestión³⁴⁶. Ya hemos examinado el supuesto del conflicto armado internacional, en el que estas cuatro cuestiones están bastante desarrolladas. En el caso de los conflictos armados de carácter no internacional, ni el artículo 3 común, ni el Protocolo II a los Convenios de Ginebra desarrollan estas cuestiones con gran detalle, y en lo que se refiere a los fundamentos legales de la detención no dicen nada en absoluto. Por lo que respecta al resto de situaciones, en teoría, y parece haber bastante consenso en la doctrina, no encontrándonos en una situación de conflicto armado, el marco jurídico internacional aplicable en relación con la detención es el del sistema internacional de Derechos Humanos³⁴⁷, y en consecuencia todos los estándares ya examinados con anterioridad, incluidas las Resoluciones de la AGNU 43/173, de 1988, que recoge el «Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión», la 45/111 de 1990, que recoge los «Principios básicos para el tratamiento de los reclusos», la 45/113, relativa a las «Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad», etc. Ahora bien, uno de los problemas que empiezan a plantear las operaciones militares internacionales es el de determinar su naturaleza, como simples operaciones de mantenimiento de la paz o como acciones militares agresivas al amparo de un mandato o autorización del Consejo de Seguridad, como hemos visto, que no excluye la aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Hay que recordar la Circular de 6 de agosto de 1999 del secretario General de Naciones Unidas sobre el respeto a ésta rama del derecho por las fuerzas de Naciones Unidas, que no aclara cuando juega y cuando no el DIH en una operación de mantenimiento de la paz, pero que sí deja claro que tiene un papel que jugar³⁴⁸.

³⁴⁶ Así se recoge (2007) en el documento no oficial presentado por el Servicio Jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca para la conferencia sobre *The Handling of Detainees in International Military Operations*, celebrada en Copenhague los días 11 y 12 de octubre de 2007, recogido en la *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, nº 41, vol 1-2 p.p. 363-392, p. 376 y ss.

³⁴⁷ Así en OSWALD, B. (2007), *The Law on Military Occupation ...* op.cit., OSWALD, B. (2008), *Detention of Civilians on Military Operations...* op.cit., GLAZIER, D.W. (2006), *Full and Fair by What Measure?...* op.cit., NAERT, F. (2006), *Detention in Peace Operations: The Legal*

framework and Main Categories of Detainees. Institute for International Law, Working Paper No 94, <http://law.kleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP94eng.pdf>, p.11.etc..

³⁴⁸ CHESTERMAN, S. (2004), *The Use of Force in UN Peace Operations*, <http://www.peacekeepingbestpractices.unlb.org>, visitada el 2-02-2009 a las 13,40h. Tras el aumento del número de misiones de mantenimiento de la paz y su creciente envergadura, y dadas las incertidumbres relativas a la aplicación de los Convenios de Ginebra al personal que participa en ellas, el CICR organizó en 1994 un simposio sobre la acción humanitaria y las operaciones de man-

En definitiva, el marco jurídico aplicable a las detenciones en operaciones militares es uno de los temas más controvertidos entre los estudiosos del derecho internacional en estos momentos. Como señala Oswald³⁴⁹, sobre la base de su experiencia personal en Timor Oriental, «... *military operations lawyers have little choice but to stitch together a legal framework from a number of sources including: the Hague Regulations³⁵⁰; Geneva Convention IV; Additional Protocol I; the International Covenant on Civil and Political Rights ; and the Body of Principles for the Protection of All Persons Under Any Form of Detention or Imprisonment. None of these norms and standards were developed with peace operations in mind and, therefore, it is difficult to identify binding norms, how these norms should be interpreted to apply in particular contexts, and the appropriate accountability regimes if the norms are breached*». La reproducción de este texto obedece a la creencia de que su fuerza descriptiva de la situación es bastante adecuada, aunque cabe objetar que otras opiniones, si bien coincidentes en lo esencial, admiten que quizá con un adecuado empleo de los medios existentes se puede hacer frente a las actuales situaciones de detención³⁵¹.

4.3.2. Derecho convencional aplicable a la detención

Dado que no cabe descartar de plano la aplicabilidad de las normas del DIH a las situaciones de detención, incluso en situaciones que no son en sentido estricto con-

tenimiento de la paz, seguido por dos reuniones de expertos, para contribuir a hacer comprender mejor este complejo fenómeno, debatir sobre la interacción de los aspectos humanitarios y militares de las operaciones de mantenimiento de la paz. Como resultado de la reunión de expertos de 1995, se redactó un documento destinado a la formación del personal que participa en las operaciones de mantenimiento de la paz en el que se resumen las normas del derecho internacional humanitario que les son aplicables. En mayo de 1996, el presidente del CICR remitió el proyecto de texto al secretario general de la ONU al que se aportaron varias modificaciones. El 6 de agosto de 1999, las Naciones Unidas publicaron el Boletín del Secretario General titulado «Respeto del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas». Se aplica únicamente a las operaciones bajo el mando y control de la ONU. Si un Estado o una coalición de Estados son autorizados por el Consejo de Seguridad a emprender una operación sobre la base del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, los contingentes nacionales de los Estados participantes están sujetos a las normas del derecho internacional humanitario que obligan a sus Estados respectivos en sus relaciones con las otras partes en conflicto. En cuanto a las personas detenidas, se les otorga *mutatis mutandis* (artículo 8) un tratamiento acorde con las disposiciones del III Convenio de Ginebra. Cabe señalar que se reconoce el cometi-

do específico del CICR, así como las tareas de su Agencia Central de Búsquedas, por lo que atañe a la visita de detenidos. Se acordará a estas personas un tratamiento sin perjuicio de su situación jurídica. No es indiferente hacer referencia al III o al IV Convenio de Ginebra. En efecto, las condiciones para el internamiento no son las mismas en ambos. Si bien es posible internar a un civil por medidas de seguridad, como lo autoriza el IV Convenio de Ginebra, el civil tendrá derecho a que se examine periódicamente la decisión. Además, el civil internado deberá ser liberado inmediatamente hayan desaparecido las causas que han motivado su internamiento. En cambio, un prisionero de guerra puede permanecer internado hasta el fin de las hostilidades.

³⁴⁹ OSWALD, B. (2007), *The Law on Military Occupation: Answering the Challenges of Detention during Contemporary Peace Operations?*, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, pp. 311-326, p. 313.

³⁵⁰ Se refiere aquí al Anexo a la Convención de la Haya de 1907.

³⁵¹ *The Handling of Detainees in International Military Operations* (2007), documento no oficial presentado por el Servicio Jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca para la conferencia celebrada en Copenhague los días 11 y 12 de octubre de 2007, recogido en la *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, n° 41, vol 1-2 p.p. 363-392, p. 14.

flictos armados³⁵², hay que incluir aquí las ya varias veces mencionadas convenciones de Ginebra III y IV, y el Protocolo Adicional Primero a las mismas, que, aunque no ratificado de manera tan amplia como los convenios contiene gran cantidad de previsiones aceptadas como derecho consuetudinario por todos los actores relevantes en el concierto internacional³⁵³. En lo que se refiere a los conflictos armados no internacionales las previsiones relevantes son el también mencionado Artículo 3 Común, y el Segundo Protocolo a los Convenios.

En segundo lugar y no por ello menos importante está el conjunto de normas del sistema internacional de los Derechos Humanos encabezadas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura, y desde una perspectiva regional, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención interamericana de Derechos Humanos y la carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Hay que señalar que algunos autores –y desde luego en la práctica, como veremos, se está haciendo así³⁵⁴– no entran mucho en distinciones y crean un régimen jurídico *ad hoc* para las detenciones operacionales, que no es sino una mezcla de todos estos regímenes, sin pararse en barras a la hora de distinguir entre las situaciones de hecho que motivan la aplicación del DIH o el DDH³⁵⁵.

4.3.3. La situación de detención y sus posibles salidas

4.3.3.A. PRÁCTICA MÁS RECIENTE EN OPERACIONES MILITARES

La detención de tipo administrativo –es decir, sin intervención judicial– es una medida de carácter temporal que, según los convenios vinculantes para los estados no puede extenderse más allá de unos pocos días. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado ésta cuestión en repetidas ocasiones y su jurisprudencia en la

³⁵² OSWALD, B. (2007), *The Law on Military Occupation* ...op.cit., p. 319. Este autor destaca cómo la postura oficial de Australia es la desarrollada por el Coronel Kelly (del Cuerpo Jurídico), en el sentido de que el DIH es aplicable más allá de los conflictos armados. Evidentemente esta postura tiene la ventaja de establecer un marco legal claro, aunque no es del todo satisfactoria. De hecho parece ser Australia el único estado en pronunciarse en este sentido.

³⁵³ GLAZIER, D. (2006), *Full and Fair by What Measure?*... op.cit. p. 116. Los estados miembros de la OTAN que no han ratificado el primer protocolo son sólo dos, EEUU. y Turquía. No obstante, mediante declaraciones políticas de alto nivel, la administración norteamericana ha

admitido que considera partes sustanciales del Protocolo como derecho consuetudinario y vinculante, en particular el artículo 75 de dicho texto, muy relevante a los efectos del presente trabajo, como ya hemos visto.

³⁵⁴ OSWALD, B. (2008), *Detention of Civilians on Military Operations: reasons for and challenges to developing a special law of detention*, *Melbourne University Law Review*, vol. 32, pp. 524-553, p. 535. Este autor destaca la creación, por la propia fuerza sobre el terreno, de marcos legales ad hoc y la interpretación del derecho por analogía en situaciones tales como Kosovo, Timor-Leste o Afganistán.

³⁵⁵ Por ejemplo HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security* ... op.cit. p. 125 y ss.

materia es muy antigua³⁵⁶. Tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exigen que el detenido sea conducido sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales. Aceptando la aplicación extraterritorial del CEDH, nos encontramos pues, con que la medida de la detención requiere una intervención judicial muy pronta, que en algunos supuestos prácticos va a ser difícil de proporcionar³⁵⁷. Cabe preguntarse, una vez se tiene a una persona bajo custodia, que posibles salidas se pueden dar a la situación, aunque la respuesta aparentemente es simple: O se entrega al detenido, sea a las autoridades locales, o a otra autoridad, o se le pone en libertad, o se le mantiene en custodia. El análisis uno por uno de éstos supuestos puede llevar a ramificaciones de lo más diverso, incluyendo la operatividad del principio del *Non-Refoulement*³⁵⁸, en el supuesto de que existan serios indicios de que el detenido puede ser sometido a torturas o a la pena de muerte. Quizá la puesta en libertad sea el menos problemático, pero desde luego no es satisfactorio en los casos en los que el detenido sea sospechoso de crímenes graves. La menos satisfactoria de todas, en cualquier caso es la última, por estar huérfana de todo fundamento legal serio –se supone, no lo olvidemos, que no estamos en una situación de conflicto armado– y por ser de carácter indefinido. El único sentido que tiene la detención, aparte de la de carácter preventivo por motivos de seguridad, propia de situaciones de conflicto bélico, o para la ejecución de un mandato, es la persecución penal del detenido. Y salvo los supuestos de persecución universal, ésta corresponde a las autoridades territoriales. Por lo tanto, explorar las posibilidades de una transferencia del detenido a territorio nacional del contingente captor es absurdo, en general, salvo, claro está, que exista alguna conexión que permita ejercer la jurisdicción extraterritorialmente, lo que desde luego no va a ocurrir en supuestos de delitos comunes, o en aquellos en los que no hay delito en absoluto. Sin embargo, no cabe excluir totalmente la posibilidad de delitos bajo la jurisdicción nacional de los captores, aunque no sean de persecución universal, bajo el principio de protección, por ejemplo ¿Cabría en estos casos una alternativa a la extradición por cauces ordinarios? Cabe sostener, en un plano teórico –y sin que implique ningún posicionamiento– que si, mediante el traslado sin oposición de la nación anfitriona, que examinaremos más adelante.

En cuanto a la práctica, se puede hacer referencia a las experiencias más notables, algunas de las cuales ya han sido examinadas desde otras perspectivas. En el caso de KFOR, en Kosovo, se desarrolló un sistema de revisión de las detenciones, paralelo al judicial, que suscitó acerbadas críticas³⁵⁹, ya que en la práctica implicaba la ausencia de

³⁵⁶ Entre otras, sentencias del TEDH en los casos «*Lawless*», del 1-07-1961, «*Wemhot*», del 26-06-1968, «*Wilde, Coms y Versyp*», de 18-06-1971, «*Van der Sluijs, Zuiderveld, y Klappe*», de 9-04-1984, o «*Jong, Baljet y Van der Brink*», de 22-05-1984.

³⁵⁷ El informe del Secretario General a la AGNU y al C.de S. sobre la situación en Afganistán, de 23-09-2008, (documento A/63/372-S/2008/617) destaca en sus puntos 28 na 32 las dificultades que afronta el sistema de administración de justicia en el país, a pesar de la implemen-

tación de una Estrategia Nacional para el Sector de la Justicia y un Programa Nacional de Justicias (marzo 2008). También destaca que entre 2007 y 2008 el número total de abogados en todo el estado se ha incrementado de 200 a 600.

³⁵⁸ *The Handling of Detainees in International Military Operations* (2007), op.cit., p. 382.

³⁵⁹ MARSHALL, D. y INGLIS, S. (2003), *The Disempowerment of Human Rights-Based Justice in the United Nations Mission in Kosovo*, 16 *Harvard Human Rights Journal* 95, cit. por OSWALD, B. (2008), *Detention of Civilians ...op.cit.*, p. 541

recurso judicial contra detenciones arbitrarias, dando la impresión de que los poderes de detención de KFOR eran ilimitados, hecho tanto más grave dado que KFOR tenía asignados por mandato ciertos poderes policiales. En el caso de Timor, y sobre la base de la Resolución 1264, de 15 de febrero de 1999, la INTERFET (*International Force for East Timor*) desarrolló una *Detainee Ordinance*, firmada por el Jefe de la Fuerza el 21 de septiembre de 1999, incluyendo una combinación de las leyes de ocupación, de los Derechos Humanos, ley indonesia y leyes australianas³⁶⁰. La solución del *cocktail* de regímenes jurídicos, más simplificada, es también la que se ha aplicado en Afganistán.

El caso de Afganistán es el más significativo, puesto que, al menos de cara a la opinión pública no existe un consenso evidente en cuanto a la naturaleza del conflicto que allí se desarrolla, o si se puede calificar de conflicto. La Resolución 1386 de 20 de diciembre de 2001 del Consejo de Seguridad autoriza a adoptar «todas las medidas necesarias», y ello incluiría la práctica de detenciones. La política que está siguiendo ISAF en la práctica está recogida en una serie de procedimientos operativos y en las reglas de enfrentamiento vigentes. La SOP (*Standard Operating Procedures*) 362 de ISAF, actualizada a 31 de agosto de 2006 se refiere a la detención de personas ajenas a ISAF, y tiene como referencias, básicamente, el AJP2.5, al que ya se he hecho referencia antes³⁶¹, y claro está, las Convenciones de Ginebra, el Protocolo Adicional I, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En esta SOP se establece un régimen muy detallado sobre la práctica de la detención, transferencia, custodia sobre los detenidos, incluyendo las características de los centros de detención, asistencia médica etc. Establece un límite temporal de la detención de 96 horas. Hay, además, un canje de cartas entre el COMISAF y el Delegado para Afganistán del CICR, firmado el 12-31 de diciembre de 2006, respecto a las visitas de personal de la Cruz Roja a las personas detenidas por ISAF³⁶². No cabe poner ninguna objeción moral a todo este régimen, que trata de regular razonablemente la detención. Sin embargo, sí que cabe objetar que, salvo el «enterado», implícito en la aprobación por el Consejo del Atlántico Norte del Plan de Operaciones para ISAF y sus correspondientes anexos, la cosa no se haya regulado con un carácter mas general y desde luego a un nivel más alto que el meramente operacional. Por otro lado, la posible doctrina de la OTAN sobre detenciones, está también en desarrollo³⁶³, pero desde luego, entre sus asunciones está la de la divergencia entre las naciones en relación con la detención. La salida más tranquilizadora para las conciencias, aunque no del todo satisfactoria en una operación multinacional, es la de carácter nacional, pactando políticas bilaterales con la nación anfitriona para la entrega de detenidos, cosa que han hecho varios estados, entre ellos Canadá, Reino Unido, Australia etc. Ejemplos de estos documentos son el MOU firmado entre los ministros de defensa de Dinamarca y Afganistán el 8 de junio de 2005, enmendado

³⁶⁰ OSWALD, B. (2008), *Detention of Civilians ...* op.cit. p.535.

³⁶¹ *Allied Joint Publication AJP-2.5(A)*, sobre *Captured Persons, Materiel and Documents*,

³⁶² Copia de ambos documentos en poder del autor.

³⁶³ *NATO Operational Custody & Detention Compendium*, ahora en fase de consultas y comentarios.

en 2007³⁶⁴, o el celebrado entre el último de los mencionados y el ministro de defensa de Holanda³⁶⁵.

4.3.3.B. LA PRÁCTICA NORTEAMERICANA POSTERIOR AL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001

Como hemos repetido, el atentado contra el *World Trade Center* de Nueva York perpetrado el 11 de septiembre de 2001, por su espectacularidad y devastadores resultados ha marcado un punto de inflexión en el enfoque del terrorismo, ya examinado en capítulos anteriores. No obstante es en materia de detención donde se ha evidenciado la dificultad de encarar el problema al margen del marco jurídico internacional existente hasta ese momento y que, paradójicamente ha evolucionado muy poco, al acudir algunos de los principales actores implicados a la vía de hecho. Tras la autorización parlamentaria pertinente, el Presidente de los Estados Unidos de América dictó la Orden Ejecutiva de 13 de noviembre de 2001, modificada posteriormente en varias ocasiones, que se refiere a la «detención, tratamiento y enjuiciamiento de no nacionales en la guerra contra el terrorismo». En ella se describían una serie de instrucciones generales de procedimiento y se establecen las comisiones militares para el enjuiciamiento de ciertos detenidos definidos en el artículo 2 de dicha orden³⁶⁶. No es objeto del presente trabajo el analizar los aspectos de derecho interno norteamericano en relación con la ejecución de dicha orden, pero sí parece pertinente examinar sus consecuencias desde el punto de vista de la práctica relevante para el derecho internacional. No todos los detenidos en virtud de esta orden lo han sido por fuerzas militares –especialmente en Afganistán– pero sí una parte significativa y por ello representan un *modus operandi* sobre el que hay que preguntarse si representa una vía adecuada en términos de derecho internacional para hacer frente al problema. En todo caso el aspecto político y mediático de este asunto tiene un enorme peso también. Sin embargo, desde el punto de partida parece evidente que ha resultado una respuesta fallida, no solo por la contestación –con sólidos argumentos jurídicos– que ha tenido la medida en el ámbito interno de los Estados Unidos y el internacional, sino por el

³⁶⁴ Texto del MOU en <http://www.ambottawa.um.dk/NR/rdonlyres/97DB19DB-2A1D-4C6E-92A1-742671501049/0/DKAFGoverdragelesaftale.pdf>.

³⁶⁵ Reproducido en NAERT, F. (2006), *Detention in Peace Operations: The Legal framework and Main Categories of Detainees*. Institute for International Law, Working Paper No 94, <http://law.kleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP94eng.pdf>, p.24 y 25.

³⁶⁶ *Sec.2 Definition and Policy. a. The term «individual subject to this order» shall mean any individual who is not a United States citizen with respect to whom I determine from time to time in writing that:*

1. *there is reason to believe that such individual, at the relevant times,*
 - i. *is or was a member of the organization known as al Qaida;*

- ii. *has engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of international terrorism, or acts in preparation therefor, that have caused, threaten to cause, or have as their aim to cause, injury to or to adverse effects on the United States its citizens, national security, foreign policy, or economy or;*

- iii. *has knowingly harbored one or more individuals described in subparagraphs (i) or (ii) of subsection 2(a)(1) of this order;and*

2. *it is in the interest of the United states that such individual be subject to this order».* Texto completo de la Orden en http://www.law.uchicago.edu/tribunals/exec_order.html, visitada el 15-02-2009 a las 13:00h.

hecho de que una nueva Orden Ejecutiva ha dejado sin efecto parcialmente todo el esquema, al aceptar como estándares de actuación la Convención contra la Tortura y el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra³⁶⁷. El fallo que buena parte de los tra-

³⁶⁷ La Orden Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, de 22 de enero de 2009, da prácticamente la vuelta a la situación. El texto completo se puede consultar en http://www.usatoday.com/news/washington/2009-01-22-execorder-interrogation_N.htm, visitada el día 19 de febrero de 2009 a las 19.41. De ella extraemos los aspectos más significativos: «Section 1. Revocation. Executive Order 13440 of July 20, 2007, is revoked. All executive directives, orders, and regulations inconsistent with this order, including but not limited to those issued to or by the Central Intelligence Agency (CIA) from September 11, 2001, to January 20, 2009, concerning detention or the interrogation of detained individuals, are revoked to the extent of their inconsistency with this order. Heads of departments and agencies shall take all necessary steps to ensure that all directives, orders, and regulations of their respective departments or agencies are consistent with this order. Upon request, the Attorney General shall provide guidance about which directives, orders, and regulations are inconsistent with this order.» (...) Sec. 3. Standards and Practices for Interrogation of Individuals in the Custody or Control of the United States in Armed Conflicts. (a) Common Article 3 Standards as a Minimum Baseline. Consistent with the requirements of the Federal torture statute, 18 U.S.C. 2340 2340A, section 1003 of the Detainee Treatment Act of 2005, 42 U.S.C. 2000dd, the Convention Against Torture, Common Article 3, and other laws regulating the treatment and interrogation of individuals detained in any armed conflict, such persons shall in all circumstances be treated humanely and shall not be subjected to violence to life and person (including murder of all kinds, mutilation, cruel treatment, and torture), nor to outrages upon personal dignity (including humiliating and degrading treatment), whenever such individuals are in the custody or under the effective control of an officer, employee, or other agent of the United States Government or detained within a facility owned, operated, or controlled by a department or agency of the United States. (b) Interrogation Techniques and Interrogation-Related Treatment. Effective immediately, an individual in the custody or under the effective control of an officer, employee, or other agent of the United States Government, or detained within a facility owned, operated, or controlled by a department or agency of the United States, in any armed conflict, shall not be subjected to any interrogation

technique or approach, or any treatment related to interrogation, that is not authorized by and listed in Army Field Manual 2 22.3 (Manual). Interrogation techniques, approaches, and treatments described in the Manual shall be implemented strictly in accord with the principles, processes, conditions, and limitations the Manual prescribes. Where processes required by the Manual, such as a requirement of approval by specified Department of Defense officials, are inapposite to a department or an agency other than the Department of Defense, such a department or agency shall use processes that are substantially equivalent to the processes the Manual prescribes for the Department of Defense. Nothing in this section shall preclude the Federal Bureau of Investigation, or other Federal law enforcement agencies, from continuing to use authorized, non-coercive techniques of interrogation that are designed to elicit voluntary statements and do not involve the use of force, threats, or promises. (c) Interpretations of Common Article 3 and the Army Field Manual. From this day forward, unless the Attorney General with appropriate consultation provides further guidance, officers, employees, and other agents of the United States Government may, in conducting interrogations, act in reliance upon Army Field Manual 2 22.3, but may not, in conducting interrogations, rely upon any interpretation of the law governing interrogation — including interpretations of Federal criminal laws, the Convention Against Torture, Common Article 3, Army Field Manual 2 22.3, and its predecessor document, Army Field Manual 34 52 issued by the Department of Justice between September 11, 2001, and January 20, 2009. Sec. 4. Prohibition of Certain Detention Facilities, and Red Cross Access to Detained Individuals. (a) CIA Detention. The CIA shall close as expeditiously as possible any detention facilities that it currently operates and shall not operate any such detention facility in the future. (b) International Committee of the Red Cross Access to Detained Individuals. All departments and agencies of the Federal Government shall provide the International Committee of the Red Cross with notification of, and timely access to, any individual detained in any armed conflict in the custody or under the effective control of an officer, employee, or other agent of the United States Government or detained within a facility owned, operated, or controlled by a department or agency of the United States Government, consistent with Department of Defense regulations and policies.

tadistas imputan a la administración del presidente Bush reside en la tentativa fallida de privar de toda la protección derivada de los tratados internacionales, ya de Derecho Internacional Humanitario, ya del sistema de Derechos Humanos, a los detenidos en virtud de la Orden. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su ya célebre decisión en el caso *Hamdam versus Rumsfeld*³⁶⁸, estableció que el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra es aplicable al conflicto armado de Afganistán, y que las comisiones militares no constituyen tribunales legítimamente constituidos en el sentido de dicho artículo, toda vez que no son independientes del poder ejecutivo. Se trata de una resolución judicial de un órgano interno, pero resulta muy significativa por el análisis jurídico-internacional del problema. Con el fin de atajar el frente interno que esta sentencia ha significado, en el mismo 2006 se aprobó la *Military Comissions Act*, que trató de soslayar el problema en vez de hacerle frente.

En cualquier caso, este tira y afloja básicamente doméstico –a pesar del intenso ruido mediático sobre Guantánamo– ha determinado lo que G. Corn ha llamado un «análisis legal híper-técnico»³⁶⁹, en el sentido de que las trabas, obstáculos y opacidad que el ejecutivo de un estado democrático y de derecho, como son los Estados Unidos, ha introducido en el debate, ha motivado una reacción comprensible dentro de sus propias fronteras entre la comunidad judicial y académico-jurídica, produciendo así un considerable volumen de análisis sobre el particular³⁷⁰.

Una de las cuestiones más preocupantes es quizá el del propio traslado de los detenidos. Hemos aseverado que ante el hecho de una detención y excluida la aplicación del estatuto de prisionero de guerra o de internado, las únicas salidas claras son la entrega a las autoridades locales o la puesta en libertad. Incluso aplicando el Derecho Internacional Humanitario, la IV Convención de Ginebra, como hemos visto, prohíbe a las potencias ocupantes el traslado de los internados civiles fuera de las fronteras del estado ocupado. El intento por negar todo estatuto de combatiente legítimo a los presuntos enemigos, parece requerir, sobre la base de la caracterización de la lucha como «guerra» contra el terror, que se les considere como civiles, en cuyo caso parece que no cabría la posibilidad de trasladar a los detenidos fuera de las fronteras de Afganistán. No obstante, los Estados Unidos han rechazado –a diferencia de Irak– ser considerados como potencia ocupante, y de hecho, desde los primeros compases de la invasión de Afganistán, se estableció contacto con la Alianza del Norte y se ha tenido buen cuidado de que existiera un gobierno que, aunque esponsorizado en buena medida por la comunidad internacional, es un

³⁶⁸ Texto completo en <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>, visitada el 9-02-2009, a las 13:05h.

³⁶⁹ Citado por GLAZIER, D. (2006), *Full and Fair by What Measure?...op.cit.*, p. 119

³⁷⁰ Entre los consultados para éste trabajo están, aparte de GLAZIER Y OSWALD, repetidamente citados, HILAIRE, M. (2002), *The Laws of Armed Conflict, The Right of Self-Defense, and the United Status Military Operation Against Terrorism in Afganistán. Revue de Droit Militaire et de*

Droit de la Guerre, nº 41, Vol 1-2, pp. 105-128, MURPHY, R. (2002), *Prisoners of War and Contemporary Conflicts : The Case of the Taliban and al Qaeda Detainees*, ibid, pp. 143-161, McCORMAK, T. (2007), *David Hicks and the Charade of Guantánamo Bay. Melbourne Journal of International Law*, vol 8, pp. 273-291, SADAT, L.N. (2004), *International Legal Issues Surrounding the Mistreatment of Iraqui Detainees by American Forces*, <http://www.asil.org/insight134.cfm>, visitada el 10-03-2009 a las 17,28h.

gobierno soberano³⁷¹. Queda pues abierta la vía del traslado, si no existe oposición de las autoridades locales³⁷². Por otro lado, la legislación interna de los Estados Unidos no excluye *per se* la «abducción» es decir, el secuestro –entendido como detención sin el consentimiento ni participación de las autoridades locales– de personas en el extranjero con objeto de someterlas a enjuiciamiento en el territorio de los Estados Unidos. Tampoco es, ni mucho menos, una práctica exclusivamente estadounidense, como veremos.

4.3.3.C. LA ABDUCCIÓN Y LA ENTREGA IRREGULAR

El secuestro de personas reclamadas por un estado, en el territorio de otro y por agentes oficiales o no del primero se conoce en derecho internacional mediante el anglicismo *forcible abduction*. Como es sabido, hay tres formas principales de eludir los complejos procedimientos de extradición³⁷³, que son la entrega informal de una persona por agentes de un estado a otro sin que medie un proceso formal o mecanismo legal; el uso de las leyes de inmigración, como instrumento para la entrega directa o indirecta de una persona, o para ponerla en una posición tal que pueda ser tomada en custodia por los agentes de otro estado; y por último, el secuestro de dicha persona por agentes o funcionarios de un tercer estado. Las razones por las que se acude a este procedimiento suelen ser tres³⁷⁴; a) los tratados de extradición existentes no recogen el delito por el que realiza la demanda, o el interesado puede objetar una razón que la deja sin efecto, como puede ser el delito de naturaleza política; b) Las autoridades del estado de refugio o no quieren o no pueden perseguir al presunto delincuente o, c) ante determinados delitos, y por razones que no excluyen lo político, algunos estados expanden la acción de sus leyes más allá de sus fronteras y no admiten dilaciones. La abducción es básicamente una violación de la soberanía territorial de un estado, y esto es un punto importante, puesto que la legalidad o ilegalidad de la detención en términos de derechos fundamentales del individuo estará sometida al escrutinio de los órganos judiciales domésticos del estado que ejecuta tal acción, si esta tiene éxito. El hecho de que los agentes del estado estén ya en el territorio de otro, como ocurre en el caso de las OMP, y la sensación general de vacío legal aparente en muchas de las situaciones examinadas, abre una tentadora vía de acción que debe ser descartada desde el punto de vista del derecho internacional. Hay una extensa práctica en la materia, que incluye los casos de Ilich Ramírez Sánchez, Johannes Weinrich³⁷⁵, o, en el ámbito de la actuación del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia los de Slavko Dokmánovic, Dragan

³⁷¹ GLAZIER, D. (2006), *Full and Fair by What Measure?* ... op.cit. p. 88.

³⁷² Como se deduce de la práctica –caso Eichmann– y jurisprudencia del TEDH –caso Öcalam– que examinaremos.

³⁷³ GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A. (2000), Extradición en derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes, Universidad Autónoma de México, México, p. 65.

³⁷⁴ COSTI, A. (2003), *Problems with Current International and National Practices Concerning Extraterritorial Abductions*. 9 *Revue Juridique Polynésienne*/8 *New Zealand Association for Comparative Law, RJP/NZACL Yearbook*, pp. 57-97, p. 58 y 59.

³⁷⁵ COSTI, A. (2003), *Problems .. op.cit. passim*.

Nikolic, Stevan Todorovic³⁷⁶, o el propio Milosevic, en los que las alegaciones de detención irregular no han tenido éxito ante los diferentes tribunales internacionales. Pero examinaremos algunos de los más destacados en el largo plazo.

Quizá el caso más sonado, históricamente hablando, es la detención de Adolf Eichmann, por agentes israelíes en el territorio de la República Argentina, donde vivía con otra identidad, y su traslado a territorio israelí con la connivencia de las líneas aéreas ELAL. Por su finalidad, consistente en la sumisión a juicio, como por el carácter de los captores –agentes del *Mossad*– se trata de una acción policial o por decirlo mejor, de una detención. Como era de esperar el hecho dio lugar a protestas y a un deterioro de las relaciones entre ambos estados, situación de la que se salió mediante la condena de Israel por el Consejo de Seguridad mediante la Resolución 138 de 23 de junio de 1960, y la posterior aceptación por parte de la República Argentina de la satisfacción dada por Israel³⁷⁷

El aspecto fundamental de la cuestión que examinamos es sin lugar a dudas el de la exclusividad de la soberanía nacional, la jurisdicción territorial y, en consecuencia, la obligación de todos los estados de no realizar actos que representen el ejercicio del poder que normalmente va asociado a esa soberanía fuera de sus fronteras, sin someterse a un procedimiento pactado. Es un asunto que la jurisprudencia de la Corte de La Haya ya dejó claro en el asunto *Lotus* de 1927, sobre los límites del ejercicio de la acción penal, aunque dicha sentencia fue muy discutida e incluso su fallo se pudo adoptar solo por el voto de calidad del presidente. Por otro lado, uno de los razonamientos en los que se basa el presente trabajo parte de una serie de aseveraciones básicas: que el ejercicio de la acción policial en su faceta de policía judicial o criminal, es parte del sistema de justicia penal, aunque sea a prevención, y que, de hecho, en buena medida, los principios de actuación de los cuerpos policiales establecidos por el derecho internacional, van indistintamente dirigidos a éstos y a los diversos aparatos de administración de justicia. También es una aseveración básica que el ejercicio de la otra faceta de la actividad policial, consistente en la prevención y el mantenimiento del orden público tiene muy pocos puntos de contacto con el derecho internacional, salvo, como hemos visto, en los supuestos en los que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas estima que un estado ha dejado de estar capacitado para la realización de dichas funciones, características de la soberanía, y mediante una resolución acuerda que serán las propias Naciones Unidas, a través de los estados, las que se harán cargo de las mismas, lo que va a implicar el ejercicio de todas las funciones policiales, incluidas las de policía judicial. En este concreto supuesto, puesto en práctica en pocas ocasiones, se ha excepcionado el principio general de soberanía en estas cuestiones, con base en los poderes otorgados por la Carta de

³⁷⁶ SLOAN, J., (2003), *Prosecutor v. Todorovic: Illegal Capture as an Obstacle to the Exercise of International Criminal Jurisdiction*. *Leiden Journal of International Law*, 16, pp. 85-113, y SLOAN, J. (2003): *Prosecutor v. Dragan Nikolic: Decision on Defence Motion on Illegal Capture*. *Ibid.*, pp. 541-552.—

³⁷⁷ COSTI, A. (2003), *Problems with Current International ...* op.cit., pp. 61 y ss. El caso Eichmann merece abrir la lista de los casos significativos, por varias razones: se produjo con una serie de principios sentados por el Tribunal de Nuremberg, se trataba de un criminal reconocido y muy buscado, y fue sometido a un juicio al que se dio suficiente publicidad.

las Naciones Unidas (artículo 1 en relación con el capítulo VII). Pero en nada se ha hablado de consentir que un estado lleve a cabo tal función en el territorio de otro. El caso del ejercicio de la función de policía judicial es más sencillo en el sentido de que, salvo los tímidos avances representados por los Acuerdos de Schengen (que en modo alguno afectan al ejercicio de la soberanía de los estados implicados –en cuanto a que uno de ellos mantiene toda en su territorio, y el otro debe abstenerse de realizar actos de fuerza–), no existe ninguna excepción al principio de soberanía. El caso de Humberto Alvarez Machaín, ciudadano mejicano que en abril de 1990 fue aprehendido en territorio mejicano y trasladado a territorio estadounidense con el fin de someterlo a juicio, al estar acusado por la justicia norteamericana de participación en la tortura y asesinato de un agente norteamericano, es muy significativo³⁷⁸. El procedimiento natural sería el de haber solicitado la extradición, o, en su caso, haber confiado en la acción de los tribunales mejicanos. No solo es el procedimiento natural, sino el único admisible desde el punto de vista del Derecho Internacional. Sin embargo, en el caso que nos ocupa el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció sobre tan irregular detención en el sentido de aplicar el principio *male captus, bene detentus*³⁷⁹, y en consecuencia desestimar cualquier posibilidad de atacar el procedimiento desde ese flanco.

La abducción en sentido estricto, según los casos examinados, se limita a los casos en los que la detención y traslado del detenido fuera de las fronteras del estado donde se practicó, se lleva a cabo sin el consentimiento expreso o tácito de las autoridades de éste. Sin embargo el caso de la detención de Abdallah Öcalam en 1999, en Kenia presenta caracteres diferentes. Según todos los indicios, las autoridades de Kenia no solo tenían conocimiento de la actuación de agentes turcos en su territorio, sino que auxiliaron a estos en la detención mediante un engaño³⁸⁰. En cualquier caso, el TEDH, rechazó la ilegalidad de la detención, al estimar que ni habían existido protestas por parte del Gobierno de Kenia, ni existía un tratado de extradición vigente entre ambos estados.

³⁷⁸ GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A. (2000), Extradición ... op.cit. pp. 29 y ss. En sentencia de 10-08-1990, el Juez de Distrito Refeedie, sobre la base de la protesta del Gobierno de México, sentenció la inmediata reparación mediante la entrega del detenido a las autoridades mexicanas. La sentencia fue recurrida, y el 15-06-1992, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (ponente Juez William Rehnquist), casó la sentencia fallando que, independientemente de la forma de la captura, los tribunales norteamericanos eran competentes para conocer. El precedente jurisprudencial traído a colación fue la sentencia en el caso *Ker vs. Illinois* de 1886. En este caso, un detective privado norteamericano, recibió en Perú los documentos de cara a la extradición de Ker, pero al hallarse en aquellos momentos el Perú ocupado por fuerzas chilenas, el detective, auxiliado por aquellas,

procedió a secuestrar al interesado y a llevarlo por la fuerza a un barco que zarpó para territorio norteamericano. El gobierno mexicano, como *amicus curiae*, argumentó que una cosa era una situación de ocupación y la ejecutoria de un agente oficioso, y otra muy distinta el secuestro de un ciudadano mexicano en México, por agentes oficiales de la DEA, existiendo una situación de normalidad y un tratado de extradición vigente.

³⁷⁹ GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A. (2000), Extradición ... op.cit. pp. 67 y 68. Este autor, citando a Cheriff Basiouni, señala los dos principios clásicos por los que esta práctica no puede ser admitida: *Nunquam decurritur ad extraordinarium sed ubi deficit ordinarium*, y *Ex iniuria ius non oritur*.

³⁸⁰ COSTI, A. (2003), *Problems with Current International ...* op.cit. pp. 57-97.

Aunque existen varios precedentes, como los que hemos examinado, no se puede concluir que exista una regla general en el sentido de que la tolerancia o connivencia del estado territorial sea suficiente para eludir los procedimientos regulares, pero sí que en muchos casos ha sido aceptada tal tipo de práctica si el principio de soberanía territorial no se ve afectado.

V. CONCLUSIONES

I. Existen una serie de estructuras que articulan la lucha internacional contra el delito y la prevención del mismo, algunas de ellas funcionando desde hace mucho tiempo como INTERPOL, y otras más recientes pero ya muy perfeccionadas, como es el caso del Tercer Pilar de la Unión Europea. Hay además una tendencia a la regionalización de estas estructuras, y a su coordinación. No obstante la cooperación policial internacional resulta complicada precisamente desde el punto de vista de la coordinación al existir múltiples estructuras y culturas policiales. En todo caso, parece oportuno, en esta línea, el perfeccionar los mecanismos existentes, en vez de acudir a la vía de hecho o construir vías alternativas.

II. No obstante, es notorio que la aparición de nuevas y graves amenazas a la seguridad colectiva parecen requerir una respuesta que excede a lo puramente policial y que implicaría la coordinación de esfuerzos y el intercambio horizontal, por así decirlo, de servicios, entre la institución policial y la militar intentando explotar las estructuras ya existentes. No obstante no hay muchos indicadores en este sentido, con la excepción de la Operaciones de Mantenimiento de la Paz –entendidas en el más genérico de sus sentidos e incluyendo, por tanto las medidas de *Peace Enforcement* y *Peace Building*– en las que, al menos sobre el papel existe esa complementariedad. Ello no excluye la participación de fuerzas estrictamente militares en la ejecución de funciones parapoliciales.

III. Sin embargo, solo de una manera muy tangencial y subsidiaria deben las fuerzas militares implicarse en funciones policiales, debiendo descartarse, a priori y salvo que no quedase otro remedio, el inmiscuirse en lo que hemos caracterizado como funciones de policía criminal o judicial, ya que esto podría resultar contraproducente e incluso malograr el esclarecimiento de los hechos. Debe tenerse siempre presente la dificultad de esta función en ausencia de un marco jurídico procesal y penal claro, y a pesar de los esfuerzos de la ONU y de la UE en este sentido, no existen normas de procedimiento internacionales para situaciones de transición o gestión de crisis.

IV. En la ejecución de funciones parapoliciales vinculadas al concepto de policía de seguridad, las fuerzas militares deben someterse a los estándares internacionales que se aplican a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, representados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los demás principios recogidos en textos no normativos.

V. La detención, entendida como situación de hecho en la que hay una privación de libertad ambulatoria, está satisfactoriamente regulada en el Derecho Internacional Humanitario para los supuestos de conflicto armado, en lo que se refiere a prisioneros de guerra y personas internadas. El concepto residual de «detenido» vinculado al conflicto armado presenta el mayor interés por su actualidad, y es aquí donde cabe incluir conceptos como el de combatientes ilegítimos (*unlawful combattants*), y el acuñado por la práctica reciente de la administración de EEUU, «combatientes enemigos» (*enemy combattants*). En cualquier caso, independientemente de su calificación, todo detenido tiene derecho a una protección mínima recogida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y muy probablemente, por haber alcanzado la condición de derecho consuetudinario, la del Protocolo Primero a los mismos convenios. También opera en concurrencia el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a pesar de la condición de *lex specialis* del DIH.

VI. En los casos distintos al conflicto armado, el régimen de la detención es disperso y rudimentario. Se compone de una combinación de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, derecho interno de la nación anfitriona y derechos internos de los estados participantes en la operación, sin que quepa descartar categóricamente la aplicabilidad del DIH. Este régimen no es satisfactorio y parece conveniente adoptar medidas conducentes al desarrollo de un marco específico de la detención en operaciones de paz, llevada a cabo por fuerzas militares internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- AHLSTRÖM, C. y NORDQUIST, K., (1991), *Las víctimas de los conflictos*. Departamento de Investigaciones sobre Paz y Conflictos, Universidad de Uppsala.
- ANDERSON, M. (1989), *Policing the World*, Clarendon Press, Oxford.
- ANDREW. C. y GORDIEVSKY, O., (1991), *KGB*, Plaza y Janés, Barcelona.
- AREND Y BECK, eds. (1993), *International Law and the Use of Force. Beyond the UN Charter Paradigm*, Routledge, Londres.
- BARBERET, R. (1993), La policía y la investigación criminológica. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 9, pp. 115-123.
- BAYLEY, D. (1985), *Patterns of Policing: An International Comparative Analysis*. Rutgers University Press, New Brunswick.
- BAZA LUQUE, M. y MORALES MORALES, R., (1995), La Policía Judicial en la UE. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 14, pp.105 y ss.
- BENNER, T., MERGENTHALER, S. y ROTMANN, P., (2008) *Doctrine Development in the UN Peacebuilding Apparatus: the Case of UN Constabulary Police*,

1999-2006, http://www.allacademic.com//meta/P_mla_apa_research_citation/2/5/1/75/pages251756/p251756-1.php.

BERMEJO GARCIA, R. (2002), Los territorios «ocupados» o «administrados» por Israel, la Intifada de Al-Aqsa y el Derecho Internacional Humanitario. En el libro «El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 49-89.

BLAZQUEZ GONZÁLEZ, F. (1998), La policía judicial, Tecnos, Madrid.

BOLLO AROCENA, M.D. (2005), La responsabilidad del Estado por la violación del Derecho Internacional Humanitario. A propósito de los hechos ocurridos en la cárcel de Abu Ghraib (Irak), Revista Española de Derecho Militar nº 86, pp. 153-195.

BORY, F. (1982), Génesis y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra.

CHESTERMAN, S. (2004), *The Use of Force in UN Peace Operations*, <http://www.peacekeepingbestpractices.unlb.org>.

CHEVALLIER-GOVERS, C. (1999), *De la nécessité de créer une police européenne intégrée. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, nº 1, enero-marzo, traducción en Revista de Documentación del Ministerio del Interior, nº 21, pp. 152-159.

CLIFFORD, W. (1972), *The Shared Minimum Rules for the Treatment of Prisonners. American Journal Of International Law*, 1972, p. 232.

CLIMENT DURAN, C. (1998), Detenciones ilegales policiales, Tirant Lo Blanch, Valencia.

COLITRE, C. E. (1984) *Interpol: The International Criminal Police Organisation. FBI Law Enforcement Bulletin*, vol. 53 nº 10, pp. 25-30.

CORRALES ELIZONDO (2006), La ocupación bélica. Cuadernos de Estrategia nº 133, Ministerio de Defensa Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 109-134.

CORTES MARQUEZ, (2003), Europol: presente y futuro, Cuadernos de la Guardia Civil nº 28, pp.11-18.

COSIDÓ GUTIÉRREZ, I.:

(1999), La proyección exterior de la Guardia Civil. Cuadernos de la Guardia Civil, nº 20, pp. 31-40.

- (1999), Seguridad nacional, seguridad internacional. Nuevos elementos de cooperación. Cuadernos de la Guardia Civil nº 21, pp. 21-30.
- (2002), Fuerzas Armadas y terrorismo. Cuadernos de la Guardia Civil, nº 26, pp. 65-69.
- COSTI, A. (2003), *Problems with Current International and National Practices Concerning Extraterritorial Abductions*. 9 *Revue Juridique Polynésienne*/8 *New Zealand Association for Comparative Law, RJP/NZACL Yearbook*, pp. 57-97.
- CUESTA RICO, F., (2008), Los parámetros constitucionales de la acción exterior de las Fuerzas Armadas españolas. Incluido en el libro «El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el Exterior», Plaza y Valdés, Madrid, pp. 233-319.
- DAHL THRUELSEN, P., (2008), *Implementing the Comprehensive Approach in Helmland Within the Context of Counterinsurgency*, *Faculty of Strategy and Military Operations. Royal Danish Defence College*, Copenhagen.
- DAHL, A.W. (2007), *Military assistance to the police in situations requiring the use of armed force*, <http://home.scarlet.be/~ismllw/new/2007>.
- DE MULINEN, F. (1991) *Handbook on the Law of War for Armed Forces* (edición en español Manual sobre el Derecho de la Guerra para las fuerzas armadas). Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra.
- DE NO LOUIS, E. (1953), Los prisioneros de guerra, la libertad bajo palabra. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. VI, Nº 3, pp. 633 y ss.
- DE SCHUTTER, O. (2005), *Globalization and Jurisdiction: Lessons From the European Convention on Human Rights*, en <http://www.chrgj.org>.
- DIAZ ALCANTUD, F. (1999), El observador policial en las operaciones de paz. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 20, p. 41-54.
- DIAZ BARRADO, C.M. (2006), El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo. Cuadernos de Estrategia nº 133, «Lucha contra el terrorismo y derecho Internacional», Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 53-80.
- DICKINSON, L. (2007), *Accountability of Private Security Contractors under International and Domestic Law*, <http://www.asil.org/insights071226.cfm>.
- DOMENECH OMEDAS, J.L. (1996), «La protección del prisionero de guerra», ponencia presentada en las II Jornadas de Derecho Internacional Humanitario y el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Valencia 3, 4 y 5 de diciembre de 1996.

DUQUE QUICIOS, J.:

- (1995), El modelo policial anglosajón. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 14, pp. 65 y ss.
- (1998), Real Policía Montada del Canadá. *Revista Guardia Civil*, nº 654, octubre pp. 50-57
- (1998), Gestión de una empresa de policía: Modelo policial del Condado de Kent (Reino Unido). *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 18, pp. 209 y ss.
- (2008), Modelo de seguridad de Estados Unidos. *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 38, pp. 83-95.
- ECHEVARRIETA JESUS, C. (2002), Las consecuencias del 11-S para la seguridad mundial, *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 26, pp. 39 a 45.
- ELSEA, J. (2005), *U.S. Treatment of Prisoners in Iraq: Selected Legal Issues. CRS Report for Congress*, <http://digital.library.unt.edu/govdocs/crs/permalink/meta-crs-6484:1>
- ERICKSON, R.J. (1989), *Legitimate Use of Military Force Against State-sponsored International Terrorism*, Air University Press, Maxwell Air Force Base, Alabama.
- FERNANDEZ –FLORES Y DE FUNES, J.L. (2001) El Derecho de los Conflictos Armados, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid.
- FERNANDEZ GONZALEZ, F. (2008), Descripción de la amenaza. La insurgencia. *Revista de la DIDOM*, nº 9, pp. 18-25.
- FIDLER, D. (2007), *Counterinsurgency, Rule of Law Operations, and International Law*, en <http://www.asil.org/insights070919.cfm>.
- FLAVEAU, A. (2000), La dimensión transfronteriza de la policía. Ponencia recogida en el libro «El modelo policial y sus retos de futuro». *Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autonòmics. Escola de Policia de Catalunya*, pp.129-137.
- GARCÍA FRAILE GASCÓN, A. (1992), Apuntes sobre política contra la criminalidad. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 7, pp. 129-141.
- GARCÍA, J. (1992) La Guardia Civil en al División Azul, García Hispán, Alicante.
- GARCIA SACRISTAN (2007), Procedimientos de actuación de fuerzas policiales de naturaleza militar en misiones de apoyo a la paz. *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 36, pp. 53-62.

GARCIA SAN PEDRO, J. (2002), Los nuevos retos jurídicos tras el 11-S. Cuadernos de la Guardia Civil, nº 26, pp. 47-54.

GIL GIL, Al. (1999), Derecho Penal Internacional, Técnos, Madrid.

GIUDICELLI-DELAGÉ, G. (2004), *Missions Abroad and Police Cooperation. European Common Defence and Criminal Judicial Area, Conseil de la Magistrature, Commission Européenne*, pp. 179-217.

GLAZIER, D.W. (2006), *Full and Fair by What Measure?. Identifying the International Law regulating Military Commission Procedure*, *Boston University International Law Journal*, vol 24:55, pp. 55-122.

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A. (2000), Extradición en derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes, Universidad Autónoma de México, México.

GORTÁZAR ROTAECHE, C. (1996), Derecho de asilo y no rechazo del refugiado. Dykinson, Madrid.

GOSSIAUX, C. (2001), *Les Règles d'engagement, norme juridique nouvelle?*, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Nº 40, vol 1-2, pp. 161-179.

GREGORY, F. (1992), Cooperación policial e integración en la Comunidad Europea: propuestas problemas y perspectivas. Boletín de Documentación del Ministerio del Interior, nº 128, abril-junio 1992, pp. 141-150.

GROSS, A.M., (2007) *Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?*, *The European Journal of International Law*, vol. 18 nº1, pp.1-35.

HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security. The Practice of International Peace Missions*. WLP, Nimega.

HERNDON, R. (2004) *Effects Based Operations in Afghanistan*. *Revista Field Artillery*, Enero-Febrero pp. 26-30.

HILAIRE, M. (2002), *The Laws of Armed Conflict, The Right of Self-Defense, and the United States Military Operation Against Terrorism in Afganistán*. *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, nº 41, Vol 1-2, pp. 105-128.

HINOJOSA GALINDO, A. (1992), La Guardia Civil y el moderno concepto de la defensa nacional. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil* Nº 8, pp. 56 a 65.

-JAR COUSELO, G.:

(1999), El modelo inglés de policía. *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, nº 21, mayo-agosto, pp. 36-58.

- (1996), El modelo policial alemán en la actualidad. *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, nº 12, mayo-agosto, pp. 55 y ss.
- (1996), Reflexiones en torno a la vigencia del modelo francés de policía. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 16, pp. 165 y ss.
- (2000), *Modelos comparados de policía*. Dykinson, Madrid.
- JOURNÈS, C. (1992), *La police en Grande-Bretagne*. En la obra colectiva *Polices d'Europe*, Editions L'Harmattan, Paris, pp. 209-234.
- JUSTE RUIZ, J., (1992), Características de los conflictos susceptibles de ser resueltos mediante operaciones para el mantenimiento de la paz: De Corea a Yugoslavia. *Cuadernos de la Guardia Civil*, Nº 8, pp. 19-31.
- KING, M. (2000), El sistema policial de Inglaterra y Gales: tendencias de cambio. El modelo policial y sus retos de futuro, Generalitat de Catalunya, Barcelona, pp. 113 y ss.
- LASÉN PAZ, M. (2001), La policía de proximidad en Europa. *Cuadernos de la Guardia Civil* Nº 25.
- LEBRUN, M. (1997) *Interpol*, Presses Universitaires de France, Paris.
- LEHNARDT, C. (2008), *Criminal Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law*. *The European Journal of International Law*, vol. 19, nº 5, pp. 1015-1034.
- LOPEZ CORRAL, M. (2006), Las fuerzas policiales en las operaciones de paz: especial referencia a los cuerpos de naturaleza militar. *Cuadernos de la Guardia Civil*, Nº 28, pp. 47-54.
- LOPEZ VALDIVIELSO, S. (1999), Bases para el establecimiento de un nuevo modelo policial. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 21, pp. 9-19.
- LOUBET DEL BAYLE, J.L.:
- (1996), *Policía y política: Elementos para un enfoque teórico*. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, Nº 16., pp. 93-100.
- (2006), *Police et politique. Une approche sociologique*, L'Harmattan, París. (1998), *La policía*. Acento Editorial, Madrid 1998.
- MANZANO SOUSA, M. (2001), Comentarios a la STEDH de 27 de septiembre de 1995 (caso McCann y otros contra el Reino Unido). La fuerza armada en un caso límite: la amenaza terrorista en Gibraltar, Dykinson, Madrid.

- MAPSTONE, R. (1992), Soldados en una sociedad dividida: Las actitudes de soldados en Irlanda del Norte. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 8, pp. 107-113.
- MARSHALL, D. y INGLIS, S. (2003), *The Disempowerment of Human Rights-Based Justice in the United Nations Mission in Kosovo*. *16 Harvard Human Rights Journal* 95.
- MARTÍNEZ GARCÍA, M., (1996), La Gendarmería Nacional francesa y la fundación de la Guardia Civil. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 16, pp. 187-205.
- MARTINEZ GUILLEM, R. (2002), La Policía Militar en operaciones de mantenimiento de la paz. El caso de SFOR. En el libro «La función de asesoramiento jurídico militar y otros temas jurídico militares», Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 91-101.
- MARTÍN RODRIGUEZ, P. (2008), El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas españolas en el extranjero: Marco general de análisis. En el Libro «El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el exterior», Plaza y Valdés, Madrid, pp. 39-97.
- Mc BRIDE, J. (1999), *Pre-Trial Detention in the OSCE Area*. *ODHIR publications, Background Paper 1999/2*,
- McCORMAK, T. (2007), *David Hicks and the Charade of Guantánamo Bay*. *Melbourne Journal of International Law*, vol 8, pp. 273-291.
- MORALES UTRABO, F. (1992), Las Fuerzas policiales en las operaciones de mantenimiento de la paz. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil* Nº 8, pp. 67 y ss.
- MORENO CATENA, V. Y CASTILLEJO MANZANARES, R. (1999) La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen. Tirant Lo Blanch, Valencia,
- MURILLO Y GARCÍA ATANCE, M. (1994), La cooperación jurídica internacional, recogida en VV.AA. *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional*, Madrid, pp.403-415.
- MURPHY, R. (2002), *Prisoners of War and Contemporary Conflicts : The Case of the Taliban and al Qaeda Detainees*, *ibid*, pp. 143-161.
- NAERT, F. (2006), *Detention in Peace Operations: The Legal framework and Main Categories of Detainees*. *Institute for International Law, Working Paper No 94*, <http://law.kleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP94eng.pdf>.
- NIETO RODRIGUEZ, M. (2001), El nuevo concepto de seguridad: Amenazas y riesgos emergentes. *Monografías del CESEDEN*, nº 45, «La cooperación Fuerzas

de Seguridad-Fuerzas Armadas frente a los riesgos emergentes, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, pp. 17-58.

ORCASITAS LLORENTE, L., (1950), Los prisioneros de guerra en la Convención de Ginebra de 1949. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. III, N° 2, pp. 473-500.

OSWALD, B.:

(2006), *Addressing the Institutional Law and Order Vacuum: Key issues and Dilemmas for Peacekeeping Operations*, *New Zealand Armed Forces Law Review*, vol 6, pp. 1-19.

(2007), *The Law on Military Occupation: Answering the Challenges of Detention during Contemporary Peace Operations?*, *Melbourne Journal of International Law*, vol.8, pp. 311-326.

(2008), *Detention of Civilians on Military Operations: reasons for and challenges to developing a special law of detention*, *Melbourne University Law Review*, vol. 32, pp. 524-553.

PARAMESWARAN, K. (2006), *The Use of Military Force and the Applicable Standards of Force Governing Police Operations in Occupied Territories*. *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, n° 45,. Vol, 1-2, pp. 249-255.

PELÁEZ MARÓN, J.M. (1991). *El Derecho Humanitario antes y después de la Segunda Guerra Mundial*. *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, pp. 61-93.

PENA, A. (1999), *Policías en Estados Unidos*. *Revista Guardia Civil*, n° 665, septiembre, pp. 66 y 67.

PEREZ GONZALEZ, M. (2006), *Terrorismo y conflictos armados. La prohibición de los actos terroristas por el Derecho Internacional Humanitario*, *Cuadernos de Estrategia Ministerio de Defensa*, núm. 133, pp. 83-105.

PIGNATELLI MECA, F. (2006) *El terrorismo como crimen de lesa humanidad y crimen guerra en el estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, *Cuadernos de Estrategia Ministerio de Defensa*, núm 133, pp. 207-249.

PORETSCHKIN, A. (2006), *Using Armed Forces for Law Enforcement Operations in Post-Conflict Situations*, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* n° 45 vol 1-2, pp. 119-123,

QUERALT, J.J., (1986), *El policía y la Ley*. Plaza y Janés, Barcelona.

RAMON CHORNET, C.:

(1992), *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

(1999) «La OTAN, Vicaria de la ONU: Reflexiones sobre el sistema de seguridad colectiva, a la luz del «nuevo concepto estratégico» acordado en Washington. *Anuario de Derecho Internacional* Vol. XV 1999.

REINER, R. (1993), *Du mythe à la réalité: le modèle britannique. Les Cahiers de la sécurité intérieure*, nº 13, mayo-julio, pp. 25-59.

REMIRO BROTONS, A.:

(1999), *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*. Biblioteca Nueva, Madrid.

(2002), *Deslegitimación del Derecho Internacional: Kosovo*. En el libro «El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados», Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 371-398.

RESA NESTARES, C. (2000), *Tráfico internacional de drogas y seguridad nacional: ¿Una nueva misión de las Fuerzas Armadas?*. Cuadernos del Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, nº 1/2000, pp. 142-157.

RIPLEY, T. *Fuerzas de seguridad en Irlanda del Norte (1969-92)*, Ediciones del Prado, Madrid 1995.

RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.:

(1991), *Derechos Humanos y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, Nº 5, pp. 19-33.

(2006), *Introducción a la obra colectiva «Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional»*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid pp. 11-38.

(2007), *Aspectos jurídico-internacionales del conflicto armado de Afganistán*, Documentos de seguridad y defensa, CESEDEN, nº 7, Posible evolución de Afganistán: El papel de la OTAN, pp. 66-117.

SADAT, L.N. (2004), *International Legal Issues Surrounding the Mistreatment of Iraqi Detainees by American Forces*, <http://www.asil.org/insight134.cfm>.

SAHOVIC, M. (1989), *La question de la libération des prisonniers de guerre entre L'Irak et L'Iran*. *Annuaire Francais de Droit International*, 1989. pp. 159-165.

SANCHEZ ORTEGA, A., y RUIZ DIAZ, L.J., (2008), La incorporación de la política exterior española a la política europea de seguridad y defensa. En el libro «El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el exterior», Plaza y Valdés, Madrid, pp. 195-232.

SEGURA SERRANO, A., (2008), La aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario a las tropas de paz de la ONU, en el libro El Estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el exterior, Plaza y Valdés, Madrid, pp. 367-392.

Servicio Jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores de Dinamarca para la conferencia sobre *The Handling of Detainees in International Military Operations*, celebrada en Copenhague los días 11 y 12 de octubre de 2007, recogido en la *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, nº 41, vol 1-2 p.p. 363-392.

SHAH, N.A. (2007), *Self-defence, Anticipatory Self-defence and Pre-emption: International Law's Response to Terrorism*. *Journal of Conflict Security Law*, Vol. 12 nº 1, pp. 95-126.

SLOAN, J.:

(2003), *Prosecutor v. Todorovic: Illegal Capture as an Obstacle to the Exercise of International Criminal Jurisdiction*. *Leiden Journal of International Law*, 16, pp. 85-113,

(2003): *Prosecutor v. Dragan Nikolic: Decission on Defence Motion on Illegal Capture*. *Ibid.* pp. 541-552.

STAHN, C. (2005), *Accountability And Legitimacy In Practice; Lawmaking By Transitional Administrations*, http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/stahn_604.pdf.

THYS, P. (2006), *Le recours aux forces armées en tant que forces de police au cours d'opérations de maintien de la paix*. *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, nº 45., Vol, 1-2, pp. 137-147.

UBEDA-SAILLARD, M (2004), *L'invocabilité en droit interne des regles d'engagement applicables aux operations militaires multinationales*. *Revue Générale de Droit International Public*, 2004-1, pp. 149-176.

VALKI, L. (2002), *The Kosovo War and the Norms of International Law*. *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Núm 41.

VALLEIX, C. (1984), INTERPOL. *Revue Générale de Droit International Public*, tomo LXXXVIII, pp. 621-652.

VAN OUIRIVE, L. (1995) Schengen, Europol y la colaboración policial internacional: Un desafío para la democracia. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 14, p. 179 y ss.

VILLAGÓMEZ CEBRIAN, A., (1995), La policía de seguridad, un estudio de Derecho público comparado. Revista Cuadernos de la Guardia Civil, nº 14, pp. 11 y ss.

VIÑAL CASAS, A., (1977), El estatuto Jurídico -Internacional de los mercenarios. Revista Española de Derecho Internacional, Vol. XXX, nº 2-3, pp. 289-313.

3. LAS VÍCTIMAS DE CRÍMENES INTERNACIONALES Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

*José Vázquez Pedreño
Capitán Auditor*

SUMARIO: I. Introducción. II. Aproximación a la victimología. 2.1. Concepto y naturaleza. 2.2. Protección de las víctimas a nivel internacional. III. El crimen internacional. 3.1. Concepto. 3.2. El principio de jurisdicción penal universal. IV. Las víctimas de crímenes internacionales. 4.1. Concepto de víctima. 4.2. La persona individual. 4.3. El grupo. 4.4. La Comunidad Internacional. V. Tratamiento de las víctimas por la justicia penal internacional. 5.1. Precedentes: la propuesta de Moynier. 5.2. Los primeros tribunales: Nuremberg y Tokio. 5.3. Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda. 5.4. Tribunal Especial para Sierra Leona. 5.5. El Tribunal Especial para Camboya. 5.6. Los Paneles Especiales para crímenes graves en Timor Oriental. 5.7. Los Paneles Internacionales en Kosovo. VI. Las víctimas ante la Corte Penal Internacional. 6.1. Antecedentes del Estatuto de Roma. 6.2. El mecanismo de activación de la Corte. 6.3. Intervención de las víctimas en el proceso. 6.4. El sistema de protección. 6.5. Aspectos institucionales: la dependencia de víctimas y testigos. VII. El principio de responsabilidad civil por crímenes de la competencia de la Corte. 7.1. El responsable civil. 7.2. Contenido y alcance: restitución, indemnización y rehabilitación. 7.3. El Fondo Fiduciario. VIII. Conclusiones. Abreviaturas y siglas utilizadas. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En éste trabajo se pretende realizar un análisis del estatuto conferido a las víctimas de los crímenes internacionales ante los distintos Tribunales Penales de carácter internacional o internacionalizado, instituidos para la persecución de tales hechos ilícitos, en especial el que se les otorga ante la Corte Penal Internacional (CPI) tanto en lo que se refiere a su faceta estrictamente procesal, comprensiva pues de la legitimación para poner en marcha el procedimiento penal y de su capacidad de intervención en el mismo, cuanto en lo que atañe al sistema de protección de víctimas, articulado con la

doble finalidad de, por un lado garantizar su integridad física y psíquica, y por otro, por vía de sentencia, obtener la condena de los culpables y la subsiguiente satisfacción de las responsabilidades civiles que ésta lleva aparejada.

Se realizará igualmente un juicio crítico de este estatuto de las víctimas con la intención final de reforzar la presencia de éstas en el proceso y mejorar el vigente sistema de protección así como el sistema indemnizatorio, presumiblemente abocado hacia la asunción por la propia Corte de la responsabilidad del pago de las indemnizaciones.

Para la consecución de tal fin se va a comenzar tomando en consideración el origen y evolución de la ciencia dedicada al estudio de las víctimas –la victimología– continuando con un análisis conceptual de lo que son los crímenes internacionales y las víctimas de estos crímenes, así como de los diferentes «entes» o entidades que pueden verse afectados por los mismos. Acudiremos necesariamente como punto de referencia argumental al derecho interno español, y por supuesto nos detendremos en el análisis de la jurisprudencia internacional, aspecto éste que nos llevará a analizar el tratamiento que se ha dispensado a las víctimas en los diferentes Tribunales Penales Internacionales e internacionalizados, a la vista de sus Estatutos y normas de desarrollo, para finalmente, tomando como hilo conductor tanto el Estatuto como las Reglas de Procedimiento y Prueba, así como el Reglamento de la Corte y de la Secretaría de la misma, desgranar el estatuto de las víctimas ante la Corte Penal Internacional.

En todo momento se tendrá presente que para la constitución de la Corte como tribunal penal internacional permanente ha sido necesario dar representación y cabida a los diferentes sistemas culturales y en consecuencia procesales imperantes en el complejo mundo cuya justicia y seguridad tiene como último fin asegurar lo que, como tendremos ocasión de analizar, ha llevado a establecer mecanismos de equilibrio en los que se da primacía al interés general de la comunidad internacional sobre el particular de las víctimas.

Se acudirá a las fuentes de información y conocimiento electrónicas y bibliográficas a las que se hará la correspondiente referencia en notas a pie de página, sin descartar con carácter complementario el recurso a las hemerotecas, prensa diaria y a cuantos otros medios sean susceptibles de enriquecer el presente trabajo.

A la vista de lo expuesto, se trata sin lugar a dudas de un trabajo de naturaleza mixta; por una parte, con el mismo se entra de lleno en el campo del derecho procesal penal internacional, pero, por otro lado, no cabe duda de que a la luz de la reflexión precedente relativa al complejo sistema de equilibrios que han llevado a la cristalización de la CPI, ésta es un muy importante elemento para la consecución de la paz y resolución pacífica de conflictos internacionales, por lo que entiendo que el marco de la Diplomatura en Derecho Internacional Militar y la Escuela Militar de Estudios Jurídicos resulta idóneo para el desarrollo del mismo.

Resulta necesario antes de iniciar el desarrollo de este trabajo agradecer las utilísimas indicaciones y documentación facilitada por Director del presente trabajo, el General Consejero Togado D. José Luís Rodríguez-Villasante Prieto, así como el

interés que me ha demostrado en los contactos previos mantenidos, lo que para mí supone una enorme satisfacción personal.

II. APROXIMACIÓN A LA VICTIMOLOGÍA

La Victimología es una ciencia sorprendentemente reciente, que surge a partir de los años 40 del siglo XX con la obra de Mendelshon y Von Hentig, que se dedica al estudio científico de las víctimas y se encuentra muy vinculada a la Criminología y a la Sociología criminal.

El derecho penal tradicional no ha mostrado especial interés por las víctimas, hasta el punto de que se ha dicho, no sin cierta crudeza, que en un supuesto de homicidio, la opinión pública exige la reacción jurídico penal, pero la víctima no plantea problema alguno, basta con enterrarla, siendo, como apunta García-Pablos¹ un mero sujeto de compasión.

De ser un personaje importante, un factor importante en la respuesta penal al delito en las sociedades más primitivas, la víctima pasa a desarrollar un rol accesorio, a ser un «*convidado de piedra del proceso penal*»² limitado al papel de mero testigo o, estimulada en no pocas ocasiones por sentimientos de vergüenza, adopta una postura de aislamiento extremo negándose a cooperar con el sistema.

Esta neutralización de la víctima es algo connatural a la propia existencia del derecho penal moderno, a la asunción por parte del Estado del «*ius puniendi*», en base al cual los miembros de una sociedad renuncian a la venganza privada y ceden en manos de aquél la protección de la sociedad frente a la delincuencia, superándose toda idea de odio o venganza contra el delincuente³.

A partir del momento en que el Estado monopoliza la reacción penal, es decir, desde que se prohíbe a la víctima castigar las lesiones de sus intereses, el papel de las mismas se va difuminado hasta desaparecer. Incluso instituciones tan obvias como la legítima defensa aparecen hoy minuciosamente regladas: la víctima de un ataque antijurídico puede defenderse –en ocasiones con grave daño de su agresor– pero la ley impone el respeto de estrictos límites⁴.

En cualquier caso, y a medida que el estado fue haciéndose cargo de la administración de justicia, el delincuente fue transformándose en el personaje central de los estrados judiciales, relegando a la víctima a un rol subalterno primero, hasta llegar a ser casi totalmente olvidada después.

¹ García Pablos de Molina, A. «*Manual de Criminología*», Espasa Universidad, Madrid, 1988, p. 76.

² Beristáin Ipiña, A. «*Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*», Tirat lo Blanch, Valencia, 1994, p. 230.

³ Landrove Díaz, G. «*Las consecuencias Jurídicas del Delito*», Tecnos, Madrid, 1985, p. 18.

⁴ Landrove Díaz, G. «*La Moderna Victimología*», Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 22.

Entre las explicaciones que se ha dado a este olvido tradicional de las víctimas, se han señalado⁵:

- La morbosa fascinación social por el delincuente, debido al temor, e incluso velada admiración, que puede llegar a inspirar.
- Nula identificación social con las víctimas.
- Constatación de que la existencia de las víctimas supone el fracaso del sistema en orden a la protección y tutela de los intereses colectivos, lo que explica la falta de atención del Estado hacia éstas.
- «Costo político» que suponen las víctimas de la injusticia social, la marginación, de la violación de derechos humanos, del abuso de poder, de la segregación racial o religiosa, etc.

A estas circunstancias habríamos de añadir, por lo que a las víctimas de crímenes internacionales se refiere, y en ello incidiremos a lo largo de este trabajo, la parcialidad de la «justicia de los vencedores», que perdona y olvida los crímenes propios mientras enjuicia los cometidos por los vencidos, y el juego de intereses supranacionales que puede llevar a sacrificar los específicos de las víctimas en favor de los generales de la comunidad internacional.

Este abandono de la víctima, en beneficio fundamentalmente de la figura del delincuente, se prolonga hasta bien entrado el siglo XX. A partir de los años 60, los entonces recientes estudios teóricos victimológicos sufren un enorme impulso y se percibe un creciente y progresivo interés por las víctimas, y lo que es más importante, parece que empieza a vislumbrarse que es el propio orden social, la propia sociedad, la que en muchas ocasiones determina la condición de víctima.

Este progresivo interés va acompañado, según Sangrador⁶, por tres circunstancias:

1. La Psicología Social que crea los marcos teóricos adecuados para el desarrollo de la ciencia victimológica.
2. El interés por la víctima que se despierta en EEUU a partir del asesinato de Kitty Genovese, atacada en la puerta de su casa por un individuo, que tardó treinta minutos en consumir el asesinato, sin que ningún vecino la ayudara o llamara a la policía. Se inician, así mismo, las denominadas «Encuestas nacionales de Victimización» (la primera se realiza en EEUU en 1967).
3. El fuerte movimiento feminista de estos años que exige una mayor atención contra la violencia dirigida específicamente contra la mujer y que dirige fuertes críticas al enfoque etiológico de la victimología, y contra el concepto de víctima provocadora.

⁵ Vid.: Rodríguez Manzanera, L. «Victimología. Estudio de la Víctima», Porrúa, S.A., México, 1988, p. 4 y ss.

⁶ Sangrador, J. L. «La Victimología y el sistema jurídico penal», en Psicología social y el sistema penal, Alianza Universidad, Madrid, 1986, p. 62 y ss., citado por Landrove en «La Moderna Victimología», p. 29.

Se ha de constatar, sin embargo, lo que parece que de momento es la última fase de este proceso histórico donde, en las últimas décadas la focalización hacia la figura del delincuente se está desdibujando y las víctimas de los delitos, especialmente de los delitos violentos, y como tendremos ocasión de analizar a lo largo de este trabajo, de los ilícitos penales internacionales, están empezando ser objeto de especial atención por el legislador, tanto a nivel estatal como supraestatal, en la configuración de la respuesta penal lo que, como apunta Landrove, conlleva un riesgo evidente: «*sus-tituir el culto al delincuente por el culto a la víctima*»⁷, a lo que hemos de añadir el consiguiente riesgo de fomentar el «victimismo».

2.1. Concepto y naturaleza

Nos encontramos pues con que el delito es un fenómeno psicológico, social y político, además de jurídico, y frente a este fenómeno se perfilan determinadas personas situadas en una situación «de sufrir un perjuicio», característica ésta última configuradora de la situación de la víctima.

La victimología, como toda disciplina nueva de estudio, no tiene sus límites muy bien señalados aún, y por lo mismo la discusión sobre su naturaleza y concepción es muy variada en el mundo científico. Por tanto, las opiniones vertidas por los tratadistas en cuanto a su naturaleza, son diversas; hay quienes la conciben como parte de la criminología y otros la consideran como ciencia autónoma⁸.

El grupo de autores que incluye a la victimología como una rama de la criminología, le niega, por ende, toda autonomía científica. Ellos se refieren en forma exclusiva a las víctimas del crimen. Partidarios de esta postura son Ellenberger, Abranhamson, y Fattah, entre otros, quienes en general la consideran como una parte de la criminología que estudia a las víctimas de los delitos. La moderna Criminología debe ser una Criminología de relaciones, en la que la relación victimológica adquiere una importancia tal que no hay necesidad de una Victimología independiente.

En esta corriente de pensamiento se encuentra también Cerezo Mir, quien manifiesta carente de justificación el criterio de aislar el estudio de la víctima para que constituya «*el objeto de una ciencia empírica diferente*»⁹, y Landrove Díaz, quien sostiene que no parece necesario hablar de una Victimología independiente, toda vez que la mayoría de los criminólogos tienen en cuenta en sus obras la problemática de las víctimas, hablando de «*Criminología victimológica*»¹⁰.

⁷ Landrove Díaz, G. «*La Moderna Victimología*», cit., p. 22.

⁸ Vid. Zamora Grant, J. «*Los Modelos Victimológicos*», en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 93, septiembre- diciembre 1998, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/93/art/art8.htm>

⁹ Cerezo Mir, J. «*Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito*». Tecnos, Madrid 1985. p. 62.

¹⁰ «*La Moderna Victimología*», cit., p. 37.

Para los autonomistas, que consideran a la Victimología como una ciencia autónoma, con objeto, método y fin propios, la extensión de esta ciencia es notable, pues parten de un objeto de estudio extraordinariamente amplio.

Este grupo es encabezado fundamentalmente por Mendelsohn, quien sostiene que durante siglos, el criminal ha pertenecido únicamente al derecho, como una noción abstracta. No es hasta la segunda mitad del siglo XIX, como consecuencia de una revolución del pensamiento, que el criminal se convierte en un sujeto de estudio por una ciencia positiva. En nuestros días, la víctima se impone también a nuestra atención como una rama especial de la ciencia positiva.

Conforme va transcurriendo el tiempo, Mendelsohn plantea la Victimología no sólo como paralela a la Criminología e independiente de ésta, sino que, al ampliar el objeto de estudio, le dará una dimensión extraordinaria, pues opina que los límites de la victimología deben establecerse en relación al interés de la sociedad en los problemas de las víctimas, extendiendo el ámbito de actuación de ésta incluso a las víctimas de catástrofes naturales, y afirmando que el delito es sólo uno de los factores de victimización. Por lo tanto, todos los determinantes de la víctima, como la sobrepoblación, la acción de la ley, el índice de natalidad, la desnutrición, las enfermedades epizooticas, la contaminación, etc., también condicionan el campo de la Victimología, disciplina que gradualmente afirmará su lugar en la ciencia.

Posteriormente definirá a la Victimología como la ciencia sobre las víctimas y la victimidad, afirmando que deben abarcarse tanto las víctimas de factores endógenos como la de los factores exógenos y que el concepto de victimidad es mucho más general que el de criminalidad, utilizando el término de «Victimología General»¹¹.

Con independencia de su naturaleza, podemos concretar la definición de la Victimología acudiendo a la formulada en el Primer Simposio sobre Victimología celebrado en Jerusalén, Israel, del 2 al 6 de septiembre de 1973, en el sentido de referirse a ella como el estudio científico de las víctimas del delito o, como diría Guilotta, es *«la disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito»*¹².

A la vista de lo expuesto podemos concluir afirmando que la victimología es la más moderna de las disciplinas científicas que, con carácter autónomo o como rama de la criminología, se ocupan del fenómeno criminal, ya no solo desde la perspectiva excluyente del delincuente, sino que es necesario girar los ojos hacia la víctima del hecho criminal que sistemáticamente fue olvidada por el sistema penal.

¹¹ Zamora Grant, J. *«Los Modelos Victimológicos»*, cit.

¹² Guilotta, G. *«La vittima, Giuffrè»*, Varese, 1976, p. 9. Citado por Landrove en *«La Moderna Victimología»*, cit., p. 18.

Resulta necesario pues redefinir el rol de la víctima, ya no solo desde el punto de vista criminológico, es decir, la interacción delincuente-víctima o desde el punto de vista jurídico penal, modificando el estatus material y procesal de la víctima en la justicia criminal, si no que es necesario verlo desde el ángulo político social, con programas de asistencia a la víctima, de reparación del daño, de compensación económica y de prevención del miedo al delito.

Las posturas de los últimos años tienden a enfocarse primordialmente al análisis del funcionamiento de las instituciones encargadas de impartir justicia, a prevenir y moderar la denominada victimización secundaria. Son éstas instituciones, en el desenvolvimiento de su función quienes parecen –porque así lo señalan los estudiosos– victimizar a quienes entran en su contacto, debiéndose concluir afirmando que no puede un sistema penal producir más víctimas de las que protege¹³.

2.2. Protección de víctimas a nivel internacional¹⁴

Si la Victimología es, como acabamos de ver, una ciencia joven, la preocupación por las víctimas a nivel internacional lo es mucho más.

En diciembre de 1968 se desarrolló en Los Ángeles la primera «Conferencia internacional sobre la indemnización a las víctimas inocentes de actos de violencia», asistiendo a al misma representantes de los países que contaban con programas sobre la materia. Entre las conclusiones obtenidas se destacan:

- Los programas debían basarse en el derecho de todo ciudadano a recibir una indemnización por los daños personales sufridos como consecuencia de un delito violento.
- Se estimó que el método más adecuado para tratar el problema de la indemnización era el establecimiento de juntas de indemnización independientes de los tribunales ordinarios, para agilizar así su tramitación.
- Se entendió necesario fijar un límite máximo a la cuantía de las indemnizaciones, que estarían en función del nivel de vida del solicitante, sin que dentro de este límite máximo se incluyeran los gastos realizados en asistencia médica o derivados de la necesidad de contratar un servicio doméstico, que serían indemnizados en su totalidad.
- Se discutió la conveniencia de conceder o no indemnizaciones cuando se tratase de cantidades mínimas, planteándose como posturas enfrentadas la de los que estimaban excesivamente duro el privar a los solicitantes de escasos recursos económicos la posibilidad de obtenerlas, y la de los que consideraban que por debajo de determinadas cantidades, los gastos derivados de la tramitación de la demanda harían antieconómico este aspecto de los programas.

¹³ Vid. Newman, E «*Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*», ed. Universidad, Buenos Aires, 1994.

¹⁴ Vid. Landrove Díaz, G. «*La Moderna Victimología*», cit., p. 59 a 64.

En 1973, el ya citado Primer Simposio sobre Victimología establecieron las siguientes recomendaciones en orden a impulsar la elaboración de programas indemnizatorios:

- Necesidad urgente de que todas las naciones implanten sistemas estatales de compensación a las víctimas del delito.
- Conveniencia de otorgar la máxima difusión a tales sistemas y estimular la participación de organismos, tanto gubernativos como privados, en su establecimiento.
- Necesidad de estudiar y valorar los modelos compensatorios existentes con el fin de extender su aplicación, teniendo en cuenta las características particulares de las comunidades en que se aplican.

La internacionalización de este programa, afirma el profesor Landrove en la obra de referencia, se alcanza, sobre todo, en el «XI Congreso Internacional de Derecho penal» (Budapest, septiembre de 1974), donde se puso de manifiesto como la efectiva indemnización a las víctimas constituye una exigencia de interés público, auspiciado por los modernos imperativos de solidaridad social, especialmente en los casos en que el autor del delito es desconocido o resulta insolvente, recomendándose la creación de un sistema indemnizatorio por parte del Estado o de instituciones públicas con cargo al erario público, bien con fondos especiales o con cargo al sistema de seguridad social.

En el seno del Consejo de Europa, el Comité de Ministros adoptó, en septiembre de 1977 una Resolución sobre compensaciones a las víctimas de infracciones criminales construida sobre las ideas de equidad y solidaridad social, recomendando a los Estados miembros que, cuando la reparación no pueda ser asegurada por otros medios, el Estado debe asumirla, al menos por lo que se refiere a las personas que sufren graves lesiones y de aquellos que estaban a cargo de una persona muerta por una acción criminal. Los principios contenidos en esta Resolución se plasmaron en el Convenio europeo relativo a la compensación de las víctimas de las infracciones violentas, aprobado por el Comité de Ministros el 24 de noviembre de 1983.

Nos interesa finalmente hacer mención a la actividad desarrollada en el seno de Naciones Unidas en esta materia, destacando la «Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder» de 1985, que será objeto de análisis en el siguiente apartado¹⁵.

¹⁵ El Gobierno Holandés, creó en junio de 1999 la International Victimology Website (IVW) (www.victimology.nl), con la finalidad de «facilitate implementation of the UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power by disseminating

information about current victimology research and about what works, what doesn't, what's promising in victim services, prevention of crime and abuse of power, and by encouraging international exchange of expertise and experience.»

III. EL CRIMEN INTERNACIONAL

Podemos afirmar sin temor al equívoco que la conciencia de la existencia de crímenes internacionales encuentra su base en el derecho consuetudinario, y se va ampliando y extendiendo a medida que la comunidad internacional se percató de la necesidad de identificar y tipificar nuevas conductas como tales y de la necesidad de castigarlas.

Así, Los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio no fueron realidades novedosas del siglo XX, pues el mundo los había sufrido durante siglos. Pero lo que sí cambiaron fueron las formas y el armamento desarrollado, así como la repercusión y trascendencia de tales actos para la paz y seguridad internacional.

Por ello, y como tendremos ocasión de analizar, para hablar de crimen internacional es necesaria la concurrencia de un elemento esencial —cuál es la especial gravedad y trascendencia del crimen para la comunidad internacional en su conjunto— que es el que motiva que las conductas aludidas pasen de constituir un mero ilícito penal cuya persecución y castigo corresponde al derecho interno para pasar a serlo de carácter internacional.

Trascendido el ámbito punitivo del derecho interno, los crímenes internacionales constituyen como se ha apuntado las violaciones más graves del derecho internacional, pues producen una pérdida a toda la comunidad internacional o constituyen una amenaza para ella. Se trata de incumplimientos de una obligación erga omnes, si bien es cierto que no todos los incumplimientos de una obligación éste tipo se pueden considerar como un crimen internacional. El factor decisivo es, como se ha indicado, el bien vulnerado, en este caso los intereses fundamentales de la comunidad internacional.

El Derecho Penal Internacional, según nos ilustra la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México¹⁶ está constituido por la concurrencia de dos disciplinas: el Derecho Internacional y el Derecho Penal Nacional. Se trata de un mecanismo de carácter supletorio a las cortes nacionales, ya que en un primer momento es deber de cada Estado castigar a sus nacionales como autores de violaciones graves de la justicia internacional, como son las violaciones al Derecho Internacional Humanitario y a los Derechos Humanos: crímenes de genocidio, contra la humanidad, de guerra y de agresión. La jurisdicción para conocer de tales hechos se atribuye, con carácter supletorio o complementario como acabamos de indicar, a un Tribunal Penal Internacional al que quedan sometidos directamente los ciudadanos de todas las naciones en virtud del consentimiento expreso de los diferentes Estados soberanos que integran la Comunidad Internacional.

¹⁶ En <http://www.cndh.org.mx/losdh/losdh.htm>, apartado «Temas de la Agenda Internacio-

nal», «Crímenes internacionales en el marco del Derecho Internacional (2005)».

Pero el alcance de tales violaciones incentiva a los Estados a afirmar la competencia de sus tribunales nacionales para juzgar los crímenes internacionales, sea cual fuere el lugar en el que éstos se hayan cometido e independientemente de la nacionalidad de los sujetos, activos y pasivos, que participen en ellos. Nos encontramos entonces con el principio de justicia o jurisdicción universal reconocida en el derecho convencional (la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid; la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y las más recientes que han dado lugar a la constitución tanto de los tribunales internacionales para juzgar los crímenes en la ex Yugoslavia Y Ruanda como de la Corte Penal Internacional) para crímenes graves, entre ellos, además de los ya mencionados, la esclavitud, y el terrorismo internacional. A este principio nos referiremos con detalle en el siguiente apartado de este trabajo.

Resulta evidente, a la vista de lo expuesto, el problema de la posible concurrencia de jurisdicciones, la nacional y la internacional, siendo necesario establecer normas para solucionar tales conflictos¹⁷.

3.1. Concepto

No existe una definición oficialmente reconocida de crimen internacional, ni tampoco una lista oficialmente aceptada de las acciones u omisiones que pueden considerarse crímenes internacionales. En 1976, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, dentro del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Estatal por actos ilícitos, definió como crimen internacional al que resulta¹⁸:

- a) *De una violación grave a una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión;*
- b) *De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como las que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial;*

¹⁷ Vid. Art 4 de la L.O. 15/94, de 1 de junio, y L.O. 4/98, de 1 de julio, de cooperación, respectivamente con los Tribunales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, así como los arts. 7 a 9 de la L.O 18/2003, de 10 de diciembre de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

Sobre los problemas concretos en relación a la Corte, Vid: Díaz Pita, M.P. «*Concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los arts. 8 y 9 de la ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de*

cooperación con la Corte Penal Internacional», en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, nº 9, 2005 , http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?tipo_busqueda=CODIGO&clave_revista=2177

¹⁸ Informe de la Comisión de Derechos Humanos (Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías) del Consejo económico y social de Naciones Unidas de 8/6/1999, en www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d5338a8d742e621f802567620058876e?Opendocument

- c) *De una violación grave y en gran escala de una obligación de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid;*
- d) *De una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares.»*

Esta enumeración, que presentaba un carácter de *numerus apertus*, no se ha incorporado al actual Proyecto (año 2001).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional, siguiendo el criterio apuntado, no conceptúa que se ha de entender como crimen internacional, identificándolo desde su Preámbulo con atrocidades que constituyen una amenaza para la paz, seguridad y bienestar de la Humanidad, añadiendo que aquellos más graves de trascendencia para la Comunidad Internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo, concretando su artículo 5 la competencia sobre los de:

- Genocidio.
- Crímenes de lesa humanidad.
- Crímenes de guerra.
- Crimen de agresión.

Esta lista presenta, en virtud del principio de tipicidad, un carácter de *numerus clausus*, sin que el carácter abierto que presentan tales tipos penales implique el desconocimiento del referido principio, pues frente a los tipos cerrados que hacen una completa descripción fáctica del crimen, los tipos abiertos necesitan ser complementados con elementos normativos o valorativos. La aprobación de los Elementos de los crímenes por la Asamblea de Estados Parte el 9 de febrero de 2002¹⁹ ayuda a la Corte a interpretar y aplicar los tipos penales contenidos en los artículos 6,7 y 8 del Estatuto (art. 9).

El artículo 123 relativo a la reforma del Estatuto contempla no obstante la expresa posibilidad de reforma –entendemos que con la finalidad de ampliar el catálogo– de los crímenes tipificados, a los que, junto a los contemplados en los Estatutos de los diferentes Tribunales Penales Internacionales, se hará cumplida referencia en los sucesivos apartados del presente trabajo.

3.2. El principio de jurisdicción penal universal²⁰

La evolución de las relaciones internacionales y el desarrollo de los acuerdos interestatales relativos a la persecución de la delincuencia ha ido sentando progre-

¹⁹ Vid. http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/15157C68-85AE-4226-B41A-C6F6E6E21026/0/Element_of_Crimes_Spanish.pdf

²⁰ Vid: García Arán. M. «*El principio de justicia universal en la Ley Orgánica del Poder Judi-*

cial y Crímenes contra la Humanidad». Ponencia del XII Seminario «Duque de Ahumada», en http://www.guardiacivil.org/prensa/actividades/ponencias/pagina_3.jsp

sivamente las bases para la demanda internacional de responsabilidad penal a los individuos, superando la vieja concepción por la que sólo los Estados eran acreedores de responsabilidad en el plano del derecho internacional.

El proceso de consolidación de la comunidad internacional como sujeto supraestatal ha venido favorecido desde el fin de la primera guerra mundial por una multitud de factores entre los que destaca la aparición de una serie de valores relativos al bienestar, la dignidad, los derechos humanos etc., para cuya protección resulta cada vez más insuficiente la intervención aislada de los Estados.

Este es el marco de partida en que se inscribe el llamado principio de justicia (o jurisdicción) universal. Mediante el mismo, y en su sentido más amplio, los Estados se declaran competentes para perseguir determinados delitos cometidos fuera de sus fronteras y con independencia de la nacionalidad de sus autores o sus víctimas. Con el principio de justicia universal, por tanto, se establece una importante excepción al principio básico de territorialidad de la ley penal, con arreglo al cual los Estados son competentes para enjuiciar los hechos cometidos dentro de sus fronteras, lo que no es sino expresión de la indiscutible vinculación entre ley penal y ejercicio de soberanía, concepto, a su vez vinculado al de ámbito territorial del Estado.

Desde un punto de vista formal, las declaraciones de extraterritorialidad de la ley penal formuladas por un Estado no plantean problemas de interferencia con la soberanía de otros. Los Estados no pueden realizar actos de soberanía en el territorio de otro, pero son soberanos para decidir el ámbito de su propio poder punitivo. El grado de eficacia de tales declaraciones dependerá, a su vez, del grado de legitimación internacional que se les reconozca, especialmente si el sujeto perseguido se encuentra en el territorio de otro Estado al que debe solicitarse la extradición.

En virtud del principio de justicia universal el Estado se reserva pues la competencia para perseguir hechos cometidos por nacionales o extranjeros fuera del territorio nacional cuando lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección ésta se encuentra interesada. Desde este punto de vista, el reconocimiento de este principio por los Estados supone no sólo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional y frecuentemente lesionados por formas de delincuencia internacional. Por tanto, se trata de un instrumento que posibilita la persecución por cualquier Estado que lo asuma, de hechos cometidos fuera de sus fronteras, pero en cuya represión se encuentra interesado como miembro de la comunidad internacional.

La forma habitual de asunción de compromiso en la persecución internacional de determinados delitos es la de los Tratados. Por lo que respecta al Estado español, los principales acuerdos que fundamentan tal compromiso internacional son:

- La Convención contra la Tortura de 10 de diciembre de 1984.
- El Convenio sobre la prevención y castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948 (BOE de 8 de febrero de 1969).

- Los Convenios de Ginebra de 1949 (incluido los cuatro convenios y los dos protocolos de 1977).

Pero el ordenamiento español, al igual que el alemán o el italiano (arts. 6 y 7 de sus respectivos Códigos Penales) ha incorporado expresamente el principio de justicia universal a una ley emanada del Parlamento propio, como es el artículo 23.4 de la LOPJ.

La aplicación práctica de este precepto, que recogía el principio de jurisdicción penal universal en el más amplio de los sentidos antes apuntado, venía suscitado problemas significativos –fundamentalmente de índole político, al afectar a las relaciones exteriores de nuestro país–. Como prueba de ello, baste citar la admisión a trámite por el juez de la Audiencia Nacional Fernando Andréu de una querrela contra siete responsables militares de Israel, entre ellos el ex ministro de Defensa Benjamin Ben-Eliezer, por un bombardeo –dirigido contra un presunto líder de Hamas, que también falleció en el bombardeo– perpetrado por el Ejército hebreo en un barrio de la Franja de Gaza el 22 de julio de 2002 en el que murieron 14 civiles, la mayoría de ellos niños²¹. Esta causa fue archivada definitivamente en junio de 2009, por entender que los hechos habían sido objeto de investigación por la justicia israelí, un estado democrático²².

Ello ha motivado, la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, (BOE N° 266, de 4 de noviembre), cuyo Preámbulo justifica la reforma en el cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del Debate del estado de la Nación, ... «*para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*»²³.

El Artículo primero dispone:

«*Se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en los siguientes términos:*

²¹ Vid: Europa Press, «*La Audiencia Nacional investigará a siete militares de Israel*», Madrid, 30 enero 2009, en <http://www.europapress.es/nacional/noticia-audiencia-nacional-investigara-responsables-militares-israel-asesinato-,14-civiles-gaza-2002-20090129132110.html>

También: Diario ABC, Madrid, sábado, 31 de enero de 2009.

²² Vid: <http://www.elpais.com/articulo/espana/>

[Audiencia/Nacional/cierra/causa/Israel/matanza/civiles/elpepiesp/20090701elpepinac_6/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/Audiencia/Nacional/cierra/causa/Israel/matanza/civiles/elpepiesp/20090701elpepinac_6/Tes)

También: <http://www.publico.es/espana/235700/audiencia/nacional/archiva/investigacion/ataque/israel/gaza>

²³ Como muestra de tales sentencias, vid: Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 26 de septiembre (BOE 258, de 28 de octubre).

Uno. Los apartados 4 y 5 del artículo 23 quedan redactados de la forma siguiente:

«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisoriamente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo.»

Con tal reforma se pretende conseguir el recorte de las competencias de la Audiencia Nacional, que sólo podrá juzgar los asuntos que tengan «nexo de conexión» con España. Según tal de reforma, la Audiencia Nacional mantendrá su jurisdicción en tres casos:

El primero: que ciudadanos españoles fuesen los directamente perjudicados por los delitos sometidos a juicio. También se mantendría la jurisdicción en caso de que los responsables de los crímenes se encuentren en España en el momento de su detención. Y un tercer apartado que abre un amplio capítulo de relaciones culturales o históricas que podrían también justificar la jurisdicción de los tribunales españoles, dando en cualquier caso primacía a las jurisdicciones que podemos considerar «preferentes» como son las de otro país competente o las propias de la jurisdicción penal

Internacional, siempre que la investigación o enjuiciamiento se puedan considerar efectivas.

Tal reforma, considerando los criterios determinantes de la atribución competencial que se presentan, y que se adoptan «sin perjuicio la remisión a lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales suscritos por España» y de conformidad con el concepto jurídico indeterminado de «investigación o persecución efectiva» con que se cierra tal sistema de atribución a la jurisdicción penal española, ha de permitir a la misma un amplio margen de intervención en la consecución de la justicia penal internacional.

A modo de ejemplo, podemos citar el mantenimiento de la causa abierta por el Juez de la Audiencia Nacional Santiago Pedraz por el presunto genocidio cometido en el Tibet por China (en el que no hay ciudadanos españoles afectados)²⁴, o la declaración de competencia realizada por el Juez del mismo Tribunal Fernando Andreu por la matanza de refugiados iraníes en Irak²⁵—en la que tampoco se aprecia la existencia de vínculo competencial—. En ambos casos, tanto el mantenimiento de la causa como la asunción de competencia para conocer de la misma constan con la oposición del Ministerio Fiscal.

En extremo opuesto, y en estricta aplicación de los nuevos criterios de atribución competencial establecidos por a reforma que analizamos, se encuentra la inadmisión a trámite de la querrela interpuesta por Aminatou Haidar por presuntos delitos contra la comunidad internacional por el magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional, Eloy Velasco, devolviendo la causa al Juzgado de Instrucción número 8 de Arrecife en Lanzarote por ser el competente para el conocimiento de los delitos comunes ocurridos en España y que son objeto de denuncia por la mencionada activista²⁶.

Por lo que al análisis de los distintos tipos penales incluidos bajo el ámbito de aplicación del principio de justicia o jurisdicción penal universal se refiere, pueden apreciarse distintos grados de implicación de la comunidad internacional. En la persecución de la falsificación de moneda o del tráfico de drogas existe un interés común en evitar su internacionalización y la transferencia de efectos de unos a otros países, posibilitada por las formas de comisión de estos hechos, pero, al fin y al cabo, cuando se cometen, lesionan bienes jurídicos que podríamos denominar nacionales o «internos».

En el genocidio, o el terrorismo se afecta a los contenidos básicos de los derechos humanos que se aspira a consolidar como parte de una cultura internacional. En este

²⁴ Vid: http://www.elpais.com/articulo/espana/fiscal/solicita/archivo/genocidio/chino/Tibet/elpepiesp/20091203elpepinac_12/Tes

²⁵ Vid: http://www.elpais.com/articulo/espana/juez/Andreu/investiga/matanza/refugiados/iranies/Irak/2009/elpepiesp/20091201elpepinac_10/Tes

²⁶ Vid: <http://www.eleconomista.es/seleccion-ee/noticias/1748431/12/09/Espana-aplica-por-primera-vez-la-nueva-jurisdiccion-universal-y-no-ampara-a-Amiatou-Haidar.html>

sentido, puede hablarse de bienes jurídicos consagrados desde las declaraciones de organismos o Tratados internacionales y, por tanto, emanados de la comunidad internacional. Ello es especialmente claro en muchas de las materias que penetran en el principio de justicia universal por la vía de la letra h) del artículo 23.4 de la LOPJ y su referencia a los delitos que deban ser perseguidos en España en virtud de los tratados o convenios internacionales, vía por la que se incluye el delito de tortura (Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984. BOE 9.11.87, a la que se ha hecho referencia con anterioridad).

Como se ha señalado, tanto el genocidio como la tortura o los crímenes de lesa humanidad ofrecen pocas dudas acerca del carácter internacional de los intereses afectados. El genocidio y el delito de lesa humanidad son clasificados por el propio Código Penal español como delitos contra la comunidad internacional (art. 607 y 607 Bis del Tit. XXIV del Libro II) y, como se ha dicho, la competencia sobre la tortura se asienta en la mención a los Tratados internacionales que formula el artículo 23.4 LOPJ. Por ello no es de extrañar que la mayor discrepancia en torno a la naturaleza –interna o internacional– de los bienes acogidos en el principio de justicia universal se haya producido en torno del delito de terrorismo, igualmente incluido en éste.

La persecución internacional de los delitos relativos al tráfico ilegal de personas se debe a la reforma operada por la **Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas justificándose la inclusión de estos delitos dentro del ámbito de aplicación del principio que analizamos en la propia Exposición de Motivos de la ley de reforma por** encuadrarse estos delitos entre los caracterizados *«no sólo por atentar contra valores de carácter humanitario considerados esenciales por la Comunidad Internacional, sino también por la tradicional impunidad derivada del escaso empeño mostrado habitualmente en su represión por los Estados con más directos vínculos de conexión. Además, estamos ante un tipo de criminalidad transnacional, ámbito en el cual el factor de impunidad deriva, no tanto de la falta de voluntad de los Estados con más vínculos de conexión, cuanto de su falta de capacidad para la represión individual de una criminalidad generalmente privada, aunque, casi siempre, organizada»*.

Por otra parte, la inclusión de los delitos relativos a relativos a la mutilación genital femenina **se encuentra en Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, encontrándose la justificación de la persecución extraterritorial de tal práctica, según la Exposición de Motivos de la misma, en** que tal crimen *«constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato inhumano y degradante incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos»*. Se hace referencia igualmente al reconocimiento por lo Estados miembros de la Unión Europea, en sus Constituciones del derecho fundamental a la integridad personal, tanto física como mental, frente a un fenómeno

de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor, circunstancia que no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. Se cita también La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 2.f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres. Se pretende en última instancia evitar el fraude de ley, posibilitando la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país.

A partir de aquí cabe preguntarse el por qué de la exigencia de que los hechos sean calificables como genocidio, terrorismo etc. «según la ley española» y la respuesta se encuentra en el mismo sentido del principio de justicia universal. España puede perseguir los hechos aunque no sean calificables de la misma forma en el lugar de comisión porque atentan contra intereses supranacionales y, precisamente por ello, no se exige aquí la doble incriminación. En este sentido, la referencia a la «ley española» tiene el significado de que basta con considerar las calificaciones de acuerdo a esta ley, sin ser necesario que la calificación se efectúe con las leyes del país en que se hayan cometido los hechos. En suma, se establece que la competencia extraterritorial se ejerce aplicando la ley española porque serán los Tribunales de este país los que deban aplicarla, pero ello no significa que opera sólo para proteger intereses españoles.

Se puede constatar así mismo una vinculación directa entre los derechos humanos y el crimen internacional que puede sintetizarse en torno a los siguientes puntos:

- 1) Cuando el derecho internacional incorpora los derechos humanos a sus instituciones reconoce supranacionalmente la dignidad de la persona, a quien se atribuye la calidad de sujeto de derecho internacional y, lo que es más importante, se le reconocen derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos por los Estados.
- 2) En consecuencia, la violación de los derechos humanos no es una cuestión de derecho interno sino un problema internacional pues se ve afectado el orden internacional.
- 3) Por tanto, el fundamento del principio de justicia universal impone una interpretación del artículo 23.4 LOPJ integrada con los textos internacionales que constituyen su fuente de legitimación y le proporciona aptitud para erigirse en una importantísima excepción a la territorialidad de la ley penal y en una limitación de la omnímoda soberanía de los Estados cuando se trata de la protección de los derechos humanos.

El principio de jurisdicción penal universal así configurado constituye una garantía para las víctimas de presuntos crímenes internacionales o de graves violaciones de

los derechos humanos en orden a evitar la impunidad de tales conductas en el caso de que la jurisdicción nacional competente según los nexos tradicionales de nacionalidad de la víctima, autor o lugar de comisión del ilícito se abstenga de conocer o en el supuesto en que la jurisdicción penal internacional no resulte competente²⁷.

IV. LAS VÍCTIMAS DE CRÍMENES INTERNACIONALES

Permítaseme antes de continuar la andadura por el ciertamente árido camino de la ciencia jurídica, el transcribir una cita de uno de los más prestigiosos psicoterapeutas del pasado siglo adscrito a la escuela de Viena, el Doctor Víctor E. Frankl²⁸ interno en un campo de exterminio Nazi durante la Segunda Guerra Mundial y que a mi juicio, resume lo que debe ser la filosofía existencial de las víctimas de cualquier crimen, pero especialmente de crímenes internacionales a gran escala: « *Al hombre se le puede arrebatar todo menos una cosa: la última de las libertades humanas –la elección de la actitud personal ante un conjunto de circunstancias– para decidir su propio camino.... Es esta libertad espiritual, que no se nos puede arrebatar, lo que hace que la vida tenga sentido y propósito.*» El mismo autor recoge una cita de Nietzsche que completa este planteamiento existencialista: «*Quién tiene algo por qué vivir es capaz de soportar cualquier cómo*».

4.1. Concepto de víctima

Los expertos en semántica nos cuentan que el término «víctima» indicaba, en un primer momento, la persona (o animal) sacrificada o destinada al sacrificio. La evolución etimológica de la palabra «víctima» ha derivado en entender como tal, según el Diccionario de la Lengua Española a «*una persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita*».

La concepción semántica nos aproxima a lo que ha de ser el «sujeto» de estudio del presente trabajo, y que no es otro que la persona (física o jurídica) o el grupo de personas con unas características comunes que se convierten en sujeto pasivo de los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto»²⁹, presentándose un sujeto pasivo de estos crímenes, más concretamente del crimen de agresión, que hace difícil el conceptualizar tal crimen y nos da una clara idea de la compleja naturaleza del mismo: se trata de la propia comunidad internacional.

²⁷ El Estatuto de la Corte Penal Internacional hace depender la competencia de ésta, entre otras circunstancias, de que sean partes en el Estatuto o, sin serlo, hayan aceptado la competencia de la Corte para que ésta conozca de un asunto determinado, el Estado en cuyo territorio se haya producido el hecho o el Estado de que sea nacional la persona objeto de investigación o enjuiciamiento

(art. 12). Recordemos a modo de ejemplo, que ni Estados Unidos ni Israel son partes en el Estatuto de Roma.

²⁸ Frankl, V.E. «*El hombre en busca de sentido*», Herder Editorial, Barcelona, 22ª edición, 2003.

²⁹ Artículo 5.1 del Estatuto de la CPI.

Estas tres categorías de víctimas, la persona, el grupo y la comunidad internacional, por sus características diferenciadoras han de ser objeto de un análisis separado en el presente trabajo.

Con carácter previo resulta obligado hacer una breve alusión al denominado Derecho Internacional Humanitario (DIH), disciplina que encuentra su razón de ser en el interés y preocupación por las víctimas de conflictos armados, y los intentos de concretar los sujetos y objetos que han de ostentar tal categoría, tratando de delimitar el alcance de la protección que les ha de ser otorgada.

Así, en los cuatro, Convenios de Ginebra de 1949 y en los dos Protocolos Adicionales de 1977, espina dorsal del DIH, se nos presenta como primera cuestión determinar quiénes son víctimas de guerra o conflicto armado y quienes no, introduciéndose la diferenciación fundamental en aras a la protección otorgada entre combatientes y no combatientes, entre quienes participan activamente en los conflictos y los civiles y otras personas (incluidos los enfermos, heridos, náufragos y prisioneros) que no intervienen directamente en ellos.

Cabe pensar que sólo a los combatientes debiera afectar la violencia bélica, y que la población civil debiera verse libre de las consecuencias nocivas de la guerra. En virtud del DIH, y al amparo de los principios de inviolabilidad, no discriminación y seguridad, los no combatientes tienen derecho a protección y deben gozar de inmunidad contra los ataques, convirtiéndose de lo contrario en víctimas de crímenes internacionales³⁰.

4.2. La persona individual

Se considera víctima en sentido estricto al ofendido o agraviado por el delito; En un sentido más amplio se puede decir que es aquella persona que ha sufrido el menoscabo en sus derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

La ya aludida «Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder»³¹ se refiere a las víctimas de delitos en los siguientes términos:

«1. Se entenderá por «víctimas» a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

³⁰ Vid. Rodríguez-Villasante Prieto J.L. (coordinador) y otros: «*Derecho Internacional Humanitario*», 2ª edición, Centro de Estudios de Derecho Internacional humanitario de la

Cruz Roja Española, Tirant lo Blanch, Valencia 2007.

³¹ Naciones Unidas, Resolución 40/34 de la Asamblea General, 1985.

2. Podrá considerarse «víctima» a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión «víctima» se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico».

La misma Resolución hace extensivo el concepto de víctima a personas que hayan padecido el llamado «abuso de poder» y apunta cuales son los derechos de éstas cuando dispone:

«18. Se entenderá por «víctimas» a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo material, médico, psicológico y social necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.»

El Código penal español de 1995 presta ciertamente poca atención a las víctimas. Siguiendo el estudio realizado por el profesor Antonio Beristain, perteneciente al Instituto Vasco de Criminología³², podemos decir que Prácticamente desconoce la que hoy, en la doctrina internacional, es la piedra angular de la justicia penal: el escuchar, entender y atender a las víctimas de la criminalidad; el reparar todos los daños que se les han causado; la mediación entre el delincuente y sus víctimas. Y, todo ello, desde la perspectiva de un nuevo e innovador concepto de víctimas que va más allá de la tradicional noción del sujeto pasivo del delito. Muchas personas perjudicadas por el crimen mediata y/o indirectamente también son víctimas³³.

³² Beristain A. «¿La sociedad/ judicatura atien- de a 'sus' víctimas/ testigos?», en Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho judicial. La Victimología, T. XV. Madrid (1993), p. 161 y ss

³³ Vid. Beristain A «El Código penal de 1995 desde la Victimología», en La Ley, año XVIII, núms. 4302 y 4303, 4 y 5 de junio (1997), p.1 a 5 y 1 a 7, respectivamente.

En este sentido, la Ley 35/95, de 11 de diciembre, que establece un sistema de ayudas y asistencia a las víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos y contra la libertad sexual considera como víctima en su Exposición de motivos «tanto a quién sufre directamente las lesiones corporales o daños en su salud como a las personas que dependieran del fallecido en caso de muerte», concretando para este último supuesto el artículo 2.3 de la misma que son víctimas indirectas:

- «a) El cónyuge del fallecido, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.
- b) Los hijos del fallecido, siempre que dependieran económicamente de él, con independencia de su filiación y edad, o de su condición de póstumos.
- c) Los hijos que, no siéndolo del fallecido, lo fueran de las personas contempladas en el párrafo a) anterior, siempre que dependieran económicamente de aquél.
- d) En defecto de las personas contempladas por los párrafos a), b) y c) anteriores, serán beneficiarios los padres de la persona fallecida si dependieran económicamente de ella.»

En el ámbito penal internacional, al tipificarse y en consecuencia perseguirse tan solo los más graves crímenes³⁴, la figura del individuo cede protagonismo en favor de la del grupo, pudiendo afirmarse que el ataque a los bienes jurídicos de titularidad individual, tales como la vida, integridad física o la propiedad se produce con una intencionalidad, con un elemento subjetivo de lo injusto, que podemos calificar de «trascendente», siendo utilizado como medio para producir un fin de mayor entidad, tanto en la vertiente cualitativa como en la cuantitativa, al pretenderse la producción de efectos sobre una colectividad, sobre el grupo, castigándose como un único ilícito penal la suma de los bienes jurídicos individuales lesionados, que como derechos humanos fundamentales resultan también protegidos aunque de manera mediata.

Este postulado, llevado a sus últimas consecuencias, nos hace considerar como víctima al grupo en detrimento de la persona, como veremos sucedió en los primeros tribunales penales internacionales; sin embargo los Tribunales Penales para la ex Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona (TPI, TPIR, SCSL) así como la CPI reconocen

Manifiesta el profesor Beristain en el estudio referido como el Código Penal de la Democracia debía hacer referencia expresa a las víctimas en muchos de sus artículos, acudiendo para documentar estas omisiones a una serie de ejemplos, constatando como el olvido de las víctimas vicia y debilita radicalmente esta nueva legislación penal española.

Cita este autor la encuesta realizada entre 884 jóvenes de San Sebastián (España) y Bayona

(Francia) a los que, dentro de una investigación acerca de «Las representaciones sociales de los jóvenes sobre la criminalidad», se les interrogó sobre cuál creen que es la finalidad de la sanción penal. Sus contestaciones demuestran la poca importancia que conceden a la reparación (9,4 %) frente a la mucha que les merece el castigo (51,7 %) como venganza y/o expiación..

³⁴ El propio Preámbulo del Estatuto de la CPI así lo afirma, al igual que los artículos 1 y 5.

la relevancia de la persona como «damnificado» por del crimen internacional, estableciéndose en las Reglas de Procedimiento y Prueba de este último (Regla 85) la definición de víctima para los fines del Estatuto y de las Reglas:

- a) «Por «víctimas» se entenderá las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen competencia de la Corte;
- b) *Por víctimas se podrá entender también las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios.»*

Lo acabado de exponer nos lleva a distinguir el sujeto pasivo de los delitos internacionales (el grupo o colectividad) de la víctima o damnificado (la persona natural, organización o institución que sufre directamente el daño); en palabras de Cerezo Mir *«no hay que confundir el bien jurídico protegido con el objeto material del delito, sobre el que recae la acción delictiva. En el hurto, por ejemplo, el bien jurídico protegido es el patrimonio, y el objeto material, la cosa sustraída. El bien jurídico, como valor ideal del orden social, se distingue claramente de los objetos reales en que encarna»*³⁵.

4.3. El grupo

La afirmación precedente encuentra respaldo al analizar aunque sea de modo esquemático y sin entrar por ello en el análisis detallado de cada una de las figuras delictivas concretas, la tipificación de crímenes de la competencia de la Corte contenida en los artículos 5 a 8 del Estatuto de la CPI a la que ya hemos hecho referencia: Crímenes de Genocidio, de Lesa Humanidad, y de Guerra.

El crimen de Genocidio queda configurado en el artículo 6 del Estatuto como una serie de actos *«perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.»*³⁶ Esta concepción procede de la formulación efectuada por el artículo II del Convenio para la prevención y sanción del delito de Genocidio, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 (BOE 34/1969, de 8 de febrero), y parece igualmente recogida en el artículo 607 de nuestro vigente Código Penal.

La jurisprudencia derivada de la aplicación de éste artículo en nuestro Ordenamiento Jurídico conduce a una interpretación extensiva del concepto de grupo debien-

³⁵ Cerezo Mir, J. *«Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito»*, cit, p. 16.

³⁶ En igual sentido, Art. 2.2 del Estatuto del TPIR y 4.2 del Estatuto del TPIY. En los Tribunales de Nuremberg y Tokio no se hace mención expresa a este crimen.

do incluirse en el mismo el exterminio de un grupo humano, siendo indiferente cual sea su elemento diferenciador³⁷.

En este delito no se protegen bienes jurídicos individuales, sino la existencia de tales grupos, siendo el elemento subjetivo la intención de destruirlo, cabiendo el dolo eventual e incluso la tentativa del delito con dolo eventual³⁸. En este mismo sentido se pronuncia Francisco Muñoz Conde al considerar como bien jurídico protegido por este tipo delictivo la existencia del grupo o grupos humanos³⁹.

Al tipificar los crímenes de Lesa Humanidad, el artículo 7 del Estatuto nos describe una serie de actos que son considerados como tal crimen *«cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque»*.

Nuestro Código Penal, tras la reforma introducida por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, y con la finalidad de coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional (Exposición de motivos III, apartado K) sigue esta misma línea conceptual en el artículo 607.1 bis.

Siguiendo en este punto a José-Leandro Martínez-Cardos Ruíz⁴⁰, podemos decir que los requisitos de que el ataque sea generalizado y sistemático y que se dirija directamente contra la población civil tienen como consecuencia que el delito sólo se pueda cometer en el ámbito de una política planificada, no existiendo tal delito en la actuación aislada, sino en la política general de un Estado, gobierno o de una organización o banda. Esta política de terror que exige el tipo penal está en toda forma de violencia general, no selectiva, pues produce desasosiego o intranquilidad en la población civil; pero esta violencia en si no constituye el delito, ya que no es

³⁷ Vid. Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, A 4-11-1998 y 5-11-1998 al resolver los recursos de Apelación. 84/1998. y 173/1998, Pte: Cezón González, Carlos, confirma la atribución a la jurisdicción española para el conocimiento de delitos de genocidio y terrorismo internacional cometidos respectivamente en Argentina y Chile, disponiendo en su fundamento de Derecho Quinto:

...«El sentido de la vigencia de la necesidad sentida por los países partes del Convenio de 1948 de responder penalmente al genocidio, evitando su impunidad, por considerarlo crimen horrendo de derecho internacional, requiere que los términos «grupo nacional» no signifiquen «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino, simplemente, grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor. El entendimiento restrictivo del tipo de genocidio que los apelantes defienden impediría la calificación de genocidio de acciones tan odiosas como la

eliminación sistemática por el poder o por una banda de los enfermos de SIDA, como grupo diferenciado, o de los ancianos, también como grupo diferenciado, o de los extranjeros que residen en un país, que, pese a ser de nacionalidades distintas, pueden ser tenidos como grupo nacional en relación al país donde viven, diferenciado precisamente por no ser nacionales de ese Estado. Esa concepción social de genocidio -sentida, entendida por la colectividad, en la que ésta funda su rechazo y horror por el delito- no permitiría exclusiones como las apuntadas.»

³⁸ Gil Gil, A. «Derecho Penal Internacional. Especial Consideración al delito de Genocidio», Tecnos. Madrid 1999. Prologo. (José Cerezo Mir).

³⁹ Muñoz Conde, F. «Derecho Penal. Parte especial», Universidad de Sevilla, 1985, p. 525.

⁴⁰ Martínez-Cardos Ruíz, J.L. «El Concepto de Crímenes de Lesa Humanidad», en Revista Española de Derecho Militar (REDM), nº 75, enero-junio 2000, p. 217 a 227.

un fin en sí misma, sino un medio para otros ulteriores. El fin último del terror es el exterminio o el desplazamiento de la población civil. Por ello, a efectos del delito de lesa humanidad, el acto aislado carece de sentido.

La propia jurisprudencia penal internacional ha delimitado el alcance del concepto «ataque generalizado» en el sentido de que ha de ir dirigido a una multiplicidad de víctimas⁴¹.

El Tribunal Internacional para ex Yugoslavia, en su decisión sobre el caso *Erdevovic*, da una clara indicación de lo que constituye un crimen de lesa humanidad: «Los crímenes de lesa humanidad son actos graves de violencia que perjudican al ser humano, atacando lo que le es más esencial: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud o su dignidad. Son actos inhumanos que, por su generalización y su gravedad exceden los límites tolerables de la comunidad internacional que debe necesariamente exigir su castigo. Pero los crímenes de lesa humanidad trascienden igualmente al individuo pues cuando se ataca a éste, se ataca y se niega a la humanidad. Así pues, lo que caracteriza esencialmente a los crímenes de lesa humanidad es el concepto de la humanidad como víctima».

Por lo que a los crímenes de guerra atañe, el artículo 8.1 del Estatuto de la CPI delimita la competencia de la Corte sobre ellos «en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión a escala de tales crímenes.»

Este enunciado lleva a Fernando Pignatelli y Meca⁴² a considerar que la Corte será competente cuando en cualquiera de las actuaciones descritas en el artículo 8.2 se pueda constatar la existencia de tal plan o política preconcebidos, o que tales actuaciones se den a gran escala, o ambas circunstancias a la vez, pudiendo así mismo determinar la competencia de la Corte, a falta de la concurrencia de tales requisitos, la propia gravedad intrínseca del hecho, según se extrae de la interpretación dada al término «en particular»⁴³. Considera este autor que nos encontramos ante unos elementos objetivos del tipo de carácter positivo que hacen necesaria una intervención activa de la parte beligerante o contendiente, promoviendo o alentando la comisión de tales crímenes, o bien que éstos se cometan con carácter masivo o reiterado y por ende generalizado, en el sentido de recaer, afectar o abarcar a una pluralidad de objetos, personales o reales, revistiendo este elemento objetivo del tipo una naturaleza «positiva de carácter mixto alternativo respecto al plan o política, y viceversa», sin que estos elementos objetivos del tipo «tengan que ser abarcados por el dolo de autor para que se consume la acción típica».

⁴¹ TPIR, caso Akayesu:» The concept of widespread may be defined as massive, frequent, large-scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims.»

⁴² Pignatelli y Meca, F. «El Artículo 8 del Estatuto. Los Crímenes De Guerra.», REDM n° 75, cit, p. 229 a 380.

⁴³ Interpretación sostenida por Rodríguez-Villasante Prieto en «Crímenes de la Competencia de la Corte Penal Internacional», citado por F. Pignatelli en su artículo publicado en la REDM cit., p. 235, nota 12.

Realiza el General Pignatelli un pormenorizado análisis de los Crímenes de Guerra del que podemos extraer la conclusión de que, por lo que al ámbito personal de protección se refiere se trata de sancionar ciertas conductas que atentan contra determinadas categorías de personas en cuanto tienen la consideración de «protegidas» por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 u otros instrumentos internacionales o por las Leyes y Usos aplicables en los conflictos armados internacionales o de otra índole, o en cuanto estos instrumentos internacionales asignan a determinadas personas una función de carácter tuitivo con respecto a las personas protegidas, así como a determinados bienes u objetos cuya última finalidad viene a ser la salvaguarda de tales personas protegidas⁴⁴.

Esto nos hace concluir que en la tipificación de los crímenes de guerra se pretende proteger a la persona por su encuadramiento en un grupo o colectividad determinados al que se considera especialmente vulnerable en el seno de un conflicto armado, siendo su simple adscripción a una de estas categorías lo que le confiere esa especial protección.

El Código Penal español no emplea la terminología «Crímenes de Guerra» sino que en su Capítulo III del Título XXV tipifica los «Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», artículos 608 a 614 bis, el último de los cuales, introducido por la LO 15/2003 antes citada, establece como circunstancia agravante la de que cualquiera de las conductas descritas como tales delitos *«formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala»*, lo que como se ha señalado constituye un elemento configurador del crimen internacional⁴⁵.

⁴⁴ Un detallado catálogo de las personas protegidas nos lo proporciona el artículo 608 del Código Penal al disponer que: «A los efectos de este capítulo, se entenderá por personas protegidas:

- 1º) *Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 junio 1977.*
- 2º) *Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.*
- 3º) *La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.*
- 4º) *Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 agosto 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 Junio 1977.*

5º) *Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 julio 1899.*

6º) *El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994.*

7º) *Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 Junio 1977, o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.»*

⁴⁵ Resulta necesario, aún no siendo el objeto de estudio de este trabajo, hacer simplemente mención a la duplicidad de regulación que en nuestro ordenamiento jurídico presenta este tipo de delitos, toda vez que el Código Penal Militar (LO 13/85 de 11 de diciembre) regula en sus artículos 69 a 78 los «Delitos Contra las Leyes y Usos de la Guerra».

4.4. La comunidad internacional

No cabe duda de que el derecho penal intenta dar protección a determinados bienes o valores sociales considerados de especial interés para la comunidad nacional sujeta a su ámbito de aplicación personal y espacio-temporal, pero resulta así mismo un hecho incuestionable que esos «objetos de protección» pueden verse afectados por actos cometidos en o desde un territorio o por personas que quedan fuera de la jurisdicción estatal, y para evitar la impunidad de tales actos, favorecidos sin duda por el proceso de globalización o mundialización crecientes, y como tendremos ocasión de examinar más adelante, se crean normas procedimentales tendentes a asegurar la extraterritorialidad de la ley penal y proceder a la persecución y ulterior castigo de los mismos.

Existen además una serie de bienes o valores que se protegen por el derecho penal y que en cierta manera trascienden a la comunidad nacional y la sitúan en el plano internacional, en el ámbito de la comunidad o sociedad internacional. Esta viene caracterizada, debido fundamentalmente al ya citado fenómeno de la globalización, por su universalidad y heterogeneidad⁴⁶, cristalizando como señala el propio Preámbulo del Estatuto de la CPI en un «*delicado mosaico que puede romperse en cualquier momento*». Para asegurar pues la integridad de este delicado mosaico, los Estados se comprometen a perseguir determinados delitos allí donde se cometan y cualquiera que sea la nacionalidad del autor o autores⁴⁷.

Se trata con ello en definitiva, como se apuntó anteriormente al analizar el principio de jurisdicción penal universal, de defender los intereses generales de esa comunidad internacional a la que se pertenece, y que por ser comunes lo son también de cada uno de los Estados en particular. El establecimiento de la CPI responde en buena medida a esta filosofía cuando reconoce en el Preámbulo de su estatuto que «*esos graves crímenes (de los que en el «presente» siglo han sido víctimas millones de niños, mujeres y hombres) constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*».

Si bien es cierto que la premisa acabada de exponer resulta de aplicación a cualesquiera de los crímenes de competencia de la Corte, existe uno que de modo directo e inmediato afecta o «victimiza» a la comunidad internacional en su conjunto por cuanto vulnera el principio-obligación de arreglo pacífico de controversias entre Estados contenido en la Carta de Naciones Unidas, y cuya conculcación pone en peligro la paz, la seguridad y la justicia internacionales : el crimen de agresión, y que paradóji-

⁴⁶ Carrillo Salcedo, J.A. «*El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*», Tecnos, Madrid, 1985, p.32.

⁴⁷ Así se establece, como hemos tenido ocasión de analizar, en el artículo 23.4 de la LOPJ, declarándose en el propio Preámbulo del Estatuto de la Corte

que «... los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia».

camente no ha sido objeto de definición en el Estatuto, según dispone expresamente su artículo 5.2.⁴⁸⁻⁴⁹.

La definición de la agresión aparece contenida en el artículo 1 la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de noviembre de 1974⁵⁰, cuyo Preámbulo nos expone la necesidad de definir la agresión al considerar que ésta «*constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza y de que, con la existencia de armas de destrucción en masa de todo tipo, entraña la posible amenaza de un conflicto mundial con todas sus consecuencias catastróficas...*». Afirmación parecida encontramos en el Pacto de la Sociedad de Naciones, (Tratado de Versalles de 28 de junio de 1928) en cuyo artículo 11 se pone de manifiesto la afectación que la guerra supone para toda la Sociedad⁵¹, lo que no puede hacernos más que concluir sin ningún género de dudas que la comunidad internacional se constituye en víctima de este potencial crimen.

La misma conclusión por lo que a la victimización de la comunidad internacional se refiere podemos obtener de:

- La tipificación como crímenes de guerra en el Estatuto de la CPI del lanzamiento de ataques que produzcan daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, e incluso de emplear veneno o armas envenenadas o gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos (artículo 8.2.b) IV, XVII y XVIII).
- La consideración que del terrorismo (internacional) como constitutivo de una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, realiza la Resolución 1373 aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385ª Sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001 y el hecho de que, aunque no figure como crimen de los de la competencia de la CPI (aunque si figuraba en el Proyecto de Estatuto elaborado por el Comité Preparatorio) pueda ésta llegar a conocer de tales actos al poder ser subsumidos algunos de ellos dentro de los tipos integrantes de los crímenes de guerra⁵².

⁴⁸ «*La Corte ejercerá competencia respecto al crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esta disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.*»

⁴⁹ Sobre esta no inclusión, vid. Gutiérrez Espada C. «*Los condicionamientos Políticos y Limitadas Competencias del Tribunal Penal Internacional*», en la REDM, cit., p. 129.

⁵⁰ Artículo 1: «*La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado (o grupo de ellos) contra la soberanía, la integridad territorial o*

la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición.»

⁵¹ «*1. Se declara expresamente que toda guerra o amenaza de guerra, afecte o no directamente a alguno de los Miembros de la Sociedad, interesa a la Sociedad entera, la cual deberá tomar las medidas necesarias para garantizar eficazmente la paz de las naciones...*»

⁵² Gasser, H.P. «*Actos de terror, terrorismo y derecho internacional humanitario*», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 847, 30-09-2002.

V. TRATAMIENTO DE LAS VÍCTIMAS POR LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL⁵³

Como hemos señalado al hablar de la victimología y desarrollar su evolución histórica en el primero de los apartados del presente trabajo, la víctima nunca ha sido objeto de un tratamiento preferente por el Derecho Penal, pudiendo afirmarse que ha sido, por no decir olvidada, relegada a un plano secundario.

La situación expuesta con carácter general resulta igualmente manifiesta en el terreno del Derecho Penal Internacional, donde como veremos a continuación, y prescindiendo de antecedentes remotos, no es hasta finales de la Primera Guerra Mundial cuando surge un «*embrionario régimen de represión internacional*»⁵⁴, si bien dirigido a castigar a los vencidos más que a satisfacer o reparar los daños causados a las víctimas, no siendo hasta la institución de los Tribunales «ad hoc» para la ex Yugoslavia y Ruanda, y fundamentalmente con la elaboración del Estatuto de la CPI, cuando se despierta el interés por las víctimas de los más graves crímenes internacionales, que debido al juego de intereses y complicados equilibrios que condicionan el ordenamiento jurídico internacional habían sido sistemáticamente ignoradas, olvidadas e instrumentalizadas hasta ese momento.

5.1. Precedentes: la propuesta de moynier⁵⁵

La primera propuesta sería de creación de un tribunal de este tipo fue la realizada hace más de siglo y cuarto por Gustave Moynier, uno de los fundadores, y durante mucho tiempo, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja⁵⁶. Hasta que

⁵³ Vid: Geiss R. y Bulinckx, N. «*Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados*», Revista de la Cruz Roja Internacional, N° 861, marzo, 2006, en [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6u3nxv/\\$File/irrc_861_Geiss.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6u3nxv/$File/irrc_861_Geiss.pdf)

⁵⁴ Fernández-Flores y de Funes, J. L. «*El Derecho de los Conflictos Armados De Iure Belli El Derecho de la Guerra El Derecho Internacional Humanitario El derecho Humanitario Bélico*». Ministerio de Defensa, 2001. P. 294. Cfr.: Cerezo Mir, J. Cit. P. 211.

⁵⁵ En relación al presente apartado, vid.:

– Keith Hall C. «*La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente*», en Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 145, marzo de 1998, p. 63 a 82.

– Fernández-Flores y de Funes, J. L. «*El Derecho de los Conflictos Armados De Iure Belli El Derecho de la Guerra El Derecho Internacional Humanitario El derecho Humanitario Bélico*», cit. P. 293 a 296.

– Pérez de Francisco, E. «*Lecciones de Derecho Humanitario Bélico*», Ministerio de Defensa, 2003. P. 178.

⁵⁶ La protección jurídica internacional de las víctimas de la guerra, se remonta a ideas del médico ginebrino Henri Dunant, quien, impresionado por los estragos causados por la batalla de Solferino (1859), organizó los auxilios necesarios para aliviar la suerte de los numerosos heridos abandonados que no podían ser atendidos por los servicios sanitarios de los ejércitos contendientes en las guerras en que participó. Es quien propone la idea de la Cruz Roja: instituir sociedades de socorro de carácter nacional encargadas de formar un personal voluntario que colaborara con los servicios sanitarios militares sobre la base de principios internacionales adoptados por vía convencional y que fueran obligatorios para todos los beligerantes.

Por ende, la Organización No Gubernamental por excelencia, es el muy conocido Comité Internacional de la Cruz Roja, quien fue el principal gestor de la codificación de las normas universales de protección de personas (víctimas) en conflictos armados, a través de los Convenios de Ginebra de

Moynier propuso la institución de un tribunal permanente, casi todos los procesos por infracciones contra el derecho humanitario corrían a cargo no de los tribunales ordinarios o de un tribunal penal internacional, sino de tribunales *ad hoc* constituidos por uno de los beligerantes, generalmente el vencedor.

Al parecer, el primer tribunal penal internacional *ad hoc* fue el de jueces de ciudades de Alsacia, Austria, Alemania y Suiza, que se constituyó, en 1474, para juzgar a Peter de Hagenbach por homicidio, violación, perjurio y otros delitos contrarios a las «leyes de Dios y de los hombres» durante la ocupación de la ciudad de Breisach. Sin embargo, habrían de pasar casi cuatro siglos hasta que alguien considerara seriamente la idea de un tribunal penal internacional permanente.

Gustave Moynier no era inicialmente partidario de la institución de un tribunal penal internacional permanente. De hecho, en su comentario de 1870 al Convenio de Ginebra de 1864 relativo al trato debido a los soldados heridos creía que la crítica pública a las infracciones contra el Convenio de Ginebra sería suficiente; la perspectiva, para los interesados, de verse procesados ante el tribunal de la conciencia pública por incumplimiento de sus obligaciones y de ser proscritos de las naciones civilizadas constituiría un freno suficientemente poderoso. Abrigaba también la esperanza de que los Estados Partes en el Convenio de Ginebra promulgarían leyes por las que se impusieran graves penas a los infractores.

Varios meses después, estalló la guerra franco-prusiana y la cruda realidad desbordó las estimaciones iniciales de Moynier, el cuál se vio obligado a reconocer que «una sanción puramente moral» es «insuficiente para contener las pasiones desatadas»; a demás ambos bandos se acusaron mutuamente de infringir el Convenio, no siendo capaces de castigar a los responsables. Por consiguiente, en una reunión del Comité Internacional de la Cruz Roja celebrada el 3 de enero de 1872, presentó una propuesta de creación, mediante tratado, de un tribunal internacional.

En el desarrollo de su propuesta, Moynier examinó, a su vez, los poderes legislativos, judiciales y ejecutivos en relación con el derecho penal antes de concluir que es necesario contar con una institución internacional para reemplazar los tribunales nacionales. No pensaba que fuera apropiado dejar los remedios judiciales en manos de los contendientes porque, por muy respetados que sean los jueces, pueden verse en cualquier momento sometidos a las presiones de la situación. Una institución internacional integrada por jueces de países beligerantes y neutrales, o sólo de países neutrales, ofrecería, al menos en teoría, más garantías de imparcialidad, lo que animaría a los países beligerantes a recurrir a ella.

La propuesta constaba de diez breves artículos; El tribunal sería una institución permanente, que se activaría automáticamente en caso de guerra entre las partes (artículo 1). El presidente de la Confederación Suiza habría de elegir por sorteo a tres juzgadores (denominados árbitros pero con funciones más próximas a las de los jueces que a las

1949 y los Protocolos Adicionales de 1977, «fuentes» del DIH al que ya nos hemos referido.

Sobre este tema, vid. De No Luís, E. «La Cruz Roja Internacional», en REDM. cit., p. 31 a 57.

de los árbitros) procedentes de Estados signatarios neutrales, y los beligerantes habrían de elegir a los otros dos (artículo 2, párrafo 1) reduciéndose el número de designados por éstos al aumentar el número de beligerantes. El tribunal no dispondría de una sede permanente, sino que los cinco juzgadores se reunirían lo antes posible en la localidad elegida provisionalmente por el presidente de la Confederación Suiza (artículo 2, párrafo 2) quedando a criterio discrecional de los juzgadores, cada vez que se convocara el tribunal, la decisión con respecto a los detalles de la organización del tribunal y del pertinente procedimiento (artículo 3, párrafo 1), aunque ciertos aspectos del procedimiento habrían de ser invariables en todos los casos (vista contradictoria, Estado demandante ejerce la acusación y soporta la carga de la prueba).

Por lo que a la legitimación activa se refiere, Sólo se permitiría la presentación de denuncias por los Gobiernos interesados (artículo 4, párrafo 1), ya que Moynier temía que el tribunal se viera desbordado por demandas frívolas.

Los castigos, que figurarían en un convenio específico, tendrían que determinarse de conformidad con la ley penal internacional (artículo 5, párrafo 2), lo que excluiría la posibilidad de que por unos mismos actos se pudieran dictar sentencias distintas según distintas legislaciones nacionales, como la del lugar donde se cometieron los delitos, la del país del acusado o la del país de la víctima. El tribunal enviaría copias de las sentencias a los Gobiernos interesados, que estarían obligados a aplicar la sentencia dictada (artículo 6).

Como medida disuasoria, el tribunal enviaría copias de la sentencia a todos los Estados que hubieran firmado el Convenio de Ginebra, procediendo de igual modo con aquellos avisos que, a juicio de los árbitros, hubieren de tener publicidad, en interés de sus actividades y especialmente con respecto a la aplicación de la sanción y al pago de los daños e intereses.

Por lo que a la situación de las víctimas se refiere, hemos de distinguir lo que atañe a:

- La legitimación activa.
- El derecho a la reparación.

Con respecto a la legitimación activa, como hemos visto, queda en manos de los Estados (artículo 4, párrafo 1); las víctimas no podían presentar asuntos al Tribunal: Moynier sostenía que si cualquier persona con un motivo de queja contra el enemigo tuviera derecho a dirigirse directamente al tribunal, «... *las reclamaciones se multiplicarían hasta el infinito y los árbitros podrían acabar convirtiéndose en juguetes de la ligereza o de la ignorancia de esas personas que, no teniendo nada que perder, no dudarían en promover investigaciones*»; en consecuencia, resultaba esencial exigir que los Gobiernos sometieran las demandas de sus ciudadanos a un examen preliminar, y someter al tribunal sólo aquellas demandas que hubieran sido consideradas como suficientemente bien fundamentadas. Moynier reconocía no obstante que este requisito tendría como consecuencia que no todas las demandas llegarían necesariamente hasta el tribunal.

Consideración crítica merece el hecho de que se limitase a los Gobiernos interesados la posibilidad de demandar; no cabía esperar que predijera que los Estados casi nunca harían uso de los mecanismos de demanda que se estipulan en los tratados sobre derechos humanos del siglo XX, para tratar infracciones contra los derechos de las personas, ciudadanos sea del propio país, sea de otros países. Uno de los peligros de limitar la posibilidad de demandar a los «Gobiernos interesados», presumiblemente aquellos cuyos conciudadanos o residentes fueran las víctimas, estriba en el hecho de que, dado que los más de dichos Gobiernos serían beligerantes, podrían verse incentivados mutuamente a abstenerse de presentar demandas en guerras durante las cuales ambos bandos cometieran infracciones a favor de soluciones diplomáticas a expensas de los derechos de las víctimas. En cierta medida, este problema se resolvía exigiendo a las partes que sometieran al tribunal todos los casos que quisieran proseguir y todos los casos que afectaran a extranjeros (artículo 4, párrafo 2), pero la propuesta dejaba en manos de los Estados la determinación de si un caso quedaba bajo la jurisdicción del tribunal y si afectaba a un extranjero.

En cuanto al derecho a reparación o indemnización, además de imponer un castigo, el tribunal podría determinar una indemnización a favor de las víctimas, pero sólo si el Gobierno demandante solicitaba indemnización (artículo 7, párrafo 1). El Gobierno del acusado tendría la responsabilidad de hacer efectiva la indemnización (artículo 7, párrafo 2). Moynier explicó que la obligación de reparar de la persona responsable de haber causado un mal es fundamental y está prevista en los códigos de la mayor parte de los Estados. Argumentó que, igualmente, una infracción contra el Convenio de Ginebra podría dar lugar a una reclamación de daños y perjuicios, con intereses, y *«¿...hay algo más natural que conceder al tribunal la facultad de pronunciarse sobre tal pretensión y fijar el importe de la indemnización. Por otra parte, resulta apropiado que, en tal caso, el Gobierno del culpable asuma la responsabilidad del pago de la indemnización,» «... ya que tan sólo un agente de la autoridad puede violar el Convenio. Podemos decir, por lo tanto, que los Gobiernos son los causantes de todos los males de la guerra y que han de sufrir sus consecuencias. No sería equitativo que los individuos perjudicados fueran víctimas de la insolvencia personal de los culpables inmediatos. Y, al fin y al cabo, no estaría mal que los Gobiernos tuviesen un interés directo y pecuniario en que sus nacionales aplicaran fielmente lo estipulado en el Convenio».*

Aunque en la propuesta no indica expresamente que el tribunal concedería las indemnizaciones directamente a la víctima o a sus herederos, está claro que Moynier pretendía evitar que las personas perjudicadas fueran víctimas de la insolvencia de los responsables.

Se ha de significar que ningún Gobierno aceptó públicamente la propuesta, que a demás fue objeto de críticas por los más destacados internacionalistas de la época.

Terminada la Primera Guerra Mundial, en 1918, las potencias vencedoras (Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos e Italia) designaron una Comisión para establecer la Responsabilidad de los Autores de la guerra, presidida por Robert Lansing, Secretario de Estado de los Estados Unidos.

La Comisión concluyó que las tropas de los estados vencidos habían empleado métodos bárbaros e ilegítimos, en violación de las leyes y costumbres de la guerra. Estimó que tales hechos podrían ser juzgados penalmente por los Estados en cuyo poder se encontraran los acusados y sugirió la creación de un Tribunal Penal Internacional cuando se tratara de crímenes cometidos conjuntamente por personas de diversas nacionalidades. Tal Tribunal debería aplicar los principios del Derecho de Gentes, como resultaren de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, las leyes de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública.

Por otra parte, el Tratado de Versalles, del 28 de junio de 1919, en sus artículos 228 y 229, estableció el derecho de las Potencias aliadas a enjuiciar y castigar a los individuos responsables de violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. En particular, en el artículo 228 se afirmaba que *«el Gobierno alemán reconoce el derecho de las Potencias aliadas y asociadas a someter a los tribunales militares a las personas acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra»*. Por lo tanto, el Gobierno alemán tenía la obligación de entregar a *«todas las personas acusadas»*, a fin de que un tribunal militar aliado pudiera juzgarlas. Se disponía que, en caso de que un individuo fuese declarado *«culpable de actos criminales contra nacionales de más de una de las Potencias aliadas y asociadas»*, podía constituirse un tribunal internacional. Se reclamó a Alemania la entrega de 896 supuestos «criminales de guerra» al amparo del citado artículo, cifra que posteriormente fue reducida a 45, sin que finalmente se entregase ninguno.

A demás, en el artículo 227 se afirmaba que el *Kaiser* Guillermo II de Hohenzollern era responsable *«de un delito se suma gravedad contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados»*. Así pues, para juzgar al acusado las Potencias aliadas aprobaron la conformación de un *«tribunal especial»* compuesto por jueces designados por Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. *«En su decisión, el tribunal deberá guiarse por los más altos designios de política internacional, con miras a reivindicar las obligaciones solemnes de los compromisos internacionales y la validez de la moral internacional»*. Las Potencias acordaron someter asimismo al Gobierno de los Países Bajos una solicitud de entrega del Emperador, iniciativa que no tuvo éxito.

No obstante, como a continuación veremos, las disposiciones de este artículo anticipaban la creación de la categoría de «crímenes contra la paz», que surgiría después de la Segunda Guerra Mundial.

Podemos concluir afirmando con el profesor Fernández Flores⁵⁷ que los crímenes de guerra quedaron prácticamente impunes en este primer intento de represión, pudiendo añadirse el consiguiente hecho de que las víctimas de esta primera conflagración mundial quedaron sin obtener reparación ni reconocimiento alguno a nivel internacional, centrándose el esfuerzo de los diferentes gobiernos en conseguir repa-

⁵⁷ Fernández-Flores y de Funes, J. L. *«El Derecho de los Conflictos Armados De Iure Belli El Dere-*

cho de la Guerra El Derecho Internacional Humanitario El derecho Humanitario Bélico», cit., p. 296.

ración por vía de concesiones territoriales y reparaciones de guerra, tendentes éstas a sufragar los gastos de reconstrucción originados por el conflicto bélico.

A esta reflexión se ha de añadir el juicio crítico formulado por Todorov, en el sentido de que *«la condena judicial de los líderes políticos y militares de Alemania al término de la I Guerra Mundial, es más bien preocupante. Con ochenta años de distancia, no es del todo claro que el Gobierno alemán y su ejército fueran más culpables que sus contrapartes francesas; la única diferencia importante fue que los franceses ganaron la guerra y los alemanes la perdieron. Pero los Gobiernos de Francia, Inglaterra y Bélgica, insistieron en agregar a una derrota militar, una derrota legal.»*

Añade este autor que *«los resultados fueron más bien negativos. El Tribunal de Leipzig no impidió futuros crímenes. Por el contrario, ofreció a los nacionalistas alemanes razones para volver a la lucha y comprometió la idea de un organismo judicial internacional de carácter imparcial.»*⁵⁸.

5.2. Los primeros tribunales: Nuremberg y Tokio⁵⁹

Después de la Segunda Guerra Mundial se inició un movimiento en la comunidad internacional, que decididamente comenzó a crear una conciencia más nítida de la necesidad de entablar juicios por violaciones graves a las leyes de guerra, en los que se considerara tanto la responsabilidad tradicional de los Estados como la responsabilidad personal de los individuos.

La responsabilidad de la Alemania Nazi y del Japón Imperial en el inicio de este conflicto bélico aparecía como evidente. Por otra parte, las imágenes de los campos de concentración y la constatación de malos tratos a prisioneros y población civil provocaron una condena moral unánime.

Ante la constatación de los atroces crímenes cometidos por los nazis y los japoneses, las potencias aliadas concertaron rápidamente acuerdos entre sí y, posteriormente, por medio del Acuerdo de Londres, suscrito el 8 de agosto de 1945, y la Proclama Especial de 1946 de Creación de un Tribunal Militar para el Lejano Oriente realizada por el Comandante Supremo de las Potencias Aliadas, Douglas MacArthur, instauraron los Tribunales Internacionales Militares de Nuremberg y Tokio⁶⁰ encargados

⁵⁸ Todorov, T. *«Mirada Crítica a la Historia de Reparación de Abusos Contra Derechos Humanos»*, en el Informe N° 48 de www.asuntospublicos.org, p. 3.

⁵⁹ En relación al presente apartado, vid.:

- García Martínez, M. P. *«Las Víctimas y los Testigos en la Corte Penal Internacional»*, en www.espaciosjuridicos.com.
- Rodríguez-Villasante Prieto, J. L. *«Crímenes contra la Humanidad y Genoci-*

dio». Ponencia del XII Seminario «Duque de Ahumada», en http://www.guardiacivil.org/prensa/actividades/ponencias/pagina_8.jsp

– Todorov, T. *«Mirada Crítica a la Historia de Reparación de Abusos Contra Derechos Humanos»*, cit.

⁶⁰ Vid. Pignatelli y Meca, F. *«El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y Textos Complementarios»*, Ministerio de Defensa, 2003.

del juicio y castigo de «criminales de guerra»⁶¹ por delitos carentes de una ubicación geográfica particular, independientemente de que dichos individuos fuesen acusados de manera individual, en calidad de miembros de organizaciones o grupos, o en ambas calidades, y sin perjuicio de los juicios nacionales que pudiesen seguirse en los lugares de perpetración de crímenes de guerra concretos⁶².

El artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, y en análogo sentido el 5 del de Tokio, estableció las bases jurídicas para el enjuiciamiento de individuos acusados de los siguientes actos:

- *Crímenes contra la paz*: planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión, o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados.
- *Crímenes de guerra*: violaciones de las leyes y costumbres de la guerra. A continuación se da una lista de ellos, en la que se incluyen, entre otros, el asesinato, el maltrato o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre; el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen el mar; la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.
- *Crímenes contra la humanidad*: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes de la guerra o durante ella, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando sean cometidos al perpetrar un delito sujeto a la jurisdicción del Tribunal o en relación con tal delito, e independientemente de que el acto implique o no una violación del derecho interno del país donde se haya cometido.
- «*Conspiración*» para cometer cualquiera de estos crímenes, en virtud del último párrafo de los citados artículos.

Mucho se ha escrito sobre estos primeros Tribunales Penales Internacionales, tanto en lo referente a sus defectos como a sus virtudes.

Su Estatutos, al igual los citados Acuerdos que los originan, pueden encontrarse en esta obra.

⁶¹ El término «Criminales de guerra» se utiliza de forma genérica y ha de entenderse referido a «acusado de cualquiera de los crímenes tipificados en los respectivos Estatutos constitutivos del Tribunal».

⁶² En su virtud se produjo el castigo de los llamados «crímenes menores» realizada en forma de represión penal nacional por los Estados donde se habían cometido los mismos. Funcionaron en Europa

los Tribunales de Ocupación, Tribunales militares creados unilateralmente por los aliados en Alemania durante el año 1945, que ejercieron su jurisdicción en cada una de las cuatro zonas de ocupación de Alemania para juzgar los crímenes menores. Pero, paralelamente, actuaron Tribunales nacionales establecidos por Estados no ocupantes para perseguir los crímenes de guerra (Canadá, Australia, Noruega, Holanda, Polonia y China). Finalmente los delitos de traición y colaboracionismo fueron juzgados por los Tribunales internos de los Estados.

Por lo que a defectos se refiere, se ha señalado como los países vencidos se encontraban ocupados y la mayoría de sus líderes en prisión, por lo que se trataba de una justicia de vencedores. Podemos afirmar que la cuestión a debatir era, fundamentalmente no si los líderes (en especial los nazis) deberían ser castigados o liberados sino si deberían ser ejecutados sin juicio alguno o deberían ser previamente juzgados. Finalmente se optó por la creación de Tribunales, en los cuales a los acusados se les proveyó de abogados y en el que los testigos debían testificar, quedando abierta incluso la posibilidad de que un acusado resultase absuelto.

- Los miembros del Tribunal pertenecían a las potencias vencedoras en la contienda (sin ningún juez de los países neutrales o vencidos, salvo en el Tribunal de Tokio, donde figuraba un miembro de un país neutral, India, que formuló un voto particular en la sentencia), eran designados por las citadas potencias, no podían ser recusados y sus fallos eran inapelables aunque en los procesos sustanciados ante este último Tribunal se permitió el recurso ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, sin embargo, se declaró incompetente para conocer de uno de los recursos interpuesto. También pertenecían a los Estados vencedores los cuatro Fiscales que investigaban los cargos y ejercieron la acusación ante el Tribunal.
- Se produjo la violación de la regla de la irretroactividad de la ley penal por la incriminación «ex post facto» de los crímenes contra la humanidad.
- Por lo que al crimen de agresión se refiere, el Pacto Briand-Kellog prohibía la guerra de agresión, por lo que el antedicho principio no fue conculcado (al igual que sucedió con los crímenes de guerra, previstos en el Derecho de La Haya y Ginebra, así como en el Derecho penal interno de los Estados), pero en virtud de tales crímenes tan sólo se condenó a los responsables del bando derrotado toda vez que, si bien resulta un hecho históricamente constatable que la II Guerra Mundial fue desencadenada por las políticas agresivas de Alemania y Japón, no es menos cierto que otras potencias no vacilaron en conducir guerras de agresión por sí mismas. En cuanto a la Unión Soviética, en la cual millones de personas fueron conducidas a la muerte por un régimen no menos represivo que el de Hitler, ésta compartió las políticas de agresión alemana por un tiempo, ocupando la parte Este de Polonia, mientras que Hitler conquistaba la parte Oeste siendo la mayor diferencia entre ambas naciones, que una había ganado la guerra y la otra la había perdido. Así mismo se condenó a acusados que no habían violado leyes en vigencia y se los castigó por conductas ilícitas colectivas.

En tal sentido, y a título meramente ilustrativo, resulta de interés la opinión de uno de los condenados por el Tribunal de *Nüremberg*, Karl Dönith, cuando en sus memorias, escritas tras salir de la cárcel en 1956, manifiesta⁶³: «... *En el Estatuto de 1945 aparece ya castigada la participación de un soldado en una guerra agresiva. Esta norma jurídica de nueva creación tuvo en Nüremberg incluso efectos retroacti-*

⁶³ Dönith, K. «Diez años y veinte días». 1ª parte. Ed. Altaya, 2008. P. 88 a 91.

vos, esto es, se aplicó a tiempos en los que no existía pena alguna de esta índole en ninguna de las leyes nacionales o internacionales. Lesionaba, por tanto, una norma jurídica común de valor internacional, la que se expresa en la sentencia latina Nulla poena sine lege. Se intentó fundamentar el valor retroactivo de esta norma jurídica recién creada en la necesidad de sentar un ejemplo que valiera para el futuro, aunque ello fuere contra la regulación legal del pasado. Dicha ley nueva tendría validez, además, para todos los casos similares que se diesen en el futuro.

El si una guerra es o no agresiva es una cuestión puramente política. La política de cada país tratará siempre de demostrar que el agresor ha sido la otra parte, o que el país propio se ha sentido amenazado y ha obrado bajo la coacción de un estado de necesidad. Por tanto, siempre será en el campo político una cuestión extremadamente difícil la de decidir quién ha sido realmente el agresor.

Pero si efectivamente ha de resultar punible, en virtud de la nueva regulación internacional, en el futuro, la participación de un soldado en una guerra de agresión, todo militar de cualquier país debería gozar del derecho de poder pedir cuentas a su propia nación, al comienzo de la guerra, y exigir que se pusieran a su disposición, para examinarlos, todos los documentos políticos relacionados con el hecho de haber estallado la conflagración. Y sólo después de haber formado su propio juicio sobre si el agresor era el país contrario o el propio, tomaría parte o no en la guerra. Pero ya por el simple hecho de hacer estas comprobaciones sería castigado por su propio país. Porque mientras se ocupaba de hacerse una idea sobre el caso, habría transcurrido el tiempo y no habría obedecido la orden de movilización.

Estas consecuencias muestran la absoluta impracticabilidad de las normas penales establecidas en el Estatuto de Nüremberg. Por eso las naciones se han guardado muy bien de ponerlas en práctica, tanto en la guerra de Corea como en el ataque a Suez realizado por los ingleses y franceses en noviembre de 1956...» añadiendo: «... Justamente los códigos penales de todas las naciones del mundo prevén castigos con los que sancionar la insubordinación de los soldados, castigos que se hacen mucho más duros cuando la insubordinación se comete en tiempo de guerra.»

Por lo que a las virtudes de éstos Tribunales Penales Internacionales se refieren, la innovación legal de este tipo de juicios parece justificada y el efecto general de los mismos fue positivo especialmente por los principios que se positivizaron⁶⁴ y respecto a los cuales no cabe ya alegar su desconocimiento, estableciéndose pues la certeza de que ciertos actos son criminales, sin importar cuáles son las leyes del país en que ellos fueron cometidos.

El Tribunal de Nüremberg culminó con la acusación formal a 21 criminales nazis, 12 de los cuales fueron condenados a pena de muerte por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El Tribunal de Tokio sólo

⁶⁴ Resolución 95 (I), de la Asamblea General de Naciones Unidas, en su quincuagésima quinta reunión plenaria, de 11 de diciembre de 1946.

juzgó crímenes de guerra, y condenó a 7 personas a muerte y a 21 a prisión, pero ninguna cumplió la totalidad de su condena y la mayoría fue liberada hacia finales de la década de los años 50.

El olvido de las víctimas resultó absoluto. Hecha una revisión sobre los estatutos de ambos tribunales militares, podemos decir que no se encuentra disposición alguna referente al cuidado y protección las mismas. Se contempla la existencia de víctimas y testigos de los sucesos, pero no son materia de normativización. Es más, podemos decir que la existencia de estas víctimas tiene una función meramente instrumental cual es que se genera la posibilidad de juzgar y condenar a los criminales de guerra. Tan solo en el artículo 28 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg aparece un esbozo de principio «restitutorio» cuando se señala que *«además de cualquier pena impuesta por el Tribunal, éste tendrá derecho de ordenar la confiscación de cualquier cosa sustraída por la persona condenada, propiedad que será puesta a disposición del Consejo de Control de Alemania»*, que sin duda, y aunque nada se diga al respecto, habría de entregarla a quién acreditase ser su legítimo propietario, presumiblemente Estados.

Por lo que al genocidio de los judíos y de otras poblaciones –lo que llamamos crímenes contra la humanidad– y que sin duda nos parece haber sido la razón más valiosa para establecer dicha jurisdicción de excepción, jugó solo un rol marginal en los procesos. La principal acusación en contra de los líderes nazis apuntaba en una dirección enteramente opuesta: eran culpables de haber dirigido una guerra de agresión.

Tampoco en los principios de Nuremberg recogidos por las Naciones Unidas aparece referencia alguna a las víctimas.

La única opción para obtener alguna «satisfacción» por los crímenes padecidos ha sido el recurso a los tribunales civiles de los diferentes Estados, especialmente de Estados Unidos, mediante demandas contra las empresas alemanas que se lucraron a costa de la «mano de obra esclava»⁶⁵, habiéndose producido así mismo un hecho sin precedentes en la historia como es la concesión de indemnizaciones a entidades inexistentes en el momento de cometerse los crímenes que las ocasionaron: nos estamos refiriendo a las concedidas por Alemania y Austria al Estado de Israel⁶⁶.

Queda pendiente aún, después de décadas de olvido, el tema de las indemnizaciones (algunas obtenidas de los gobiernos cuya nacionalidad ostentan las víctimas) y reparación moral (esta última habría de revestir cuando menos la forma de un reconocimiento y una disculpa oficial del Gobierno Nipón) que las esclavas sexuales utilizadas por el Ejército Imperial Japonés durante su expansión colonial a lo largo del continente asiático anhelan desde que, una vez superada su vergüenza, iniciaron

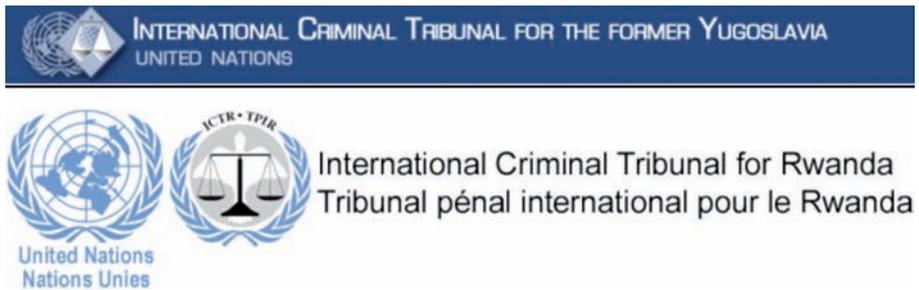
⁶⁵ Vid. Verbeek, H. «Alemania Indemniza a Trabajadores forzados», en <http://www2.rnw.nl/rnw/es/> (16-03-2001), donde se alude a una indemnización máxima de 7.000 dólares por afectado.

⁶⁶ Vid. Roger Garaudy, S. «*Les Mythes fondateurs de la politique israélienne*», 2ª edición, Paris, 1996.

el penoso camino de las reclamaciones que el ejecutivo y la justicia japonesa han ido rechazando sistemáticamente⁶⁷.

En 1963 el Tribunal Supremo de Japón se declaró incompetente para conocer en el Caso Shimoda, planteado por ciudadanos japoneses contra Estados Unidos por la utilización del arma atómica (que se estimaba contraria a las leyes y usos de guerra) en Hiroshima y Nagasaki.

5.3. Tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda



A principios de la última década del pasado siglo la Comunidad internacional tiene conocimiento de las violaciones masivas de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario que tienen lugar en la ex Yugoslavia y Ruanda procediendo el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, dentro del sistema institucionalizado de seguridad colectiva, ante la percepción de que tales violaciones afectaban a la paz y seguridad internacionales y, por tanto, justificaban la adopción de medidas previstas en el Capítulo VII de la Carta, a la creación por Resolución 827/1993 de un Tribunal Penal Internacional «ad hoc» con sede en la Haya, (Países Bajos) para enjuiciar a los responsables de las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1 de enero de 1991 sin que el Estatuto (art. 8) señale un término final. El Tribunal dejará de conocer según la Resolución referida, cuando el Consejo de Seguridad lo decida una vez restaurada la paz en aquel territorio.

⁶⁷ A modo de ejemplo se cita extracto de la nota editorial de 24 de diciembre de 2004 publicada en la página web de Radio Korea Internacional, rki.kbs.co.kr/spanish/news «...Otro tema que ha echado una constante sombra sobre las relaciones entre Corea del Sur y Japón se relaciona con el desafortunado pasado que comparten. Una corte japonesa ha rechazado recientemente un pleito de remuneración por daños presentado por 35 coreanos y sus parientes, que habían sido forzados a trabajar como esclavas sexuales y soldados del ejército imperial japonés. Peor aún, el ministro de

Cultura de Japón dijo recientemente que es bueno que expresiones tales como «mujeres de confort» o «trabajo y reclutamiento forzado» sean utilizadas en menor medida en las últimas versiones de los libros de textos de historia de Japón. Sus observaciones se convierten en un apoyo a las distorsiones históricas cometidas por Japón. Estas polémicas observaciones de altos funcionarios japoneses han trastornado a los coreanos, que todavía abrigan un profundo resentimiento contra Japón por su duro dominio colonial de la península coreana durante la primera mitad del siglo XX».

Así mismo, por Resolución 955/1994, acuerda la constitución de un Tribunal Penal Internacional también «ad hoc», con sede en Arusha (Tanzania), para enjuiciar a los responsables de genocidio y otras violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y Estados limítrofes desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 1994, lapso de tiempo suficiente para delimitar un conflicto que, al menos oficialmente, finalizó en el mes de julio de 1994.

Estos Tribunales, aún caracterizándose por haber sido constituidos para la represión de conductas concretas cometidas en un ámbito espacio temporal delimitado, dentro del cual tienen una jurisdicción concurrente pero preeminente sobre los tribunales nacionales (artículos 9 TPIY y 8 TPIR), representan un progreso capital hacia la institución de una especie de jurisdicción permanente. Asimismo, con ello se logró una mayor claridad respecto de la esencia de lo que se está transformando en una suerte de código penal internacional. Las diversas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la instauración de tribunales para enjuiciar a individuos responsables de actos cometidos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda contienen disposiciones relativas a los actos punibles en virtud de la transgresión del derecho internacional humanitario.

En los artículos 2, 3, 4 y 5 del Estatuto del Tribunal Internacional para ex Yugoslavia se enumeran los diferentes crímenes que caen dentro de la competencia del Tribunal. El artículo 2, sobre las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, otorga al Tribunal la potestad de enjuiciar a personas que «cometan u ordenen cometer» dichas infracciones graves. El artículo 3 amplía el alcance de la competencia al cubrir las violaciones de las leyes y usos de la guerra. El artículo 4, por su parte, reproduce los artículos 2 y 3 de la Convención sobre el Genocidio.

El artículo 5, al tipificar los crímenes de lesa humanidad autoriza al Tribunal para enjuiciar a personas responsables de crímenes cometidos contra la población civil durante un conflicto armado «*interno o internacional*».

En cuanto a la competencia por razón de las personas, solo están sometidas al Tribunal las personas físicas, con exclusión de las personas jurídicas (art. 6) y, por supuesto, no están comprendidos los Estados.

El artículo 7 da un amplio alcance a la noción de «responsabilidad penal individual», la cual se aplica a toda persona que «*haya planeado, instigado u ordenado la comisión de alguno de los crímenes señalados en el presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo*». Se tratan en este artículo tanto la responsabilidad de las personas que desempeñan cargos oficiales (Jefes de Estado o de Gobierno, funcionarios gubernamentales) como los efectos de las órdenes de un superior. Se hace allí referencia a la posibilidad de atenuación «*si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad*» (como en el artículo 8 del Estatuto de Nuremberg).

La competencia por razón del delito del Tribunal Penal Internacional para Ruanda comprende los actos de genocidio (art. 2), los crímenes de lesa humanidad (art. 3) –no siendo necesario, según dispone el Estatuto al tipificar estos crímenes de lesa humanidad, el que se cometan en conexión con un conflicto armado, internacional o interno–, y las violaciones del artículo 3, común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y de Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra (art. 4).

Al igual que sucede con el TPIY, sólo las personas naturales o físicas pueden ser enjuiciadas por este Tribunal (art. 5).

La principal crítica realizada a los Estatutos referidos⁶⁸ se centra en la posible lesión del principio de legalidad, en su aspecto de garantía criminal, dada la técnica utilizada para la tipificación de los crímenes, con abundantes cláusulas abiertas que lo vulneran.

Por lo que al tratamiento dado a las víctimas en estos Estatutos se refiere, podemos decir:

- No se reconoce a las víctimas el derecho a personarse como acusación en el proceso, si bien «*el Fiscal iniciará sus investigaciones de oficio o sobre la base de informaciones que haya obtenido de cualquier fuente...*» (artículos 18.1 y 17 .1 de los respectivos Estatutos), por lo que indudablemente las víctimas pueden, al menos en teoría remitirle «denuncias», y si decide que hay base suficiente para iniciar una investigación puede interrogar a «*sospechosos, víctimas y testigos...*».
- Los artículos 22 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia y 21 del Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda, relativos a la protección de las víctimas y de los testigos, incluyen la posibilidad de «*la vista a puerta cerrada y la protección de la identidad de la víctima*».
- Al tratar de las penas, los artículos 24.3 y 23.3 aluden a «*... ordenar la devolución a los propietarios legítimos de los bienes e ingresos adquiridos por medios delictivos, incluida la coacción*», pero no se hace alusión a la fijación de una posible indemnización por daños.
- Al referirse los artículos 28 y 27 al indulto o conmutación de la pena, derechos cuya titularidad se ha de ostentar «*de acuerdo con la legislación del país donde se cumple la pena de prisión*» se obliga al Tribunal a fundamentar cualquiera de estas medidas «*en los intereses de la justicia y los principios generales del derecho*», echándose de menos la mención expresa a los intereses de las víctimas, que sin duda han de entenderse incluidos en las categorías generales expresadas.

El artículo 15 del Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia, establece que los magistrados debían aprobar las «*reglas sobre procedimiento y sobre prueba aplicables a... la protección de las víctimas y los testigos ...*», siendo estas adoptadas por el

⁶⁸ Vid. Rodríguez-Villasante Prieto, J. L. «*Crímenes contra la Humanidad y Genocidio*». Ponencia del XII Seminario «Duque de Ahumada», cit.,

en la que se atribuye el juicio crítico a Fernando Pignatelli.

Tribunal para Ruanda «*con las modificaciones que se estimasen necesarias*» (artículo 14 de su Estatuto).

Estas Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY fueron acogidas como verdadero código internacional de procedimiento penal y constituyen la primera aproximación al desarrollo del tema de las víctimas (y los testigos) en el Derecho Internacional, habiendo sido objeto de desarrollo y adaptación a través del propio procedimiento judicial. Un estudio detallado de ellas nos ofrece el siguiente panorama⁶⁹:

- La Regla 34 establece la constitución, bajo la autoridad del Secretario, de una «Sección de Protección de Víctimas y Testigos», con personal cualificado para recomendar medidas de protección y apoyo especialmente en los casos de violencia sexual.
- Ambas categorías (víctimas y testigos) pueden ser llamadas e interrogadas por el Fiscal en la dirección de la investigación (Regla 39), quién puede, en caso de urgencia, requerir a cualquier Estado a tomar las medidas necesarias para evitarles daños o intimidación (Regla 40).
- Las Reglas 69 y 75, especifican, en desarrollo de los respectivos artículos 22 y 21, las modalidades de protección de las víctimas y de los testigos, incluida la no divulgación de su identidad. Tales medidas resultan, en efecto, indispensables, pues las víctimas, ostentan a menudo la condición de testigos, corriendo evidentes riesgos cuando abandonan el tribunal y regresan a su país, prescribiendo la 79 la posibilidad de que la «Trial Chamber» ordene la celebración de sesiones a «puerta cerrada» por motivos, de orden público o moralidad, o por seguridad y para no revelar la identidad de la víctima (o testigo).
- En casos de agresión sexual (Regla 96):
 - No se requerirá la ratificación del testimonio de la víctima.
 - No se admitirá el consentimiento de la víctima como defensa si ha existido violencia o intimidación, sobre ésta o un tercero.
 - Se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al acusado acreditar la credibilidad de las declaraciones o evidencias en tal sentido.
 - No se admite como prueba el previo comportamiento sexual de la víctima.
- La Regla 105 establece disposiciones sobre la restitución de la propiedad, con el establecimiento por la «Trial Chamber» de una audiencia especial para tal fin, pudiendo acordarse medidas provisionales para asegurar la preservación y protección de la propiedad y sus frutos, pudiendo alcanzar la decisión a terceros adquirentes poseedores de las mismas, que podrán comparecer a justificar su derecho. La sala ordenará la restitución a quién resulte ser el legítimo propietario o dará a las cosas y sus frutos el destino que juzgue apropiado, y caso de no poder determinar quién es el titular de las mismas, lo comunicará así a las

⁶⁹ Vid. página web de Naciones Unidas, en el apartado dedicado al TPIY.

autoridades nacionales para tal fin, decidiendo finalmente según lo informado por éstas.

- La Regla 106 se refiere a la indemnización a las víctimas, consignando la obligación del Secretario de remitir a los Estados afectados la sentencia que declare la culpabilidad de un acusado de un crimen que ha causado perjuicio a una víctima, la cuál, de conformidad con la ley nacional podrá ejercitar, por sí misma o representante, las acciones judiciales o de otra índole para obtener indemnización, teniendo la sentencia del tribunal carácter de firme y vinculante tanto por lo que a la responsabilidad criminal se refiere cuanto al daño causado.

Se produce por tanto un reenvío al Estado competente para la ejecución de los aspectos civiles de las sentencias conforme a su legislación nacional.

En la página web de la propia Corte Penal Internacional⁷⁰, se hace referencia a que es en ella donde por primera vez se admite la participación de la víctimas en el proceso, no ostentando en el TPIY y TPIR una participación independiente a la de los testigos.

En la página web de la ONG Reporteros sin Fronteras⁷¹ y dentro del epígrafe «Red Damocles CPI –guía práctica para uso de las víctimas– las víctimas tienen derecho a indemnización» (2003) encontramos la siguiente reflexión crítica: «*Ni el TPIY ni el TPIR establecían reparaciones para las víctimas, como no fuera la mera restitución de los bienes a sus propietarios legítimos. Así, cuando en junio de 1999 se embargaron en Suiza los bienes del ex presidente serbio, Slobodan Milosevic, ninguna víctima tuvo derecho a una indemnización.*

...La falta de toda reparación en el TPIR, sumada al hecho de que los detenidos son tratados según las más avanzadas normas internacionales de protección, generó una asimetría chocante en el proceso de justicia. De tal modo, las mujeres violadas y afectadas por el virus del sida no tuvieron derecho a un tratamiento médico, mientras que los acusados y condenados, causantes de su contagio, gozan del beneficio de una triterapia mientras permanezcan en prisión.

Esta realidad chocante contribuyó –junto con muchos otros factores– a limitar el impacto de la justicia internacional entre las víctimas ruandesas del genocidio. El caso de Ruanda también muestra, frente a la inmensidad de la tragedia y la pobreza de los recursos económicos disponibles, la imposibilidad de brindar una reparación sustancial a los centenares de miles de víctimas».

La situación de especial desamparo y abandono en que se encuentran las mujeres víctimas de violaciones –a consecuencia de las cuales y como se acaba de apuntar muchas fueron infectadas con el virus del SIDA– es así mismo objeto de denuncia

⁷⁰ <http://www.icc-cpi.int/victimsissues/victimsparticipation.html>.

⁷¹ Vid. Hazan, P. «Corte Penal internacional, Guía práctica para uso de las víctimas-

las víctimas tienen derecho a indemnización» (2003), en <http://www.rsfo.org/IMG/pdf/doc-2255.pdf>, p.77.

por parte de diferentes ONGs., constatándose por la Asociación para los derechos de la mujer y el desarrollo⁷² como «...*Estas víctimas condenan en forma unánime el hecho de que se les haya negado justicia. Estas mujeres han preguntado por qué el TPIR (Tribunal Penal Internacional para Ruanda) alimenta y cuida a los responsables del genocidio mientras a ellas se las deja morir ante la completa indiferencia del Tribunal.*

Ellas han exigido que el TPIR le dedique más atención a los crímenes de género y a sus consecuencias. Las Reglas de Prueba y Procedimiento del TPIR lo autorizan a brindar rehabilitación física y psicológica a testigos y víctimas. Por lo tanto, estas mujeres piden que el Tribunal adopte una política acerca del acceso de víctimas y testigos a tratamientos antiretrovirales y cuidados relacionados.

Esta situación urgente debería ser también una preocupación para las organizaciones internacionales de solidaridad. Se necesita una estrategia más activa y coordinada para apoyar a las víctimas en la lucha contra el SIDA. Las víctimas de violación y VIH/SIDA tienen el derecho de prolongar su esperanza de vida mediante el acceso a tratamientos»⁷³.

En los últimos años se suceden diversos actos de homenaje en recuerdo de las víctimas del conflicto yugoslavo, detrás de lo cuál no deja de ocultarse un cierto sentimiento de culpa por parte de la comunidad internacional ante la pasividad con que en determinados supuestos, contempló la comisión de las atrocidades. En tal sentido, en diario digital ELPAÍS.COM⁷⁴, en relación al asesinato de más de 8.000 personas en el enclave bosnio de Srebrenica en 1995 por las tropas serbo-bosnias, se afirma que «...*Las víctimas de este genocidio, muchas de ellas adolescentes, fueron aniquiladas durante una operación que burló con una pasmosa facilidad la vigilancia de los 600 soldados holandeses mal armados que habían sido enviados por la ONU para proteger la localidad...*» transcribiendo declaraciones del director del Banco Mundial admitiendo el fracaso de la comunidad internacional por no haber impedido la masacre: «*Srebrenica no debería haber ocurrido nunca. Srebrenica ha sido un fracaso de la OTAN y de los soldados de mantenimiento de la paz de la ONU, una tragedia que nunca deberíamos haber permitido que ocurriera.*».

⁷² Vid: AWID. Asociación para los derechos de la mujer y el desarrollo, Diciembre, 2004 en <http://www.awid.org/esl/Temas-y-Analisis/Library/Las-mujeres-y-el-genocidio-en-Ruanda-lo-que-no-se-dice>

⁷³ Vid: AWID. Cit., en <http://www.awid.org/esl/Temas-y-Analisis/Library/El-TPIR-y-la-justicia-frente-a-la-violencia-sexual-en-Ruanda>, donde se recogen las siguientes declaraciones de Binaifer Nowrojee, abogada, investigadora de Human Rights Watch, Profesora invitada en la Facultad de Derecho de Harvard e integrante de la Coalición por los derechos humanos de las mujeres en situaciones de conflicto. Diciembre 2004, «El estatuto de este tribunal

se creó sin ningún mecanismo de compensación. El Tribunal para Ruanda no tiene jurisdicción para ordenar reparaciones o compensaciones.

Es muy poco probable, en verdad creo que es imposible, que se compense a las víctimas del genocidio en Ruanda. Pero tengo la esperanza de que en el futuro cambiemos este modelo por otro donde esto no sea así».

⁷⁴ Vid: ELPAÍS.COM «*Bosnia rinde homenaje a las víctimas del genocidio de Srebrenica*», 11 de julio de 2005, en http://www.elpais.com/articulo/internacional/Bosnia/rinde/homenaje/victimas/genocidio/Srebrenica/elpepuint/20050711elpepuint_6/Tes

El mismo sentimiento de recuerdo hacia las víctimas, acompañado de el de culpa –y reproche– hacia a la comunidad internacional aparece en torno al genocidio ruandés. En tal sentido se pronuncia el diario digital BBCMUNDO.COM⁷⁵ donde se publica que «...la comunidad internacional ha sido el blanco de fuertes críticas por no haber actuado durante el genocidio y por la ausencia de mandatarios en las ceremonias conmemorativas, transcribiéndose declaraciones del ex comandante de la antigua Misión de Asistencia de la ONU a Ruanda (UNAMIR), Romeo Dallaire, en el sentido de que «el genocidio, brutal y continuado, ocurrió ante la indiferencia de la comunidad internacional y los ruandeses no deben dejar que ésta olvide nunca su responsabilidad penal».

En la página web de Naciones Unidas⁷⁶ se recogen las siguientes declaraciones del entonces Secretario General, de 20 de febrero de 2004: «No puede haber obligación de más peso para la comunidad internacional que la prevención del genocidio. Los acontecimientos ocurridos en Rwanda hace diez años son particularmente vergonzantes. Evidentemente, la comunidad internacional tenía capacidad para prevenirlos, pero no supo complementarla con la voluntad necesaria. En la actualidad Rwanda tiene mucho que demostrar al mundo en lo que concierne a superar el legado del pasado y hacer frente a los problemas de la recuperación. Ya ha demostrado que es posible superar la tragedia que sufrió y reavivar la esperanza. De nosotros depende que recurramos a nuestra capacidad colectiva para prevenir genocidios en el futuro.

Debemos velar por que nunca más nos falte la voluntad.»

5.4. Tribunal especial para Sierra Leona⁷⁷

Mediante la resolución 1315 del 14 de agosto de 2000, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas encomendó al Secretario General que negociara un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para la institución de un tribunal especial encargado de juzgar las atrocidades que se cometieron en el territorio de ese país, azotado por varios años de guerra civil.

El 16 de enero de 2002 se firmaba en Freetown el acuerdo internacional entre Naciones Unidas y el gobierno sierraleonés para la creación de este Tribunal (*Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the establishment of a Special Court for Sierra Leone*), en el convencimiento que la reconstrucción moral del país pasaba por evitar la impunidad de los principales genocidas sierraleoneses y, lógicamente, por el establecimiento de un Tribunal que, según su Estatuto, anexo a este Acuerdo, les había de enjuiciar por las violaciones

⁷⁵ Vid: BBCMUNDO.COM «Ruanda recuerda a sus víctimas», 7 de abril de 2004, en http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3606000/3606919.stm

⁷⁶ <http://www.un.org/spanish/events/rwanda/antecedentes.htm>

⁷⁷ Vid. McDonald, A. «El Tribunal especial para Sierra Leona: una instancia con recursos limitados», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 845, 31-03-2002.

masivas contra el Derecho de la Guerra, el Humanitario y el sierraleonés, cometidas en el territorio de este país desde el 30 de noviembre de 1996 (artículo 1 del Estatuto).

La *Special Court for Sierra Leone*⁷⁸ no posee la misma naturaleza jurídica que los Tribunales «ad hoc» acabados de analizar, establecidos ambos por Resoluciones de Naciones Unidas, lo que hace de ellos órganos subsidiarios de la Organización. En este caso, nos encontramos en origen ante un acuerdo suscrito entre Naciones Unidas y Sierra Leona, que sirve de fundamento para la creación de una jurisdicción de carácter mixta⁷⁹, nacional e internacional.

El carácter apuntado se refleja en la tipificación de los crímenes de la competencia de la Corte al mezclarse el Derecho Internacional con el del país en cuestión (conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad, violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II, otras serias violaciones del Derecho Internacional Humanitario, y Crímenes tipificados en el derecho sierraleonés (artículos 2 a 5)). La jurisdicción del tribunal es concurrente con las de los tribunales sierraleoneses, pero será preferente el Tribunal Especial cuando exista un conflicto entre él y cualquier otro tribunal nacional (artículo 8).

En cuanto a su estructura (artículo 11), se compone de las Salas, el Fiscal y el Secretario. Tiene una Sala de Primera Instancia y otra de Apelaciones. La primera está formada por tres magistrados, que ejercen sus funciones por un plazo de tres años, uno nombrado por Sierra Leona y dos por Naciones Unidas. La de Apelaciones, por cinco, nombrados dos por Sierra Leona y tres por Naciones Unidas. El presidente de la Sala de Apelaciones lo es también del Tribunal (artículo 12). La investigación de los crímenes e instrucción de las causas es competencia del Fiscal, nombrado por el Secretario General de Naciones Unidas (artículo 15). El Tribunal posee, además, personal de administración y servicios, bajo la responsabilidad del Secretario, quien es el responsable de la Unidad de Víctimas y Testigos (artículo 16.4).

En el informe anual 2002/2003 que encontramos en la página web del Tribunal se hace alusión a la Sección de Víctimas y Testigos, que comenzó su actuación en enero de 2003 desarrollando actividades de asistencia a testigos protegidos, trasladándolos a sitios seguros, junto con sus familiares, dentro o fuera del país, y brindando protección armada o medios de comunicación rápida a los no trasladados, así como asistencia médica y psicológica, especialmente para aquellos con trastornos de estrés posttraumático y para los colectivos especialmente vulnerables tales como los niños y las mujeres que han sido objeto de violación, tortura, violencia sexual⁸⁰. En el último Informe Anual 2007-2008 se alude a la intervención, hasta la fecha, de 414 testigos ante la «Trial Chamber»⁸¹.

⁷⁸ Vid. página Web oficial del Tribunal en <http://www.sc-sl.org/>

⁷⁹ Alía Plana, M. «El Tribunal especial para Sierra Leona», en Revista Española de Derecho Militar, número 83, enero-junio de 2004, Ministerio de Defensa, Madrid, junio de 2004.

⁸⁰ <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=NRhDcbHrcSs%3d&tabid=176>, p. 25.

⁸¹ <http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=hopZSuXjicg%3d&tabid=176>, p. 52.

El Tribunal Especial para Sierra Leona, en orden a ofrecer a la población la posibilidad de evaluar en qué medida el Tribunal Especial está contribuyendo a poner fin a la impunidad de algunos de los peores delitos jamás conocidos y determinar qué más es necesario hacer para obtener justicia para todas las víctimas y sus familias, ha organizado diferentes eventos, tales como una conferencia nacional sobre justicia y reconciliación –Freetown, 1 y 2 de marzo de 2005–, en conmemoración de las víctimas del conflicto vivido durante 10 años en este país⁸².

En este mismo sentido, Amnistía internacional⁸³, en relación con las sentencias del Tribunal y las reparaciones a las víctimas nos indica que *«Estas sentencias transmiten al pueblo de Sierra Leona la señal positiva de que alguien va a responder por los brutales crímenes perpetrados contra ellos y sus familias. Pero hay muchas personas más que cometieron actos terribles durante los 11 años de conflicto del país. Miles de personas más pueden y deben responder penalmente de sus actos. Para que empiece a reinar la justicia en toda Sierra Leona, también se debe resarcir a las víctimas»*, añadiendo que *«La Corte Penal Internacional prevé para las víctimas de los crímenes que juzga una serie de reparaciones, así como un fondo fiduciario para ayudar a cubrir el vacío si un condenado carece de medios para proporcionar reparaciones. Sin embargo, el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona adoptó un enfoque más restrictivo, y sólo puede ordenar la confiscación de propiedades arrebatadas a las víctimas por un condenado y su devolución a su legítimo propietario. Hasta ahora, el gobierno de Sierra Leona no ha revisado el sistema de justicia nacional para garantizar que se instauran los procedimientos necesarios para que las víctimas de los crímenes que enjuicia el Tribunal Especial puedan pedir sin demora una indemnización a los tribunales nacionales. En concreto, no está claro si se va a establecer un sistema acelerado para que las víctimas puedan reclamar reparaciones —incluidas la restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición— sin demora o si se les proporcionará asistencia letrada gratuita para pedir indemnizaciones...Las sentencias de hoy llevan un poderoso mensaje a quienes aún están sufriendo los efectos de años de violencia, especialmente a las miles de personas que llevan las terribles cicatrices de haber sido obligadas a participar en actos violentos cuando eran niños y a las numerosas mujeres y niñas que fueron víctimas de violaciones. No sólo es importante que las víctimas conozcan estas sentencias, sino que se facilite un procedimiento acelerado o asistencia letrada gratuita para que las víctimas puedan reclamar la indemnización que les corresponde por derecho»*.

La misma Amnistía Internacional⁸⁴, mostrando su especial preocupación por las mujeres víctimas de violencia sexual publica que: *«A las mujeres víctimas de violencia sexual en Sierra Leona les queda un largo camino por andar. Un programa de reparaciones significativo, en el que realmente participen las sobrevivientes de estos delitos, puede ser un paso adelante para ayudarlas a restaurar su dignidad*

⁸² Vid: Agencia de Prensa afrol News, en <http://www.afrol.com/es/articulos/15707>

⁸³ <http://asiapacific.amnesty.org/library/Index/ESLAFR510032007?open&of=ESL-332>

⁸⁴ Informe titulado *«Sierra Leona. reparación para las sobrevivientes de violencia sexual»*, p. 31, en <http://asiapacific.amnesty.org/library/Index/ESLAFR510052007?open&of=ESL-373>

y, en última instancia, adoptar un papel activo para superar sus terribles experiencias. Amnistía Internacional cree que las reparaciones deben estar encaminadas a ayudar a las mujeres a reconstruir sus vidas, a recuperarse del trauma de la violación sexual y a comprender y abordar el impacto de la violación en las comunidades con el fin de eliminar el estigma que padecen las sobrevivientes y combatir la discriminación contra las mujeres en la sociedad. Hay que tratar de transformar las injusticias socioculturales y las desigualdades estructurales que anteceden a la guerra. Para ello será necesario un importante compromiso de todas las partes interesadas.»

Por su parte, las reglas de Procedimiento y prueba, que según el artículo 14 son las del Tribunal para Ruanda, adaptadas a las particularidades del mismo, establecen, por lo que al tema de las víctimas (y testigos) se refiere, lo siguiente:

- Reglas 34, 69 y 75 (enmendadas el 29 de mayo de 2004), atribuyendo la primera de ellas a la Sección de Víctimas y Testigos, en consulta con la Oficina el Fiscal y de la Defensa, según sea quién presente el testigo, una serie de funciones de protección de todos los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte u otras personas que puedan correr riesgos en virtud de los testimonios prestados, de acuerdo con sus necesidades y circunstancias particulares, que vienen a coincidir con las señaladas en el informe anual aludido, incidiendo la Regla 69 en la necesidad de proteger en los «Pre-Trial Proceedings» (fase de investigación y preparación de pruebas para el juicio, culminando con la presentación por el Fiscal de la Acusación, que es revisada por el Juez designado al efecto) la privacidad y seguridad de las víctimas y testigos en circunstancias de riesgo excepcional, en coordinación con la Sección de Víctimas y Testigos, concretando la Regla 75 el alcance de tales medidas en el juicio en :
- No figurar sus nombres e información identificativa en las grabaciones públicas efectuadas por la Corte, utilizando medios técnicos, tales como video conferencias y medidas de distorsión de imagen y sonido, así como el acudir al uso de seudónimos.
- Celebrar sesiones a puerta cerrada.
- Medidas tendentes a facilitar el testimonio de personas vulnerables, evitando su acoso e intimidación.

Tales medidas se podrán mantener en ulteriores procesos ante la Corte.

- Regla 96 (enmendada el 7 de marzo de 2003), que concreta una serie de reglas en caso de agresión sexual, no teniendo por válido el consentimiento presunto de las víctimas en estos supuestos y no siendo su comportamiento o predisposición sexual precedente o subsiguiente a la agresión razón justificativa de la misma.
- Regla 104 (enmendada la misma fecha), que alude, a la restitución de la propiedad indebidamente usurpada a sus legítimos propietarios, incluso de terceros adquirentes de buena fe, o en su caso, su entrega al Estado de Sierra Leona, siendo necesaria la celebración de una audiencia a tal fin.

- Regla 105 (enmendada la misma fecha), relativa a la compensación a las víctimas, encomendando al Secretario la función de transmitir a las autoridades de los países afectados la sentencia declarando al acusado culpable de un crimen que ha causado daño a una víctima, la cuál podrá iniciar un procedimiento ante los órganos competentes de ese Estado en orden a obtener la adecuada reparación, siendo en cualquier caso vinculantes los pronunciamientos sobre responsabilidad penal contenidos en la sentencia de la Corte.

En el precitado Informe referido a las sobrevivientes de violencia sexual⁸⁵ formula Amnistía Internacional recomendaciones al gobierno de Sierra Leona y agentes no gubernamentales –incluyendo dentro de éstos al propio Tribunal–. Entre estas últimas destacan:

- Garantizar que se toman medidas para identificar los bienes arrebatados a las víctimas, con el fin de devolvérselos, de acuerdo con la regla 104 de las Reglas de Procedimiento y Prueba.
- Trabajar con el gobierno para garantizar que se establecen sistemas efectivos para que las víctimas de delitos enjuiciados por el Tribunal Especial puedan pedir indemnización ante los tribunales nacionales.
- Continuar con las iniciativas para conmemorar a las víctimas y reconocer su sufrimiento.
- Ampliar el trabajo sobre la justicia de género de su programa de trabajo sectorial para asegurarse de que las recientes sentencias sobre el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas y otros casos se difunden ampliamente, con el fin de que se reconozca el alcance de los delitos de violencia sexual.
- Incorporar a su trabajo sectorial y de activismo información sobre el programa de reparaciones, y pedir al gobierno que establezca con carácter de urgencia el Fondo Especial para Víctimas de Guerra.
- Promover la reconstrucción del sistema de justicia nacional para que pueda investigar y enjuiciar los miles de casos de los que el Tribunal Especial no ha podido hacerse cargo.

5. 5. El Tribunal especial para Camboya⁸⁶

El régimen establecido en el ancestral Reino de Camboya por los denominados Jemeres Rojos (que cambiaron el nombre del Estado por el de Kampuchea Democrática), bajo el mando de Saloth Sar (alias Pol Pot, el hermano número uno) y su «grupo» (en términos de las propias leyes camboyanas), seducido por la ideología

⁸⁵ Vid: «Sierra Leona. reparación para las sobrevivientes de violencia sexual», cit., p. 32 y ss.

⁸⁶ Vid:

– Oltra García, J.M. «El enjuiciamiento de los crímenes cometidos por los Jemeres Rojos en Camboya». Trabajo investigación elaborado en el Curso de Derecho Internacional Militar, 2008.

– Alía Plana, M. «El enjuiciamiento de los crímenes del Khmer Rouge» Revista Jurídica Militar, revista electrónica para profesionales, de 5/09/08, en <http://www.paraprofesionales.com/productos/susrevmil.php>

comunista de la China de Mao Ze Dong, elaboró una concepción política doméstica a modo de utopía campesina, centrada en destruir toda civilización humana, retrocediendo al denominado año cero para, de esta suerte, poder transformar, con arreglo a los postulados de dicha concepción, un reino milenario en un régimen agrario que no estuviera corrompido por la ideología burguesa occidental.

El régimen campesino causó estragos bíblicos, estimándose que entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979, fue exterminada aproximadamente un tercio de la población camboyana, es decir, entre 1,5 y 1,7 millones de personas. De estas muertes, entre 500.000 y 1 millón de seres humanos murieron fruto de las ejecuciones o la tortura (cualquiera que fuere su causa); los demás murieron por el hambre y la enfermedad.

El final de la Guerra Fría y la desintegración de las fuerzas armadas de los jemeres rojos, ya en el exilio, crearon las condiciones favorables para el establecimiento de un tribunal para juzgar a sus líderes. Después de un sinfín de complicadas negociaciones, el Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya, firmado en Phnom Penh el 6 de junio de 2003 creó –siguiendo modelo muy semejante al establecido por el Tribunal Especial para Sierra Leona– las denominadas Salas extraordinarias en los Tribunales de Camboya (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia –ECCC–) de naturaleza híbrida, nacional e internacional y a su vez, requirió la modificación y adecuación del derecho camboyano a la nueva situación, así como la inclusión de los nuevos órganos jurisdiccionales en su estructura judicial, tarea realizada por medio de la Ley de 27 de octubre de 2004, de reforma de la anterior de 10 de agosto de 2001.

En relación con la naturaleza jurídica de las Salas, conviene señalar que la misma se determina por el instrumento que las crea; según el Acuerdo, aquéllas serán creadas por la legislación nacional de Camboya y, por consiguiente, serán tribunales nacionales de Camboya, integrados en su estructura judicial, pero cuya organización, funciones y competencia se regularán por el Acuerdo, que prevé la participación en la estructura judicial de un componente internacional.

La apertura oficial de estas Salas se realizó el 1 de febrero de 2006, y con fecha 12 de junio de 2007 el órgano judicial dictó su Reglamento interno, cuya modificación se ha realizado con fecha 1 de febrero de 2008.

El Acuerdo establece en su artículo 1 que tiene por fin regular la cooperación entre las Naciones Unidas y el gobierno de Camboya, para procesar a los altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y a aquellos a quienes incumba la mayor responsabilidad por los crímenes cometidos en el período comprendido entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979.

Por lo que respecta a la competencia *ratione materiae*, el artículo 9 establece que las Salas Especiales serán competentes para conocer del crimen de genocidio, según se encuentra definido en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, de los crímenes de lesa humanidad, según se definen en el Esta-

tuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, así como de las transgresiones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y de los demás crímenes de esa índole tipificados en el capítulo II de la citada ley interna de 10 e agosto de 2001 sobre el establecimiento de las Salas Especiales: homicidio, tortura y persecución religiosa.

Asimismo, las Salas Especiales serán competentes para conocer las transgresiones de los convenios internacionales en los que Camboya es Parte: destrucción de bienes culturales durante los conflictos armados en circunstancias prohibidas por la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, y delitos contra personas internacionalmente protegidas en circunstancias prohibidas por la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas.

Cuando se juzgan atrocidades como las cometidas por los Jemeres Rojos, las víctimas –y los testigos– son un componente vital en la aportación de pruebas relativas a dichas atrocidades y, en particular, a la autoría de los hechos, debiendo señalarse que, a menudo, y sobre todo en caso de Camboya, existe un lapso significativo de tiempo entre el momento de la comisión de los delitos y el del enjuiciamiento, si es que el mismo se llega a producir, vista la edad de los encartados.

Para víctimas y testigos, la declaración testifical implica una gran responsabilidad y un complejo choque emocional desde el momento en que supone recordar y revivir el sufrimiento, aportando los detalles de estos acontecimientos; además, no debe olvidarse que el derecho a la defensa implica la posibilidad de repreguntar al efecto de poner en tela de juicio o desvirtuar la veracidad de las manifestaciones expuestas por los testigos de la acusación. Además, al enfrentarse al acusado, los testigos y las víctimas pueden correr el riesgo de convertirse en los sujetos pasivos de la venganza de los partidarios de aquel, máxime si no se trata de víctimas, sino de antiguos cuadros de mando⁸⁷. Por tales motivos, el Acuerdo, la Ley y el Reglamento Interno contienen especiales previsiones en cuanto a víctimas y testigos.

El artículo 23 del Acuerdo, relativo a la protección de las víctimas y de los testigos, prevé⁸⁸ que *«los jueces de instrucción, los fiscales y las Salas Especiales adoptarán disposiciones para la protección de las víctimas y los testigos. Esas medidas de protección deberán incluir, entre otras cosas, la celebración de vistas a puerta cerrada y la protección de la identidad de las víctimas o de los testigos»*.

En la actualidad dichas medidas de protección de víctimas y testigos, a las que también se refiere el párrafo cuarto del artículo 33 de la Ley camboyana (*«The Court*

⁸⁷ En tal sentido, el documento sobre los comentarios relativos al proyecto de Reglamento Interno señala *«It should also be noted at the outset that not all witnesses who are called before the ECCC will be victims. In order to prove the nature of command structures for cases of superior responsibility for serious crimes, some of the most critical evidence may come from lower level*

Khmer Rouge cadres, or even from those who may be potential suspects themselves. Similarly, many witnesses who may be in need of the greatest levels of security protection may in fact be those who can testify for the defense». www.ictj.org/images/content/6/0/601.pdf. pág.5

⁸⁸ Una previsión similar puede ser encontrada en el artículo 33 *new in fine* de la Ley, que señala: *«The*

shall provide for the protection of victims and witnesses. Such protection measures shall include, but not be limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the victim's identity»), se encuentran desarrolladas en la Practice Direction 03/2007, del Comité de Normas y Procedimientos, en vigor desde el 29 de octubre de 2007, debiendo advertirse que, al igual que en el resto de los Tribunales a los que

Court shall provide for the protection of victims and witnesses. Such protection measures shall include, but not be limited to, the conduct of in camera proceedings and the protection of the victim's identity».

Asimismo, la Regla 29 del Reglamento Inter-no señala:

«1. *The ECCC shall ensure the protection of Victims who participate in the proceedings, whether as complainants or Civil Parties, and witnesses, as provided in the supplementary agreement on security and safety and the relevant Practice Directions.*

2. *When the Co-Investigating Judges or the Chambers issue an order or when other offices within the ECCC fulfil their duties, they shall take account of the needs of victims and witnesses. In particular, whenever such offices must communicate with victims, witnesses, complainants or Civil Parties, they may communicate with their lawyers or Victims' Association, as appropriate, where direct communication could place the life or well being of that person in danger.*

3. *The Co-Investigating Judges and the Chambers may, on their own motion or at the request of one of the parties or their lawyers, and after having consulted with the Victims Unit or the Witnesses/Experts Support Unit, order appropriate measures to protect victims and witnesses whose appearance before them is liable to place their life or health or that of their family members or close relatives in serious danger.*

4. *In this respect, the Co-Investigating Judges and the Chambers may make a reasoned order adopting measures to protect the identity of such persons, including:*

a) *declaring their contact address to be that of their lawyers or their Victims' Association, as appropriate, or of the ECCC;*

b) *using a pseudonym when referring to the protected person;*

c) *authorising recording of the person's statements without his or her identity appearing in the case file. Such decisions shall only be subject to appeal, within 15 (fifteen) days of notice of the order, where knowledge of the person's identity is essential to the case for the defence;*

d) *where a Charged Person or Accused requests to be confronted with such a person,*

technical means may be used that allow remote participation or distortion of the person's voice and or physical features;

e) *as an exception to the principle of public hearings, that the Chambers may conduct any part of the proceedings in camera or allow the presentation of evidence by electronic or other special means.*

5. *In such cases, the person's request and identity shall be recorded in a classified register separate from the case file. Disclosure of the identity or the address of a person who has benefited from the provisions of this Rule may be punished in accordance with Cambodian Law.*

6. *No conviction may be pronounced against the Accused on the sole basis of statements taken under the conditions set out in this Rule.*

7. *Where necessary, the Co-Investigating Judges and the Chambers may order appropriate judicial guarantees and/or the physical protection of a Victim or witness in safe residence in Cambodia or abroad».*

⁸⁹ Regla 12. The Victims Unit.

«1. The Office of Administration shall establish a Victims Unit, which shall be directed by the Head of the Victims Unit, together with such staff as necessary.

2. *The Victims Unit shall:*

a) *Maintain a list of foreign and national lawyers registered with the BAKC in accordance with Rule 11, who wish to represent Victims or Victims Associations before the ECCC;*

b) *Administer applications for admission to the list of Victims' Associations approved to act on behalf of Civil Parties before the ECCC, pursuant to the criteria set out in Rule 23, and maintain a list of Victims' Associations so approved;*

c) *Under the supervision of the Co-Prosecutors, assist Victims in lodging complaints;*

d) *Under the supervision of the Co-Investigating Judges or the Trial Chamber, as appropriate, assist Victims in submitting Civil Party applications;*

e) *Under the supervision of the Co-Investigating Judges or the Chambers, as appropriate, present the above mentioned lists of lawyers and Victims Associations to Victims or Civil Parties;*

nos venimos refiriendo, en las Salas de Camboya también se ha creado una Unidad de Víctimas, cuya regulación se contiene en la Regla 12 del Reglamento Interno⁸⁹.

En cuanto a la estricta participación de las víctimas en el procedimiento, el Acuerdo no regula cuestión alguna, pero la Ley sí contiene ciertas previsiones, que implican su participación, aunque nunca en la calidad de actor penal, desde el momento en que dicha cualidad, y el ejercicio de la acción penal inherente la misma, corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal⁹⁰.

De este modo, el artículo 23 de la Ley prevé la posibilidad de que los jueces de instrucción reciban el testimonio de las víctimas y el artículo 36 new les confiere el derecho a recurrir la decisión dictada por la Sala encargada del enjuiciamiento, al señalar: «*The Extraordinary Chamber of the Supreme Court shall decide appeals made by the accused, the victims, or the Co-Prosecutors against the decision of the Extraordinary Chamber of the trial court. In this case, the Supreme Court Chamber shall make final decisions on both issues of law and fact, and shall not return the case to the Extraordinary Chamber of the trial court*».

El completo desarrollo del papel de las víctimas en el proceso se encuentra en el Reglamento Interno y en la Directiva sobre Práctica 02/2007 (Practice Direction), que configuran un sistema novedoso respecto al resto de tribunales internacionales e internacionalizados, pues además de prever la efectiva participación de la víctima en el procedimiento mediante la presentación de denuncias ante el fiscal, en cuyo caso su participación será como testigo, apoyando la acusación (supporting the prosecution)⁹¹, también se contempla su participación en calidad de actor civil (civil party), en cuyo caso actuará como auténtica parte en el procedimiento, reclamando una reparación⁹².

En este sentido, la Regla 23 del Reglamento Interno contempla ambas formas de participación en los siguientes términos⁹³:

«1. The purpose of Civil Party action before the ECCC is to:

f) Upon request for supplementary information, provide Victims and Civil Parties with information on such lawyers and Victims Associations, or any other information necessary to facilitate effective participation;

g) Facilitate the participation of Victims and the common representation of Civil Parties;

h) Assist the Public Affairs Section in outreach activities related to victims; and

i) Adopt such administrative regulations as required to give effect to this Rule».

⁹⁰ Regla 49.1: «*Prosecution of crimes within the jurisdiction of the ECCC may be initiated only by the Co-Prosecutors, whether at their own discretion or on the basis of a complaint*».

⁹¹ El artículo 1.1 de la Practice Direction 02/2007 señala: «*In addition to being called as*

witnesses, victims of the Democratic Kampuchea regime may participate actively in ECCC proceedings either by filing complaints with the Co-Prosecutors, as detailed in Article 2 below, or applying to be joined as civil parties to the Co-Investigating Judges or before the Trial Chamber, as detailed in Article 3 below».

⁹² Vid. artículo 74 del Estatuto de la CPI.

⁹³ En idéntico sentido, el artículo 1.1 de la Practice Direction 2/2007 señala: «*In addition to being called as witnesses, victims of the Democratic Kampuchea regime may participate actively in ECCC proceedings either by filing complaints with the Co-Prosecutors, as detailed in Article 2 below, or applying to be joined as civil parties to the Co-Investigating Judges or before the Trial Chamber, as detailed in Article 3 below*».

a) Participate in criminal proceedings against those responsible for crimes within the jurisdiction of the ECCC by supporting the prosecution; and

b) Allow Victims to seek collective and moral reparations, as provided in this Rule.

2. The right to take civil action may be exercised by Victims of a crime coming within the jurisdiction of the ECCC, ...»

La presentación de denuncias ante la Fiscalía puede realizarse por cualquier persona, organización o asociación de víctimas que fuere testigo, víctima o tuviere conocimiento de los crímenes que se denuncian, o por su representante legal, mediante el oportuno escrito modelo, con los requisitos que se señalan en el artículo 2.3 de la Directiva sobre Práctica 02/2007, debiendo advertirse que la misma no determina ipso iure el ejercicio de la acusación por el Ministerio Fiscal, que puede inadmitir la solicitud en un plazo de 60 días, decisión que es susceptible de revisión de oficio⁹⁴.

Por otro lado, de conformidad con lo establecido en el artículo 23.4 del Reglamento Interno, la víctima podrá solicitar ser tenida por actor civil hasta la apertura del procedimiento ante la Sala de Primera Instancia, mediante escrito modelo (Victim Information Form), que se contempla como «anexo A» en la Directiva sobre Práctica 02/2007, que será presentado, por medio de la Unidad de Víctimas, ante el secretario (Greffier) de la Sala de Primera Instancia y se unirá al procedimiento, cesando en este momento cualquier actuación de la citada Unidad de Víctimas con relación a dicha pretensión salvo la de mera asistencia, que no será asistencia legal; la víctima que

⁹⁴ El ejercicio de la acción penal, la participación de las víctimas mediante la presentación de denuncia y su admisión por el Ministerio Público, se contemplan en la Regla 49 del Reglamento Interno, en los siguientes términos:

- «1. Prosecution of crimes within the jurisdiction of the ECCC may be initiated only by the Co-Prosecutors, whether at their own discretion or on the basis of a complaint.
2. *The Co-Prosecutors shall receive and consider all written complaints or information alleging commission of crimes within the jurisdiction of the ECCC. Such complaints or information may be lodged with the Co-Prosecutors by any person, organisation or other source who witnessed or was a victim of such alleged crimes, or who has knowledge of such alleged crimes.*
3. *A complaint referred to in this Rule may also be prepared and/or lodged on behalf of a Victim by a lawyer or Victims' Association. Copies of all such written complaints*

shall be kept with the Office of Administration and may be translated into the working languages of the ECCC, as needed.

4. *Such complaints shall not automatically initiate criminal prosecution, and the Co-Prosecutors shall decide, at their discretion, whether to reject the complaint, include the complaint in an ongoing preliminary investigation, conduct a new preliminary investigation or forward the complaint directly to the Co-Investigating Judges. The Co-Prosecutors shall inform the complainant of the decision as soon as possible and in any case not more than 60 (sixty) days after registration of the complaint.*
5. *A decision not to pursue a complaint shall not have the effect of res judicata. The Co-Prosecutors may change their decision at any time in which case the complainant shall be so informed as soon as possible and in any case not more than 30 (thirty) days from the decision».*

solicite este extremo durante la investigación no será requerida para que renueve la solicitud ante las Salas y la resolución admisorio o inadmisoria de la pretensión será recurrible ante la Sala de Cuestiones Preliminares.

La consideración del actor civil como parte en el procedimiento penal está claramente señalada en la Regla 23.6 del Reglamento Interno, que señala:

«Being joined as a Civil Party shall have the following effects:

- a) When joined as a Civil Party, the Victim becomes a party to the criminal proceedings. The Civil Party can no longer be questioned as a simple witness in the same case and, subject to Rule 62 relating to Rogatory Letters, may only be interviewed under the same conditions as a Charged Person or Accused;
- b) The Chambers shall not hand down judgment on a Civil Party action that is in contradiction with their judgment on public prosecution of the same case; and
- c) The Co-Investigating Judges and the Chambers may afford to Civil Parties the protection measures set out in Rule 29».

El actor civil podrá, en cualquier momento, renunciar al derecho a solicitar la reparación o desistir de la acción; la renuncia al derecho o el desistimiento no suspenderán el procedimiento penal.

Por último, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la Ley, las Salas sólo podrán conceder reparaciones morales y colectivas a los actores civiles, las cuales se dictarán en contra, y a cargo de los condenados, pudiendo adoptar las formas siguientes:

- La orden de publicar la sentencia en cualquier medio de comunicación o por otros medios a costa de la persona condenada.
- La orden de financiar cualquier actividad no lucrativa o servicio en beneficio de las víctimas.
- Otras formas semejantes y apropiadas de reparación.

5.6. Los paneles especiales para crímenes graves en Timor Oriental⁹⁵

En el año 2000, poco tiempo después de asumir la administración de Timor Leste, la Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Leste (UNTAET) estableció una corte internacionalizada para juzgar a los responsables de los crímenes de Genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, asesinato, delitos

⁹⁵ Vid: <http://www.un.org/spanish/Depts/dpko/unmit/>

También: Federación Internacional de Derechos Humanos, en http://www.fidh.org/article.php?id_article=4266

sexuales y torturas perpetrados en Timor Leste antes y después del referéndum de septiembre de 1999 sobre la independencia de este país, concretamente entre el 1 de enero y el 25 de octubre de 1999.

Los Paneles Especiales son parte de la Corte de Distrito de Dili por lo que forman parte de la estructura judicial nacional. El servicio de la fiscalía está compuesto casi exclusivamente de abogados internacionales y la división de investigación está formada en su totalidad con personal internacional⁹⁶.

Cada panel se compone de un magistrado nacional y dos magistrados internacionales.

El Estatuto y las Reglas de los Paneles Especiales fueron fuertemente inspirados por el Estatuto de la Corte Penal Internacional por lo que contienen disposiciones respecto a la participación y la protección de las víctimas. Las Reglas Transitorias de Procedimiento disponen que se deben tomar medidas para proteger la seguridad, el bienestar psicológico y físico, la dignidad y el respeto a la privacidad de las víctimas y los testigos; considerando factores como la edad, género, salud y naturaleza del crimen⁹⁷. En relación a la participación, las víctimas pueden solicitar que el fiscal lleve a cabo investigaciones específicas y que se les escuche durante los procedimientos⁹⁸.

Las víctimas también pueden presentar solicitudes para revisar las decisiones del fiscal si decide rechazar una causa⁹⁹. Sin embargo, en la práctica, muchas de estas medidas no son adecuadamente implementadas. Por ejemplo, a la fecha no se ha puesto en marcha ningún programa de protección o asesoría psicológica para víctimas o testigos.

Con respecto a la reparación, esta programado el establecimiento de un fondo fiduciario en beneficio de las familias de las víctimas de los crímenes de la competencia de los Paneles y sus familias, el cual será financiado con fondos de los decomisos a personas condenadas¹⁰⁰. Sin embargo, aún no se ha puesto en marcha.

5.7. Los paneles internacionalizados en Kosovo¹⁰¹

El 10 de junio de 1999, un día después de la terminación de la campaña de bombardeo de la OTAN en Kosovo, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 1244 (1999) la cual estableció la Misión de las Naciones Uni-

⁹⁶ Regla de la UNTAET 2000/11 sobre la organización de las cortes en Timor Leste (6 de marzo de 2000) y la Regla de UNTAET 2000/15 sobre el Establecimiento de los Paneles con jurisdicción exclusiva respecto a graves ofensas penales (6 de junio de 2000), en <http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg11.pdf> y <http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf> respectivamente.

⁹⁷ Regla UNTAET 2001/25 (14 de septiembre de 2001), Section 36 (8) en <http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/2001-25.pdf>

⁹⁸ Regla UNTAET 2001/25, cit., Section .12.

⁹⁹ Regla UNTAET 2000/15, cit., Section .25.

¹⁰⁰ Regla UNTAET. 2000/15, cit., Section. 25

¹⁰¹ Vid: <http://www.un.org/spanish/kosovo/index.html>.

das en Kosovo (UNMIK) y la Administración Provisional de las Naciones Unidas. El Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas (RESG), jefe de la administración en Kosovo, asumió toda la autoridad judicial, legislativa, y ejecutiva en Kosovo¹⁰².

Bajo el mandato de mantener la paz y la seguridad, UNMIK estableció una Comisión de Asesoría Técnica sobre servicio judicial y de enjuiciamiento¹⁰³ que más tarde recomendó la creación de un nuevo tribunal *ad hoc* para conocer casos respecto a infracciones del derecho internacional humanitario o crímenes étnicos acaecidos en Kosovo, siguiendo en gran medida el modelo del TPIY, bajo el nombre de Corte de Kosovo sobre la Guerra y los Crímenes Étnicos¹⁰⁴. Sin embargo, la idea de establecer esta corte fue finalmente abandonada en septiembre de 2000, y en diciembre de 2000 la UNMIK decidió adoptar un enfoque híbrido dentro del sistema de justicia penal de Kosovo.

La regla de las Naciones Unidas 2000/6¹⁰⁵ permitió al RESG designar a un magistrado internacional y a un fiscal internacional para trabajar dentro del sistema judicial nacional. A fines del 2000, Naciones Unidas decidió ir incluso más allá al permitir que el RESG designara paneles especiales de tres magistrados compuestos por dos jueces internacionales y un juez nacional¹⁰⁶.

No obstante, no se establecieron criterios claros para determinar la jurisdicción de los Paneles Especiales.

Cualquier parte en un proceso en cualquier fase de los procedimientos puede solicitar al Departamento de Justicia, por ejemplo, el designar un Fiscal Internacional o la asignación de una causa a uno de los Paneles Especiales. El RESG, después de una recomendación del Departamento de Justicia adoptará una decisión final sobre esta solicitud, y cuando proceda concederá esta situación con el objeto de asegurar la independencia y la imparcialidad de la judicatura o la administración efectiva de la justicia.

¹⁰² Regla UNMIK, 1999/1. Sobre la autoridad de la administración transitoria en Kosovo, 25 de julio de 1999, disponible en: www.unmikonline.org/Regulations/1999/re99_01.pdf.

¹⁰³ Regla UNMIK, 1999/6. Sobre las recomendaciones para la estructura y el registro del servicio judicial y de enjuiciamiento, del 7 de septiembre de 1999, disponible en: www.unmikonline.org/regulations/1999/re99_06.pdf

¹⁰⁴ La idea era que tanto el TPIY como esta Corte tendrían jurisdicción concurrente, pero que el TPIY tendría primacía: Vid: recons-

truction2000/index.html <http://www.seerecon.org/kosovo/documents/reconstruction2000/justice.htm>

¹⁰⁵ Regla UNMIK 2000/6, Sobre la asignación y la remoción del cargo de magistrados y fiscales internacionales. 15 de febrero de 2000, disponible en: www.unmikonline.org/Regulations/2000/re2000_06.htm.

¹⁰⁶ Regla UNMIK 2000/64. Sobre la asignación de magistrados internacional/fiscales/y o cambio de sede, 15 de diciembre de 2000. Disponible en: www.unmikonline.org/Regulations/2000/re2000_64.htm.

El Código Procesal Penal provisional de Kosovo¹⁰⁷ establece los derechos de las víctimas en todas las fases de los procedimientos penales, incluido el derecho a llamar la atención sobre hechos en particular o introducir pruebas que tengan un posible efecto sobre el establecimiento de la ofensa penal, o respecto a la identificación del perpetrador de la ofensa (art. 80). Bajo la misma disposición, las víctimas también tienen derecho a presentar reclamaciones por daños en procedimientos penales y pueden por lo tanto introducir pruebas para apoyar su pretensión. Durante los procedimientos del juicio, las víctimas pueden presentar pruebas; realizar preguntas a la defensa, a los testigos y a los peritos, presentar información y clarificaciones respecto a sus testimonios. Las víctimas también pueden consultar el expediente de los procesos y las pruebas.

Asimismo las autoridades competentes que llevan a cabo los procesos penales deben, durante todas las etapas del proceso, considerar las necesidades razonables de las partes afectadas, especialmente de niños, personas mayores, personas con desordenes mentales o discapacidades, personas físicamente enfermas y víctimas de violencia sexual o de género (art. 78).

La protección de víctimas y testigos fue una de las prioridades del UNMIK, por lo que se destinaron recursos significativos para esta tarea. La Corte puede ordenar, por ejemplo, que la identidad del testigo no se revele a la defensa. La declaración del testigo anónimo también se encuentra disponible para aquellos testigos presentados por la defensa¹⁰⁸.

La protección para testigos representa un reto importante; los ataques y la intimidación son frecuentes por lo que en muchos casos UNMIK ha tenido que buscar hogares y nuevas identidades para testigos fuera de Kosovo.

Tras la independencia de este país el problema de la protección de testigos sigue pendiente, así como la creación de un departamento u organismo unificado que se ocupe de los desaparecidos y la medicina forense y la aprobación de una Ley sobre tribunales¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Regla UNMIK 2003/26, 6 de julio de 2003, disponible en: www.unmikonline.org/Regulations/2003/RE2003_26_PCPC.pdf.

¹⁰⁸ Regla UNMIK 2001/20, Sobre la protección de las partes lesionadas y testigos en los procesos penales, 20 de septiembre de 2001, enmendada por Regla UNMIK 2002/1, 24 de enero de 2002, la cual extendió temporalmente la

aplicación de la Regla 2001/20 y la Dirección de Administración 2002/25.

¹⁰⁹ Vid: Informe del Secretario General sobre la MINUK, e 15 de julio de 2008, p. 15, en: http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/412/87/IMG/N0841287.pdf?OpenElement&bcsi_scan_B5C6C330B7C6F58F=0&bcsi_scan_filename=N0841287.pdf

VI. LAS VÍCTIMAS ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL¹¹⁰



El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue aprobado el 17 de julio de 1998 en la Conferencia de Plenipotenciarios convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada en Roma desde el 15 de junio al 17 de julio de aquél año, sobre la base de los trabajos preparatorios auspiciados por la propia ONU, (Comité «ad hoc» sobre el establecimiento de una Corte penal internacional, mediante Resolución de la Asamblea General 49/53, de 9 de diciembre de 1994), remontándose sus orígenes a los trabajos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) en los años 50 del pasado siglo. Su entrada en vigor se produjo el 1 de julio del 2002.

Podemos afirmar que el impulso de partida efectivo de la CPI se encuentra en la propuesta presentada en 1989 por Trinidad y Tobago ante la Asamblea General de las Naciones Unidas cuya finalidad era simplemente el establecimiento de un Tribunal para el enjuiciamiento de los delitos vinculados con el tráfico internacional de drogas. El interés por un Tribunal penal internacional se vio reforzado por los problemas suscitados en torno al caso Lockerbie y la represión del terrorismo internacional. Paradójicamente, como señala Concepción Escobar, ambas categorías de crímenes han quedado excluidas de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Como hemos visto, cuenta con importantes antecedentes, entre los que cabe destacar especialmente los Tribunales militares de Nuremberg y Tokio, y los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda. Con ellos comparte, tal y como se indica en el propio Preámbulo del Estatuto, el elemento teleológico: evitar

¹¹⁰ En relación al presente apartado, vid.:

– Rodríguez-Villasante, J. L. . «*Crímenes contra la Humanidad y Genocidio*». Ponencia del XII Seminario «Duque de Ahumada», cit.
 – Escobar Hernández, C. «*Hacia Una Justicia Penal Internacional: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*». En *Hacia una Justicia Universal (Jornadas del Servicio Jurídico del Estado)*, Madrid, 2000, p. 499 a 526.

– Escobar Hernández, C. «*La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional: La Corte Penal Internacional*», en: García Aran, M. y López Garrido, D.: «*Crímen internacional y jurisdicción internacional. El caso Pinochet*», Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000, p. 225 a 273.

la impunidad respecto de crímenes especialmente graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

La diferencia más significativa nos la da el hecho de que mientras aquellas son jurisdicciones ad hoc, creadas ex-post facto, la Corte se concibe como una jurisdicción permanente que sólo será oponible a los hechos producidos con posterioridad a su constitución; se instituye a partir de un tratado internacional multilateral (el Estatuto de Roma), con la intención de conseguir una jurisdicción penal internacional construida sobre la base de la voluntad libremente expresada de los Estados, que, por esta vía, goce del más amplio margen de consenso y legitimación social.

El Estatuto de la Corte presenta un carácter ciertamente complejo. Y ello, como señala Rodríguez-Villasante, al menos por tres motivos:

- El primero es el carácter complementario de la Corte Penal Internacional respecto de las jurisdicciones penales nacionales que se recoge en el propio Preámbulo del Estatuto y en sus artículos 1 y 17, referido este último a las cuestiones de admisibilidad, y que supone que la Corte no sustituye a las jurisdicciones estatales aunque se cometan crímenes de su competencia, sino que las complementa, tratándose con ello de evitar la impunidad de los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional cuando los Estados no puedan o no quieran actuar en su enjuiciamiento y castigo.
- En segundo término, el Estatuto es una norma compleja y extensa (128 artículos) que comprende lo que en el derecho interno constituiría, al menos, las normas fundamentales tanto de carácter jurisdiccional y procesal como sustantivas siguientes: un Código Penal, una Ley de Enjuiciamiento Criminal, una Ley Orgánica del Poder Judicial y una Ley de Extradición o de Cooperación Jurídica Internacional, sin que podamos olvidar el hecho de que la CPI es a la vez una Organización Internacional¹¹¹.
- Y el tercer aspecto que dota de especial complejidad al Estatuto, y fruto del cual se tiende a obtener su aceptación universal, nos lo da el hecho de constituir una síntesis de los distintos sistemas judiciales de proyección universal: fundamentalmente el de derecho continental (o romano-germánico) y el sistema anglosajón (o del «Common Law»), con predominio alternativo de sus respectivas instituciones.

6.1. Antecedentes del Estatuto de Roma¹¹²

Como acabamos de señalar, la aprobación del Estatuto de Roma es el resultado de un lento y laborioso proceso que se inicia en la década de los años cincuenta del

¹¹¹ Vid. Escobar Hernández, C. «*Algunas reflexiones sobre la Corte Penal Internacional Como Institución Internacional*», en REDM Nº 75 cit.

¹¹² En relación al presente apartado, vid.:
– Inés Vargas Silva, C. «*Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*», Segunda edición. ED. TEMIS S.A Bogotá-Colombia, 2004. P. 321 a 323.

siglo XX, con la inclusión en el programa de la CDI de un tema dedicado a los crímenes internacionales y la constitución de una jurisdicción penal internacional, y que culmina con la presentación por parte de ésta ante la Sexta Comisión de las Naciones Unidas en 1994 de un «Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional».

Apunta la profesora Escobar como la CDI se ocupó del tema de forma paralela al tratamiento de la cuestión de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, resultando «*tradicionalmente anecdótica en los trabajos de la ONU*»¹¹³ la preocupación por la institucionalización de una jurisdicción penal internacional.

Habiéndose realizado ya un estudio del tratamiento conferido a las víctimas en los diferentes Tribunales «ad hoc», resulta de interés, antes de profundizar en las disposiciones que sobre este tema concreto contiene el Estatuto de Roma y sus disposiciones de desarrollo, analizar el que se les ha dispensado a lo largo de este lento y laborioso proceso al que hacemos alusión.

En el «Proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional» de 1994 que hemos citado, solamente se mencionaba a las víctimas en tres disposiciones:

- En el artículo 26, cuando se disponía que en la investigación de los crímenes el Fiscal podía mandar comparecer e interrogar a las víctimas.
- En el artículo 38, párrafo segundo, al disponer que la Sala de Primera Instancia tendría debidamente en cuenta la protección de víctimas y testigos.
- En el artículo 43, donde se disponía que la Corte adoptaría las medidas necesarias para proteger al acusado, las víctimas y los testigos, para lo cuál podía acordar la celebración de las vistas a puerta cerrada o permitir la presentación de pruebas por medios electrónicos o por otros especiales.

Las víctimas eran concebidas como meros testigos de los crímenes padecidos y como sujetos de protección, al igual que el resto de testigos y el propio acusado, sin posibilidad de otra participación en el proceso y sin referencia a su derecho a indemnización.

El tema de las víctimas no suscitó interés alguno en las primeras sesiones (1995) del Comité Especial creado por la ONU (Resolución 49/53 de la Asamblea General) para el examen del Proyecto de Estatuto aludido. El Comité Preparatorio que por Resolución 50/46, de 11 de diciembre de 1995 sucedió al anteriormente citado consideró durante el análisis del artículo 43 del Proyecto, que esa disposición era bastante general e insuficiente, recordándose como precedentes los principios de justicia para las víctimas de los delitos y del abuso de poder establecidos por la Organización en 1985, y los que se estaban formulando en el seno de la misma por un grupo de expertos tendentes a garantizar los derechos e intereses de las víctimas durante las

¹¹³ Escobar Hernández, C. «*La Progresiva Institucionalización de la Jurisdicción Penal Internacional: La corte Penal Internacional*», en:

García Aran, M. y López Garrido D.: «*Crimen internacional y jurisdicción internacional. El caso Pinochet*», cit., nota 2.

actuaciones judiciales y que cristalizaron en informes como los presentados por Joinet (1997) y Bassiouni (1999).

Se realizaron entonces las siguientes consideraciones:

- Conveniencia de separar la protección de víctimas y testigos de la conferida al acusado, debiéndose buscar un equilibrio entre los derechos de éste a un juicio justo e imparcial y la protección de víctimas y testigos.
- Tales medidas de protección no debían constituir un número exhaustivo, considerándose de importancia en determinados casos el preservar la identidad de víctimas y testigos.
- La Corte debería poder comprometer la colaboración y cooperación de víctimas y testigos antes de brindarles protección alguna, debiendo incentivar a tales personas a prestar testimonio, para lo que resultaba imprescindible otorgarles el respeto y consideración debidos, especialmente a discapacitados, niños y víctimas de agresiones sexuales.
- Conveniencia de que las víctimas y los testigos fueran permanentemente informados sobre la marcha del proceso y recibiesen atención adecuada durante su curso, proponiéndose establecer una dependencia de víctimas y testigos dentro de la secretaría o fiscalía de la Corte, siguiéndose el ejemplo del TPIY.
- Se manifestó la conveniencia del establecimiento de disposiciones sobre la compensación a las víctimas por los daños y perjuicios ocasionados, sugiriéndose facultar a la Corte para tomar decisiones a tal fin, crear un fondo para ello y permitir la participación de la víctima y el acusado en las actuaciones sobre el particular.

En el terreno procesal se echa en falta el que no se considerase la cuestión de considerar a las víctimas como parte en el proceso.

La cristalización de este proceso fue la aprobación del Estatuto de Roma, que presenta un tratamiento a las víctimas que por el momento podemos considerar de disperso, iniciándose en el propio Preámbulo, siguiendo su curso por los procedimientos de activación de la Corte y el «estatus procesal» que se les confiere (y el que no se les confiere), hasta llegar al derecho a las reparaciones, pasando por la debida protección que les ha de ser otorgada, lo que nos conducirá al examen de aspectos institucionales de la Corte, a saber, la Dependencia de Víctimas y testigos y el Fondo Fiduciario.

6.2. El mecanismo de activación de la corte¹¹⁴

De la lectura del Preámbulo del Estatuto de Roma extraemos como primera e importante conclusión que la Corte Penal Internacional, como institución judicial

¹¹⁴ Cfr. García Labajo, J. M. «*Algunos aspectos procesales de la Corte Penal Internacional*», conferencia dentro de las IV Jornadas de Ase-

soramiento Jurídico Militar en el ámbito de la Defensa, ED. Ministerio de Defensa, noviembre 2002, p. 301 a 303.

permanente e independiente con jurisdicción mundial, supone, o al menos debe suponer para la comunidad internacional en general y para las víctimas en particular, la conciencia de la existencia de un mecanismo para poner fin a la impunidad de los más graves crímenes internacionales cometidos, lo que a su vez debe constituir para los potenciales autores de tales crímenes un elemento disuasorio para su comisión.

A través del Estatuto, y junto con las «Reglas de procedimiento y prueba» –que establecen el desarrollo de los principios contenidos en el mismo–, y el Reglamento de la Corte –aprobado por los Magistrados el 26 de junio de 2004 de conformidad con el artículo 52 del Estatuto–¹¹⁵ se incorporan nuevas herramientas de acción a las víctimas de crímenes internacionales, que aparecían hasta ahora como mero elemento probatorio de un procedimiento específico, «*obviándose todo reclamo que una víctima quisiera manifestar, así como su imposibilidad de ser parte activa en los procesos*»¹¹⁶.

La actividad de la Corte viene presidida, como hemos tenido ocasión de señalar, por el llamado «principio de complementariedad» lo que supone que ésta no sustituye a las jurisdicciones estatales aunque se cometan crímenes de su competencia, sino que las complementa, tratándose con ello de evitar la impunidad de los crímenes de más grave trascendencia para la comunidad internacional cuando los Estados no puedan o no quieran actuar en su enjuiciamiento y castigo.

Como se señaló con anterioridad¹¹⁷ presupuesto para la actuación de la Corte sobre crímenes de su competencia (art. 5) se requiere que sean partes en el Estatuto o, sin serlo, hayan aceptado la competencia de la Corte para que ésta conozca de un asunto determinado, el Estado en cuyo territorio se haya producido el hecho o el Estado de que sea nacional la persona objeto de investigación o enjuiciamiento (art. 12).

Constituye así mismo un requisito temporal el que los presuntos crímenes objeto de investigación hayan sido cometidos después de la entrada en vigor del Estatuto (art. 11).

Sin embargo, la Corte no puede actuar de oficio en ejercicio de su competencia, haciéndolo a través del Fiscal, que es indiscutible titular de la acción penal, bien por propia iniciativa o a instancia de un Estado Parte o del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (art. 13).

De conformidad con el artículo 14 del Estatuto, todo Estado parte tiene la posibilidad de remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de competencia de la Corte y pedirle que investigue la misma, con el fin de determinar si se ha de acusar de la comisión de tales crímenes a una o varias personas determinadas, debiéndose acompañar la documentación justificativa de que disponga el Estado.

¹¹⁵ Vid. http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/B920AD62-DF49-4010-8907-E0D8CC61E-BA4/277531/ICCBD010104_Spanish.pdf

¹¹⁶ Vid. García Martínez, M. P. «*Las Víctimas y los Testigos en la Corte Penal Internacional*», cit.

¹¹⁷ Nota 23.

El Fiscal (art. 15) podrá recibir informaciones de los Estados, de los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas acerca de la perpetración de crímenes de la competencia de la Corte, pero necesitará autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para abrir una investigación, que solicitará cuando considere que existe fundamento suficiente para ello.



«Una de las grandes innovaciones del Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus Reglas de Procedimiento y Prueba es la serie de derechos reconocidos a las víctimas. For the first time in the history of international criminal justice, victims have the possibility under the Statute to present their views and observations before the Court. Por primera vez en la historia de la justicia penal internacional, las víctimas tienen la posibilidad en virtud del Estatuto para presentar sus opiniones y observaciones ante el Tribunal»¹¹⁸.

El concepto de víctima, como hemos tenido ocasión de señalar, nos lo ofrece la Regla 85, incluyendo a todas «*las personas naturales que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de algún crimen de la competencia de la Corte*», y a «*las organizaciones o instituciones que hayan sufrido daños directos a alguno de sus bienes que esté dedicado a la religión, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia y a sus monumentos históricos, hospitales y otros lugares y objetos que tengan fines humanitarios*».

Las víctimas pueden remitir informaciones al Fiscal y presentar observaciones por escrito a la Sala de Cuestiones Preliminares en los casos en que éste entienda que existe fundamento para abrir una investigación (Regla 50. 1 y 3). La Norma 87.1 del Reglamento de la Corte dispone que «*el Fiscal deberá notificar a la Sala de Cuestiones Preliminares la información presentada conforme a la subregla 1 de la regla 50, incluyendo la fecha en que se presentó la información*».

¹¹⁸ Vid: página web CPI, <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Victims/>.

La Norma 50 del precitado Reglamento concreta en 30 días el plazo para que las víctimas presenten tales observaciones, «*a partir de la presentación de la información conforme a la subregla 1 de la regla 50*», lo que hemos de interpretar se refiere a la recepción por las víctimas (o sus representantes legales) de la comunicación de inicio de una investigación, a que alude la mencionada regla, que habrá de ir acompañada de la correspondiente documentación justificativa que el Fiscal haya reunido y en la que fundamente su petición de autorización de abrir una investigación a la Sala de Cuestiones Preliminares¹¹⁹.

No se contempla expresamente ni el Estatuto ni las Reglas análoga posibilidad en el caso de que el Fiscal considere que la información facilitada es insuficiente para abrir una investigación, bastando en este caso con que se comunique tal circunstancia a quien la hubiese facilitado (art. 15.6), estableciendo la Regla 49 la obligación que le incumbe de que tal comunicación se haga con prontitud y de manera que «*se evite todo peligro para la seguridad, el bienestar y la intimidación de quienes hayan suministrado la información*».

Esto no obstante, la Regla 92.2 establece que «*a fin de que las víctimas puedan pedir autorización para participar en las actuaciones de conformidad con la regla 89, la Corte les notificará la decisión del Fiscal de no abrir una investigación o no proceder al enjuiciamiento de conformidad con el artículo 53. Serán notificados las víctimas o sus representantes que hayan ya participado en las actuaciones o, en la medida de lo posible, quienes se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación o la causa de que se trate. La Sala podrá decretar que se tomen las medidas indicadas en la subregla 8 (publicidad suficiente, incluso recabando la cooperación de los Estados y la asistencia de organizaciones intergubernamentales) si lo considera adecuado en las circunstancias del caso*».

A primera vista, resulta complejo el comprender el alcance de este precepto, ya que se da oportunidad a las víctimas de solicitar participar en unas actuaciones que presumiblemente no se van a llevar a la práctica; una interpretación lógica del mismo nos hace entender que lo pretendido es advertir a las víctimas de tal circunstancia, toda vez que, siendo una de las causas que permiten al Fiscal no iniciar una investigación o enjuiciamiento el no redundar éstos en interés de la justicia teniendo en cuenta factores como «*el interés de las víctimas*» (art. 53), podría la Sala, en aras de tal interés, recabar sus observaciones, para lo que resulta necesaria con carácter general, tal y como dispone la Regla 93, su participación en el proceso «*con arreglo a las reglas 89 a 91*», pudiendo la referida Sala, en última instancia, revisar de oficio la decisión del Fiscal.

¹¹⁹ El Reglamento de la Secretaría, que podemos consultar en <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Structure+of+the+Court/Registry/Regulations+of+the+Registry/>, Norma 102.1 dispone:

«*Cuando el Fiscal se proponga solicitar la autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación con arreglo al párrafo 3 del artículo 15, la Secretaría, cuando se le solicite, podrá prestar asistencia para proporcionar información a las víctimas*».

La Norma 87.2 del Reglamento de la Corte concreta la manera de practicar a las víctimas la notificación de tal decisión del Fiscal disponiendo que «*El Fiscal deberá informar al Secretario de su decisión de no abrir una investigación o de no proceder a un enjuiciamiento conforme a los párrafos 1 y 2 del artículo 53 respectivamente, y deberá proporcionarle toda la información pertinente para que el Secretario a su vez la notifique a las víctimas según se dispone en la subregla 2 de la regla 92.*»¹²⁰.

Como hemos señalado, cuando el Fiscal se proponga recabar autorización a la Sala de Cuestiones Preliminares para el inicio de una investigación debe comunicarlo a las víctimas «*de las que él o la Dependencia de Víctimas y Testigos tenga conocimiento o a sus representantes legales*» (Regla 50.1), a menos, continúa esta Regla, que decida que ello puede poner en peligro la integridad de la investigación o la vida y el bienestar de las víctimas y los testigos, pudiendo recurrir a medios «generales» a fin de dar aviso a grupos de víctimas¹²¹; la Sala de Cuestiones Preliminares podrá pedir, antes de decidir que procedimiento se ha de seguir, información adicional a las víctimas que hayan presentado observaciones como consecuencia de la comunicación referida (y al fiscal), celebrándose una audiencia si ello se considera necesario. La decisión adoptada se comunicará a las víctimas que hayan hecho tales observaciones.

Podemos concluir, por lo que a la intervención de las víctimas en el mecanismo de activación de la Corte se refiere, afirmando:

1. Las víctimas pueden poner en conocimiento del Fiscal los presuntos hechos delictivos por los que resulten afectadas, bien directamente o por medio de representante, quedando a criterio de la fiscalía el determinar si se trata de una «fuente fidedigna»¹²².

¹²⁰ El Reglamento de la Secretaría, Norma 102.2 dispone:

«Cuando el Fiscal tenga el deber de informar a las víctimas que le hayan proporcionado información con arreglo al párrafo 6 del artículo 15, la Secretaría podrá, cuando se le solicite, prestar asistencia para proporcionar información a las víctimas».

¹²¹ La Norma 103.2 del Reglamento de la Secretaría dispone: «Cuando el Fiscal decida informar por medios de difusión generales de conformidad con la subregla 1 de la regla 50, la Secretaría podrá prestar asistencia para informar a las víctimas, cuando se le solicite que lo haga, y consiguientemente informará al Fiscal a los efectos del numeral 1 de la norma 87 del Reglamento de la Corte».

¹²² The Office of the Prosecutor (OTP) is one of the four organs of the Court and is headed by Luis Moreno - Ocampo , the Prosecutor, who took office on 16 June 2003. La Oficina del Fiscal (OTP) es uno de los cuatro órganos de la Corte y está dirigida por Luis Moreno - Ocampo, el Fiscal, quien asumió el cargo el 16 de junio de 2003.

The OTP is composed of three Divisions headed by Fatou Bensouda , the Deputy Prosecutor in charge of Prosecutions Divisions, Béatrice Le Fraper du Hellen, the Director of the Jurisdiction Complementarity and Cooperation Division and Michel de Smedt , acting Head of Investigations Division. Está compuesta por tres divisiones encabezadas por Fatou Bensouda, Fiscal Adjunto a cargo de la División de Procesamiento, Béatrice Le FRAPER du Hellen, Directora de la División de Jurisdicción Complementariedad y Cooperación y Michel de Smedt, Jefe de la División de Investigaciones.

The Court has jurisdiction over genocide, crimes against humanity and war crimes committed by nationals of a State Party or on the territory of a State Party on or after 1 July 2002, the date of entry into force of the Rome Statute .The OTP is currently investigating four situations: Northern Uganda ; the Democratic Republic of Congo ; the Darfur, Sudan and the Central African Republic .La Fiscalía investiga actualmente cuatro situaciones: el norte de Uganda, la República Democrática del Congo, Darfur, Sudán y la República Centroafricana.

2. El fiscal, cuando se propone iniciar una investigación, ha de comunicarlo a las víctimas, lo que, como veremos en el siguiente apartado, no supone en modo alguno un «ofrecimiento de acciones» de ningún tipo, al estilo de lo estipulado en el artículo 109 de la LECR española, sino más bien un ofrecimiento o aviso de la posibilidad de formular observaciones y opiniones en el procedimiento.

A la vista de tales afirmaciones, la falta de legitimación activa de las víctimas ante la Corte Penal Internacional resulta manifiesta.

Autores como Daniel I. García San José¹²³ apuntan como posibles razones a esta falta de legitimación activa las siguientes:

- El temor de determinados Estados (especialmente Estados Unidos) a que la Corte se viera desbordada por un incesante número de quejas individuales.
- Imitación del modelo anglosajón (Adversarial process), articulándose el proceso como una controversia entre el Estado, representado por el fiscal, y el acusado, actuando el juez como árbitro imparcial.
- Consideración de las víctimas en el Estatuto como «objeto de derecho» o bien jurídico digno de protección y no como titular de derechos cuya violación puede denunciar ante una instancia internacional.
- Entender que el principio de justicia en el Estatuto equivale a respeto al orden público internacional más que a justicia reparatoria de las víctimas.

Crítica este autor que esta ausencia de legitimación activa puede resultar contraria al principio de complementariedad enunciado en el Estatuto, ya que «complementar» implica «añadir algo que falta, pero no quitar algo que se posee», planteando, ante el supuesto de aquéllas jurisdicciones nacionales en que los crímenes de la competencia de la Corte han sido incorporados al derecho interno (como es el caso de España), teniendo en consecuencia las víctimas reconocida legitimación activa ante los tribunales penales estatales, la pregunta de si no resulta deshonesto el sustraer a las víctimas, por motivos de conveniencia política, de tal derecho cuando el caso es llevado ante la Corte Penal Internacional.

Frente a esta crítica hemos de señalar que el mismo argumento, unido al adecuado entendimiento de la legitimación activa como parte integrante del más amplio derecho a obtener la tutela judicial efectiva, podría servir precisamente para hacernos entender tal ausencia de legitimación, toda vez que, para que un presunto crimen caiga bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional han de concurrir circuns-

The OTP is currently conducting preliminary analysis of situations in a number of countries including Chad, Kenya, Afghanistan, Georgia, and Colombia. La Fiscalía está llevando a cabo un análisis preliminar de las situaciones en varios países, entre ellos el Chad, Kenia, Afganistán, Georgia y Colombia.

¹²³ García San José, D. I. «La configuración Jurídica de las Víctimas de los Crímenes de la Competencia de la Corte Penal Internacional», en La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000. P. 457 a 479.

tancias ciertamente excepcionales, como son el hecho de que los tribunales penales nacionales ante los que se reconoce legitimación activa a las víctimas no puedan, no quieran actuar o lo hagan de modo negligente, es decir, cuando tal legitimación activa queda vacía de contenido al negarse, de iure o de facto, el más amplio derecho a la tutela judicial efectiva.

En éste caso, el propio Estado que niega tal derecho se ha comprometido (compromiso político asumido por vía de tratado internacional) a que una nueva instancia con jurisdicción universal «complete» aquello que falta y él no puede garantizar, asegurando en consecuencia a las víctimas la posibilidad de obtener una tutela judicial efectiva con unas condiciones especiales en cuanto a la legitimación activa y procedimiento se refiere, con lo que, hemos de concluir, se «añade algo que falta» (la posibilidad de obtener la tutela judicial efectiva) «sin quitar algo que se posee» (toda vez que tal posibilidad no se tenía en el Estado de origen).

6.3. Intervención de las víctimas en el proceso

La participación de las víctimas en las actuaciones aparece contemplada de modo general en el artículo 68.3 del Estatuto, donde, bajo la rúbrica «Protección de las víctimas y testigos y su participación en las actuaciones» se establece que «*La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos...*»¹²⁴. El Capítulo 4 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (Disposiciones relativas a diversas etapas del procedimiento), dedica su Sección III a «Víctimas y testigos» (Reglas 85 a 99), refiriéndose la Subsección 3 a la «Participación de las víctimas en el proceso» (Reglas 89 a 93). Por su parte, el Reglamento de la Corte dedica su Capítulo 5 a «La participación de las víctimas y las reparaciones a las víctimas» (Normas 86 a 88).

La Regla 89 aparece rubricada como «Solicitud de que las víctimas participen en el proceso», concretando el apartado 1. de la misma lo que a esta participación se refiere al disponer: «*las víctimas*¹²⁵, *para formular sus opiniones y observaciones, deberán presentar una solicitud escrita al Secretario, que la transmitirá a la Sala que corresponda...*». Deberá también –adoptando las medidas necesarias para proteger la seguridad, el bienestar, la dignidad, y la vida privada de las mismas– proporcionar

¹²⁴ La Norma 24 del Reglamento de la Corte dispone que: «Con sujeción a cualquier orden de la Sala, las víctimas o sus representantes legales podrán presentar una respuesta a cualquier documento cuando les esté permitido participar en el juicio de conformidad con el párrafo 3 del artículo 68 y la subregla 1 de la regla 89».

¹²⁵ O sus representantes, según dispone La Regla 89.3. «También podrá presentar una solicitud a los efectos de la presente regla una persona que actúe con el consentimiento de la víctima o en representación de ella en el caso de que sea menor de edad o tenga una discapacidad que lo haga necesario».

una copia al Fiscal y la defensa que tienen «derecho a responder»¹²⁶. Concretamente la solicitud debe ser enviada a (diremos mejor canalizada hacia) la «Unidad de Participación y Reparación de las Víctimas» de la Secretaría (Victims' Participation and Reparation Section)¹²⁷.

La Sala, que podrá rechazar las solicitudes presentadas si considera que no han sido presentadas por una víctima o que no se han cumplido los criterios enunciados en el párrafo 3 del artículo 68 (entendemos que con arreglo a este inciso, las solicitudes no se admitirían por resultar de alguna manera en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial o sea incompatible con éstos) especificará entonces las actuaciones y forma en que se considera procedente la intervención, que podrá comprender la formulación de «*alegatos iniciales y finales*».

También se contempla en el inciso final de esta Regla, y en aras del principio de economía procesal, la posibilidad dictar una sola resolución cuando haya más de una solicitud.

Caso de rechazarse una solicitud, se podrá reproducir la misma en una etapa posterior de las actuaciones debiendo, lógicamente, seguirse nuevamente el procedimiento de presentación y tramitación descrito.

La Norma 86 del Reglamento de la Corte concreta los detalles que a la participación de las víctimas en el proceso conforme a la regla precitada se refieren disponiendo:

«1. A los efectos de la regla 89 y con sujeción a lo dispuesto en la regla 102 (utilización de medios electrónicos, de audio o video para hacer peticiones, solicitudes o comunicaciones por quien por ser analfabeto o discapacitado no pueda dirigirse a la Corte por escrito), las víctimas deberán presentar una solicitud por escrito al Secretario, quien elaborará un modelo tipo a tales fines, que será aprobado de conformidad con el numeral 2 de la norma 23. Estos modelos tipo se pondrán, en la medida de lo posible, a disposición de las víctimas, los grupos de víctimas y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales

¹²⁶ En tal sentido, lo Norma 99.1 del Reglamento de la Secretaría dispone que: «Cuando se reciba una solicitud de una víctima y mientras la Sala no adopte una decisión, la Secretaría examinará la solicitud y evaluará si la divulgación al Fiscal, a la Defensa y/o a los demás participantes de cualquier información que contenga tal solicitud, puede poner en peligro la protección y la seguridad de la víctima de que se trate».

¹²⁷ La Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) en artículo de fecha 24 de enero de 2009, se congratula de la apertura del juicio de la

Corte Penal Internacional contra Thomas Lubanga Dilo, señalando que «, la FIDH y sus organizaciones miembro se complacen de la participación de víctimas de crímenes a un juicio delante de un tribunal penal internacional, por primera vez en la historia. El Estatuto de la CPI permite a las víctimas comparecer ante la Corte, con el fin de expresar sus opiniones y observaciones. 93 víctimas han sido admitidas en el proceso contra Thomas Lubanga; serán representadas por tres equipos de abogados que defenderán sus intereses a lo largo del juicio». En <http://www.fidh.org/spip.php?article6289>

que puedan colaborar en su difusión de la manera más amplia posible. En la medida de lo posible las víctimas utilizarán estos modelos tipo.

2. Los modelos tipo y las demás solicitudes descritas en el numeral 1 deberán contener, en la medida de lo posible, la siguiente información¹²⁸:

- a) La identidad y el domicilio de la víctima, o el domicilio al que la víctima solicita que se le envíen todas las comunicaciones o, en caso de que la solicitud sea presentada por una persona que no sea la víctima según se establece en la subregla 3 de la regla 89, la identidad y el domicilio de dicha persona o el domicilio al que dicha persona solicita que se le envíen todas las comunicaciones.*
- b) Si la solicitud se presenta de conformidad con la subregla 3 de la regla 89, prueba del consentimiento de la víctima o prueba de la situación de la víctima cuando fuera menor de edad o tenga una discapacidad, que se deberá presentar junto con la solicitud, bien por escrito o bien de conformidad con lo dispuesto en la regla 102;*
- c) Una descripción de los daños sufridos a consecuencia de cualquier delito cometido dentro de la jurisdicción de la Corte o, en caso de que la víctima sea una organización o institución, una descripción de los daños directos según se describe en el literal b) de la regla 85;*
- d) Una descripción del incidente, incluyendo el lugar y la fecha y, en la medida de lo posible, la identidad de la o las personas que la víctima cree responsables de los daños descritos en la regla 85;*
- e) Toda documentación justificativa pertinente, incluyendo el nombre y domicilio de los testigos;*
- f) Información acerca de los motivos por los cuales se han visto afectados los intereses personales de la víctima;*

¹²⁸ En la página Web de la Corte podemos encontrar formularios y un folleto explicativo para facilitar a las víctimas su participación ante la misma. El formulario para la participación de la víctima - persona individual o personas que actúen en su nombre- lo encontramos en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/5C713EAC-AAE0-46A9-A6F3-CB019284D740/144100/FormParticipation1_en1.pdf , mientras que el destinado a asociaciones o instituciones que pretenden participar como víctima lo podemos descargar en http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/COE3D2C0-6565-4A9A-9F38-49392DFE7F44/277087/FormParticipation2_en1.pdf . El amplio folleto, que contiene explicaciones sobre lo que es la Corte Penal Internacional, el papel de las víctimas y como pueden participar en las deliberaciones, victims and how they can participate in its proceedings.se encuentra en <http://www.icc-cpi.int/>

[NR/rdonlyres/04DDAEA9-6023-492F-AE24-53CF9C9F6D92/144111/VPRS_Booklet_En.pdf](http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04DDAEA9-6023-492F-AE24-53CF9C9F6D92/144111/VPRS_Booklet_En.pdf) remitiéndose finalmente en caso de duda a la Victims Participation and Reparations Section.

Las Normas 104 y 105 del Reglamento de la Secretaría ase refieren a los mismos, mientras que las 106, 107 y 108 se refieren respectivamente a la recepción, examen y acceso a las solicitudes.

Se prevé también la retirada de la solicitud -Norma 101- en los siguientes términos:

«1. Si una víctima decide retirar una solicitud de participación o reparaciones antes de que la Secretaría haya presentado la solicitud a la Sala, la Secretaría presentará a dicha Sala la solicitud y el retiro, junto con un informe en que se indiquen las razones que se hayan dado para el retiro.

2. Si la solicitud ya ha sido presentada a la Sala, la Secretaría presentará el retiro a dicha Sala, indicando las razones que se hayan dado para el retiro».

- g) *Información sobre la etapa del procedimiento en la que la víctima desea participar y, de ser aplicable, la reparación que pretende obtener;*
- h) *Información sobre el alcance de la representación legal con la que espera contar la víctima, si la hubiere, incluyendo el nombre y domicilio de los posibles representantes legales e información sobre los medios financieros con los que cuentan la o las víctimas para pagar a un representante legal.*
3. *Las víctimas que deseen participar en el proceso en primera instancia y/o en la apelación deberán, en la medida de lo posible, presentar su solicitud al Secretario antes del inicio de la etapa del procedimiento en la que deseen participar.*
 4. *El Secretario podrá solicitar información adicional a las víctimas o a quienes presenten una solicitud conforme a la subregla 3 de la regla 89 a los efectos de asegurarse, antes de su transmisión a una Sala, de que dicha solicitud contenga, en la medida de lo posible, la información mencionada en el numeral 2 que antecede. El Secretario podrá también solicitar información adicional a los Estados y al Fiscal, y también a organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.*
 5. *El Secretario deberá presentar a la Sala todas las solicitudes descritas en la presente norma junto con un informe sobre las mismas. El Secretario procurará presentar un informe por cada grupo de víctimas, teniendo en cuenta los intereses específicos de las mismas¹²⁹.*
 6. *Con sujeción a lo dispuesto en cualquier orden dictada por la Sala, el Secretario podrá también presentar a la Sala que conoce la causa o la situación un informe sobre un cierto número de solicitudes recibidas de conformidad con el numeral 1 a los efectos de ayudar a la Sala a dictar una sola decisión sobre un cierto número de solicitudes presentadas de conformidad con la subregla 4 de la regla 89. Se podrán presentar en forma periódica informes que cubran todas las solicitudes recibidas durante un cierto período.*
 7. *Antes de adoptar una decisión sobre una solicitud, la Sala podrá solicitar, de ser necesario con la asistencia del Secretario, información adicional a, entre otros, los Estados, el Fiscal, las víctimas o las personas que actúan en nombre de las víctimas o con su consentimiento. Si se recibe información de los Estados o el Fiscal, la Sala ofrecerá a la o las víctimas pertinentes una oportunidad de presentar su respuesta.*
 8. *Las decisiones adoptadas por una Sala conforme a la regla 89 se aplicarán durante toda la tramitación de la misma causa, con sujeción a la facultad otorgada a la Sala pertinente por la subregla 1 de la regla 91.*
 9. *Se creará una dependencia especializada que se encargará de la participación de las víctimas y sus reparaciones, que actuará bajo la*

¹²⁹ A tal Informe se refiere la Norma 109 del Reglamento de la Secretaría.

autoridad del Secretario. Esta dependencia será responsable de prestar asistencia a las víctimas y los grupos de víctimas.»¹³⁰

6.3.1. Formular opiniones y observaciones

Resulta pues más que evidente que las víctimas en ningún momento adquieren la condición de parte en el procedimiento desarrollado ante la Corte, quedando su papel relegado al de meros «coadyuvantes» de la acción penal cuya titularidad recae en el Fiscal, pudiendo éstas en tal concepto formular tan sólo opiniones y observaciones, con los condicionantes que las propias Reglas les imponen. Tienen derecho, en resumen, a ser oídas¹³¹.

Tampoco se establece un plazo para la prescripción de este derecho de las víctimas a ser oídas, luego podrán ejercitarlo, previa presentación y aceptación por la Sala de la correspondiente solicitud, en cualquier fase del procedimiento¹³². En cualquier

¹³⁰ El Reglamento de la Secretaría contempla como medidas asistenciales a prestar por la Secretaría las siguientes:

- El transporte de los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las personas en riesgo (Norma 81).
- Alimentación y alojamiento completos y adecuados a los testigos, a las víctimas que comparezcan ante la Corte y a las personas en riesgo (Norma 82).
- Programa de apoyo, que se aplicará también sobre el terreno, a fin de prestar lo antes posible asesoramiento y asistencia psicológicos y sociales a las víctimas, los testigos y sus familias, los acompañantes y las personas en riesgo. además asistencia permanente a las víctimas que comparezcan ante la Corte, a los testigos y a los acompañantes, durante toda su estadía (Norma 83).
- Asignación para gastos incidentales a los testigos, a las víctimas que comparezcan ante la Corte, a las personas en riesgo y a los acompañantes que deban ser alojados durante una noche en cualquier etapa de su viaje (Norma 84).
- Subsidio de asistencia para los testigos como compensación de los salarios, los ingresos y el tiempo perdido por prestar testimonio. No tendrán que formular una Solicitud ni presentar comprobantes para recibir el subsidio de asistencia (Norma 85).
- Subsidio extraordinario por pérdida de ingresos a los testigos, previa solicitud y justificación del lucro cesante (Norma 86).

- Transporte de peritos y pago de dietas a los mismos (Norma 87).
- Atención de la salud y bienestar a los testigos, a las víctimas que comparezcan ante la Corte y a las personas en riesgo, incluso mediante redes locales para encargarse de la atención de la salud y el bienestar sobre el terreno, contemplando especialmente asistencia psicológica, en particular a los niños, los impedidos, los ancianos y las víctimas de violencia sexual (Norma 89).
- Atención a las personas a cargo de los testigos y las víctimas que comparezcan ante la Corte (Norma 90).
- Permitir que los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las personas en riesgo traigan con ellos a la Corte, y a costa de ésta, como acompañante a una persona que les preste apoyo (Norma 91).

¹³¹ Vargas Silva, C.I., en «*Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*», cit., p. 325, señala como esta posibilidad de presentar observaciones supone una importante novedad no contemplada en los Estatutos de los Tribunales precedentes.

¹³² Como señalamos, la Norma 86.3 del Reglamento de la Corte dispone que «3. Las víctimas que deseen participar en el proceso en primera instancia y/o en la apelación deberán, en la medida de lo posible, presentar su solicitud al Secretario antes del inicio de la etapa del procedimiento en la que deseen participar», admitiéndose implícitamente la presentación de la solicitud después del inicio de la etapa del procedimiento en la que se desee participar.

caso una Sala puede, además, (Regla 93 in fine) «*recabar observaciones de otras víctimas cuando proceda*». Este inciso, hemos de entenderlo referido precisamente a las víctimas que, por cualquier causa, «no participen» en el proceso, pero «se hayan puesto en contacto con la Corte en relación con la situación o la causa de que se trate» (Regla 92).

Entendemos así mismo que a estas víctimas puede referirse también la Norma 80 del Reglamento de la Corte, relativa al nombramiento de representantes legales de las víctimas por una Sala, cuando dispone que :

- «1. *Previa consulta al Secretario, las Salas podrán nombrar a un representante de las víctimas cuando dicho nombramiento sea necesario en interés de la justicia.*
- 2. *La Sala podrá nombrar a un abogado que sea integrante de la Oficina Pública de Defensa de las víctimas.»*¹³³

Podemos, utilizando un juego de palabras, afirmar que las víctimas no son parte en el proceso pero forman o pueden formar parte del mismo.

En consonancia con lo expuesto podemos citar:

- El artículo 19.3 del Estatuto, relativo a la impugnación de la competencia de la Corte o de la admisibilidad de la causa, otorga a las víctimas el derecho de presentar observaciones en relación con dichas cuestiones.
- Artículo 68.2 que, en orden a la protección de víctimas y testigos establece que se puede ordenar la celebración del juicio a puerta cerrada, la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros especiales, en particular cuando se trate de víctimas de agresión sexual o menores de edad, «*teniendo en cuenta la opinión de la víctima*».
- Artículo 75.3, donde se establece el derecho de las víctimas a presentar observaciones en lo que a las reparaciones se refiere.

¹³³ A la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas se refiere la Norma 81 del Reglamento de la Corte en los siguientes términos:

- «1. *El Secretario deberá crear y desarrollar una Oficina Pública de Defensa de las víctimas a los efectos de prestarles la asistencia descrita en el numeral 4.*
- 2. *La Oficina Pública de Defensa de las víctimas actuará dentro de las competencias de la Secretaría solamente a los efectos administrativos y será en todos sus demás aspectos una oficina totalmente independiente. Los abogados de la Oficina y sus asistentes actuarán en forma independiente.*
- 3. *La Oficina Pública de Defensa de las víctimas podrá incluir a abogados que reúnan*

las condiciones establecidas en la regla 22 y la norma 67. La Oficina incluirá particularmente asistentes a los que hace referencia la norma 68.

- 4. *La Oficina Pública de Defensa de las víctimas también deberá prestar apoyo y asistencia al representante legal de las víctimas y a las víctimas, incluyendo, cuando sea procedente:*
 - a) *Investigaciones y asesoramiento letrado, y*
 - b) *Comparecencia ante una Sala en relación con ciertos asuntos específicos.»*

Las Normas 114 a 117 del Reglamento de la Secretaría desarrollan la composición, funcionamiento y cometidos de esta Oficina.

Una Sala (Regla 93), a su vez, podrá recabar observaciones a las víctimas o sus representantes legales que participen sobre cualquier cuestión incluidas aquéllas a que se hace referencia en:

- La Regla 107: solicitud a la Sala de Cuestiones Preliminares, de un Estado que haya remitido un asunto o del Consejo de Seguridad, de revisión de una decisión del fiscal de no iniciar una investigación.
- Regla 109: revisión de oficio por la Sala de Cuestiones Preliminares de la decisión del Fiscal de no iniciar una investigación o no proceder al enjuiciamiento en interés de la justicia.
- Regla 125: celebración de una audiencia de confirmación de los cargos en ausencia del imputado.
- Regla 128: modificación de cargos por el Fiscal antes de iniciar el juicio.
- Regla 136: acumulación y separación de autos de quienes hayan sido acusados conjuntamente.
- Regla 139: decisión de la Sala de Primera Instancia sobre culpabilidad.
- Regla 191: seguridades que la Sala de Primera Instancia ha de dar a peritos o expertos que comparezcan ante ella de no ser enjuiciados, detenidos ni se perseguirá su libertad personal por una acción u omisión anterior a su salida del Estado requerido.

La expresión usada en esta Regla «podrá», entendemos debe ser interpretada con carácter general más como un imperativo que como algo facultativo en lo que a las materias acabadas de exponer se refiere, dado la relevancia que las mismas pueden tener para los intereses de las víctimas.

La Norma 54 del Reglamento de la Corte contempla, como uno de los asuntos sobre los que la Sala de Primera Instancia, en una reunión con las partes, puede dictar cualquier orden que considere procedente en interés de la justicia a los efectos del procedimiento, las condiciones en que las víctimas participarán en el mismo.

6.3.2. *El representante*

Las víctimas no pueden llevar a la práctica este derecho a formular opiniones y observaciones por sí mismas, mediante comparecencia personal ante la Corte, sino que han de ejercerlo por medio de representante. En este sentido, el artículo 68.3 in fine del Estatuto dispone que «Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y prueba»¹³⁴, es decir, se ha de contar con la representación legal adecuada, con quién tenga «capacidad de postulación». A esta cuestión se dedican las Reglas 90 (representantes de las víctimas) y 91 (participación de los representantes en el proceso) en los siguientes términos:

¹³⁴ Hemos de realizar la distinción entre el derecho a presentar observaciones y opiniones, que se ejercita por medio de representante, y el

que tienen las víctimas de prestar declaración en tal concepto ante la Corte y que obviamente se realiza personalmente a requerimiento de ésta.

- «1. La víctima podrá elegir libremente un representante.
2. Cuando haya más de una víctima, la Sala, a los efectos de la eficacia del procedimiento, podrá pedir a todas o a ciertos grupos de ellas, de ser necesario con la asistencia de la Secretaría (Sección de Participación y Reparación de las Víctimas) que nombren uno o más representantes comunes. La Secretaría, para facilitar la coordinación de la representación de las víctimas, podrá prestar asistencia y, entre otras cosas, remitir a las víctimas a una lista de abogados, que ella misma llevará, o sugerir uno o más representantes comunes¹³⁵.
3. Si las víctimas no pudieren elegir uno o más representantes comunes dentro del plazo que fije la Sala, ésta podrá pedir al Secretario que lo haga.
4. La Sala y la Secretaría tomarán todas las medidas que sean razonables para cerciorarse de que, en la selección de los representantes comunes, estén representados los distintos intereses de las víctimas, especialmente según lo previsto en el párrafo 1 del artículo 68, y se eviten conflictos de intereses.
5. La víctima o el grupo de víctimas que carezca de los medios necesarios para pagar un representante designado por la Corte podrá recibir asistencia de la Secretaría e incluida, según proceda, asistencia financiera.
6. El representante de la víctima o las víctimas deberá reunir los requisitos enunciados en la subregla 1 de la regla 22» (los exigidos a los abogados defensores)».

Esta Regla 90 suscita algunas cuestiones de interés. Así, por ejemplo, nos lleva a distinguir entre la figura del asesor legal de las víctimas y la de su representante¹³⁶. Las víctimas no tienen que estar representadas o actuar ante la Corte por abogado, lo que resulta lógico al no ostentar la condición de parte, si bien es cierto que pueden necesitar de su asistencia legal. El precepto que analizamos reconoce de manera velada tal obviedad ya que habla de «representante», y en un momento dado, el párrafo 2, al hacer alusión a la representación común que por eficacia del procedimiento puede ser necesario ostentar, hace mención a que la Secretaría «podrá prestar asistencia y, entre otras cosas, remitir a las víctimas a una lista de abogados...», para acto seguido añadir «o sugerir uno o más representantes comunes». En cualquier caso, como hemos visto, el representante deberá tener la cualificación que se exige a los abogados de los acusados.

En cualquier caso, tanto en el Reglamento de la Corte, como en el de la Secretaría, por «abogado» se entiende tanto un abogado defensor como un representante legal de una víctima (Norma 2), aunque a lo largo del articulado de estas normas se distinga entre figuras que son evidentemente diferentes¹³⁷.

¹³⁵ La Norma 112 del Reglamento de la Secretaría desarrolla lo extremos de la Asistencia a las víctimas en la elección de representantes legales.

¹³⁶ La misma distinción se aprecia en la precitada Norma 80 del Reglamento de la Corte.

¹³⁷ Por ejemplo, Norma 116 del Reglamento de la Secretaría:

«Cuando los miembros de la Oficina (del Defensor Público para las Víctimas) se desempeñen como abogados de oficio o como representan-

Por otra parte resulta comprensible la preeminencia que se da a la eficacia del procedimiento frente a la discrepancia de las víctimas a la hora de designar su representante, a las que por medio del Secretario se puede llegar a imponer uno. El presumible elevado número de afectados por los crímenes de la competencia de la Corte y el eventual conflicto de intereses ente éstos justifica sobradamente tal medida.

La Norma 79 del Reglamento de la Corte, concreta los extremos a que podrá extenderse la decisión de la Sala sobre los representantes legales de las víctimas:

- «1. La decisión de la Sala de solicitar a las víctimas o grupos particulares de víctimas que elijan uno o más representantes legales comunes podrá adoptarse en conjunto con la decisión sobre la solicitud de la o las víctimas de participar en el procedimiento.
2. Cuando se elija un representante legal común de las víctimas de conformidad con la subregla 3 de la regla 90 se deberán tener en cuenta las opiniones de las víctimas y la necesidad de respetar las tradiciones locales y de prestar asistencia a ciertos grupos específicos de víctimas.
3. Las víctimas podrán solicitar a la Sala pertinente que revise la elección de un representante legal común que haya realizado el Secretario conforme a la subregla 3 de la regla 90 dentro de los 30 días siguientes a la notificación de dicha elección.»

Finalmente hemos de reparar en el denominado en el derecho interno español «beneficio de justicia gratuita». Ante la Corte, si no se tienen medios «necesarios» (económicos) la asistencia corre a cargo de la Secretaría (de la Oficina Pública de Defensa de las Víctimas), y entendemos que, caso de no haber personal apto en la Secretaría recibirán «asistencia financiera»¹³⁸.

La Regla 91 regula la participación de los representantes en el proceso en los siguientes términos:

- «1. La Sala podrá modificar una decisión anterior dictada de conformidad con la regla 89.
2. El representante de la víctima estará autorizado para asistir a las actuaciones y participar en ellas de conformidad con la decisión que dicte la Sala o las modificaciones que introduzca en virtud de las reglas 89 y 90. Ello incluirá la participación en las vistas a menos que, en las circunstancias del caso, la Sala sea de opinión de que la intervención del representante deba limitarse a presentar por escrito observaciones o exposiciones. El Fiscal y la defensa estarán autorizados para responder a las observaciones que verbalmente o por escrito

tes legales de las víctimas o comparezcan ante una Sala en nombre de una o varias víctimas con respecto a cuestiones concretas, el Secretario, teniendo en cuenta la confidencialidad, les proporcionará los datos contenidos en las solicitudes enviadas por

las víctimas y los demás datos y documentos necesarios para el cumplimiento de dichas funciones».

¹³⁸ La Norma 113 del Reglamento de la Secretaría regula lo referente a la asistencia letrada pagada por la Corte.

haga el representante de las víctimas.

3. a) *El representante que asista al proceso y participe en él de conformidad con la presente regla y quiera interrogar a un testigo, incluso en virtud de las reglas 67 y 68, a un perito o al acusado, deberá solicitarlo a la Sala. La Sala podrá pedirle que presente por escrito las preguntas y, en ese caso, las transmitirá al Fiscal y, cuando proceda, a la defensa, que estarán autorizados para formular sus observaciones en un plazo que fijará la propia Sala.*
- b) *La Sala fallará luego la solicitud teniendo en cuenta la etapa en que se encuentre el procedimiento, los derechos del acusado, los intereses de los testigos, la necesidad de un juicio justo, imparcial y expedito y la necesidad de poner en práctica el párrafo 3 del artículo 68. La decisión podrá incluir instrucciones acerca de la forma y el orden en que se harán las preguntas o se presentarán documentos en ejercicio de las atribuciones que tiene la Sala con arreglo al artículo 64. La Sala, si lo considera procedente, podrá hacer las preguntas al testigo, el perito o el acusado en nombre del representante de la víctima.*
4. *Cuando se trate de una vista dedicada exclusivamente a una reparación con arreglo al artículo 75, no serán aplicables las restricciones a que se hace referencia en la subregla 2 para que el representante de la víctima haga preguntas. En ese caso, el representante, con la autorización de la Sala, podrá hacer preguntas a los testigos, los peritos y la persona de que se trate.»*

La participación en el proceso se regula como vemos con un carácter ciertamente restrictivo (como expresamente se pone de manifiesto en el último inciso de esta Regla), sometiéndola a los siguientes condicionantes:

- La asistencia y participación en las actuaciones en general requiere, como hemos tenido ocasión de analizar, la previa autorización de la sala, pero la asistencia a las vistas puede verse restringida, según las circunstancias del caso, a la presentación por escrito de observaciones o exposiciones. Las observaciones (verbales o escritas) podrán ser respondidas por el Fiscal y la defensa. Al no hacerse mención análoga para las exposiciones llegamos a la conclusión de la diferente naturaleza de ambas formas de intervenir en las vistas, en el sentido de que las observaciones van dirigidas de modo inmediato al Fiscal o defensa, y se fundarán presumiblemente en acciones u omisiones de éstas, mientras que las exposiciones tienen como inmediata destinataria a la Sala, a la que se pretenden poner de manifiesto determinados puntos de vista.
- El interrogatorio de peritos, testigos y el del propio acusado están sometidos a la previa autorización de la Sala, que podrá exigir que se presenten las preguntas por escrito y darles traslado a las partes en el juicio para que formulen observaciones. La facultad concedida a la Sala entendemos que deviene en un imperativo para ésta, debido a los criterios que ha de tener en cuenta para fallar la referida solicitud.

- Se admite de forma implícita la posibilidad de presentar documentos al poder alcanzar la decisión de la Sala *«al orden en que se harán las preguntas o se presentarán documentos»*.
- Las restricciones para preguntar no tienen cabida en las vistas dedicadas exclusivamente a la reparación de conformidad con el artículo 75, con lo que hemos de concluir que estas restricciones afectan con más rigor a los aspectos penales que a los civiles del proceso.

La Norma 82 del Reglamento de la Corte prevé que antes de retirarse de una causa, los representantes legales de las víctimas deberán obtener la autorización de la Sala.

6.3.3. *El régimen de comunicaciones*

La Regla 92, a la que ya hemos tenido ocasión de referirnos, establece el régimen de comunicaciones que la Corte debe realizar a las víctimas y sus representantes para la efectividad de su derecho a participar en el proceso, resultando de aplicación a todas las actuaciones ante la Corte, salvo aquellas a que se refiere la Parte II (de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable, artículos 5 a 21).

El apartado 4 establece que *«cuando se haya hecho la notificación a que se hace referencia en las subreglas 2 (decisión del Fiscal de no abrir una investigación o no proceder al enjuiciamiento de conformidad con el artículo 53) y 3 (decisión de celebrar una audiencia para confirmar los cargos de conformidad con el artículo 61), la notificación ulterior a que se hace referencia en las subreglas 5 y 6 será hecha únicamente a las víctimas o sus representantes que puedan participar en las actuaciones de conformidad con una decisión adoptada por la Sala en virtud de la regla 89 o con una modificación de esa decisión»*.

La disposición precedente nos pone de manifiesto a quién se debe notificar, estableciendo que desde esos momentos procesales concretos, la Sala sólo se entenderá con las víctimas que tengan autorizada su participación en el procedimiento, excluyendo a aquéllas que se hayan puesto en contacto con la Corte pero no hayan solicitado su participación en las actuaciones .

Las subreglas 5 a 7 concretan que y cómo se ha de notificar que:

- El Secretario con arreglo a la decisión adoptada de conformidad con las reglas 89 a 91, notificará oportunamente a las víctimas o a sus representantes que participen en actuaciones y en relación con ellas:
 - a) Las actuaciones de la Corte, la fecha de las vistas o su aplazamiento y la fecha en que se dictará la decisión;
 - b) Las peticiones, escritos, solicitudes y otros documentos relacionados con dichas peticiones, escritos o solicitudes.

- En caso de que las víctimas o sus representantes hayan participado en una cierta fase de las actuaciones, el Secretario les notificará a la mayor brevedad posible las decisiones que adopte la Corte en esas actuaciones.

Estas notificaciones se harán por escrito o, cuando ello no sea posible, en cualquier otra forma adecuada. La Secretaría llevará un registro de todas las notificaciones, recabando el Secretario cuando sea necesario para la efectividad de las mismas, la cooperación de los Estados Partes de conformidad con el párrafo 1 d) y l) del artículo 93¹³⁹.

Todas estas notificaciones se tramitan a través de la Sección de Participación y Reparación de las Víctimas¹⁴⁰.

6.3.4. *El Derecho Penal interno importado del Derecho Internacional*

Resulta interesante traer a colación una situación que dentro del ordenamiento jurídico español guardaba cierta similitud con el sistema expuesto, así como analizar la evolución jurisprudencial y legal de la misma; me estoy refiriendo a la del perjudicado u ofendido por un delito de los comprendidos en la L.O. 13/95 que aprueba el código Penal Militar. En estos casos, y a tenor de lo dispuesto en el antiguo artículo 127.1 de la L.O. 2/89 Procesal Militar y 108.2 de la L.O. 4/87 se impedía la personación como parte cuando «*ofendido e inculgado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación*», dejando a salvo este último la posibilidad de ejercer las acciones civiles ante la jurisdicción ordinaria.

El Tribunal Constitucional se había pronunciado en reiteradas Sentencias resolutorias de Recursos de Amparo en contra de la constitucionalidad de tales preceptos¹⁴¹.

¹³⁹ La Norma 32 del Reglamento de la Corte, referida a los «Destinatarios de la notificación de documentos, decisiones y órdenes de la Corte» establece que:

«...2. *Se considerará que se ha notificado a las organizaciones intergubernamentales y otras organizaciones e instituciones un documento, decisión u orden cuando la notificación pertinente haya sido realizada a su representante identificado por la Secretaría o por la vía mencionada en la regla 177.*

3. *Salvo especificación en contrario en el Estatuto, las Reglas, el presente Reglamento o una orden de la Sala, cuando un participante tenga un abogado que lo represente, se considerará que se le ha notificado un documento, decisión u orden cuando los mismos se le hayan notificado a la dirección electrónica, número de fax o domicilio para correspondencia indicado por el abogado a la Secretaría conforme a lo dispuesto en el numeral 1 de la norma 31.*

4. *Cuando una persona no tenga un abogado que la represente, se considerará que se le ha notificado un documento, decisión u orden cuando los mismos se hayan notificado a la propia persona o a otra persona, organización o institución que aquélla haya designado.»*

Las Normas 34 y 35 del Reglamento de la Secretaría regulan con detalle los métodos de notificación electrónica y personal.

¹⁴⁰ Y salvaguardando la confidencialidad, según las Normas 97 y 98 del Reglamento de la Secretaría.

¹⁴¹ La Sentencia TC Sala 1ª, S 12-7-2004, nº 119/2004, rec. 7164/2002, BOE 193/2004, de 11 agosto 2004. Pte: García-Calvo y Montiel, Roberto, en su Fundamento de Derecho Tercero expresaba este parecer:

«El Pleno de este Tribunal, en la STC 115/2001, de 10 de mayo, y la Sala Segunda, en la STC 157/2001, de 2 de julio, al resolver el recurso de amparo, se ha pronunciado sobre la compati-

El actual Artículo 127 de la Ley Procesal Militar¹⁴² establece que «*Salvo el supuesto del artículo 168 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*¹⁴³, podrá mostrarse parte en el procedimiento como acusador particular o como actor civil toda persona que resulte lesionada en sus bienes o derechos por la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar. A dicho efecto se hará el correspondiente ofrecimiento de acciones.

El ejercicio de las acciones que correspondan se realizará conforme a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar».

Queda claro que en el derecho interno estatal –del que forma parte el Estatuto de la Corte– no se da preponderancia a la salvaguarda de ningún interés sobre los derechos constitucionalmente reconocidos a la víctima, lo que debe hacernos reflexionar sobre la existencia de un derecho penal interno «especial» –importado del derecho internacional– en el que tales derechos constitucionales han de ser relativizados o interpretados de una manera más flexible, cediendo ante intereses «superiores», lo que hemos de entender sucede con esta posibilidad que se ofrece a las víctimas de formular observaciones y opiniones ante la Corte sin poder sostener una acusación formal, al igual que sucede con la posibilidad de suspensión de investigaciones a instancia del Consejo de Seguridad de N.U. prevista en el artículo 16 del Estatuto, o la que se ofrece al Fiscal de no investigar o no proceder al enjuiciamiento «en interés de la justicia». (arts. 53 1.c) y 2.c)).

bilidad entre los indicados arts. 108, párrafo 2, LOM, y 127, párrafo 1, LOPM, con las exigencias del principio de igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a cuyos razonamientos jurídicos procede remitirse y tener por reproducidos ahora en el caso que nos ocupa (FFJJ 4 a 12), habiendo llegado a la conclusión de que «la prohibición del ejercicio de la acción penal, en calidad de acusador particular, contenida en el art. 108, párrafo 2, LOM, y en el art. 127, párrafo 1, LOPM, no encuentra justificación constitucional suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico en que se asienta la organización de las Fuerzas Armadas y de los Institutos armados de naturaleza militar como es la Guardia Civil, por lo que conculca el principio constitucional de igualdad en la ley ex art. 14 CE y, al propio tiempo, lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado en el art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, en relación con el mandato contenido en el art. 117.5, inciso final, del texto constitucional, precepto este que exige al legislador, al regular el ejercicio de

la jurisdicción militar, que lo haga de acuerdo con los principios de la Constitución».

¹⁴² Redacción según Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 179/2004, de 21 de octubre de 2004 al declarar el inciso «excepto cuando ofendido e inculpaado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación» de este artículo inconstitucional y consiguientemente nulo. (BOE nº 279.Suplemento, de 19 de noviembre de 2004). La misma Sentencia confiere nueva redacción al artículo 108 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar: «*Si la comisión de un delito o falta de la competencia de la jurisdicción militar lesionare bienes o derechos de particulares, los perjudicados podrán mostrarse parte en el procedimiento, a cuyo fin se les hará ofrecimiento de acciones, dejando constancia en autos*».

¹⁴³ Artículo 168: «*En tiempo de guerra, en el ámbito de aplicación de este Título, no se admitirán la acusación particular ni la intervención del actor civil, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la acción civil ante la jurisdicción ordinaria*».

6.4. El sistema de protección

Bajo este epígrafe vamos a analizar las medidas de protección concretas que se prevén para las víctimas (y testigos) tanto en el Estatuto como en la Reglas de Procedimiento y Reglamento de la Corte en relación con su intervención en el proceso, dejando para el apartado siguiente lo relativo a los aspectos institucionales de esta protección y que se refieren a la Dependencia de víctimas y testigos.

Se establecen a lo largo del Estatuto una serie de prescripciones tendentes fundamentalmente a la preservación, por parte de la Corte, de la integridad, tanto física como psíquica, la dignidad y la vida privada de las víctimas, prestándose especial atención a las afectadas por violencia sexual o de género y la violencia contra niños, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, la salud y la índole del crimen (artículo 68.1).

Estas medidas incumben tanto al Fiscal como a las Salas de Cuestiones Preliminares y primera Instancia, y se concretan en:

- Facultad del Fiscal de adoptar, o solicitar que se adopten, las medidas necesarias para la protección de las víctimas (artículo 54.3.f) y 68.1, párrafo 2º), tanto en la investigación como en el enjuiciamiento, sin que tales medidas puedan redundar en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial ni ser incompatibles con estos.
El artículo 68.5 le faculta, a los efectos de cualquier diligencia anterior al juicio, para abstenerse de divulgar pruebas o suministrar informaciones y presentar a cambio un resumen de éstas, cuando tal divulgación entrañe un grave peligro para la seguridad de un testigo o su familia, respetando siempre los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial. No se alude expresamente en este precepto a las víctimas, pero entendemos que, aún siendo criticable tal omisión, el Fiscal podría adoptar tales medidas cuando el grave peligro fuese para la víctima o su familia.
- Obligación de la Sala de Cuestiones Preliminares de asegurar, cuando sea necesario, la protección y el respeto a la intimidad de las víctimas y testigos (artículo 57.3.c).
- Obligación de la Sala de Primera Instancia de velar por un juicio justo y expedito, en el que se tengan debidamente en cuenta la protección de víctimas y testigos, con pleno respeto a los derechos del acusado, pudiendo adoptar a lo largo del juicio medidas de protección de todos ellos (artículo 64.2 y 64. 6.e)).
- Las Salas, como excepción al principio de publicidad de actuaciones, y con la finalidad de proteger a una víctima, testigo o acusado, podrán decidir la celebración de diligencias a puerta cerrada o la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros especiales, aplicándose tales medidas en particular en casos de una víctima de violencia sexual o de un menor, teniendo en cuenta la opinión de la víctima (artículo 68.2).
- Los propios Estados, de conformidad con el artículo 93.1 (otras formas de cooperación), deberán cumplir las solicitudes de asistencia formuladas por la Corte, a fin de «... j) *proteger a víctimas y testigos...*»

De la especial atención de que son objeto las víctimas de violencia sexual o de género¹⁴⁴ son buena prueba las disposiciones sobre prueba contenidas en las Reglas 70 a 72 y 88, y que en síntesis se refieren a:

- No serán válidas la entrega de pruebas o evidencias que hagan referencia al comportamiento sexual anterior o posterior de la víctima o testigo.
- No se requerirá la corroboración del testimonio de la víctima en los casos de violencia sexual.
- En algunos casos, la defensa del acusado sustentada en el consentimiento de la víctima, tampoco será considerada, contemplándose incluso una audiencia a puerta cerrada para decidir sobre la admisibilidad o pertinencia de las pruebas tendentes a acreditar el consentimiento, palabras, comportamiento, silencio o falta de resistencia de la víctima.
- Adopción por la Sala de medidas especiales que apunten a facilitar el testimonio de, entre otras, una víctima de violencia sexual (Regla 88).

La Regla 86 sienta el principio general que afecta a todos los órganos de la Corte de tener en cuenta en su actuación las necesidades de *«todas las víctimas y testigos... en particular los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad y las víctimas de violencia sexual o de género»*.

La Subsección 2 de la Sección III del Capítulo 4 de las Reglas de Procedimiento y prueba (Reglas 87 y 88) es la dedicada a la cuestión de la protección de las víctimas y testigos, referidas respectivamente a las medidas de protección y a medidas especiales en los siguientes términos:

- «1. *La Sala, previa solicitud del Fiscal o de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, podrá, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, ordenar que se adopten medidas para proteger a una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo. La Sala, antes de ordenar la medida de protección, y, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.*
2. *La solicitud que se presente¹⁴⁵ se regirá por la regla 134 (Peticiónes relacionadas con la sustanciación del juicio), salvo que:*
 - a) *Esa solicitud no será presentada ex parte;*
 - b) *La solicitud que presente un testigo o una víctima o su representante, de haberlos, será notificada tanto al Fiscal como a la defensa y ambos tendrán la oportunidad de responder;*

¹⁴⁴ Según el artículo 7.3 del Estatuto, «A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término género se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El

término género no tendrá más acepción que la que antecede.»

¹⁴⁵ A tal solicitud se refiere la Norma 80 del Reglamento de la Secretaría.

- c) *La solicitud que se refiera a un determinado testigo o una determinada víctima será notificada al testigo o víctima o a su representante, de haberlo, así como a la otra parte, y se dará a todos ellos oportunidad de responder;*
- d) *Cuando la Sala actúe de oficio se notificará al Fiscal y a la defensa, así como al testigo o la víctima que hayan de ser objeto de la medida de protección o su representante, de haberlo, a todos los cuales se dará oportunidad de responder; y*
- e) *Podrá presentarse la solicitud en sobre sellado, caso en el cual seguirá sellada hasta que la Sala ordene otra cosa. Las respuestas a las solicitudes presentadas en sobre sellado constarán en el expediente también en sobre sellado.*

3. *La Sala podrá proceder a una vista respecto de la solicitud presentada con arreglo a la subregla 1, la cual se celebrará a puerta cerrada, a fin de determinar si ha de ordenar medidas para impedir que se divulguen al público o a los medios de prensa o agencias de información la identidad de una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por uno o más testigos, o el lugar en que se encuentre; esas medidas podrán consistir, entre otras, en que¹⁴⁶:*

- a) *El nombre de la víctima, el testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo o la información que pueda servir para identificarlos sean borrados del expediente público de la Sala;*
- b) *Se prohíba al Fiscal, a la defensa o a cualquier otro participante en el procedimiento divulgar esa información a un tercero;*
- c) *El testimonio se preste por medios electrónicos u otros medios especiales, con inclusión de la utilización de medios técnicos que permitan alterar la imagen o la voz, la utilización de tecnología audiovisual, en particular las videoconferencias y la televisión de circuito cerrado, y la utilización exclusiva de medios de transmisión de la voz;*
- d) *Se utilice un seudónimo para una víctima, un testigo u otra persona que corra peligro en razón del testimonio prestado por un testigo; o*
- e) *La Sala celebre parte de sus actuaciones a puerta cerrada.»*

Esta Regla nos lleva a realizar las siguientes consideraciones:

- Entendemos que la Sala podría otorgar la medida de protección incluso con la disconformidad del protegido, ya que, frente a la obligación de la Corte de

¹⁴⁶ A tales medidas concretas se refiere la Norma 94 del Reglamento de la Secretaría de la Corte.

proteger a víctimas y testigos no se contempla en precepto alguno la existencia de un derecho de éstos a renunciar a tal protección¹⁴⁷.

- La solicitud de protección no puede ser presentada ex parte; no se admite pues la exclusión de la oportunidad de responder de las partes. Este condicionante, tendente sin duda a asegurar los derechos de los acusados puede acarrear la pérdida de eficacia de la medida adoptada, ya que con alto grado de probabilidad podrá llegar a éste la identidad de la persona protegida, con los consiguientes riesgos para la víctima (o testigo).

La Regla 88 a la que ya hemos hecho alusión prevé la adopción de medidas especiales que apunten, entre otras cosas, a facilitar el testimonio de una víctima o un testigo traumatizado, un niño, una persona de edad o una víctima de violencia sexual en los siguientes términos:

- «1. *Prevía solicitud del Fiscal, de la defensa, de un testigo o de una víctima o su representante, de haberlo, o de oficio, y previa consulta con la Dependencia de Víctimas y Testigos, según proceda, la Sala, teniendo en cuenta las opiniones de la víctima o el testigo, podrá decretar, de conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 68, medidas especiales que apunten, entre otras cosas, a facilitar el testimonio de una víctima o un testigo traumatizado, un niño, una persona de edad o una víctima de violencia sexual. La Sala, antes de decretar la medida especial, siempre que sea posible, recabará el consentimiento de quien haya de ser objeto de ella.*
2. *La Sala podrá proceder a una vista respecto de la solicitud presentada pudiendo celebrarse a puerta cerrada o ex parte, a fin de determinar si ha de ordenar o no una medida especial de esa índole, que podrá consistir, entre otras, en ordenar que esté presente durante el testimonio de la víctima o el testigo un abogado, un representante, un psicólogo o un familiar.*
3. *Las disposiciones de los apartados b) a d) de la subregla 2 de la regla 87 serán aplicables, mutatis mutandis, a las solicitudes inter partes presentadas en virtud de esta regla.*
4. *Las solicitudes presentadas en virtud de esta regla podrán hacerse en sobre sellado, caso en el cual seguirán selladas hasta que la Sala ordene otra cosa. Las respuestas a las solicitudes inter partes archivadas en sobre sellado quedarán también archivadas de la misma forma.*
5. *La Sala, teniendo en cuenta que la violación de la privacidad de un testigo o una víctima puede entrañar un riesgo para su seguridad, contro-*

¹⁴⁷ La Norma 100.2 del Reglamento de la Secretaría parece admitir implícitamente tal posibilidad al disponer que:

«Cuando una víctima que desee participar en las actuaciones o reclamar reparaciones tema que su solicitud le esté haciendo correr un riesgo, o cuando la evaluación realizada con

arreglo a las subnormas 1 y 2 de la norma 99, lleve a la conclusión de que dicho riesgo puede existir, la Secretaría podrá sugerir a la Sala medidas de protección adecuadas y/o disposiciones en materia de seguridad para proteger la seguridad y el bienestar físico y psicológico de la víctima».

lará diligentemente la forma de interrogarlo a fin de evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación y prestando especial atención al caso de las víctimas de crímenes de violencia sexual.»

Las observaciones que esta Regla nos invita a hacer son:

- La consideración de especiales (por razón de los sujetos a los que afectan) de las medidas aquí contempladas nos hace considerar a las previstas en la Regla anterior como «ordinarias».
- La redacción del precepto parece darnos a entender que para la adopción de tales medidas se establece un requisito adicional no previsto en las medidas «ordinarias» consistente en resultar preceptivo escuchar la opinión del afectado, no siendo de igual modo imprescindible su consentimiento.
- La posibilidad de presentar solicitudes ex parte y de celebración de la vista con esta condición supone la principal diferencia con las medidas «ordinarias».
- La Subregla 5 se presenta como un precepto de carácter general que sistemáticamente, consideramos hubiese encajado mejor en la Regla 87.

El Reglamento de la Corte desarrolla las medidas concretas de protección enumeradas, disponiendo, en relación a la difusión y publicación de transcripciones y grabaciones (Norma 21.8) que:

«A solicitud de un participante o de la Secretaría, o también de oficio, y cuando ello sea posible dentro del plazo establecido en el numeral 2, la Sala podrá ordenar en interés de la justicia que se excluya de las transcripciones o grabaciones de audio o video de una audiencia pública cualquier información que presente un riesgo para la seguridad de las víctimas, los testigos o cualquier tercero, o que sea probablemente perjudicial para la seguridad nacional»¹⁴⁸.

Las norma 42 se refiere a la aplicación y modificación las medidas de protección en los siguientes términos:

«1. Las medidas de protección que se ordenen en cualquier procedimiento con respecto a una víctima o testigo, tendrán pleno vigor y efecto en relación con cualquier otro procedimiento ante la Corte y se mantendrán hasta que el procedimiento haya concluido, con sujeción a su revisión por parte de las Salas.

¹⁴⁸ El Reglamento de la Secretaría dispone en su Norma 88, relativa a la «Gestión de la información» que:

«1. La Secretaría conservará en un lugar seguro la información relacionada con los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las personas en riesgo, los acompañantes y sus familiares.

2. La información relacionada con las personas mencionadas en la subnorma 1 se conservará en una base de datos electrónica segura. Sólo podrán tener acceso a dicha base de datos los funcionarios de la Secretaría designados al efecto, y, cuando proceda, la Sala y los participantes».

2. *Cuando el Fiscal cumpla su obligación de informar en un procedimiento posterior, deberá respetar las medidas de protección previamente ordenadas por la Sala e informar a la defensa a la que se le concede información de la naturaleza de dichas medidas de protección.*
3. *Las solicitudes de modificación de las medidas de protección se presentarán en primer lugar a la Sala que dictó la orden pertinente. Si dicha Sala ya no está a cargo del procedimiento en el que se dictó la orden de medidas de protección, la solicitud podrá presentarse a la Sala a la que se pide una modificación de las medidas de protección. Dicha Sala deberá obtener toda la información pertinente correspondiente al procedimiento en el que se ordenaron inicialmente las medidas de protección.*
4. *Antes de adoptar una decisión conforme al numeral 3, la Sala deberá intentar obtener, en la medida de lo posible, el consentimiento de la persona con respecto a la cual se solicitó la rescisión, modificación o incremento de las medidas de protección».*

La Norma 48, relativa a la información necesaria para la Sala de Cuestiones Preliminares, establece en su apartado 2 que *«La Sala de Cuestiones Preliminares adoptará todas las medidas que sean necesarias... conforme al párrafo 5 del artículo 68 para proteger la seguridad de los testigos, las víctimas y sus familias».*

Llegados a este punto, resulta e interés efectuar una breve consideración sobre la distinción que en el Estatuto en general y en las Reglas en particular encontramos entre la figura de la víctima y del testigo, y cuyo tratamiento conjunto nos hace en ocasiones olvidar la diferente naturaleza jurídica (y humana) de unos y otros, y sobre la eventual coincidencia de la condición de autor y víctima de crímenes internacionales en la figura de los niños soldado.

Por lo que a la primera cuestión planteada se refiere, mientras que, en términos generales, la víctima es un perjudicado o afectado por el delito y su intervención en el proceso, como hemos visto, se limita a formular observaciones y opiniones, por propia iniciativa o a requerimiento de al Corte, el testigo declara sobre lo que ha visto, oído o conocido por referencias, pero que, en puridad, no le ha causado perjuicio directo o indirecto, luego carece de interés en el asunto. En tal sentido, en la Regla 65 se establece la obligación de los testigos de comparecer ante ella, exigiéndoles la Regla 66 promesa solemne antes de recibir su testimonio, sin que tales formalidades se extiendan a las víctimas. La víctima, en cuanto tal, no puede ser obligada a comparecer y declarar.

Tampoco podemos olvidar el hecho incuestionable de que las víctimas pueden ser también «testigos» de hechos cuya autoría se dilucide en el juicio, e incluso de los propios hechos que las victimizan, produciéndose entonces una situación dual que entendemos tiene cabida en el procedimiento que se sustancie ante la Corte, mutando su condición a la de testigo, quedando sometida en tales circunstancias a las prescripciones establecidas para éstos.

Se ha de insistir que la víctima, en cuanto tal, tan sólo puede formular opiniones y observaciones (artículo 68.3).

Por lo que a la segunda de las cuestiones planteadas atañe, y que requeriría un trabajo monográfico completo, nos resta realizar una siquiera breve reflexión sobre la concurrencia que de las circunstancias de autor y víctima de crímenes internacionales se puede plantear en la figura de los niños soldado, cuyo reclutamiento, alistamiento o utilización constituye de por sí un crimen de la competencia de la Corte si son menores de 15 años (artículo 8.2.b)XXVI y e)VII), y en los que, por una parte, pueden concurrir las condiciones de autor material o inmediato de un crimen –del que están exentos de responsabilidad al ser menores de 18 años (artículo 26 del Estatuto), y del que constituyen «conducto» para su comisión para el autor mediato (artículo 25.3.a)– y de víctima, en especial de violencia sexual¹⁴⁹.

6.5. Aspectos institucionales: la dependencia de víctimas y testigos

De conformidad con el artículo 43.1, la Secretaría estará encargada de los aspectos no judiciales de la administración de la Corte y de prestarle servicios.

El artículo 43.6 del Estatuto de la CPI encomienda al Secretario el establecimiento de una Dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría. Esta Dependencia, en consulta con la Fiscalía, adoptará medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. La Dependencia contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual¹⁵⁰.

El artículo 68.4 confiere a esta Dependencia la facultad de asesorar al Fiscal y la Corte acerca de cuáles sean las medidas adecuadas de protección, los dispositivos de seguridad, el asesoramiento y asistencia a las que alude el artículo 43.6.

¹⁴⁹ En tal sentido puede consultarse la página Web de la Federación Internacional de Derechos Humanos, sobre el caso Lubanga, cit. Nota 123. o la propia página Web de la Corte, en al que se informa sobre la tramitación del proceso contra Thomas Lubanga Dyilo, abierto el 26 de enero de 2009, en <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Situations+and+Cases/Situations/Situation+ICC+0104/Related+Cases/ICC+0104+0106/Democratic+Republic+of+the+Congo.htm>

¹⁵⁰ Las Normas 79 a 118 del Reglamento de la Secretaría, a las que ya se ha hecho referencia, concretan las funciones de ésta con respecto a víctimas y testigos, estableciendo con carácter general la primera de ellas:

- «1. Con arreglo al párrafo 6 del artículo 43 y a las reglas 16, 17 y 18, el Secretario elaborará y, dentro de lo posible, aplicará políticas y procedimientos para permitir que los testigos presten declaraciones en condiciones de seguridad, de modo que la experiencia de prestar testimonio no cause a los testigos nuevos daños, sufrimientos o traumas.
2. El Secretario ejercerá sus funciones en relación con los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las personas en riesgo sin distinción de especie alguna, ya sea de género, edad, raza, color, idioma, religión o creencias, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento u otra condición.»

A esta Dependencia se refiere la Subsección 2 de la Sección III (Secretaría) del Capítulo 2 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (Reglas 16 a 19).

La primera de éstas Reglas concreta las funciones que competen al Secretario en relación con las víctimas y los testigos en los siguientes términos:

«1. En relación con las víctimas, el Secretario desempeñará las siguientes funciones de conformidad con el Estatuto y las presentes Reglas:

- a) Enviar avisos o notificaciones a ellas o a sus representantes;*
- b) Ayudarles a obtener asesoramiento letrado y a organizar su representación y proporcionar a sus representantes apoyo, asistencia e información adecuados, incluidos los servicios que puedan ser necesarios para el desempeño directo de sus funciones, con miras a proteger sus derechos en todas las fases del procedimiento de conformidad con las reglas 89 a 91;*
- c) Ayudarles a participar en las distintas fases del procedimiento, de conformidad con las reglas 89 a 91;*
- d) Adoptar medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género a fin de facilitar la participación de las víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento.*

2. Con respecto a las víctimas, los testigos y demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos, el Secretario desempeñará las siguientes funciones de conformidad con el Estatuto y las presentes Reglas:

- a) Informarles de los derechos que les asisten con arreglo al Estatuto y las Reglas y de la existencia, funciones y disponibilidad de la Dependencia de Víctimas y Testigos;*
- b) Asegurarse de que tengan conocimiento oportuno, con sujeción a las disposiciones relativas a la confidencialidad, de las decisiones de la Corte que puedan afectar a sus intereses.*

3. A los efectos del desempeño de sus funciones, el Secretario podrá llevar un registro especial de las víctimas que hayan comunicado su intención de participar en una causa determinada.

4. El Secretario podrá negociar con los Estados, en representación de la Corte, acuerdos relativos a la instalación en el territorio de un Estado de víctimas traumatizadas o amenazadas, testigos u otras personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos y a la prestación de servicios de apoyo a esas personas. Estos acuerdos podrán ser confidenciales.»

Las medidas previstas son fundamentalmente de dos tipos: las tendentes a asegurar el derecho de las víctimas a intervenir en el proceso, y que se canalizan a través de

la ya indicada Unidad de Participación y Reparación de las Víctimas, y las que buscan protegerlas de los riesgos que tal intervención puede acarrear, llevadas a efecto a través de la Dependencia de Víctimas y testigos.

Parece darse al Secretario la facultad de llevar un registro especial de víctimas que hayan manifestado su intención de participar en el proceso, lo que entendemos debe ser un imperativo, ya que de otra forma difícilmente podrá hacer efectiva la virtualidad de los derechos que se les confieren.

Resulta así mismo de interés la posibilidad de reinstalar en otros Estado, y bajo la protección de éstos entendemos, a víctimas traumatizadas o amenazadas, facultándose en última instancia al Secretario para celebrar tales acuerdos que, dada la naturaleza de los sujetos que en ellos intervienen, constituyen auténticos tratados internacionales.

La Regla 17, por su parte, especifica las funciones de la Dependencia:

- «1. *La Dependencia de Víctimas y Testigos ejercerá sus funciones de conformidad con el párrafo 6 del artículo 43.*
2. *La Dependencia de Víctimas y Testigos desempeñará, entre otras, las funciones que se indican a continuación de conformidad con el Estatuto y las Reglas y, según proceda, en consulta con la Sala, el Fiscal y la defensa:*
 - a) *Con respecto a todos los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos, de conformidad con sus necesidades y circunstancias especiales:*
 - i) *Adoptará medidas adecuadas para su protección y seguridad y formulará planes a largo y corto plazo para protegerlos;*
 - ii) *Recomendará a los órganos de la Corte la adopción de medidas de protección y las comunicará además a los Estados que corresponda;*
 - iii) *Les ayudará a obtener asistencia médica, psicológica o de otra índole que sea apropiada;*
 - iv) *Pondrá a disposición de la Corte y de las partes capacitación en cuestiones de trauma, violencia sexual, seguridad y confidencialidad;*
 - v) *Recomendará, en consulta con la Fiscalía, la elaboración de un código de conducta en que se destaque el carácter fundamental de la seguridad y la confidencialidad para los investigadores de la Corte y de la defensa y para todas las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales que actúen por solicitud de la Corte, según corresponda;*

vi) *Cooperará con los Estados, según sea necesario, para adoptar cualesquiera de las medidas enunciadas en la presente regla;*

b) *Con respecto a los testigos:*

- i) *Les asesorará sobre cómo obtener asesoramiento letrado para proteger sus derechos, en particular en relación con su testimonio;*
- ii) *Les prestará asistencia cuando tengan que testimoniar ante la Corte;*
- iii) *Tomarán medidas que tengan en cuenta las cuestiones de género para facilitar el testimonio de víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento.*

3. *La Dependencia, en el ejercicio de sus funciones, tendrá debidamente en cuenta las necesidades especiales de los niños, las personas de edad y las personas con discapacidad. A fin de facilitar la participación y protección de los niños en calidad de testigos, podrá asignarles, según proceda y previo consentimiento de los padres o del tutor, una persona que les preste asistencia durante todas las fases del procedimiento.»*

Las funciones de esta Dependencia se establecen con el sistema de «*númerus apertus*» y se refieren fundamentalmente a la adopción y propuesta de medidas de protección y atención médico-psicológica. Sin embargo hemos de destacar como estas medidas están pensadas en general «*para todos los testigos*», donde hemos de entender incluidas a las víctimas que intervengan en tal concepto, y específicamente por lo que a las víctimas se refiere, para las que «*comparezcan ante la Corte*». Esta «*comparecencia*» hemos de entenderla referida con carácter general a las que, de conformidad con la regla 89.1 hayan manifestado su intención de formular opiniones y observaciones.

La propia regla que estudiamos cuando habla de las medidas específicas de protección para los testigos se alude a «*facilitar el testimonio de víctimas de actos de violencia sexual en todas las fases del procedimiento*», y al referirse a tener «*debidamente en cuenta las necesidades especiales de los niños*» se alude a la posibilidad de nombrarles una persona que les preste asistencia durante el procedimiento «*a fin de facilitar la participación y protección de los niños en calidad de testigos*», por lo que entendemos se distingue, y ello resulta de todo punto lógico, entre el mero compareciente y el testigo.

Se introduce a demás un tercer sujeto de protección junto a víctimas y testigos: los investigadores de la Corte y de la defensa y las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales que actúen por solicitud de la Corte. Sin embargo hemos de incluir a éstos, así como a los peritos que no son mencionados, dentro de la concepción amplia de testigo que nos dan las Reglas; así, la 140.3 hace referencia al testigo «*que no sea perito ni un investigador*», luego éstos son considerados también testigos.

En el cumplimiento eficiente y eficaz de tales funciones, la Regla 18 concreta las obligaciones de la Dependencia:

- «a) Velará por que sus funcionarios salvaguarden la confidencialidad en todo momento;*
- b) Reconociendo los intereses especiales de la Fiscalía, la defensa y los testigos, respetará los intereses de los testigos, incluso, en caso necesario, manteniendo una separación apropiada entre los servicios para los testigos de cargo y de descargo y actuará imparcialmente al cooperar con todas las partes y de conformidad con las órdenes y decisiones de las Salas;*
- c) Pondrá asistencia administrativa y técnica a disposición de los testigos, las víctimas que comparezcan ante la Corte y las demás personas que estén en peligro por causa del testimonio dado por esos testigos en todas las fases del procedimiento y en lo sucesivo, según razonablemente corresponda;*
- d) Hará que se imparta capacitación a sus funcionarios con respecto a la seguridad, la integridad y la dignidad de las víctimas y los testigos, incluidos los asuntos relacionados con la sensibilidad cultural y las cuestiones de género;*
- e) Cuando corresponda, cooperará con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.»*

La Regla 19 cierra las referidas a la Dependencia haciendo alusión a los «peritos» de la misma –que entendemos es el personal proporcionado gratuitamente por Estados Partes, organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales a que alude el artículo 44.4 del Estatuto– disponiendo:

«Además de los funcionarios mencionados en el párrafo 6 del artículo 43, y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 44, la Dependencia de Víctimas y Testigos podrá estar integrada, según corresponda, por personas expertas en las materias siguientes, entre otras:

- a) Protección y seguridad de testigos;*
- b) Asuntos jurídicos y administrativos, incluidas cuestiones de derecho humanitario y derecho penal;*
- c) Administración logística;*
- d) Psicología en el proceso penal;*
- e) Género y diversidad cultural;*
- f) Niños, en particular niños traumatizados;*
- g) Personas de edad, particularmente en relación con los traumas causados por los conflictos armados y el exilio;*
- h) Personas con discapacidad;*
- i) Asistencia social y asesoramiento;*
- j) Atención de la salud;*
- k) Interpretación y traducción.»*

El Reglamento de la Corte dedica expresamente su Norma 41 a la Dependencia de Víctimas y Testigos, estableciendo que: «*De conformidad con las disposiciones del párrafo 4 del artículo 68, la Dependencia de Víctimas y Testigos podrá llamar la atención de una Sala sobre la necesidad de considerar la adopción de medidas de protección o medidas especiales conforme a las reglas 87 y 88*».

VII. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CRÍMENES DE LA COMPETENCIA DE LA CORTE

No cabe duda que junto a la satisfacción moral que supone para las víctimas, y para la comunidad internacional en su conjunto, la condena de los culpables, éstas tienen a demás derecho a obtener reparaciones por los eventuales perjuicios materiales y morales, físicos y psíquicos que los crímenes de los que conoce la Corte les hayan ocasionado; es lo que tradicionalmente se viene conociendo como responsabilidad civil «*ex delicto*» y que en el derecho español alcanza a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios causados¹⁵¹.

El artículo 75 del Estatuto hace alusión expresa a la restitución, indemnización y rehabilitación, pudiendo la Corte previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes.

7.1. El responsable civil

El tema de la responsabilidad civil es, sin duda, uno de los de mayor trascendencia para las víctimas contemplados en el Estatuto. Se faculta a la Corte para dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79 (artículo 75.2).

Nos señala Clara Inés Vargas Silva¹⁵² que este era uno de los muchos asuntos en los que se llegó sin consenso a la Conferencia de Roma, siendo la principal cuestión debatida si deberían incluirse o no en el estatuto disposiciones en las que se reconociera el derecho a la reparación y, caso de incluirse, si debía limitarse a la compensación o incluir el concepto más amplio de reparación que

¹⁵¹ En este sentido, artículo 100 de la LECR.

¹⁵² Vargas Silva, C.I. «*Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*», cit., p. 328 a 330.

podía abarcar diversas modalidades. También fue objeto de debate si la Corte debía tener la facultad de ordenar a los Estados que se otorgara una reparación, y en que instancia podría presentarse la reclamación. Lo que más preocupaba era ciertamente, que la Corte pudiera ordenar a los Estados que otorgaran una reparación a las víctimas, siendo pacíficamente admitido el hecho de las víctimas tenían interés en una justicia penal y a la vez «restauradora de derechos».

Finalmente, y ante posturas encontradas de las delegaciones francesa e inglesa, se llegó al acuerdo de excluir la responsabilidad del Estado, al que no se podían dar ni siquiera recomendaciones, aunque como dispone el último apartado del artículo 75 «*nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional*»¹⁵³.

El acuerdo acabado de citar responde sin duda a la necesidad de conciliar intereses políticos y resulta contrario a los principios del derecho internacional humanitario consuetudinario¹⁵⁴, sistematizados en la obra del mismo título realizada bajo los auspicios del Comité Internacional de la Cruz Roja «*Customary International Humanitarian Law*»¹⁵⁵, donde se plasma el principio de atribución de responsabilidad al Estado por las violaciones de tal derecho cometidas tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales y la subsiguiente obligación de reparar, como responsable directo entendemos, la totalidad del daño ocasionado. La Regla 149 (Volumen I, p. 530 a 536 de la obra citada) establece:

«A State is responsible for violations of international humanitarian law attributable to it, including:

- (a) Violations committed by its organs, including its armed forces;
- (b) Violations committed by persons or entities it empowered to exercise elements of governmental authority;
- (c) Violations committed by persons or groups acting in fact of its instructions, or under its direction or control; and
- (d) Violations committed by private persons or groups which it acknowledges and adopts as its own conduct».

¹⁵³ De las incidencias que sobre éste tema se suscitaron en la Conferencia de Roma, vid. Muttukumar, C. «*Reparation to victims*», en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute* Sigues, Negotiations, Results, Kluwer Law International. The Hague. London. Boston. 1999, p. 262 a 270. Alude este autor a como en el debate se propusieron «otras formas de compensación», y que se refieren a la alusión por algunas delegaciones a la posibilidad de la construcción de un monumento en recuerdo de aquéllos

que habían sufrido atrocidades, o a las disculpas por parte del acusado.

¹⁵⁴ Sobre la costumbre internacional como fuente de éste tipo de derecho, vid Carrillo Salcedo, J.A., «*El Derecho Internacional en un mundo en cambio*», cit. P. 99 a 106, y Fernández Flores, J.L., «*El derecho de los Conflictos armados*», p. 189 a 192, cit.

¹⁵⁵ Henckaerts J-M. and Doswald-Beck, L. Cambridge University Press, 2005. Volume I, p. 530 y ss.

Esta regla encuentra su apoyo, a demás de las diversas disposiciones que integran el DIH, y que se citan detalladamente en la obra de referencia, en el ya citado «Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Estatal por actos ilícitos», aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en su 53 periodo de sesiones (2001) que al igual que los Comentarios al Proyecto (también citados en la obra de referencia) podemos consultar en la página web de Naciones Unidas.

En consonancia con tal principio, se consigna en la Regla 150 (Volumen I, p. 537 a 550) la obligación del Estado responsable de reparar la totalidad de los daños o perjuicios causados en los siguientes términos: «A State responsible for violations of international humanitarian law is required to make full reparation for the loss or injury caused».

En el estudio de esta Regla (p. 541) se alude, como forma en la que se ha atendido la solicitud de reparaciones realizadas por individuos frente a las violaciones del DIH atribuibles a los Estados, las siguientes:

- Las concedidas por acuerdos entre Estados.
- Las concedidas por actos unilaterales de los Estados de conformidad con su legislación interna.
- Las concedidas previa solicitud del interesado a los tribunales nacionales.

No se hace referencia alguna a la obtención de reparaciones en cumplimiento de una sentencia dictada por un Tribunal Penal Internacional.

Resulta pues evidente que las personas individualmente condenadas deben ser el «objetivo natural» contra el que la Corte debe dirigir órdenes relativas a la restitución, sentencias de indemnización y medidas de rehabilitación, siendo absolutamente esencial el papel integrativo del Fondo Fiduciario, especialmente a la vista de la exclusión del Estatuto de Roma de cualquier forma directa de responsabilidad estatal para otorgar medios de reparación.

7.2. Contenido y alcance: restitución, indemnización y rehabilitación

La redacción final del artículo 75, dedicado a la reparación a las víctimas es la que sigue:

«1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes.

Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.

2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las

víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.

3. *La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre.*
4. *Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93 (referidas a la obligación de los Estados de cumplir las solicitudes de la Corte en relación a:

 - a) *Identificar buscar... objetos. k) Identificar, determinar el paradero o inmovilizar el producto y los bienes y haberes obtenidos del crimen y los instrumentos del crimen, o incautarse de ellos, con miras a su decomiso ulterior y sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe).**
5. *Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 (referidas a la ejecución de multas y órdenes de decomiso) se aplicaran al presente artículo.*
6. *Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional.»*

El comentario a este artículo nos lo ofrece David Donat-Cattin¹⁵⁶, quien, después de recordar que la obligación de los Estados de otorgar reparaciones a las víctimas de «serias» violaciones de la legislación humanitaria y de los derechos humanos se encuentra enraizada en numerosos instrumentos internacionales (Convenio de la Haya de 1907, Convención contra la Tortura de 1984), y que los mecanismos regionales interamericanos y europeos de protección de los Derechos humanos imponen un régimen de reparaciones a favor de las víctimas y contra el Estado que incumple con sus obligaciones sobre derechos humanos, nos señala como la actividad de la Corte en esta materia se limita al establecimiento de «principios».

El término «principios» dota a los jueces de unos amplios conceptos estándar que permiten la necesaria flexibilidad y adaptación a las consecuencias de los crímenes de los que conoce la Corte. Cualquier elemento de reparación para las víctimas, incluida cualquier medida para eliminar los efectos del crimen y restituir a la víctima su anterior *status quo* tiene que ser considerada parte de estos princi-

¹⁵⁶ Donat-Cattin, D. «*Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*», Nomos Verlagsgesellschaft. Bader-Baden 1999, p. 965 a 978.

pios relativos a las reparaciones. Éstas deben ser hechas no sólo para las víctimas, sino también en relación a las víctimas, extendiéndose a las que lo son con carácter indirecto en el sentido que las define la Declaración de N.U. de Derechos de las Víctimas de 1985.

La Corte está obligada a establecer principios relativos a las reparaciones, lo que puede incluir declaraciones generales sobre el derecho a la restitución, indemnización y rehabilitación, sin determinación alguna en cuanto al específico sentido de la restitución, o el «quantum» de la indemnización, además de modalidades encaminadas a contribuir a la rehabilitación. En los casos con gran número de víctimas, tales asuntos deben ser resueltos mediante acuerdos «ad hoc» hechos por las autoridades Nacionales o mediante llamadas a al cooperación de Estados en los cuales se encuentran los fondos o beneficios obtenidos por los perpetradores, de conformidad con el artículo 109.

Los principios de una justa restitución deben incluir:

- La devolución de la propiedad.
- El pago del daño o perjuicio sufrido.
- El reembolso de los gastos ocasionados como resultado de la victimización (incluida la asistencia médica y legal).
- La provisión de servicios.
- La restauración de derechos.

Rehabilitación significa cualquier forma de asistencia a las víctimas en los términos expuestos en los párrafos 14 a 18 de la Declaración de Naciones Unidas antes citada. Las medidas de rehabilitación no deben ser dejadas para el último momento de los procedimientos, sino que deberían ser adoptadas en conjunción con las medidas de protección del artículo 68. La rehabilitación no puede limitarse a formas de reparación impuestas sobre las personas condenadas, sino que deben ser dirigidas por la sociedad en términos generales, con vistas ayudar a las víctimas a la pronta recuperación del trauma.

Reparación es un concepto amplio y flexible que permite a los jueces decidir sobre la más amplia posible serie de medidas para remediar las violaciones de derechos de las víctimas. Especialmente en casos de victimización colectiva o en masa, la «reparación» puede ser mejor conseguida por medios distintos de la mera restitución o compensación monetaria, aludiéndose a medidas tales como: excusas, conmemoraciones o «seguros públicos» y garantías de no repetición.

Nos indica este autor como los principios relativos a la indemnización deben también referirse a la disponibilidad de procedimientos nacionales bajo los cuales las víctimas individuales puedan tener acceso efectivo a un apropiado remedio o reparación de carácter civil. De cualquier modo, si este no es el caso en una situación concreta, la Corte debe operar de acuerdo con los principios generales de justicia, y permitir el acceso de las víctimas a otros medios de compensación económica, incluido el Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79.

La Corte puede determinar el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas y perjuicios, lo que significa que, junto a los principios acabados de aludir, puede fijar el «quantum» de tales daños, pérdidas o perjuicios, incluso de oficio en «circunstancias excepcionales», que deben ser apreciadas por los jueces cuando examinen la situación concreta de las víctimas (supuestos de delitos continuados, o víctimas con insuficiente nivel de entendimiento de su derecho o del acceso a la Corte o a cualquier remedio de carácter nacional de acuerdo con el principio de complementariedad).

El párrafo 3 del artículo que analizamos reduce el derecho de intervención de las víctimas a algo meramente facultativo para al Corte; no sólo éstas, sino otras personas interesadas, como terceros de buena fe o el condenado pueden también ser oídos por la Corte en relación a las medidas relativas a las reparaciones. Mientras que la posibilidad de garantizar el «locus standi» a las personas parece ser razonable para garantizar un juicio justo a los individuos que pueden verse afectados por la decisión de la Corte, la posibilidad de que la Corte invite a los Estados a formular observaciones debe resultar más restrictiva, especialmente debido al papel que éstos juegan en el proceso penal, limitado al supuesto de existencia de una cuestión de admisibilidad ante la Corte, aunque en ocasiones pueden tener la consideración de terceros de buena fe.

Otro supuesto en que resulta lógica la participación estatal es cuando el condenado sea un funcionario público, y las medidas de reparación puedan requerir la restauración de derechos o el público reconocimiento de los crímenes.

Por lo que a la adopción de medidas de conformidad con el artículo 93.1 se refiere, resulta obvio que sin apropiadas medidas provisionales de protección, el acusado tiene la oportunidad de esconder o destruir los medios y efectos de cualquier conducta criminal.

Numerosos Estados participantes en las negociaciones de la Corte fueron extremadamente cautelosos con este asunto. Por una parte, estas medidas cautelares podían ir contra la presunción de inocencia, y más ampliamente, contra el derecho del acusado a no ser potencialmente perjudicado por una medida provisional. Por tanto, estas reservas limitaron tales medidas a una fase procedimental muy avanzada, posterior a la condena.

El párrafo 5 se refiere a los efectos de las decisiones de la Corte en esta materia, tratándose de una regla general implícita en el Estatuto: La de dar cumplimiento a las decisiones de la Corte, para la que, en principio, no haría falta una regla explícita como la que se establece en el artículo 109, ya que se trata, en última instancia, de dar cumplimiento a las prescripciones de un Tratado Internacional. Si las reparaciones han sido ya otorgadas a nivel nacional, la Corte deberá tenerlo en cuenta, en el entendimiento de que ésta complementa a los sistemas penales nacionales.

Finalmente el último de los párrafos de este artículo deja a salvo el derecho de las víctimas con arreglo al derecho interno o internacional. Se trata de una cláusula

común en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El régimen de reparaciones aplicable a un caso concreto de victimización puede diferir en cualitativa y cuantitativamente según el caso sea examinado por la CPI o un Tribunal nacional o por un Tribunal de Derechos humanos, dentro del sistema europeo o interamericano. En algunos casos, la ley nacional puede llegar más lejos que las previsiones reparatorias de la Corte, o al contrario. Por tanto esta previsión del Estatuto responde a la necesidad de afirmar que los derechos bajo la ley internacional son aplicables con vistas a impedir que las autoridades nacionales escojan estándares menores, y para asegurar la prevalencia de los mayores.

La Subsección 4 de la Sección III del Capítulo 4 de las Reglas de Procedimiento y Prueba se dedica a la «Reparación a las víctimas» (Reglas 94 a 99).

La primera de ellas regula el «procedimiento previa solicitud»:

«1. La solicitud de reparación que presente una víctima con arreglo al artículo 75 deberá constar por escrito e incluir los pormenores siguientes:

- a) La identidad y dirección del solicitante;*
- b) Una descripción de la lesión o los daños o perjuicios;*
- c) El lugar y la fecha en que haya ocurrido el incidente y, en la medida de lo posible, la identidad de la persona o personas a que la víctima atribuye responsabilidad por la lesión o los daños o perjuicios;*
- d) Cuando se pida la restitución de bienes, propiedades u otros objetos tangibles, una descripción de ellos;*
- e) La indemnización que se pida;*
- f) La rehabilitación o reparación de otra índole que se pida;*
- g) En la medida de lo posible, la documentación justificativa que corresponda, con inclusión del nombre y la dirección de testigos.*

2. Al comenzar el juicio, y con sujeción a las medidas de protección que estén vigentes, la Corte pedirá al Secretario que notifique la solicitud a la persona o personas identificadas en ella o en los cargos y, en la medida de lo posible, a la persona o los Estados interesados. Los notificados podrán presentar al Secretario sus observaciones con arreglo al párrafo 3 del artículo 75.»

Por lo tanto, el mero hecho de participar en el proceso formulando opiniones y observaciones no supone tener derecho a ser indemnizado, ya que esto requiere una doble condición:

- Efectuar una solicitud (salvo que la Corte actúe de oficio, Regla 95) en tal sentido antes de comenzar el juicio, según se desprende del párrafo precedente, aunque hemos de considerar de justicia que no se rechazarían por extemporáneas las presentadas antes de la concreción de las reparaciones si se refieren a los hechos discutidos en el juicio, no existiendo por tanto indefensión para el

acusado. Una vez fijadas éstas, entendemos que las sucesivas solicitudes que acreditasen imposibilidad de presentación anterior deberían ser asumidas por el Fondo Fiduciario.

- Acreditar perjuicio, lo que resulta totalmente lógico para evitar el enriquecimiento injusto.

La Regla 95 se refiere al **«Procedimiento en caso de que la Corte actúe de oficio»**

«1. La Corte, cuando decida proceder de oficio de conformidad con el párrafo 1 del artículo 75, pedirá al Secretario que lo notifique a la persona o las personas contra las cuales esté considerando la posibilidad de tomar una decisión, y, en la medida de lo posible, a las víctimas y a las personas y los Estados interesados. Los notificados presentarán al Secretario sus observaciones de conformidad con el párrafo 3 del artículo 75.

2. Si, de resultas de la notificación a que se refiere la subregla 1:

- a) Una de las víctimas presenta una solicitud de reparación, esta será tramitada como si hubiese sido presentada en virtud de la regla 94;*
- b) Una de las víctimas pide que la Corte no ordene una reparación, ésta no ordenará una reparación individual a su favor.»*

Este último inciso nos muestra la disponibilidad que sobre la acción civil ex-delito tienen las víctimas como individuos ante la Corte.

La Regla 96 sienta el principio de publicidad de actuaciones:

«1. Sin perjuicio de las demás disposiciones relativas a la notificación de las actuaciones, el Secretario, en la medida de lo posible, notificará a las víctimas o sus representantes y a la persona o las personas de que se trate. El Secretario, teniendo en cuenta la información que haya presentado el Fiscal, tomará también todas las medidas que sean necesarias para dar publicidad adecuada de las actuaciones ante la Corte, en la medida de lo posible, a otras víctimas y a las personas o los Estados interesados.

2. La Corte, al tomar las medidas indicadas en la subregla 1, podrá recabar de conformidad con la Parte IX la cooperación de los Estados Partes que corresponda y la asistencia de organizaciones intergubernamentales a fin de dar publicidad a las actuaciones ante ella en la forma más amplia y por todos los medios posibles.»

En la Regla 97 se contienen los criterios de valoración de la reparación:

«1. La Corte, teniendo en cuenta el alcance y la magnitud del daño, perjuicio o lesión, podrá conceder una reparación individual o, cuando lo considere procedente, una reparación colectiva o ambas.

2. *La Corte podrá, previa solicitud de las víctimas, de su representante o del condenado, o de oficio, designar los peritos que corresponda para que le presten asistencia a fin de determinar el alcance o la magnitud de los daños, perjuicios o lesiones causados a las víctimas o respecto de ellas y sugerir diversas opciones en cuanto a los tipos y las modalidades de reparación que procedan. La Corte invitará, según corresponda, a las víctimas o sus representantes, al condenado y a las personas o los Estados interesados a que formulen observaciones acerca de los informes de los peritos.*
3. *La Corte respetará en todos los casos los derechos de las víctimas y del condenado.»¹⁵⁷*

La Regla 99 contiene prescripciones relativas a **«Cooperación y medidas cautelares a los efectos de un decomiso en virtud del párrafo 3 e) del artículo 57 y el párrafo 4 del artículo 75»:**

- «1. *La Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el párrafo 3 e) del artículo 57, o la Sala de Primera Instancia, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 75, podrá, de oficio o previa solicitud del Fiscal o de las víctimas o sus representantes que hayan pedido una reparación o indicado por escrito su intención de hacerlo, determinar si se ha de solicitar medidas.*
2. *No se requerirá notificación a menos que la Corte determine, en las circunstancias del caso, que ello no ha de redundar en detrimento de la eficacia de las medidas solicitadas. En este último caso, el Secretario*

¹⁵⁷ Vid. Hazan, P. «Corte Penal internacional, Guía práctica para uso de las víctimas- las víctimas tienen derecho a indemnización» (2003), cit., p. 80 y 81, donde nos señala el autor como hasta el día de hoy, la CPI no ha fijado el precio del sufrimiento. Ni el Estatuto ni las Reglas de Procedimiento y Prueba dieron una definición del perjuicio o de sus límites que pueda redundar en beneficio de las víctimas directas o indirectas. Añade que los magistrados de la CPI deberán fijar el monto de las reparaciones, eventualmente sobre la base de un peritaje y después de haber escuchado a todas las partes. A título de ejemplo, la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (UNCC), creada tras de la Guerra del Golfo para que Irak indemnizara a las víctimas físicas y las sociedades nacionales y multinacionales, además de los Estados, estableció determinados parámetros:

- El demandante a quien le hayan matado el cónyuge, un hijo o un padre: un máximo de 15.000 dólares o 30.000 dólares por familia.
- Herida grave: un máximo de 15.000 dólares, o un máximo de 5.000 dólares si la herida sólo tuvo efectos temporales.

- El demandante ha sido agredido sexualmente o torturado: un máximo de 5.000 dólares por incidente.
- El demandante ha sido testigo de la muerte de su cónyuge, su hijo o uno de sus padres: un máximo de 2.500 dólares o un máximo de 5.000 dólares por familia.
- El demandante fue tomado como rehén: 1.500 dólares por los tres primeros días y luego 100 dólares por día adicional hasta un techo de 10.000 dólares.
- El demandante se ocultó para no ser tomado como rehén: 1.500 dólares por los tres primeros días y luego 50 dólares por día adicional hasta un techo de 5.000 dólares.
- El demandante quedó desprovisto de todo recurso, lo cual puso en peligro su vida o la de su familia: un máximo de 2.500 dólares o 5.000 dólares por familia.
- Estas demandas pueden acumularse, pero el total no debe superar los 30.000 dólares por persona o los 60.000 dólares por familia.

notificará las actuaciones a la persona respecto de la cual se haga la petición y, en la medida de lo posible, a las personas o los Estados interesados.

3. *Si se dicta una orden sin notificarla, la Sala de que se trate pedirá al Secretario que, tan pronto como sea compatible con la eficacia de las medidas solicitadas, notifique a la persona respecto de la cual se haya hecho la petición y, en la medida de lo posible, a las personas o los Estados interesados y les invite a formular observaciones acerca de si la orden debería ser revocada o modificada.*
4. *La Corte podrá dictar las decisiones en cuanto a la oportunidad y la substanciación de las actuaciones que sean necesarias para dirimir esas cuestiones.»*

La concreción de la adecuada reparación que ha de otorgarse a las víctimas puede ser realizada en la Audiencia para fijar la pena celebrada tras el fallo condenatorio o en una especial a tal fin (artículo 76.2 y 3), donde se escucharán las observaciones hechas en virtud del artículo 75.

El artículo 82 del Estatuto, referido a la «Apelación de otras decisiones», faculta, en su apartado 4 al representante legal de las víctimas entre otros (el condenado o tercero de buena fe), para apelar la decisión por la cual se conceda reparación, no permitiéndosele apelar la condena penal.

La Sala, según dispone la Regla 153 podrá «confirmar, dejar sin efecto o modificar una reparación dictada con arreglo al artículo 75.»

El Reglamento de la Corte establece en su Norma 56, relativa a las pruebas conforme al artículo 75 que : « *La Sala de Primera Instancia podrá interrogar a los testigos y examinar las pruebas a los efectos de adoptar una decisión sobre las reparaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 75 a la vez que a los efectos del juicio.»*

Por su parte, la Norma 88, referida a las Solicitudes de reparación conforme a la regla 94 dispone:

- «1. *A los efectos de la aplicación de la regla 94, el Secretario elaborará un modelo tipo para que las víctimas presenten sus solicitudes de reparación, que se pondrá a disposición de las víctimas, los grupos de víctimas y las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para que puedan colaborar en su difusión de la manera más amplia posible. Dicho modelo tipo será aprobado de conformidad con las disposiciones del numeral 2 de la norma 23 y se empleará por las víctimas en la medida de lo posible.*
2. *El Secretario deberá obtener de las víctimas toda la información adicional que sea necesaria para completar su solicitud de conformidad con la subregla 1 de la regla 94 y ayudará a las víctimas a completar dicha solicitud. A continuación, la solicitud se inscribirá y almacenará en medios electrónicos a los efectos de ser notificada por la dependencia*

descrita en el numeral 9 de la norma 86 de conformidad con lo previsto en la subregla 2 de la regla 94.»¹⁵⁸

La situación procesal de las víctimas ante la Corte se aproxima pues a la de un actor civil.

7.3. El fondo fiduciario

En el Derecho Penal español, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños y perjuicios¹⁵⁹. Caso de resultar insolvente el condenado y los subsidiariamente obligados (Cómplices), el Estado paga indemnizaciones (ayudas) a las víctimas de delitos violentos y se subroga en su posición procesal pasando a ser actor civil¹⁶⁰.

En los delitos cometidos por autoridad, funcionarios públicos, agentes o contratados por el Estado, éste resulta responsable civil subsidiario, es decir, si éstos no pueden hacer frente al pago de las indemnizaciones las asume el Estado, que conserva un derecho de repetición contra los responsables. Esta responsabilidad subsidiaria se establece con una mayor intensidad en el caso de los delitos cometidos por militares con ocasión de ejecutar un acto de servicio apreciado como tal en sentencia¹⁶¹.

En el ámbito penal internacional, el artículo 79 del Estatuto establece que por decisión de la Asamblea de Estados Parte se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias, teniendo la Corte la facultad de ordenar que las sumas que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos a dicho fondo. El fondo será administrado según los criterios que fije la Asamblea de Estados Parte¹⁶².

¹⁵⁸ El formulario para la solicitud de reparación por una víctima –persona individual– o su representante lo encontramos en <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Victims/Reparation/Standard+application+form+for+reparations+before+the+International+Criminal+Court+for+individual+vic.htm>, mientras que mientras que el destinado a asociaciones o instituciones que pretenden obtener reparaciones lo podemos descargar en <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Victims/Reparation/Standard+application+form+for+reparations+before+the+International+Criminal+Court+for+victims+which.htm>, remitiéndose finalmente en caso de duda a la Victims Participation and Reparations Section.

La Norma 110 del Reglamento de la Secretaría establece con respecto a la **presentación de las solicitudes de reparaciones**:

«1. La Secretaría presentará todas las solicitudes de reparaciones a la Sala, junto con un informe sobre ellas, cuando se le solicite.

2. A los efectos de la regla 97, a solicitud de la Sala, la Secretaría podrá presentar información o recomendaciones sobre cuestiones tales como los tipos y modalidades de reparaciones, los factores a tener en cuenta para determinar si es apropiado otorgar reparaciones individuales o colectivas, el cumplimiento de las providencias de reparación, la utilización del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas y las medidas de ejecución, así como sobre los peritos que puedan prestar asistencia de conformidad con la subregla 2 de la regla 97 ».

¹⁵⁹ Artículo 116 el Código Penal.

¹⁶⁰ Artículos 5 y 13 de la Ley 35/95, de 11 de diciembre, cit.

¹⁶¹ Ver respectivamente artículos 121 del Código Penal y 48 del Código Penal Militar.

¹⁶² Esta disposición está en consonancia con las normas internacionales, como el principio 13 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, que

La Asamblea de los Estados Partes, adoptó por consenso en la tercera sesión plenaria, celebrada el 9 de septiembre de 2002 la decisión de crear un Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas de los crímenes de la competencia de la Corte (Victims Trust Fund), así como de sus familias. Sus fuentes de financiación son:

- a) Las contribuciones voluntarias efectuadas por gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades, de conformidad con los criterios pertinentes aprobados por la Asamblea de los Estados Partes;
- b) El producto de las multas o decomisos cuyo importe la Corte haya ordenado que se gire al Fondo Fiduciario con arreglo al párrafo 2 del artículo 79 del Estatuto;
- c) El producto de las indemnizaciones ordenadas por la Corte con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 de las Reglas de Procedimiento y Prueba;
- d) Los recursos financieros, distintos de las cuotas, que la Asamblea de los Estados Partes pueda asignar al Fondo Fiduciario.

Para la gestión del Fondo se crea un Consejo de Dirección¹⁶³ que se compone por cinco miembros que serán elegidos por un plazo de tres años y serán reelegibles una vez. Prestarán servicio a título individual y de manera gratuita. La Asamblea elegirá a los miembros de ese Consejo de Dirección, que deberán ser todos de nacionalidad diferente, sobre la base de una distribución geográfica equitativa y teniendo en cuenta la necesidad de lograr una representación equitativa de los principales sistemas jurídicos del mundo, así como una división equitativa entre hombres y mujeres. Los miembros del Consejo serán personas de alta consideración moral, imparcialidad e integridad y con competencia en materia de asistencia a las víctimas de crímenes graves.

Se reunirá en la sede de la Corte como mínimo una vez al año. El Secretario de la Corte estará encargado de prestar la asistencia necesaria para el buen funcionamiento del Consejo de Dirección en el desempeño de su función y además asistirá con voz consultiva a las reuniones del Consejo. Se ha encomendado al Jefe de la División de Víctimas y Abogados la tarea de prestar asistencia a dicho Consejo.

exhorta al «establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido».

¹⁶³ Los Estados han considerado dos posibilidades respecto a quién debe administrar el Fondo Fiduciario:

- 1) La ONU, como ya hace con diversos fondos fiduciarios de la ONU, entre ellos el Fondo de Contribuciones Voluntarias de la ONU para las Víctimas de la Tortura;
- 2) La Asamblea de los Estados Partes o un organismo subsidiario creado por la Asamblea.

El Consejo de Dirección establecerá y dirigirá las actividades y los proyectos del Fondo Fiduciario, así como el destino que haya de darse a los bienes y las sumas puestas a disposición del Fondo, habida cuenta de los recursos disponibles y a reserva de las decisiones que adopte la Corte. El Consejo de Dirección deberá, antes de determinar las actividades y los proyectos del Fondo Fiduciario, consultar en la medida de lo posible a las víctimas y a sus familias o a sus representantes legales, y podrá consultar a todo experto y organización competente.

Las contribuciones voluntarias de los gobiernos, organizaciones internacionales, particulares, sociedades y otras entidades estarán sometidas a la aprobación del Consejo de Dirección, que rechazará las contribuciones voluntarias que no sean compatibles con los fines y las actividades del Fondo Fiduciario. Rechazará igualmente las contribuciones voluntarias a las que el donante haya dado un destino que lleve a una distribución manifiestamente injusta de los fondos y bienes disponibles entre los diferentes grupos de víctimas.

El Consejo de Dirección informará anualmente a la Asamblea de los Estados Partes sobre las actividades y los proyectos del Fondo Fiduciario y sobre todas las contribuciones voluntarias ofrecidas, hayan sido aceptadas o rechazadas.

El Comité de Presupuesto y Finanzas examinará cada año el presupuesto del Fondo Fiduciario y presentará un informe y recomendaciones a la Asamblea de los Estados Partes para lograr la mejor gestión financiera posible del Fondo Fiduciario¹⁶⁴.

La Regla 98 se refiere al Fondo Fiduciario en los siguientes términos:

- «1. Las órdenes de reparación individual serán dictadas directamente contra el condenado.
2. La Corte podrá decretar que se deposite en el Fondo Fiduciario el monto de la orden de reparación dictada contra un condenado si, al momento de dictarla, resulta imposible o impracticable hacer pagos individuales directamente a cada víctima. El monto de la reparación depositado en el Fondo Fiduciario estará separado de otros recursos de éste y será entregado a cada víctima tan pronto como sea posible.
3. La Corte podrá decretar que el condenado pague el monto de la reparación por conducto del Fondo Fiduciario cuando el número de las víctimas y el alcance, las formas y las modalidades de la reparación hagan más aconsejable un pago colectivo.
4. La Corte, previa consulta con los Estados interesados y con el Fondo Fiduciario, podrá decretar que el monto de una reparación sea pagado por conducto del Fondo Fiduciario a una organización intergubernamental, internacional o nacional aprobada por éste.
5. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 79, se podrán utilizar otros recursos del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas.»

¹⁶⁴ Información obtenida de la página web oficial de la Corte.

La determinación de cuales sean las víctimas que han de ser indemnizadas a través del Fondo resulta de indudable interés, y distinguirlas de aquellas que, a tenor del último inciso de la Regla 98, se verán «beneficiadas» de otros recursos del Fondo.

Resulta claro que serán indemnizadas aquéllas en cuyo favor se dicte la orden de reparación y se den las circunstancias de imposibilidad o impracticabilidad de efectuar pagos individuales, o en aquellos supuestos en que se acuerde un pago colectivo. En tales casos el Fondo canaliza las reparaciones a los destinatarios de las mismas.

Respecto al círculo de «beneficiados» hemos de estar con Amnistía Internacional¹⁶⁵ cuando propone que el Fondo Fiduciario no debería ser exclusivamente para las víctimas que comparezcan ante la Corte, las cuales, en opinión de esta ONG, forman un grupo muy reducido, sino que abarcaría a las víctimas de toda situación en que los delitos se estén cometiendo o se hayan cometido y que la Corte esté investigando o haya investigado.

El criterio general sería que El Fondo Fiduciario para las Víctimas debería utilizarse en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familiares, siempre y cuando la Sala de Cuestiones Preliminares haya dictado una resolución en aplicación del artículo 15 del Estatuto de Roma por la que autoriza al Fiscal a abrir una investigación sobre cualquier crimen cometido en la misma situación. Con tal criterio:

- El Fondo Fiduciario podría prestar asistencia a las víctimas de personas acusadas ante la Corte aunque el fiscal hubiera decidido, por la razón que fuera, no incluir el delito en el acta de acusación formal, así como a las víctimas de acusados que no pudieran ser localizados o hubieran muerto.
- El Fondo Fiduciario podría prestar ayuda a las víctimas de una situación cuando la Corte estuviera investigando otros crímenes cometidos en la misma situación, aunque la persona acusada de haber cometido el delito contra esas víctimas no hubiera sido procesada por la Corte Penal Internacional y el sistema judicial nacional no pudiera o no quisiera investigarla o entregarla a la justicia.
- Se permitiría prestar asistencia a las víctimas por conducto del Fondo Fiduciario en las primeras fases del proceso. Aguardar, por ejemplo, hasta que más adelante en el proceso se dicte sentencia condenatoria contra una persona que ha cometido crímenes en determinada situación, sobre todo si las víctimas no han comparecido ante la Corte y no reciben apoyo de la Dependencia de Víctimas y Testigos, puede significar varios años de sufrimiento innecesario.
- Hemos de entender que se habría de facilitar ayudas, incluidas indemnizaciones, en casos de insolvencia total o parcial del condenado.
- Resulta llamativa la posibilidad de efectuar el pago de las reparaciones a una organización intergubernamental, internacional o nacional aprobada por el Fondo. Entendemos con Amnistía Internacional que al decidir sobre una

¹⁶⁵ Vid. Amnistía Internacional. Corte Penal Internacional: Garantizar un Fondo Fiduciario efi-

caz para las víctimas. Septiembre 2001. en <http://web.amnesty.org/library/index/eslior400052001>

solicitud para un proyecto destinado a beneficiar a víctimas, por ejemplo de una ONG, los administradores del Fondo Fiduciario deberán considerar: si el proyecto beneficia directa o indirectamente a las víctimas; las necesidades de las víctimas expresadas por grupos de víctimas; las propuestas para otros proyectos; y si otras fórmulas de reparación distintas de la indemnización podrían resultar más beneficiosas para las víctimas, incluidas la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. La concesión de reparaciones para proyectos concretos debería así mismo incluir un acuerdo entre el Fondo Fiduciario y los administradores del proyecto que exija la presentación de informes y de una evaluación¹⁶⁶.

La Regla 221 se refiere a la decisión sobre el destino o la asignación de los bienes o haberes disponiendo que:

- «1. La Presidencia, tras haber celebrado las consultas que procedan con el Fiscal, el condenado, las víctimas o sus representantes, las autoridades nacionales del Estado de ejecución o un tercero, o con representantes del Fondo Fiduciario a que se hace referencia en el artículo 79, decidirá todas las cuestiones relativas al destino o la asignación de los bienes o haberes obtenidos en virtud de la ejecución de una orden de la Corte.
2. La Presidencia, en todos los casos en que haya que decidir el destino o la asignación de bienes o haberes pertenecientes al condenado, dará prioridad a la ejecución de medidas relativas a la reparación de las víctimas.»

El reglamento de la Corte establece al respecto:

Norma 116. Ejecución de multas, órdenes de decomiso y órdenes de reparación.

- «1. A los efectos de la ejecución de multas, órdenes de decomiso y órdenes de reparación, la Presidencia, con la asistencia de la Secretaría cuando fuere procedente, dispondrá los acuerdos que sean necesarios para, entre otros:

¹⁶⁶ En tal sentido, la Norma 118 del Reglamento de la Secretaría, dedicado a la cooperación con el Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas establece:

- «1. A los efectos de la subregla 4 de la regla 98, la regla 148 y la subregla 1 de la regla 221, la Secretaría, cuando lo pida la Sala o la Presidencia, y después de consultar con las víctimas o sus representantes legales, proporcionará a la Secretaría del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas la información recibida de las víctimas o con respecto a ellas, y brindará asesoramiento

e información generales y no confidenciales en relación con las víctimas.

2. Cuando la Sala dicte una providencia en la que se disponga el otorgamiento de reparaciones con cargo al Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas, el Secretario, teniendo en cuenta la confidencialidad, proporcionará a la Secretaría del Fondo Fiduciario en beneficio de las víctimas la información contenida en las solicitudes presentadas por las víctimas y los datos y documentos adicionales necesarios para la aplicación de la providencia».

- a) *Recibir el pago de las multas descritas en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 77;*
- b) *Recibir bienes o el producto de la venta de inmuebles o, cuando fuere procedente, otros bienes conforme se describe en el párrafo 3 del artículo 109;*
- c) *Dar cuenta de los intereses ganados sobre los fondos recibidos conforme a los literales a) y b) que anteceden;*
- d) *Asegurar que el dinero se transfiera al Fondo Fiduciario o a las víctimas, según corresponda.*

2. *Con posterioridad a la transferencia o el depósito de los bienes o activos en el Fondo Fiduciario, como consecuencia de la ejecución de una orden de la Corte, la Presidencia, con sujeción al párrafo 2 del artículo 75 y a la regla 98, resolverá su destino o asignación según se establece en la regla 221»¹⁶⁷.*

Norma 117. Comprobación continua de la situación financiera de las personas condenadas.

«De ser necesario, la Presidencia, con la asistencia del Secretario cuando sea procedente, comprobará de forma continuada la situación financiera de las personas condenadas, incluso después del cumplimiento de la pena de prisión, a los efectos de la ejecución de las multas, órdenes de decomiso u órdenes de reparación, a cuyos efectos podrá, entre otros:

- a) *Solicitar la información pertinente y opiniones o informes de peritos, cuando sea necesario por medio de una solicitud de cooperación y, si fuera procedente, en forma periódica;*
- b) *Cuando sea procedente, en la forma descrita en la subregla 1 c) de la regla 211, ponerse en contacto con la persona condenada y su abogado a los efectos de indagar su situación financiera;*
- c) *Solicitar observaciones al Fiscal, las víctimas y los representantes legales de las víctimas».*

Señalemos finalmente como el Estatuto contempla la posibilidad de reducción de la pena al condenado con ciertos condicionantes y si se cumplen una serie de factores, entre los que se encuentra (artículo 110.4 b)) *« si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas;»*, incidiendo la Regla 223 en las medidas de importancia que haya toma-

¹⁶⁷ El Reglamento de la Secretaría dispone en su Norma 111, relativa a la asistencia en la fase de ejecución:

«A pedido de la Presidencia, la Secretaría podrá suministrarle información susceptible de

ayudarla a adoptar decisiones sobre cuestiones relacionadas con el destino o la asignación de bienes o haberes de conformidad con la regla 221, en particular la información contenida en las solicitudes de participación o reparaciones».

do el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre éstas y sus familias.

No se prevé expresamente un derecho de repetición de la Corte contra el condenado, aunque, en contrapartida, la no satisfacción de las indemnizaciones por parte de éste supone como acabamos de ver un serio impedimento para la reducción de la condena.

Tampoco se contempla expresamente, como hemos señalado, la posibilidad de una responsabilidad de índole civil, directa o subsidiaria, de los Estados lo que merece sin duda una consideración crítica.

Por otra parte, el término «*rehabilitation*» que se prescribe como una de las fórmulas de reparación, se queda ciertamente corto al referirse a medidas de tipo social, si bien podríamos entenderlo literalmente como «volver a habilitar» y referirlo al honor y propia estima de las víctimas. En este sentido, resulta más expresivo el de «*satisfaction*» contenido en el Artículo 37 del citado «Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Estatal por actos ilícitos» de Naciones Unidas, en el que se indica que la restitución o indemnización no constituyen por sí mismas satisfacción que literalmente define como «*Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality*», añadiéndose que será proporcionada al daño y no habrá de resultar humillante para el Estado responsable¹⁶⁸.

Destaca la especial preocupación, al igual que sucede en los Tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, por las mujeres víctimas de la violencia sexual, lo que se refleja en llamamientos a la Comunidad internacional en orden a la recaudación de fondos para financiar programas de asistencia a este tipo de víctimas¹⁶⁹.

VIII. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos realizado un análisis detallado que, comenzando por unas necesarias nociones sobre la victimología nos ha conducido, a través de la senda conceptual de lo que se puede entender por víctima, al tratamiento que éstas han recibido en los distintos Tribunales Penales Internacionales, para finalmente centrarnos en el que les confiere el estatuto de la Corte Penal Internacional.

I. El principio de jurisdicción penal universal constituye una garantía para las víctimas de presuntos crímenes internacionales en orden a evitar la impunidad de los mismos en el caso de que la jurisdicción nacional competente según los nexos tradicionales de nacionalidad de la víctima, autor o lugar de comisión del ilícito se

¹⁶⁸ «Customary International Humanitarian Law» cit. Pág. 540.

¹⁶⁹ Vid: <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=13417&criteria1=mujeres>

abstenga de conocer o en el supuesto en que la jurisdicción penal internacional no resulte competente.

II. La formulación de conclusiones nos lleva a retomar el principio sustentador de estos Tribunales penales, en especial de la Corte, en el sentido de que su finalidad primordial o primaria es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales –no olvidemos la posibilidad del Consejo de Seguridad de pedir a la Corte que no inicie o suspenda una investigación prevista en el artículo 16 del Estatuto, y que obliga a ésta a actuar en el sentido solicitado por el Consejo– y que con carácter secundario y por supuesto necesario, se presta especial atención a las víctimas de esos más graves crímenes de trascendencia internacional, por ser «objeto» de los mismos, mientras que el sujeto pasivo es la comunidad internacional en su conjunto.

III. Numerosos autores se lamentan del hecho de que las víctimas no adquieran el estatus de parte (penal) ante la Corte¹⁷⁰, pero, a tenor de lo acabado de exponer, tal estatus sería excesivo; y sería excesivo precisamente por el diferente ánimo que anima a una acusación de carácter público y a una de carácter privado: La primera tiende a la mera satisfacción del interés público, cual es el restablecimiento de la integridad del ordenamiento jurídico vulnerado y el castigo del culpable en interés de toda la comunidad (sea ésta nacional o internacional), mientras que la privada, la que se refiere a las víctimas de delitos concretos, busca, antes que la satisfacción del interés público en los términos expuestos, la del particular que ha sufrido un daño, con el indudable y ancestral componente de venganza interparticulares (o intergrupos) que ello entraña, justificándose así la «neutralización de las víctimas».

IV. Estas motivaciones acabadas de exponer, totalmente justificables y entendibles, no han de tener cabida en una instancia que, como ya hemos indicado –en virtud del principio de complementariedad– entra en acción cuando las autoridades nacionales, ante las que tales intereses deberían poderse satisfacer, no pueden o no desean actuar y en tal situación una Instancia supranacional asegura el castigo y en su caso, la reparación a las víctimas en interés, hemos de insistir, de toda la Comunidad Internacional (de la que forman parte la totalidad de los Estados y a la que tal inactividad a nivel nacional desestabiliza) y no sólo de los perjudicados u ofendidos por el crimen.

V. Las víctimas pueden intervenir en el proceso presentando observaciones y opiniones en el terreno penal; sus representantes, con ciertos condicionamientos, pueden interrogar a acusados, testigos y peritos; pueden asistir a las vistas y se les permite recurrir las decisiones referidas a las cuestiones «civiles» cuando las resoluciones relativas a la reparaciones no satisfagan sus intereses, adquiriendo en éste sentido un estatus de parte civil.

¹⁷⁰ Cesáreo Gutiérrez Espada, en artículo citado de la REDM alude a la «cruel ironía» de que el particular, la víctima, de los crímenes, no pueda

iniciar de manera formal, él mismo, un procedimiento ante el Tribunal.

VI. Por tanto, no son sólo cuestiones de economía procesal las que, como hemos visto, pueden aconsejar no conferir una posición más relevante a las víctimas ante al Corte, sino cuestiones de fondo, que podemos encontrar en los propios motivos que llevan a la constitución de la Corte Penal Internacional.

VII. En cualquier caso, la Comunidad internacional, con la creación de la Corte, y dentro de ella del Fondo Fiduciario, viene a reconocer su parte de responsabilidad en el fracaso de la primordial función que en su nombre se encomienda al Consejo de Seguridad de N.U. –el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, según establece el artículo 24 de la Carta– entendiendo que el fracaso en tal misión da lugar a una responsabilidad que podríamos calificar de general y subsidiaria, y que en todo caso es moral, generando un profundo sentimiento de culpa que se traduce en un deber de atención hacia los que de modo inmediato o mediato resultan afectados por tales situaciones; el honrar la memoria de las víctimas, el velar por su rehabilitación e integración, el atender a sus familias, así como el correcto funcionamiento y financiación del Fondo Fiduciario y la Dependencia de víctimas y testigos resultan pues esenciales.

VIII. También es un hecho cierto que la evolución de determinadas instancias internacionales, como el tribunal Europeo de Derechos Humanos ha marchado en el sentido de admitir como demandantes a los particulares, pero no es menos cierto que el reconocimiento de tal legitimación activa se enmarca en un espacio económico y sociopolítico cada vez más homogéneo y próspero, en el que en un futuro tendremos una Constitución común; ¿a caso se podía esperar una evolución diferente?

IX. Si deseamos una instancia judicial penal internacional en que las víctimas comparezcan a hacer valer sus derechos como parte, hagámoslo, creémosla, y permitámosle ir no sólo contra el autor inmediato, la persona individual, sino como responsables directos de las reparaciones, contra un Estado concreto, o contra Naciones Unidas, los cuales no han sabido, podido o querido evitar la comisión de ciertos crímenes; e impúlsese con tal fin de manera decidida el actual Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Estatal por actos ilícitos, al que nos hemos referido en diversos apartados se este trabajo.

X. Hasta ese utópico momento en que la justicia prevalezca sobre la política (y que en buena lógica deberá ir precedida por un equitativo reparto de la riqueza y bienestar mundial) la Corte supone sin lugar a dudas, la última y en ocasiones única esperanza de obtener satisfacciones y reparaciones de las víctimas de los crímenes más atroces, y una alargada sombra que ha de perseguir a los criminales responsables de los mismos y ceñirse amenazadoramente sobre los potenciales autores.

XI. Antes de concluir este trabajo y en atención a que fijamos como objetivo en la introducción del mismo la de reforzar la presencia de las víctimas en el proceso, sería de interés el permitir a éstas la posibilidad de apelar el fallo o, lo que resultaría de mayor interés, la pena concreta impuesta, obligando así a la Corte a un pronunciamiento expreso sobre determinados vicios o errores (de hecho o de derecho) en el procedimiento, o sobre una desproporción entre el crimen y la pena.

Tal posibilidad se fundaría en el principio general del derecho que consideramos es la obligación de satisfacer moralmente a la víctimas de cualquier crimen, ya que cualquier otra consideración basada en criterios comparativos con el estatus que ostentan ante los diferentes tribunales penales nacionales podría llegar a convertir a las víctimas, a tenor de los argumentos expuestos, en potenciales desestabilizadores de la paz y seguridad internacionales, al poder colisionar sus intereses particulares con los de la comunidad internacional.

XII. Resultaría sin duda de interés para éstas el hecho de una ampliación de la competencia de la Corte *«ratione materiae»* a crímenes como el terrorismo, narcotráfico y tráfico internacional de personas.

Para concluir este trabajo, y a modo de epílogo, interesa dejar constancia de las palabras pronunciadas el 10 de marzo de 2005 por el entonces Secretario General de N.U. Kofi Annan, con las que clausuraba la Cumbre Internacional de Madrid sobre Democracia, Terrorismo y Seguridad, titulado «Una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo», y que, aún estando dirigidas a las víctimas de este crimen sin duda se pueden hacer extensivas a las víctimas de cualquier crimen internacional:

«Para todas las víctimas del mundo entero nuestras palabras de solidaridad son escaso consuelo. Esas personas saben que nadie que no haya sido afectado tan directamente como ellas puede compartir verdaderamente su dolor. Evitemos, al menos, explotar ese sentimiento. Debemos respetar a las víctimas. Debemos escucharlas. Debemos hacer todo lo que podamos por ayudarlas.»

«Debemos estar dispuestos a hacer todo lo que esté en nuestras manos para evitar que otros seres humanos sigan su mismo destino.»

«Por encima de todo, no debemos olvidarlas.»

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.
CPI	Corte Penal Internacional.
DIH	Derecho Internacional Humanitario.
ECCC	Salas extraordinarias en los Tribunales de Camboya.
LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
ONG	Organización No Gubernamental.
ONU / N.U.	Organización de las Naciones Unidas.
REDM	Revista Española de Derecho Militar.
SCSL	Tribunal Especial para Sierra Leona.
TC	Tribunal Constitucional.
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.
UNMIK	Misión de las Naciones Unidas en Kosovo.
UNTANET	Administración Transitoria de las Naciones Unidas en Timor Leste.

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones:

- BERISTÁIN IPIÑA, A.: *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*, Tecnos, Madrid, 1985.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito*. Ed Tecnos, Madrid 1985.
- DÖNITH, K.: *Diez años y veinte días. 1ª parte*. Edt. Altaya, 2008.
- DONAT-CATTIN, D.: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Nomos Verlagsgesellschaft. Badeb-Baden 1999.
- FERNÁNDEZ-FLORES Y DE FUNES, J. L.: *El Derecho de los Conflictos Armados De Iure Belli El Derecho de la Guerra El Derecho Internacional Humanitario El derecho Humanitario Bélico*. Ministerio de Defensa, 2001.
- FRANKL, V. E.: *El hombre en busca de sentido*, Herder Editorial, Barcelona, 22ª edición, 2003.
- GARCIA ARAN, M. Y LOPEZ GARRIDO, D.: *Crimen internacional y jurisdicción internacional. El caso Pinochet*, Edt. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2000.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.: *Manual de Criminología*, Espasa Universidad, Madrid, 1988.
- GIL GIL, A.: *Derecho Penal Internacional. Especial Consideración al delito de Genocidio*, ed. Tecnos. Madrid 1999.
- HENCKAERTS, J. M. AND DOSWALD-BECK, L.: *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2005.
- LANDROVE DÍAZ, G.: *Las consecuencias Jurídicas del Delito*, Tecnos, Madrid, 1985.

La Moderna Victimología, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Universidad de Sevilla, 1985.

MUTTUKUMARU, C.: «Reparation to victims», en *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute Sigues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International. The Hague. London. Boston, 1999.

NEWMAN, E.: *Victimología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Buenos Aires, ed. Universidad, 1994.

PÉREZ DE FRANCISCO, E.: *Lecciones de Derecho Humanitario Bélico*, Ministerio de Defensa, 2003.

PIGNATELLI Y MECA, F.: *El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Antecedentes y Textos Complementarios*, Ministerio de Defensa, 2003.

RODRÍGUEZ MANZANERA, L.: *Victimología. Estudio de la Víctima*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1988.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO J. L.: (coord.) «Derecho Internacional Humanitario», 2ª edición, Centro de Estudios de Derecho Internacional humanitario de la Cruz Roja Española (ED. Tirant lo Blanch, Valencia 2007).

ROGER GARAUDY, S. : *Les Mythes fondateurs de la politique israélienne*, 2ª edición, Paris 1996.

VARGAS SILVA, C. I.: *Colombia y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Segunda edición. ED. TEMIS S.A Bogotá-Colombia, 2004.

Revistas, seminarios, jornadas y ponencias:

ALÍA PLANA, M.: «El Tribunal especial para Sierra Leona», en «*Revista Española de Derecho Militar*», número 83, enero-junio de 2004.

BERISTAIN, A.: «¿La sociedad/ judicatura atiende a ‘sus’ víctimas/ testigos?», en Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho judicial. La Victimología, T. XV. Madrid (1993).

: «El Código penal de 1995 desde la Victimología», en *La Ley*, año XVIII, núms. 4302 y 4303, 4 y 5 de junio (1997).

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: «Hacia Una Justicia Penal Internacional: el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional». En *Hacia una Justicia Universal (Jornadas del Servicio Jurídico del Estado)*, Madrid, 2000.

GARCÍA LABAJO, J. M.: «Algunos aspectos procesales de la Corte Penal Internacional», conferencia dentro de las *IV Jornadas de Asesoramiento Jurídico Militar en el ámbito de la Defensa*, ED. Ministerio de Defensa, noviembre 2002.

GARCÍA SAN JOSÉ, D. I.: «La configuración Jurídica de las Víctimas de los Crímenes de la Competencia de la Corte Penal Internacional», en *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

GASSER, H.-P.: «Actos de terror, terrorismo y derecho internacional humanitario» 30-09-2002, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 847.

GUTIÉRREZ ESPADA, C.: «Los condicionamientos Políticos y Limitadas Competencias del Tribunal Penal Internacional», en «*Revista Española de Derecho Militar*», n° 75.

KEITH MAY, C.: «La primera propuesta de creación de un tribunal penal internacional permanente», en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 145, marzo de 1998.

MARTÍNEZ-CARDOS RUÍZ J. L.: «El Concepto de Crímenes de Lesa Humanidad», en *Revista Española de Derecho Militar (REDM)*, N° 75, enero-junio 2000.

MCDONALD, A.: «El Tribunal especial para Sierra Leona: una instancia con recursos limitados», en *Revista Internacional de la Cruz Roja* N° 845, 31-03-2002.

Documentación electrónica:

AWID. Asociación para los derechos de la mujer y el desarrollo, en <http://www.awid.org/esl/Temas-y-Analisis/Library/Las-mujeres-y-el-genocidio-en-Ruanda-lo-que-no-se-dice>

AFROL NEWS: Agencia de Prensa, en <http://www.afrol.com/es/articulos/15707>

ALÍA PLANA M.: «El enjuiciamiento de los crímenes del Khmer Rouge». *Revista Jurídica Militar*, revista electrónica para profesionales, de 5/09/08, en <http://www.paraprofesionales.com/productos/susrevmil.php>

AMNISTÍA INTERNACIONAL: Corte Penal Internacional: Garantizar un Fondo Fiduciario eficaz para las víctimas, en <http://web.amnesty.org/library/index/eslior400052001>

Sierra Leona: Para las víctimas de crímenes de guerra las sentencias de culpabilidad no ponen punto final, en <http://asiapacific.amnesty.org/library/Index/ESLAFR510032007?open&of=ESL-332>

BBCMUNDO.COM «Ruanda recuerda a sus víctimas», en http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_3606000/3606919.stm

CADENA SER, «Justicia estudia prohibir a la Audiencia Nacional juzgar asuntos que no tengan «nexo de conexión» con España», en http://www.cadenaser.com/espana/articulo/justicia-estudia-prohibir-audiencia-nacional/csrscsrpor/20090131csrscsnac_4/Tes

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE MEXICO: www.cndh.org.mx

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA: www.icrc.org/spa

CORTE PENAL INTERNACIONAL: Acceso directo al apartado dedicado a las víctimas. <http://www.icc-cpi.int/victimissues/victimsparticipation.html>

DE LA CUESTA AGUADO P. M.: «victimología y victimología femenina: las carencias del sistema», en, http://criminalistic.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=421

EL PAÍS. COM : «Bosnia rinde homenaje a las víctimas del genocidio de Srebrenica», en http://www.elpais.com/articulo/internacional/Bosnia/rinde/homenaje/victimas/genocidio/Srebrenica/elpepuint/20050711elpepuint_6/Tes

EUROPA PRESS: «La Audiencia Nacional investigará a siete militares de Israel», en <http://www.europapress.es/nacional/noticia-audiencia-nacional-investigara-responsables-militares-israel-asesinato-,14-civiles-gaza-2002-20090129132110.html>

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: http://www.fidh.org/article.php3?id_article=4266

GARCÍA MARTÍNEZ M. P.: «Las Víctimas y los Testigos en la Corte Penal Internacional», en <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/>

DÍAZ PITA M. P.: «Concurrencia de jurisdicciones entre los tribunales penales españoles y la Corte Penal Internacional: los artículos 8 y 9 de la ley orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 9 2005 www.reei.org

HAZAN P.: «Corte Penal internacional, Guía práctica para uso de las víctimas- las víctimas tienen derecho a indemnización» (2003), en <http://www.rsf.org/IMG/pdf/doc-2255.pdf>

INTERNATIONAL VICTIMOLOGY WEBSITE: (I V W) www.victimology.nl

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: www.un.org, desde donde se tiene acceso a las del TPIY y TPIR.

PANELES ESPECIALES PARA CRÍMENES GRAVES EN TIMOR LESTE: <http://www.un.org/spanish/Depts/dpko/unmit/>

PANELES INTERNACIONALIZADOS EN KOSOVO: <http://www.un.org/spanish/kosovo/index.html>

PÚBLICO: «La Audiencia Nacional archiva la investigación del ataque de Israel a Gaza», en <http://www.publico.es/espana/235700/audiencia/nacional/archiva/investigacion/ataque/israel/gaza>

RADIO KOREA INTERNACIONAL: en rki.kbs.co.kr/spanish/news (prensa digital).

GEISS R. Y BULINCKX N.: «Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados», en *Revista de la Cruz Roja Internacional*, marzo 2006, n° 861, en [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6u3nxv/\\$File/irrc_861_Geiss.pdf](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/6u3nxv/$File/irrc_861_Geiss.pdf)

RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO J. L.: «Crímenes contra la Humanidad y Genocidio». *Ponencia del XII Seminario «Duque de Ahumada»*, en http://www.guardiacivil.org/prensa/actividades/ponencias/pagina_8.jsp

TODOROV T.: «Mirada Crítica a la Historia de Reparación de Abusos Contra Derechos Humanos», en el *Informe N° 48* <http://www.asuntospublicos.org/web/pdf/48.pdf>

TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA: en <http://www.sc-sl.org/>

VERBEEK H.: «Alemania Indemniza a Trabajadores forzados», en <http://www2.rnw.nl/rnw/es/> (prensa digital). http://www.informarn.nl/informes/derechoshumanos/dhvictimas/act010316_alemaniaindemnizaatr

ZAMORA GRANT J.: *Los Modelos Victimológicos*, en «*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*». N° 93, septiembre- diciembre 1998, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/93/art/art8.htm>

Prensa escrita:

DIARIO «EL PAÍS», (domingo, 19 de diciembre de 2004).

DIARIO «ABC», (sábado, 31 de enero de 2009).

