

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA



TESIS DOCTORAL

PROGRAMA DE DOCTORADO:
DERECHOS HUMANOS DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

TÍTULO:

**LA DETENCIÓN OPERATIVA EN LA FRONTERA
ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

DOCTORANDO:

RAMON MARTINEZ GUILLEM

DIRECTORA DE LA TESIS

Dra. CONSUELO RAMON CHORNET

Valencia 2012

*La detención operativa en la frontera entre el Derecho Internacional Humanitario
y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

Quis custodiet ipsos custodes?

Juvenal

LISTA DE ACRONIMOS

AJIL: American Journal of International Law
AJP: Allied Joint Publication
AMERIPOL: Comunidad de Policías de América
APP: Allied Procedural Publication
ASEANAPOL: Conferencia de Jefes de Policía de la ASEAN
ASIL: American Society of International Law
CASE W. RES. J. INTL'L: Case Western Reserve Journal of International Law
COIN: Contrainsurgencia
CRS: Congressional Research Service
CYIL: Czech Yearbook of International Law
DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DIH: Derecho Internacional Humanitario
EJIL: European Journal of International Law
EUROGENDFOR: Fuerza de Gendarmería Europea
EUROPOL: Oficina Europea de Policía
FRAGO: Orden fragmentaria
HILJ: Harvard International Law Journal
HRB: Human Rights Brief
HRQ: Human Rights Quarterly
INTERPOL: Organización Internacional de Policía Criminal
IRRC: Revista internacional de la Cruz Roja
ISR L. REV.: Israel Law Review
MC: Military Committee
MLR: Military Law Review
MNF: Multinational Force
MOU: Memorandum of Understanding
NEO: Operación de evacuación de no combatientes
OCN: Oficina central nacional
OHLR: Oxford Human Rights Law Review
OPLAN: Plan de Operaciones
REDI: Revista Española de Derecho Internacional
REDM: Revista Española de Derecho Militar
ROE: Reglas de enfrentamiento
SOFA: Acuerdo sobre el estatuto de la fuerza
SOMA: Acuerdo sobre el estatuto de la misión
SOP: Standard Operating Procedures
STANAG: Acuerdo de estandarización

ÍNDICE

INTRODUCCION GENERAL, 13

1. LA RELEVANCIA DE LA DETENCIÓN Y OTRAS ACTIVIDADES DE TIPO POLICIAL COMO MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL, 13
2. PLAN DEL TRABAJO, 19

METODOLOGÍA, 23

CAPÍTULO I. LA DETENCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL, 25

1. EL CONCEPTO DE DETENCIÓN, 25
 - 1.1. Concepto genérico y clases de detención, 25
 - 1.1. A. La detención en sentido genérico, 25
 - 1.1.B. Clases de detención, 27
 - 1.2. La privación de libertad en algunos sistemas jurídicos: España, Reino Unido EEUU y Francia, 28
 - 1.3. El problema lingüístico de fondo: la traducción de “detention” y “detainee”, 37
 - 1.4. Concepto específico: “Detención operacional”, 39
2. LOS BIENES JURÍDICOS AFECTADOS POR LA DETENCIÓN, 42
 - 2.1. El derecho a la libertad y seguridad de la persona en el DIDH, 42
 - 2.1.A. La presunción a favor de la libertad, 42
 - 2.1.B. El contenido del derecho en caso de detención, 46
 - a. *Derecho a ser informado de las causas de la detención*, 46
 - b. *Derecho a ser conducido ante la autoridad judicial*, 47
 - c. *Derecho a impugnar la medida privativa de libertad*, 50
 - 2.2. La prohibición de la detención por tiempo indefinido y de las desapariciones forzadas, 51
 - 2.3. La prohibición de las ejecuciones extrajudiciales y de la tortura, 55
3. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LAS CONVENCIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, 58
 - 3.1. Las diferentes lecturas de los principales convenios en materia de derechos humanos. El “espacio jurídico”, 58
 - 3.2. El enfoque de la jurisprudencia del TEDH sobre la extraterritorialidad: Behrami, Al-Skeini y Al-Jedda, 66
 - 3.2.A. La decisión del TEDH en relación con los casos Behrami y Saramati: La atribución de los actos, 66
 - 3.2.B. Las sentencias del TEDH en los casos Al-Skeini y Al-Jedda, 68

a. *Al-Skeinki and Others v. The United Kingdom (primera parte)*. De nuevo el “espacio jurídico”, 69

b. *Al-Jedda v. United Kingdom (Primera parte)*, 72

4. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LA DETENCIÓN OPERATIVA, 76

4.1. DIH y DIDH. ¿Conflicto o complementariedad?, 76

4.2. La “mayor protección” del DIH o del DIDH, 85

4.3. Situaciones de posible vacío en la protección de los derechos humanos, 88

5. LOS “FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY”: EL MODELO O PARADIGMA POLICIAL-JUDICIAL, 91

5.1. El concepto de policía en el Derecho internacional, 91

5.1.A. El concepto de policía en el Derecho internacional, 91

5.1.B. Las funciones policiales, 98

5.1.C. Los distintos enfoques de lo policial, 102

5.2. Los estándares internacionales de actuación policial, 112

CAPITULO II. LA DETENCIÓN OPERATIVA EN SUS POSIBLES CONTEXTOS, 117

1. EL CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL, 117

1.1. La detención en general durante el conflicto, 117

1.2. Los prisioneros de guerra como principal especie de detenidos en el conflicto armado, 120

1.2.A. Un concepto y un régimen *sui generis*, 120

1.2.B. Los casos dudosos, 125

1.2.C. El supuesto carácter de mayor protección del estatuto de prisionero de guerra, 128

1.2.D. Límites temporales de la detención como prisionero de guerra, 130

1.2.E. El interrogatorio de prisioneros y su posible uso en un posterior procedimiento penal, 134

1.2.F. El régimen interior de los prisioneros durante el cautiverio, 137

1.3. Las personas civiles en poder del enemigo, y en particular los detenidos, 141

1.3.A. El concepto de civil para el DIH, 141

1.3.B. Extranjeros en el territorio de una parte contendiente, 144

1.3.C. Población civil en territorio ocupado, 145

1.3.D. El internamiento: detención de civiles por motivos de seguridad, 145

1.3.E. Las categorías residuales de detenidos en el marco del DIH, 151

1.4. El régimen de la ocupación: el margen de aplicación del DIDH, 159

1.4.A. ¿Una situación intermedia entre la guerra y la paz?, 159

1.4.B. La ocupación y su lado gubernativo o policial, 161

- 1.4.C. El problema de la ocupación en el contexto de seguridad colectiva de la Carta de Naciones Unidas, 165
- 1.4.D. La dimensión práctica del problema en relación con la detención, 172
- 2. EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL, 175
 - 2.1. Del orden público al conflicto armado, 175
 - 2.2. Subtipos del conflicto armado no internacional y su incidencia en materia de detención, 182
 - 2.2.A. El conflicto armado puramente interno, a veces, en el fondo, una cuestión policial, 182
 - 2.2.B. Los conflictos complejos, 189
 - 2.3. Las personas privadas de libertad en el conflicto no internacional, 192
- 3. DETENCIÓN Y OTRAS ACTIVIDADES POLICIALES EN LAS OPERACIONES DE PAZ, 199
 - 3.1. Las OMP como estructuras multifuncionales, 199
 - 3.2. Aspectos militares de las operaciones de paz, 209
 - 3.2.A. Una nueva misión para los ejércitos, 209
 - 3.2.B. La excepcionalidad del ejercicio de funciones policiales, 213
 - 3.2.C. El marco jurídico de actuación de las fuerzas militares en OMP, 215
 - a. Marco jurídico general, 215
 - b. El supuesto de la ocupación y situaciones asimiladas, 216
 - c. Los supuestos distintos a la ocupación, 221
 - (i).- El estatuto de la fuerza, 221
 - (ii).- Las reglas de enfrentamiento, 226
 - 3.2.D. Posibles escenarios para la actividad parapolicial de las fuerzas armadas, 231
 - a. Contrainsurgencia, 231
 - b. Checkpoints, escoltas, entradas y registros, control de masas, 235
 - c. Las operaciones NEO y el rescate de rehenes, 240
 - 3.2.E. Fuerzas armadas en funciones policiales y policía militar, 245
 - 3.3. Aspectos policiales de las OMP, 250
 - 3.3.A. Comparación entre dos instituciones, 250
 - 3.3.B. Interoperabilidad entre ejército y policía, 257
 - 3.3.C. Evolución de la participación de fuerzas policiales en las OMP, 260
 - 3.4. Administraciones interinas: UNMIK, UNTAET, sus fuerzas policiales y el ejercicio de dichas funciones transitoriamente por fuerzas militares, 268
 - 3.4.A. Planteamiento del problema: territorios necesitados de una administración interina, 268
 - 3.4.B. El caso de Kósovo. La directiva de COMKFOR en relación con las detenciones, 270
 - 3.4.C. Timor Oriental: el relevo de INTERFET por UNTAET y su incidencia en materia de detenciones, 279

- 3.4.D. Evolución posterior. ¿Se han alcanzado los límites de la actuación policial ejecutiva en operaciones de paz?, 285
- 4. LA DETENCIÓN DE TERRORISTAS EN UN CONTEXTO INTERNACIONAL, 290
 - 4.1. Descripción de la amenaza, 290
 - 4.1.A. Doctrinas sobre el uso de la fuerza: el paradigma policial-judicial y el del conflicto armado, 290
 - 4.1.B. El uso de la fuerza contra el terrorismo condicionado por el contexto de guerra o paz, 295
 - 4.1.C. El derecho penal del enemigo, 307
 - 4.2. El enfoque policial de la lucha contra el terrorismo, 311
 - 4.2.A. Cooperación policial internacional: mecanismos e instrumentos, 311
 - a. *El terrorismo visto como delito y la respuesta procesal-penal*, 311.
 - b. *La cooperación policial con el terrorismo como motor*, 318
 - c. *El objeto y las limitaciones de la cooperación y de la actuación policial en un plano internacional: La prevención como Talón de Aquiles del modelo policial y la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada*, 323
 - d. *Herramientas de cooperación policial contra el terrorismo*, 331
 - (i). *La OIPC-INTERPOL y su implantación universal*, 331
 - (ii). *Herramientas de ámbito regional*, 347
 - 4.3. El enfoque del DIH, 353
 - 4.3.A. El lucha contra el terrorismo como conflicto armado, 353
 - a. *Aplicabilidad del DIH a la situación*, 353
 - b. *La importancia del contexto en materia de detención*, 358
 - 4.3.B. Los límites en el uso de la Fuerza, 363
 - a. *Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales*, 363
 - b. *Investigación de operaciones estatales con resultado de muerte. Requisitos según la jurisprudencia del TEDH*, 386
 - (i). *Requisitos generales de la investigación según los textos de “soft law”*, 386
 - (ii) *La jurisprudencia del TEDH: Los casos Kelly y Al-Skeini (Segunda parte)*, 388
 - c. *El interrogatorio y los límites de la tortura*, 403
 - 4.3.C. La práctica de EEUU antes y después del 11-S, 416
 - a. *“Excepcionalidad” de las reacciones de EEUU ante el terrorismo*, 416
 - b. *Breve perspectiva histórica*, 422
 - c. *Las frases de la práctica de EEUU en materia de detención tras el 11-S*, 427
 - d. *Posibles defectos del enfoque de los EEUU ante la lucha contra el terrorismo y la detención de terroristas*, 436

e. Situación actual del problema de Guantánamo y perspectivas de futuro, 446

CAPITULO III. LA DETENCIÓN OPERACIONAL COMO POSIBLE FIGURA AUTÓNOMA EN OMP RELACIONADAS CON CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES Y OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA, 451

1. EL CONTEXTO: CONFLICTOS NO INTERNACIONALES Y OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA, 451

2. LA DERIVA DESDE LA RESPUESTA POLICIAL A LA RESPUESTA MILITAR, 455

2.1. La detención de piratas por fuerzas militares, 456

2.2. El uso de medios militares contra el narcotráfico y otros tráficos ilegales, 468

3. RE-DEFINICION DEL OBJETO DE ANALISIS: LOS PERFILES DE LA DETENCION OPERATIVA EN OPERACIONES DE PAZ, 474

4. MARCO JURIDICO GENERAL DE LA DETENCIÓN AHORA EXAMINADA, 477

4.1. Normas de “*Soft Law*”, 477

4.2. Derecho convencional, 478

4.3. El enfoque del TEDH: Al-Jedda, segunda parte, 480

5. MARCO JURÍDICO ESPECÍFICO: EL FUNDAMENTO DE LA DETENCION Y CONDICIONES DE LA MISMA EN OPERACIONES DE PAZ, 484

5.1. La práctica en materia de detención (I): fundamento de la misma y procedimientos: La SOP 362 de COMISAF y la Interim SOP de Naciones Unidas, 484

5.2. La práctica en materia de detención (II): Estatuto del detenido, duración de la medida y vías de revisión, 493

5.3. Un enfoque doctrinal autorizado en relación con las garantías: La Interim SOP de Naciones Unidas a la luz del criterio de Jelena Pejic, 496

5.3.A. Los principios generales de la detención, 498

5.3.B. Garantías de procedimiento, 499

5.3.C. Evaluación de lo expuesto en los epígrafes anteriores, 504

6. LA SITUACIÓN DE DETENCIÓN Y SUS POSIBLES SALIDAS, 505

6.1. Repaso de la práctica más reciente en operaciones militares, 505

6.2. La entrega del detenido y el *non-refoulement*, 507

6.3. La puesta en libertad, 514

6.4. La *abducción* y la entrega irregular, 516

CONCLUSIONES, 525

BIBLIOGRAFÍA, 533

INTRODUCCION GENERAL

1. LA RELEVANCIA DE LA DETENCIÓN Y OTRAS ACTIVIDADES DE TIPO POLICIAL COMO MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL

Durante los últimos años, en los Estados Unidos de América –y en menor medida en el Reino Unido- se ha desarrollado una batalla judicial y doctrinal en relación con la privación de libertad de personas en el contexto de ciertas operaciones básica -aunque no exclusivamente- militares, en particular las desarrolladas en Irak y Afganistán. El debate se ha estado produciendo ante nuestros ojos, pero la mayoría apenas hemos visto más que aquellos aspectos de la cuestión destacados por los medios de comunicación. Esto obra incluso para los interesados en el Derecho internacional. No parece aceptable ni conveniente despachar el problema acudiendo a argumentaciones *ad hoc*, tales como que Afganistán es un Estado fallido¹ y que su estructura policial y judicial es rudimentaria, porque 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, por ejemplo, defender las garantías del proceso penal en el ámbito doméstico para excepcionarlas en cuanto se traspasan las fronteras, aduciendo una necesidad imperiosa².

Aunque algunos de los problemas que genera la privación de libertad en operaciones militares no estrictamente bélicas ya estaban descritos por parte de la doctrina con anterioridad³, se puede fundadamente sostener que nunca,

¹ Es una cuestión de “etiquetas”, ya que se trata de conceptos políticos y no jurídicos ÁLVAREZ COBELAS, Juan Ramón (2007), “La etiqueta como estigmatización: de *failed state*, a *rogue state*”. *Revista electrónica de estudios internacionales* nº 14.

² Creemos que esto es precisamente lo que late al fondo del debate sobre la aplicación extraterritorial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La pregunta sería ¿es lícito que un estado lleve a cabo acciones, fuera de sus fronteras, que tiene prohibidas dentro de ellas?, por ejemplo en DENNIS, Michael J. (2007) “Non-application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially During Times of International Armed Conflict”. *ISR. L. REV.* Vol. 40 No.2, pp. 453-502. En otro ámbito, esta vez no-bélico, BALUARTE, David C. (2004), “Sosa v. Alvarez-Machain: Upholding the Alien Tort Claims Act While Affirming American Exceptionalism”. *HRB*, Vol. 12, Issue 1, pp. 11 y ss.

³ OSWALD, Bruce “Ossie” (2000), “The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor”. *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2000; U of Melbourne Legal Studies Research

como en los últimos diez años, el hecho de la detención de personas asociada a la actuación de fuerzas militares había sido objeto de interés en el ámbito del Derecho internacional, tal vez por lo pacífico que, aparentemente, resultaba el marco jurídico aplicable en caso de conflicto armado⁴.

Por otro lado, la concurrencia del Derecho Internacional Humanitario (DIH) y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) en determinadas coyunturas es uno de los temas que han protagonizado los debates en el ámbito del Derecho internacional en los últimos años. La idea de que se trataba de dos compartimentos estancos en relación dialéctica parece haber sido definitivamente abandonada, sobre todo a partir de algunos pronunciamientos del Tribunal Internacional de Justicia⁵. El objeto principal del

Paper No. 166, (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. Este autor, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Melbourne, y teniente coronel del ejército australiano (cuerpo jurídico), es, a la vista del conjunto de estudios aquí analizados, uno de los primeros en percatarse de un aparente vacío legal en relación con las privaciones de libertad ejecutadas por fuerzas militares multinacionales durante ciertas operaciones de paz. Y ello debido al hecho de haber servido como asesor jurídico de diversos contingentes militares en Ruanda, antigua Yugoslavia, Irak y Afganistán, pero sobre todo en Timor Oriental, donde INTERFET hubo de crear una estructura para la gestión de detenidos. Otros trabajos, cómo CARIO, Jérôme (2008), "Detention in peace operations: a practical approach", pp. 234-243, o el propio OSWALD, Bruce (2008), "Right to detain during peace operations: some legal and operational issues", pp. 228-233, ambos en *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.)*.

⁴ Por ejemplo, el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo organizó (15-17 de marzo de 2011) un "Workshop on the Deprivation of Liberty (Detention) in Armed Conflict and other Situations of Violence". Esta descripción del tipo de detención al que nos referimos aparece también en PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles and Safeguards for Internment / Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence", *IRRC*, Vol. 87, Nº 858, pp. 375-391. De hecho en el programa del Workshop aparece una ponencia de esta autora, asesora jurídica del CICR, sobre "Minimum Applicable Standards in Treatment and Handling of Detainees".

⁵ 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/imwframe.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>). Entre los muchos artículos que se han escrito sobre el tema podemos, de entrada, citar los siguientes:

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.

Nos podríamos referir a ellas acudiendo a la expresión *parapoliciales*, en el sentido de que, no estando ejecutadas por fuerzas de tal naturaleza, sí que cumplen una función parecida. En definitiva, se parte de la asunción –no generalmente aceptada– de que los nuevos conflictos, llamados asimétricos o de cuarta generación⁶, están, en la práctica, requiriendo de las fuerzas armadas un tipo de actuación que tiende más a lo policial –o más bien “gendármico”⁷– que a lo convencionalmente entendido como militar⁸. Todos

DROEGE, Cordula (2007), “The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict”. *ISR. L. REV.* Vol. 40 Nº 2, 2007, pp. 310-355. 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, MARTIN, Fanny (2001), “Le droit international humanitaire devant les organes de contrôle des droits de l’homme”. *Droits Fondamentaux*, nº 1, juillet - décembre 2001, pp. 119-148, MILANOVIC, Marko (2011), “Applicability of the ECHR to British Soldiers in Iraq”. *Cambridge Law Journal*, Vol. 70, 2011, (2010) “Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law”. *Human rights and International Humanitarian Law, Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. XIX/1, Oxford University Press, 2010. (2009) “Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?”. *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 20, Nº 1, 2009. OLSON, Laura M. (2009), “Practical Challenges of Implementing the Complementarity Between International Humanitarian and Human Rights Law—Demonstrated by the Procedural Regulation of Internment in Non-international Armed Conflict”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, 2009, pp. 437-461. ORAKHELASHVILI, Alexander (2008), “The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?” *EJIL*, Vol. 19 No. 1, pp.161–182 y TOMUSCHAT, Christian, (2010), “Human Rights and International Humanitarian Law”. *EJIL*, Vol. 21, Nº 1, pp. 15–23, etc. Con actitud crítica hacia la aplicación del DIDH en situaciones de conflicto armado HANSEN, Michelle A. (2007), “Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict”. *Military Law Review*, Vol. 194, pp. 1-65, BADIA MARTÍ, Anna (2005), “La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004”, *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 9.

⁶ GEISS, Robin (2006), “Las estructuras de los conflictos asimétricos”. *IRRC*, N.º 864 de la versión original. http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_864_geiss.pdf. Está claro también que en su ejecutoria, las fuerzas irregulares o insurgentes acuden a medios prohibidos por el derecho internacional, al crimen, en definitiva, p.7.

⁷ En el sentido de relacionado con, perteneciente a, o propio de, “fuerzas de gendarmería”, según serán caracterizadas más adelante.

⁸ Por ejemplo, así se reconoce en el documento del 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, y recogido

estos conceptos se están utilizando aquí, ahora en sentido vulgarmente conocido. 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. Para ello parece necesario dar a todos los conceptos mencionados una significación jurídica, si la tienen, siempre desde una perspectiva de Derecho internacional.

Uno de los problemas fundamentales es el del contexto en el que se desarrollan tales actividades. El Derecho Internacional Humanitario, al menos en teoría, cubre con cierto detalle todas las facetas que permiten mantener los mínimos niveles de civilización en situaciones de conflicto armado. Sin embargo, ciertas prácticas recientes tienen, como mínimo, un difícil encaje en los esquemas previstos en el III y IV convenios de Ginebra o en los dos protocolos adicionales. Se trata de la detención producida en determinados tipos de operaciones de paz.

El evidente parecido entre la detención policial, o situaciones como la prisión preventiva, y otras formas de privación de libertad sin necesaria intervención judicial (como son las situaciones de los prisioneros de guerra o los internados), junto con la confusa terminología, y el maremágnum, en el que se mezclan prisioneros de guerra, detenidos en Guantánamo, personas privadas de libertad y transferidas a las autoridades locales para la persecución de delitos, etc. puede conducir a ciertos desenfoces.

La diferencia fundamental entre todas las figuras mencionadas y otras parecidas no estriba tanto en la situación de hecho, como en la existencia, en lo que se refiere a prisioneros de guerra, internados civiles y otras personas protegidas por el DIH, de un cuerpo legal, constituido por tratados

en la *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, nº 41, vol 1-2 p.p. 363-392: "The past decade has seen a significant change in the character of international military operations. They have developed from traditional peacekeeping operations under Chapter VI/VI ½ of the UN Charter, through peacemaking operations Under Chapter VII, to a new type of operation in which military forces are acting in support of governments that need assistance to stabilise their countries or in support of the international administration of territory. In such operations, military forces may have to perform tasks which would normally be performed by national authorities, including detaining people in the context of both military operations and law enforcement." Este documento, y éste párrafo, son recogidos cómo material jurídico relevante por el TEDH en la sentencia del caso Al-Jedda, párrafo 58 (Case of Al-Jedda v. the United Kingdom, Application no. 27021/08, sentencia de fecha 7 de julio de 2011).

internacionales sólidamente consagrados, cuyas obligaciones son universalmente aceptadas, así como por leyes internas que los desarrollan. Cabe preguntarse si puede decirse lo mismo de todos los tipos de detención. En consecuencia es necesario hacer referencia al contexto en el que se producen otro tipo de detenciones, tales como las producidas en operaciones de paz (OMP) que no pueden considerarse conflictos armados o que lo son pero con carácter no internacional. Aquí no puede omitirse la referencia y el estudio del contexto definido por la Guerra Global Contra el Terror (“GWOT”)⁹. Este concepto, abiertamente admitido en algún sector de la doctrina norteamericana, desde luego, en otro tiempo, por su ejecutivo¹⁰ y, consecuentemente, por la jurisprudencia de los EEUU, ha distorsionado el panorama y la visión que pudiera tenerse del problema con anterioridad a septiembre de 2001. En todo caso, el terrorismo permite, aparentemente, varias aproximaciones, siendo la militar una de ellas, pero sin olvidar que tradicionalmente ha sido un problema policial. Dado que buena parte de las detenciones a las que nos vamos a referir aquí están asociadas con la GWOT, resulta ineludible referirse al enfoque policial de la lucha contra el terrorismo y a la gestión de los detenidos producidos en tal contexto.

Porque aunque sea la parte mas 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 carácter policial al que antes se ha hecho referencia. Uno de los problemas más considerables es el del estatuto de los diferentes contingentes cuando se encuentran fuera de sus fronteras. Cuando no quepa aplicar el régimen de ocupación, dicho estatuto vendrá definido básicamente, por un documento

⁹ *Global War on Terror* fue la denominación más popular durante el mandato del Presidente G. Bush. En 2010, Harold Koh, asesor jurídico del Departamento de estado de EEUU se refirió a lo mismo como “*the conflict occurring in Afghanistan and elsewhere, we continue to fight the perpetrators of 9/11: a non-state actor, al-Qaeda (as well as the Taliban forces that harbored al-Qaeda)*”.

¹⁰ BARNSBY, Robert E. (2009), “Yes, we Can: The Authority to Detain as Customary International Law”. *Military Law Review*, Vol. 202, pp. 53-90. p. 54, n.: “Although the phrase “Overseas Contingency Operation” may replace GWOT as a favored term of the Obama Administration, this article will utilize the GWOT term for ease of discussion, given the latter term’s pervasive use by practitioners and scholars heretofore describing detention operations in present-day conflicts.”

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, en particular las relativas a la esfera penal. Cabe imaginar algunos supuestos distintos, como son las detenciones de personas buscadas por tribunales penales internacionales y que han sido, en ocasiones, directamente ejecutadas por tropas multinacionales, en particular en el caso de la antigua Yugoslavia¹¹.

En cualquier caso ésta última es tal vez la parte que reviste unos 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 Seguridad¹². No obstante parece necesario profundizar hasta cierto punto en ello, toda vez que al inmiscuirse en el ejercicio de una competencia normalmente soberana del Estado territorial, la actuación de personas no habituadas a los aspectos técnicos del trabajo policial puede ocasionar graves distorsiones del sistema de justicia penal, y en definitiva favorecer la impunidad de personas acaso responsables de graves delitos¹³.

¹¹ GAETA, Paola (1998), "Is NATO Authorized or Obligated to Arrest Persons Indicted by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia?". *EJIL*, Vol. 9, pp. 174-181. Esta autora encuentra fundamento a las detenciones por parte de SFOR en el Artículo VI, punto 4 del Anexo 1-A de los Acuerdos de Dayton, aunque en concurrencia con las autoridades locales de la República de Bosnia-Herzegovina. Por otro lado estima que no existe una obligación de ejecutar las órdenes de detención expedidas por el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Pp. 177 y 179. HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security. The Practice of International Peace Missions*, WLP, Nimega, p. 102-107 ve menos problemas. Por su parte, MERON, Theodor (2008), "The role of peace forces in searching for persons charged with war crimes", *INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW HUMAN RIGHTS AND PEACE OPERATIONS*, International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, Sanremo, 4-6 September 2008, BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 254-262, analiza ya bastantes experiencias posteriores a SFOR (KFOR, UNTAT, etc. para concluir que aunque no se ve ningun inconveniente grave, no hay mucha voluntad por parte de los Estados.

¹² Sin embargo ese fue el caso de Kosovo y de Timor Oriental, a tenor respectivamente de las Resoluciones 1244 y 1272, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que tendremos ocasión de examinar.

¹³ Esto podría explicar ciertas actitudes de los Estados en relación con la moderna persecución de la piratería en el Océano Indico. KONTOROVICH, Eugene (2010), "A Guantánamo on the Sea": The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists". *California Law Review*, vol. 98,

Por ejemplo, podemos fijarnos en la lucha contra la piratería, un contexto en el que las detenciones realizadas por fuerzas militares tienen una casi exclusiva finalidad de persecución penal, no diferenciándose, en cuanto al fondo, de las detenciones policiales¹⁴, aunque presenten ciertas peculiaridades técnicas por su lugar de desarrollo. Sin embargo, no es el único supuesto de actuación netamente policial en el marco que hemos acotado para su estudio, ya que algunas OMP han tenido expresamente encomendada esa responsabilidad, y por otro lado no cabe descartar que en otras, fuerzas militares hayan de llevar a cabo actividades policiales a prevención. Por tanto, aspectos tales como la recogida de pruebas de un delito, la cadena de custodia de las mismas, su entrega a las autoridades locales, los límites temporales de la detención, el interrogatorio y los límites de la tortura, la aplicabilidad de institutos como el *non refoulement* a las personas bajo custodia de contingentes nacionales, o los *targeted killings* o asesinatos selectivos como alternativa legítima a la detención, deben ser considerados.

2. PLAN DEL TRABAJO.

De entrada, y como clave para la interpretación de lo que aquí se exponga, hay que subrayar que no se pretende hacer un estudio general de la privación de libertad asociada al conflicto armado, sea del tipo que sea – internacional o no- ni mucho menos analizar la privación de libertad en general a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁵ El propósito

pp.243-275, TREVES, Tullio, (2009), “Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia”. *EJIL*, Vol. 20, Nº 2, pp. 399 – 414.

¹⁴ GUILFOYLE, Douglas (2010), “The Laws of War and the Fight Against Somali Piracy: Combatants or Criminals?” *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 11.

¹⁵ Tales estudios ya están hechos con gran detalle. En materia de prisioneros de guerra e internados civiles, aparte de las obras generales tales como FERNANDEZ –FLORES Y DE FUNES, J.L. (2001) *El Derecho de los Conflictos Armados*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, MULINEN, Frédéric de (1991), *Manual sobre el Derecho de la guerra para las Fuerzas Armadas*, CICR, Ginebra, 258 pp. o PICTET, Jean (1986), *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*, Instituto Henry Dunant, Ginebra, podemos encontrar también obras monográficas sobre prisioneros e internados civiles tales como DOMÉNECH OMEDAS, J. L. (2003), “Estatuto y trato de los combatientes en caso de captura”, en *Lecciones y Ensayos, Derecho Internacional Humanitario y temas de áreas vinculadas*, CICR, Buenos Aires, pp. 133-164., PICTET, Jean (Dir.), (1956), *Commentaires des*

principal es estudiar unos tipos muy concretos de privación de libertad que se están produciendo en el contexto de las distintas modalidades de operaciones de mantenimiento de la paz o de uso de la fuerza militar con autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Buena parte esas actividades las están llevando a cabo un grupo de Estados occidentales, principalmente Estados Unidos y el Reino Unido, acompañados de otros, como España, en el marco de coaliciones *ad hoc* o de estructuras militares lideradas por la OTAN, Naciones Unidas, Unión Europea, etc¹⁶. El enfoque del trabajo es prevalentemente práctico; nos interesa saber el marco jurídico en el que se desenvuelven los principales Estados occidentales, en particular España, en relación con el tipo de detención a la que nos estamos refiriendo y que llamaremos, por razones que más adelante se explicarán, detención operativa. Para muchos Estados europeos -podemos adelantar- es notorio que este marco jurídico no viene determinado solo por el Derecho Internacional Humanitario, u otros instrumentos obligatorios de implantación universal, sino por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

En el primer Capítulo se analizará el concepto de detención en el ámbito del Derecho internacional, así cómo la incidencia que en la misma tienen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. En relación con esto también se hará un repaso acerca de la aplicación extraterritorial del DIDH, básicamente desde un punto de vista jurisprudencial, habida cuenta del marco espacial de las operaciones militares contemporáneas, y algunas sentencias recientes -en el momento de

Conventions de Genève du 12 août 1949. Volumen IV - La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre: commentaire, CICR, Ginebra, PREUX, Jean de (1958), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949. Volumen II - La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre: commentaire*, CICR, Ginebra, entre otras muchas obras. Entre las dedicadas a la detención en relación con el derecho a la libertad ambulatoria, MURDOCH, Jim (2002), *Article 5 of the ECHR. The protection of liberty and security of person*, HR Files N° 12 (revised), Council of Europe Publishing, o BARBERO SANTOS, Marino (coord.) (1997), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Servicio de publicaciones.

¹⁶ Aunque no son los únicos, como tendremos ocasión de repetir. ALÍA PLANA, Miguel (2003), "La regionalización de las operaciones de paz. Africa y oriente medio". *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 5.

escribir este trabajo- del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto en los casos Al-Skeini y Al-Jedda. Por último se hará una primera referencia al aspecto policial de la detención mediante un breve estudio del lado institucional y el marco jurídico general de los cuerpos o agencias policiales.

En el Capítulo II, el más amplio, procuraremos analizar los distintos contextos en los que se puede producir una detención operativa por fuerzas militares o policiales internacionales, y por ello se estudiará el régimen de la detención en conflicto armado, en situaciones que no necesariamente son conflicto armado como las operaciones de paz, y en la lucha contra el terrorismo en un contexto internacional, con una referencia –ineludible¹⁷- a la práctica de los EEUU en su “Guerra Global Contra el Terror”.

El Tercer y último Capítulo examinará desde otra perspectiva y con más profundidad, la detención en situaciones ajenas al conflicto armado internacional, para determinar la posible existencia de una figura autónoma de detenido vinculada a operaciones de paz en conflictos internos u otras situaciones de violencia, que incluiría la lucha contra la piratería en aguas internacionales

Aún con los límites expuestos, y dado lo vasto del tema parece oportuno adoptar también 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.

Uno de los que más pueden llamar la atención es el marco de la Unión Europea y, en particular, su Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Es claro que España tiene grandes compromisos en la materia y ha participado y participa en diversas operaciones militares y policiales de de la UE¹⁸. Pero cabe

¹⁷ El tema de Guantánamo y de Afganistán se acaba apoderando de cualquier debate contemporáneo en la materia que pretendemos analizar. Aunque tratemos de no convertir la práctica de EEUU en protagonista, hay que reconocer que es muy difícil. Baste decir, por lo tanto, y como clave de interpretación, que la política de detenciones de EEUU en su guerra contra el terror no es nuestro objeto de estudio principal.

¹⁸ 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*

objetar dos cosas para su inclusión plena en este trabajo: Primero, la doctrina de la UE en materia militar, incluida en los diferentes “conceptos” de su Estado Mayor son, en buena medida, desarrollos de la doctrina de la OTAN, aunque por alguna razón están clasificados. Segundo, la Unión Europea es un marco *sui generis*, que requiere una atención digna de una investigación separada. Uno de los objetivos fijados es el de referirnos a conceptos universales¹⁹.

Por otro lado, a pesar de su evidente interés, tampoco se va a examinar 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 detención²⁰.

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.

¹⁹ Además es verdaderamente complicado moverse en el marco jurídico de ciertas operaciones, como describe PIERINI, Jean-Paul (2011), “Apprehension, Arrest, Detention and Transfer of Suspected Pirates and Armed Robbers within the Legal Framework of the European Security and Defence Policy (ESDP): The “mantra” of the Existence of a Proper Legal Base”. *Online Working Paper 2010/n.29*. Centro di documentazione europea - Università di Catania. URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/29_2011.pdf

²⁰ 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 (2003): “Prosecutor v. Dragan Nikolic: Decision on Defence Motion on Illegal Capture”, pp. 541-552.

METODOLOGIA

Para hacer frente a los objetivos del trabajo, se procederá fundamentalmente a:

1. El estudio de los propios textos legales relevantes, incluyendo aquí el derecho positivo, convencional, y consuetudinario, éste último, sobre todo, en materia de DIH. Hay que incluir también una gran cantidad de textos de “soft law” relativos a la actuación de fuerzas policiales, a la práctica de la detención y a las condiciones de la misma.

2. En paralelo se analizarán las resoluciones de tribunales internacionales más relacionadas, a nuestro juicio, con cada uno de los subtemas analizados. Se dará más importancia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque, sin descartar las resoluciones relevantes del Comité de Derechos Humanos del Naciones Unidas la Comisión, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se destacarán algunas resoluciones del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Y por supuesto, cuando resulte indispensable, se analizarán algunos aspectos de sentencias del TIJ y de algunos tribunales nacionales, en particular los españoles.

3. En ésta materia, sólo relativamente nueva, es muy importante analizar algunas posiciones doctrinales. De hecho, la bibliografía examinada y analizada es muy extensa, y buena parte de la misma se ha producido en los últimos 12 años.

4. En cuarto y último lugar, y para ilustrar el grado de cumplimiento del Derecho internacional en la materia o la existencia de costumbres *in statu nascendi*, periódicamente se hará referencia a la práctica de los Estados y las organizaciones internacionales en las distintas materias examinadas. Ello implica el análisis de documentos e informes oficiales de organismos y de organizaciones internacionales, cómo el Comité de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos, la OEA, la OTAN, el Consejo de Europa, INTERPOL, etc.

CAPITULO I

LA DETENCION EN DERECHO INTERNACIONAL

1. EL CONCEPTO DE DETENCIÓN

1.1. Concepto genérico y clases de detención

1.1.A. La detención en sentido genérico

La detención, referida a personas, no es otra cosa que una privación o restricción de libertad ambulatoria. Hasta hace relativamente muy poco, el individuo no era sujeto del Derecho internacional²¹. Por ello no debe extrañar que la detención haya permanecido, quizá hasta hoy en día, principalmente en el ámbito de los derechos domésticos²², salvo contadas excepciones entre las que se encuentra el estatuto del prisionero de guerra o el del internado civil. Ha sido en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuando la detención ha cobrado cierta importancia para ésta rama del Derecho, dado que, probablemente, “después de la vida, el bien jurídico más importante es el de la libertad personal”²³. Y los acontecimientos desarrollados en los últimos años, en particular desde 2001, han situado algunas detenciones en una ubicación distinta al marco doméstico.

En la tensión ya descrita entre el Derecho Internacional Humanitario y el marco internacional en materia de Derechos Humanos es donde debe situarse

²¹ GAJA Giorgio, (2010), “The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective”. *EJIL*, Vol. 21, Nº 1, pp. 11–14 y CLAPHAM, Andrew (2010), “The Role of the Individual in International Law”. *EJIL*, Vol. 21, Nº 1, pp. 25–30. A lo largo del artículo, este autor reflexiona sobre la evolución en los últimos sesenta y tantos años, de la consideración del individuo en el derecho internacional, desde el derecho penal internacional –obligaciones para el individuo– hasta la existencia de recursos accesibles para hacer valer sus derechos.

²² La detención de personas era un acto estrechamente vinculado a la soberanía de los Estados. De ahí que resulte en algunos aspectos chocante en un contexto de Derecho internacional, y ello aún a sabiendas de la crisis del propio concepto de soberanía. JACKSON, John H. (2003), “Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept”. *American Journal of International Law*, Vol. 97, pp. 782-802.

²³ CLIMENT DURAN, C. (1998), *Detenciones ilegales policiales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 21. Un estudio general en GARCÍA MORILLO, Joaquín (1995), *El derecho a la libertad personal*. Tirant Lo Blanch-Universidad de Valencia.

el tema que tratamos de analizar. Existe una cierta 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 éste, 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 otro²⁴.

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 ido jalonando, 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. A título de ejemplo, si un individuo, en situación de normalidad política e institucional, 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 distinta al 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

²⁴ Ibid. p. 68.

de Ginebra y sus protocolos no dan respuesta a todas las situaciones relacionadas con el trato a los detenidos en operaciones militares²⁵.

1.1.B. Clases de detención

Está claro, por tanto, que dejando aparte el contenido básico de la medida de detención, arriba descrito como una privación o restricción de libertad, ésta presenta perfiles distintos cuando lo analizamos desde la perspectiva de los derechos internos o desde la del Derecho internacional.

En cuanto a la primera perspectiva, la detención puede ser una medida vinculada a la persecución penal, o una medida administrativa con otros fines tales como la expulsión de inmigrantes ilegales o la garantía de la seguridad general en un caso de epidemia o en un estado de excepción, por ejemplo.

En cuanto a la perspectiva de Derecho internacional, y dejando aparte la cuestión de las detenciones con fines de extradición o entrega a tribunales internacionales, es en el marco de las operaciones de paz en el que más se ha desarrollado el concepto. En una primera aproximación, cabría distinguir las 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.

Así, en el primer tipo de operaciones cabría incluir a los prisioneros de guerra, a los asimilables a estos²⁶, a los internados civiles, a los detenidos por razones de seguridad²⁷ y a las personas acusadas o condenadas por delitos

²⁵ OSWALD, B. (2008), "Detention of Civilians ... op.cit., 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".

²⁶ 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>

²⁷ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (Eds.) (2005), *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW VOLUME I. RULES*. International Committee of the Red Cross. Cambridge University Press, p. 428.

relacionados con el conflicto (aquí cabría incluir también a espías y mercenarios, que no tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra). La existencia o no de otras categorías como los famosos “*enemy combatants*” es precisamente uno de los temas de análisis de este trabajo. No distinguimos, por ahora entre conflictos internacionales y no internacionales.

En el segundo tipo de operaciones podría situarse a las personas detenidas por constituir una amenaza para la fuerza militar desplegada, es decir, por motivos de seguridad, y los criminales, en el mismo sentido que en el grupo anterior²⁸

Esta es, evidentemente, una primera aproximación al tema, que debe servir como esquema de partida. Hay que anticipar que no es en modo alguno una cuestión pacífica, en particular en lo que se refiere a la detención realizada por fuerzas militares internacionales en el curso de una OMP que no tenga los perfiles de conflicto armado internacional. Hasta que punto el régimen jurídico de este tipo de conflictos es aplicable a otras situaciones ha sido objeto de debate en los últimos años. Tampoco puede olvidarse el régimen de los conflictos armados sin carácter internacional, aunque sea para aclarar algunos conceptos²⁹.

1.2. La privación de libertad en algunos sistemas jurídicos: España, Reino Unido, EEUU y Francia

Por otro lado, cabe preguntarse si en un contexto internacional o multinacional, y sobre la base de la diferencia de sistemas jurídicos y policiales que examinaremos someramente, se tiene de la detención un concepto claro.

²⁸ NAERT, F. (2006), “Detention in Peace Operations ..op.cit. passim.

²⁹ Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm> : “4564. La expresión “personas privadas de libertad” se ha escogido de preferencia a términos más específicos, como prisioneros o detenidos, para poner de manifiesto la amplitud del ámbito de aplicación del artículo, que cubre todos los detenidos y personas cuya libertad ha sido restringida por motivos relacionados con el conflicto, sin otorgarles un estatuto particular. Esta elección no es, sin embargo, muy oportuna, ni en francés –“personnes privées de liberté”– ni en español, si se compara con la versión inglesa, mucho más explícita: “persons whose liberty has been restricted”.

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 traducciones³⁰.

Problema añadido es el hecho de que buena parte de los análisis sobre el particular desde una perspectiva de Derecho internacional –e incluso interno- o se han llevado a cabo por autores estadounidenses y británicos, por razones obvias desde septiembre de 2001, o bien se han difundido preferentemente en lengua inglesa³¹. Lo que nosotros –españoles- llamamos detención, es decir, la privación de libertad llevada a cabo por agentes de policía, o por cualquiera, para la puesta a disposición judicial del detenido, y que es una medida de muy breve duración, coincide en cuanto a contenido, seguramente, con lo que en lengua inglesa se denomina “*arrest*”. Y si bien recientemente los medios de comunicación en España han popularizado la palabra *arresto* para referirse a la detención policial, lo cierto es que desde un punto de vista estrictamente jurídico, el *arresto* es (o era) una sanción –penal, en el ámbito general, y disciplinaria o administrativa en el militar- privativa o restrictiva de libertad, pero en todo caso sujeta a la existencia de una resolución previa, cosa que la detención policial no requiere. Sin embargo, por “*detention*” y “*detainee*”, en el mundo de habla inglesa se tiende a entender cualquier tipo de privación de libertad o cualquier persona privada de libertad haya mediado o no intervención

³⁰ McBRIDE, J. (1999), *Pre-Trial Detention in the OSCE Area*. ODIHR publications, Background 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.”

http://www.osce.org/documents/odihr/1999/09/1504_en.html#p43

³¹ Me remito a la bibliografía que aparece al final del trabajo.

judicial, bien por no haber llegado el momento de tal intervención, o por tratarse de una medida administrativa no relacionada con el Derecho penal³².

Así pues, aunque en cuanto al fondo, y globalmente considerados, la mayoría de los Estados tienen un sistema parecido, independientemente de la nomenclatura (detención/arresto por la policía, puesta a disposición judicial en un plazo razonable, etc.), existen algunas matizaciones en lo que se refiere a las concretas figuras y sus denominaciones. Lo que se expone a continuación se refiere con carácter general a las situaciones de normalidad, no a los regímenes particulares en los casos de terrorismo, por ejemplo, a los que por otra parte se hará referencia en otro momento del trabajo.

En España, se denomina detención a la aprehensión, al acto físico de privar de libertad ambulatoria a una persona³³, ejecutado normalmente por la policía en unos supuestos tasados, el principal de los cuales es el de flagrante delito³⁴. El arresto era en sí mismo una pena³⁵, y actualmente es todavía una sanción administrativa en el ámbito militar³⁶. La situación de privación de libertad de una persona previa a juicio, pero acordada por autoridad judicial es la prisión provisional. Y en el ámbito de la extranjería se incluyen las figuras de la detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes y el

³² Podrían citarse infinidad de trabajos y libros norteamericanos en los que esta cuestión está implícita. Valga por todos HEYMANN, Phillip B. (2011), "Detention". *Harvard National Security Journal*, Vol. 2, 2011.

³³ Conforme a la LECR. Así, la detención, por definición, no puede exceder de 72 horas (o cinco días en casos de terrorismo, pero con intervención judicial). A partir de ahí, si se acordase, sería "prisión".

³⁴ VARELA CASTEJÓN, Xerman y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, (2010), "Doce tesis en materia de detención policial preprocesal". *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo 2010, pp. 207-230. p. 207 y 210. En España, y como veremos, en los demás estados de nuestro entorno, la detención practicada por la policía, en nuestro caso con base en los artículos 489 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es una excepción y tiene una finalidad de persecución penal, y por lo tanto la policía actúa en funciones de policía judicial. En principio, hay un monopolio jurisdiccional en cuanto a la privación de libertad por presunto delito.

³⁵ Artículo 33 del código penal de 1995, en su versión ya derogada.

³⁶ Artículos 9, 12 y 13 de la Ley Orgánica 8/1998 de 2 de diciembre, Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. El tema del arresto militar, al fin y al cabo una detención administrativa, fue analizada por el TEDH en el caso Engel and Others v. the Netherlands (Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), 8 de junio de 1976. En su párrafo 59 señala: "Each State is competent to organise its own system of military discipline and enjoys in the matter a certain margin of appreciation. The bounds that Article 5 (art. 5) requires the State not to exceed are not identical for servicemen and civilians. A disciplinary penalty or measure which on analysis would unquestionably be deemed a deprivation of liberty were it to be applied to a civilian may not possess this characteristic when imposed upon a serviceman ..."

internamiento preventivo, previa autorización judicial en centros de internamiento³⁷. No parece haber una denominación genérica para la privación de libertad consecuente con una sentencia³⁸. En los estados de alarma, excepción y sitio, las medidas privativas de libertad varían en algunos aspectos, como su duración³⁹.

En la terminología británica las denominaciones están en cierto modo invertidas. En general, por “*arrest*” se entiende la aprehensión por agentes de policía (*constable*) o por particulares, distinguiéndose el “*arrest under warrant*”⁴⁰ del “*arrest without warrant*”⁴¹, es decir, el decidido por el propio agente de

³⁷ Artículos 61 y ss. de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y 153 y ss. Del Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la anterior.

³⁸ Se suele decir “estar en prisión”, “cumplir condena o pena de prisión”, etc. No existe una palabra equivalente a “inprisonment”.

³⁹ Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. En el estado de excepción, y según el artículo Artículo 16: “Uno. La Autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. La detención no podrá exceder de diez días y los detenidos disfrutarán de los derechos que les reconoce el artículo diecisiete, tres, de la Constitución. Dos. La detención habrá de ser comunicada al juez competente en el plazo de veinticuatro horas. Durante la detención, el Juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente, o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido la situación de éste”. En el estado de sitio, la declaración por el legislativo determinará los derechos que pueden ser suspendidos y en que medida.

⁴⁰ P. Ej. en la Magistrates’ Courts Act (1980): “1. Issue of summons to accused or warrant for his arrest. (1) On an information being laid before a justice of the peace that a person has, or is suspected of having, committed an offence, the justice may issue—(...), or (b) a warrant to arrest that person and bring him before a magistrates’ court (...).

⁴¹ También a título de ejemplo, en la Police and Criminal Evidence Act (PACE) (1984), Part III Section 24: “Arrest without warrant: constables. (1) A constable may arrest without a warrant— (a) anyone who is about to commit an offence; (b) anyone who is in the act of committing an offence; (c) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be about to commit an offence; (d) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be committing an offence. (2) If a constable has reasonable grounds for suspecting that an offence has been committed, he may arrest without a warrant anyone whom he has reasonable grounds to suspect of being guilty of it. (3) If an offence has been committed, a constable may arrest without a warrant— (a) anyone who is guilty of the offence; (b) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be guilty of it.” Y Section 24.A: “Arrest without warrant: other persons. (1) A person other than a constable may arrest without a warrant— (a) anyone who is in the act of committing an indictable offence; (b) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be committing an indictable offence. (2) Where an indictable offence has been committed, a person other than a constable may arrest without a warrant— (a) anyone who is guilty of the offence; (b) anyone whom he has reasonable grounds for suspecting to be guilty of it.”

policía. El período que media entre la detención física y la conducción ante autoridad judicial o liberación sería la llamada “*pre-charge detention*”⁴². “*Detention*” sería, en cierto modo⁴³, el equivalente a nuestra prisión preventiva⁴⁴ (“*pre-trial detention*”). En la terminología de los Estados Unidos se utiliza la misma denominación para las privaciones de libertad de tipo gubernativo en general (“*administrative detention*”)⁴⁵. Sin embargo la expresión “*preventive detention*” se suele aplicar a las detenciones de presuntos terroristas sin cargos concretos⁴⁶, que en el caso británico quedarían incluidas en la “*pre-charge*

42 Íbid. Part IV. Detention—conditions and duration. Section 41. “Limits on period of detention without charge. (1) Subject to the following provisions of this section and to sections 42 and 43 below, a person shall not be kept in police detention for more than 24 hours without being charged (...).” O bien, Section 42: “Authorisation of continued detention. (1) Where a police officer of the rank of superintendent or above who is responsible for the police station at which a person is detained has reasonable grounds for believing that— (a) the detention of that person without charge is necessary to secure or preserve evidence relating to an offence for which he is under arrest or to obtain such evidence by questioning him; (b) an offence for which he is under arrest is an offence; and (c) the investigation is being conducted diligently and expeditiously, he may authorise the keeping of that person in police detention for a period expiring at or before 36 hours after the relevant time (...).”

⁴³ Todo lo aquí aseverado debe interpretarse teniendo en cuenta las diferencias, a veces muy acusadas en la forma, entre el universo jurídico anglosajón del Common Law, y los sistemas continentales europeos. En el Reino Unido, como veremos en alguna otra ocasión, no existe el juez de instrucción.

44 P. ej. PACE, Section 43: “Warrants of further detention. (1) Where, on an application on oath made by a constable and supported by an information, a magistrates’ court is satisfied that there are reasonable grounds for believing that the further detention of the person to whom the application relates is justified, it may issue a warrant of further detention authorising the keeping of that person in police detention. En cualquier caso en tales extensiones, según el artículo 44 (3)”The period shall not (a)be longer than 36 hours; or (b)end later than 96 hours after the relevant time”.

⁴⁵ FORCESE, Craig (2010), “Catch and Release: A Role for Preventive Detention without Charge in Canadian Anti-terrorism Law”. *IRPP Study*, No. 7, July 2010, p. 5. Este autor, en relación con la legislación canadiense dice: “By “administrative” detention, I mean detention by the executive in which “courts are responsible only for considering the lawfulness of this decision and/or its proper enforcement, but not for taking the decision [on whether to detain or not] itself” (...). That is, this is not a criminal-law process in which a court proceeding results in a conviction and a sentence.” En DAVIDSON, Tyler & GIBSON, Kathleen (prep.) (2009), “Experts Meeting on Security Detention Report”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, pp. 323-381, p. 326-327, se expone: “Deprivation of liberty for imperative reasons of security without criminal charge, i.e., internment, is an exceptional measure of control that may be taken in armed conflict, whether international or non-international. *The peacetime equivalent, commonly referred to as administrative detention*, is currently being more and more widely practiced by states for the purpose of protecting state security or public order, particularly in response to acts of terrorism or in order to prevent such acts”.

⁴⁶ DASKAL, Jennifer, (2009), “A New System of Preventive Detention? Let’s Take a Deep Breath”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, pp. 561-575.

*detention*⁴⁷. También se distingue, en ocasiones entre “*military*”⁴⁸ y “*non-military preventive detention*”⁴⁹. Es importante anticipar que en los EEUU, las posibilidades de una detención preventiva sin cargos, fuera del ámbito de un conflicto armado, están muy limitadas. En materia de inmigración se hace referencia a “*migration-related administrative detention*”⁵⁰ (nuestro internamiento de inmigrantes ilegales), etc.

⁴⁷ BLUM, Stephanie Cooper (2008), “Preventive Detention in the War on Terror: A Comparison of How the United States, Britain, and Israel Detain and Incapacitate Terrorist Suspects”. *HOMELAND SECURITY AFFAIRS*, Vol. IV, Nº. 3, p. 13 WWW.HSAJ.ORG.

⁴⁸ DEEKS, Ashley S. (2009), “Administrative Detention in Armed Conflict”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, pp. 403-436. El artículo estudia detenidamente la detención administrativa, es decir, sin cargos, en supuestos de conflicto armado, así como la práctica de los estados y organizaciones internacionales en operaciones en curso o recientes, como KFOR, INTERFET, Irak o Afganistán, sobre la base de que los principios de la IV Convención de Ginebra y partes del art. 75 sirven para hacer frente a cualquier situación durante conflictos armados internacionales o internos.

⁴⁹ ELIAS, Stella Burch (2009), “Rethinking “Preventive Detention” from a Comparative Perspective: Three Frameworks for Detaining Terrorist Suspects”. *Columbia Human Rights Law Review*, 41, pp. 99-210. Esta autora examina la práctica de 32 estados, que sistematiza como “pre-trial detention,” “immigration detention” and “national security detention.” También BLUM, Stephanie Cooper (2008), “Preventive Detention in the War on Terror...op.cit. y FORCESE, Craig (2010), “Catch and Release... op. cit., pp. 4-5: Este autor describe ajustadamente lo ambiguo de los términos empleados: “Defining “preventive detention”. It is important to understand at the outset what this study means by “preventive detention.” (...), the concept is ill-defined, and different authors and commentators use the term to encompass different concepts. For the purposes of this study, however, I shall follow Harding and Hatchard, at least in part, in defining “detention” as “detention without trial by the executive acting under specific constitutional, statutory or other legal powers” (...). Detention, for my purposes, is physical restraint on a person’s liberty, most often through incarceration. A “preventive” detention is one “where a person is detained for reasons...connected with national security or public order or safety” (...). Looked at in this fashion, preventive detention is a form of “administrative” detention that need not culminate in criminal charges against the detainee and that is designed to prevent future behaviour rather than to punish or rehabilitate in response to past actions.”

⁵⁰ Para dar una idea de lo complejo de la legislación norteamericana en la materia, baste citar algunas de las normas relevantes en la materia (Cfr. *Immigration Detention and the Law: U.S. Policy and Legal Framework*. A Global Detention Project Working Paper August 2010. Programme for the Study of Global Migration. The Graduate Institute, Geneva.

http://www.globaldetentionproject.org/fileadmin/docs/US_Legal_Profile.pdf):

The U.S. Code (U.S.C.) and the Immigration and Nationality Act (INA). La INA (1952, también conocida como McCarran-Walter Act) es una especie de texto refundido de toda la anterior legislación norteamericana en la materia. El U.S.C. es una compilación de todas las leyes federales aprobadas por el Congreso. El “Title 8” del U.S.C. se refiere a “Aliens and Nationality.” The Code of Federal Regulations (C.F.R.). El C.F.R. es una codificación de normas federales, necesarias para el cumplimiento de las leyes del Congreso. Su “Title 8” (sic, como el anterior), se refiere a “Aliens and Nationality.” Otras normas que incluyen normativa relevante en la materia: Refugee Act of 1980; the Immigration Reform and Control Act of 1986; the Immigration Marriage Fraud Amendment of 1986; the Anti Drug Abuse Act of 1988; the

En el derecho francés la variedad de términos, tratándose de la privación de libertad con fines de persecución penal se amplía, refiriéndose a distintos momentos de un mismo proceso. La “*garde á vue*”, sería mas o menos equivalente a nuestra detención policial previa a la puesta a disposición judicial (el detenido sería el “*gardé a vue*”)⁵¹. El fiscal, que en España no tiene ese poder, en Francia puede librar una especie de orden de detención (“*mandat de recherche*”)⁵², ya que la orden de detención judicial se denominaría “*mandat*

Immigration Act of 1990; the Immigration Technical Corrections Act of 1991; the Judiciary Appropriations Act of 1993; the Violence Against Women Act (VAWA) of 1994; the Immigration and Nationality Technical Corrections Act of 1994; the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act (IIRAIRA) of 1996; the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996; the Nicaraguan Adjustment and Central American Relief Act (NACARA) of 1997; the 1997 Public Law 105-141; the Omnibus Consolidated Appropriations of 1998; the International Religious Freedom Act of 1998; Torture Victims Relief Act of 1998; the Intelligence Authorization Act for Fiscal Year 2000; Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000; the United and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001 (the USA PATRIOT Act); the Homeland Security Act of 2002; the Intelligence Authorization Act for Fiscal Year 2002; the Enhanced Security and Visa Entry Reform Act of 2002; the Trafficking Victims Protection Reauthorization Act of 2003; the Emergency Supplemental Appropriations Act for Defense, the Global War on Terror, and Tsunami Relief, for the fiscal year ending September 30, 2005, the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2008; y the Human Rights Enforcement Act of 2009. Muchas de estas normas son también de aplicación a diversos aspectos de la detención en el sentido examinado en el presente trabajo.

⁵¹ Code de procédure pénale (Version consolidée au 1 octobre 2011): Article 62-2 :“La garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs. Cette mesure doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants: 1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne; 2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête; 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels; 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches; 5° Empêcher que la personne ne se concerta avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices; 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit.

⁵² *Ibid*, Artículo 70: Si les nécessités de l'enquête portant sur un crime flagrant ou un délit flagrant puni d'au moins trois ans d'emprisonnement l'exigent, le procureur de la République peut, (...) décerner mandat de recherche contre toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction. (...). La personne découverte en vertu de ce mandat est placée en garde à vue par l'officier de police judiciaire du lieu de la découverte (...).

d'arrêt"⁵³. La prisión provisional equivale a la "détention provisoire"⁵⁴, precedida de una orden judicial ("mandat de dépôt")⁵⁵. En cuanto a las detenciones administrativas de inmigrantes ilegales, se denominan "rétention administrative"⁵⁶.

Del conjunto de lo expuesto se deduce la existencia de una fuerte impronta lingüística y cultural sobre el tema, si bien, y volviendo a la afirmación

⁵³ *Íbid*, Article 122: Le juge d'instruction peut, selon les cas, décerner mandat de recherche, de comparution, d'amener ou d'arrêt. Le juge des libertés et de la détention peut décerner mandat de dépôt. Le mandat de recherche peut être décerné à l'égard d'une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. (...). Il est l'ordre donné à la force publique de rechercher la personne à l'encontre de laquelle il est décerné et de la placer en garde à vue. Le mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt peut être décerné à l'égard d'une personne à l'égard de laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission d'une infraction, (...). Le mandat de comparution a pour objet de mettre en demeure la personne à l'encontre de laquelle il est décerné de se présenter devant le juge à la date et à l'heure indiquées par ce mandat. Le mandat d'amener est l'ordre donné à la force publique de conduire immédiatement devant lui la personne à l'encontre de laquelle il est décerné. Le mandat d'arrêt est l'ordre donné à la force publique de rechercher la personne à l'encontre de laquelle il est décerné et de la conduire devant lui après l'avoir, le cas échéant, conduite à la maison d'arrêt indiquée sur le mandat, où elle sera reçue et détenue. (...). Le mandat de dépôt peut être décerné à l'encontre d'une personne mise en examen et ayant fait l'objet d'une ordonnance de placement en détention provisoire. Il est l'ordre donné au chef de l'établissement pénitentiaire de recevoir et de détenir la personne à l'encontre de laquelle il est décerné. Ce mandat permet également de rechercher ou de transférer la personne lorsqu'il lui a été précédemment notifié.

⁵⁴ CARRE, Hélène (2010), «La détention provisoire à travers l'application nationale du droit découlant de la CEDH et de la CIDH». <http://m2bde.u-paris10>. Esta autora define la medida «La détention provisoire est une mesure prise à titre exceptionnel qui consiste à incarcérer une personne présumée innocente quand les besoins de l'instruction le nécessitent». La cuestión de la detención preventiva, su duración, ha sido examinada en diversas ocasiones por el TEDH, en relación con el artículo 5.3 del CEDH, siendo algunos de los asuntos más antiguos los casos Wenhoff (tres años de detención) y Neumeister (dos años). PELLOUX, Robert (1969), «Les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans les affaires Wenhoff et Neumeister». *Annuaire français de droit international*, vol. 15, pp. 276-289.

⁵⁵ *Íbid*. Por ejemplo, Artículo 137 Modificado por Ley n°2009-1436 de 24-11-2009 - art. 71: "Toute personne mise en examen, présumée innocente, demeure libre. (...). A titre exceptionnel, si les obligations du contrôle judiciaire ou de l'assignation à résidence avec surveillance électronique ne permettent pas d'atteindre ces objectifs, elle peut être placée en détention provisoire ».

⁵⁶ La legislación francesa en materia de inmigración, incluyendo el internamiento, esta recogida en el Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, Version consolidée au 1 octobre 2011, modificado por Ley n° 2011-672 de 16 de junio de 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (JORF n° 0139 de 17-06-2011 texto n° 1), desarrollada por dos decretos, Décret n° 2011-819 de 8 de julio de 2011, adoptado para la aplicación de la ley n° 2011-672 (JORF n°0158 de 9-07-2011, texto n° 14), y Décret n° 2011-820 de 8 de julio de 2011 adoptado para la aplicación de la misma ley (JORF n°0158 de 9-07-2011 texto n° 17).

hecha al principio de este apartado, en el fondo los sistemas no difieren gran cosa⁵⁷:

- En todos existe, como excepción a la regla general de la exclusividad jurisdiccional, la posibilidad de la detención (entendida aquí en el sentido español del término) sin intervención judicial previa en caso de flagrante delito (entre otras posibilidades).

- En todos los sistemas se exige la existencia de intervención judicial a partir de un determinado momento para continuar con la medida de privación de libertad, incluso cuando se realiza por razones de seguridad o en aplicación de las leyes de inmigración, aunque en éste caso tal intervención puede limitarse a un examen sobre la legalidad de la medida gubernativa adoptada.

- Por último y en definitiva, el término “detención” (“*détention*” o “*detention*”) aparece en los sistemas examinados, referido al hecho básico de

⁵⁷ McBRIDE, J. (1999), *Pre-Trial Detention ...*, op.cit. Este autor resume muy adecuadamente el problema que tratamos de exponer. Así, entra en una serie de definiciones que parece pertinente reproducir, 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”.

la privación de libertad de movimientos de una persona decidida y ejecutada por los poderes del Estado⁵⁸.

1.3. El problema lingüístico de fondo: la traducción de “detention” y “detainee”

Por lo tanto, en el ámbito en el que nos vamos a desenvolver, que es el Derecho internacional, antes que buscar el común denominador de los diferentes marcos jurídicos internos, parece más pertinente acudir 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 “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”⁵⁹, 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*;

⁵⁸Naturalmente, existen muchas otras lenguas en el mundo, pero hay que convenir en que las expresadas son lenguas oficiales o cooficiales en la mayor parte de Africa, América, y Oceanía, así como en la India, y no sólo eso, sino que los correspondientes sistemas jurídicos forman “familias”, aunque sea por la impronta dejada por las administraciones coloniales. Aunque no exista una total correspondencia, por ejemplo, entre la terminología española y mexicana, los conceptos son muy aproximados (Ej. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús (1981), *La detención preventiva en el derecho comparado*. Universidad Autónoma de México, México).

⁵⁹ Texto completo en http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es.pdf.

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 Unidas⁶⁰. Hay que subrayar que los principios se refieren a “cualquier forma de detención o prisión”, según su enunciado.

La práctica reciente nos lleva a la conclusión de que la nomenclatura es un problema más relevante de lo que parece a simple vista. La mayoría de los trabajos sobre detención en operaciones militares están redactados en inglés y su lectura evidencia que el concepto de *detainee* engloba a cualquier persona privada de libertad, en el sentido antes mencionado de privación física de libertad ambulatoria⁶¹. De este modo un prisionero de guerra es una forma más del concepto genérico de detenido⁶². Creemos, sin apoyatura en texto alguno

⁶⁰ La versión en lengua inglesa es la siguiente: “Use of terms. For the purposes of the Body of Principles: (a) “Arrest” means the act of apprehending a person for the alleged commission of an offence or by the action of an authority; (b) “Detained person” means any person deprived of personal liberty except as a result of conviction for an offence; (c) “Imprisoned person” means any person deprived of personal liberty as a result of conviction for an offence; (d) “Detention” means the condition of detained persons as defined above; (e) “Imprisonment” means the condition of imprisoned persons as defined above; (f) The words “a judicial or other authority” mean a judicial or other authority under the law whose status and tenure should afford the strongest possible guarantees of competence, impartiality and independence.” En cuanto a la versión en lengua francesa : «Emploi des termes. Aux fins de l’Ensemble de principes: a) Le terme “arrestation” s’entend de l’acte qui consiste à appréhender une personne du chef d’une prétendue infraction ou par le fait d’une autorité quelconque; b) Le terme “personne détenue” s’entend de toute personne privée de la liberté individuelle sauf à la suite d’une condamnation pour infraction; c) Le terme “personne emprisonnée” s’entend de toute personne privée de la liberté individuelle à la suite d’une condamnation pour infraction; d) Le terme “détention” s’entend de la condition des personnes détenues telle qu’elle est définie ci-dessus; e) Le terme “emprisonnement” s’entend de la condition des personnes emprisonnées telle qu’elle est définie ci-dessus; f) L’expression “une autorité judiciaire ou autre” s’entend d’une autorité judiciaire ou autre habilitée par la loi et dont le statut et la durée du mandat offrent les garanties les plus solides possibles de compétence, d’impartialité et d’indépendance».

⁶¹ 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 ...op.cit. y (2008), “Detention of Civilians ...op.cit., NAERT, F. (2006), “Detention in Peace Operations ... op.cit.

⁶² Por ejemplo, así se dice explícitamente en la nota introductoria al Capítulo 27 de HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (Eds.), (2005) *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW VOLUME I. RULES*. op.cit. p. 428: “Note: This chapter addresses the treatment of persons deprived of their liberty for reasons related to armed conflict, whether international or noninternational. With regard to international armed conflicts, this term includes combatants who have fallen into the hands of the adverse party, civilian internees and security detainees. With regard to non-international armed conflicts, it includes persons who have taken a direct part in hostilities and who have fallen into the power

concreto⁶³, 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 guerra, aunque, de hecho, existe la figura del detenido en relación con el conflicto armado, o al menos varias referencias a dicho término en los convenios y sus protocolos adicionales. Como nos veremos obligados a repetir, hay dos regímenes legales completamente distintos aplicables a las operaciones militares, que son el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tradicionalmente, la entrada en juego del DIH venía determinada por la superación del umbral del conflicto armado. La duda que hay que despajar ahora, a la vista de la práctica de veinte años a ésta parte, es si este simple razonamiento vale para hacer frente a algunos tipos de operaciones militares contemporáneas⁶⁴

1.4. Concepto específico: la detención operativa

La expresión “detención operacional” u “operativa”, que es lo que vamos a analizar principalmente, no tiene tradición en España y por ello se acude a una terminología prestada, la de “*operational detention*”⁶⁵. El calificativo de

of the adverse party, as well as those detained on criminal charges or for security reasons, provided that a link exists between the situation of armed conflict and the deprivation of liberty. *The term “detainees” as used in this chapter covers all persons thus deprived of their liberty.*”

⁶³ Aunque sí se puede hacer referencia a dichos textos en dos sentidos: Primero: como hemos visto en un epígrafe anterior, en el plano del derecho interno la Ley de Enjuiciamiento Criminal española deja claro que la detención es la medida adoptada básicamente por la policía –o por particulares- con el fin de persecución penal en caso, por ejemplo, de flagrante delito (capítulo II, título VI del Libro II, artículos 489 y ss.). Segundo: desde una perspectiva de derecho internacional se puede sostener la aseveración sobre la base de la ausencia de dicho concepto en la redacción, salvo con un carácter muy residual, por ejemplo en FERNANDEZ –FLORES Y DE FUNES, J.L. (2001) *El Derecho de los Conflictos Armados*, ...op.cit.

⁶⁴ Por ejemplo en BELLINGER, John B. y PADMANABHAN, Vijay M. (2011), “Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law”. *AJIL*, Vol. 105, N° 2, pp. 201 y ss. Se cita aquí éste artículo por ser el más reciente que nos conste, pero como se verá en el desarrollo del presente trabajo, tal cuestión es objeto de amplio debate.

⁶⁵ Así p. ej. en KEFFNER, Jann K. (2010), “Operational detention and the treatment of detainees”, recogido en el libro colectivo *Handbook of the international law of military operations*. Oxford; New York; Oxford University Press. Incluso el TEDH utiliza la expresión, por ejemplo en el caso Behrami y Saramati, párrafo 139 (Application no. 71412/01 by Agim Behrami and Bekir Behrami against France and Application no. 78166/01 by Ruzhdi Saramati against France, Germany and Norway).

operacional se aplica aquí en el mismo sentido que al hablar de derecho militar operativo⁶⁶ (“*operational law*”) que no es mas que la forma norteamericana, actualmente hegemónica en el ámbito jurídico-militar, de referirse al derecho aplicable a, y aplicado en las operaciones militares⁶⁷.

Por lo tanto nos estaríamos refiriendo a aquellas detenciones que se practican en el curso de dichas operaciones, aunque esto presenta algunos matices⁶⁸. Las operaciones de mantenimiento de la paz actuales son muy complejas y no solo implican a actores militares. Y por otro lado, no todas las actividades de este género se realizan en el marco de coaliciones o de operaciones lideradas por organizaciones internacionales como la OTAN, sino que, en ocasiones -sin poner en cuestión su legalidad- están lideradas, o ejecutadas por un solo Estado, o tienen un componente bilateral o multilateral, pero no regido por el sistema de seguridad colectiva de la Carta de Naciones Unidas más que en un sentido muy genérico⁶⁹.

Así las cosas, resulta difícil sostener que un solo régimen o marco jurídico sea aplicable a una determinada situación de las descritas, por más

⁶⁶ Esta es la denominación oficial en España del equivalente al “operational law”.

⁶⁷ Sobre el particular, conviene consultar la página web del Judge Advocate General’s Legal Center and School International & Operational Law Department http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/LCS-International-and-Operational-Law-Dept.html. En ella se recogen los contenidos básicos del derecho militar operativo: “The department provides basic and graduate courses in such diverse subjects as the law of war, the legal basis for the use of force among states, rules of engagement, status of forces and other international agreements, intelligence law, domestic support operations, detainee operations, interrogation operations, information operations, and comparative law”.

⁶⁸ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security*. ... op.cit. p. 125-126, define y describe: “Operational detentions are “detentions” conducted in an “operational” context. They occur within the full spectrum of peace missions. As a means of peacekeeping they are conducted in the course of PIFWC operations, operations against ex- and would-be-belligerents, and during framework operations. Peace-builders, in turn, resort to operational detentions where they are charged with policing tasks –in particular if no functioning domestic law enforcement agencies exist in the receiving state. It follows that operational detention reflects particularly well what it means to entrust peace missions with transitional authority.”

⁶⁹ El estatuto de los EEUU en la guerra de Vietnam es un ejemplo de ello. En general operaciones como las de ayuda en caso de determinados desastres naturales llevadas a cabo por fuerzas militares, como el tsunami en Indonesia (2004), la actuación de la NRF de la OTAN en Pakistán, tras el terremoto de 2005, o, en otros ámbitos, el Plan Colombia que implica a éste Estado y a los EEUU. IGLESIAS-CAVICCHIOLI, Manuel (2010), “La política exterior de los EE.UU., la integración suramericana y el caso de las bases militares en Colombia”. Revista electrónica de estudios internacionales N°19, MILLER, Andrew (2000), “U.S. Military Support for Plan Colombia: Adding Fuel to the Fire”. *HRB*, vol. 8, Issue 1, p. 8, o MORENO, Luis Alberto (2000), “Plan Colombia and Human Rights”. *HRB*, vol. 8, Issue 1, p.9.

que esta parezca globalmente una operación militar. De hecho, este es uno de los aspectos más debatidos en la discusión doctrinal que ha tenido lugar en los últimos años.

La detención operativa, por lo tanto, presenta aspectos regidos por el Derecho Internacional Humanitario, puesto que dentro del concepto tendría cabida la situación de los prisioneros de guerra y de los internados civiles. Pero entraría también la detención, en el sentido expresado en el epígrafe anterior, de personas civiles en situaciones en las que la aplicación automática del conjunto del Derecho Internacional Humanitario es dudosa, como mínimo. Podría también abarcar detenciones con un claro componente policial, en muchos casos ejecutado extraterritorialmente por fuerzas militares –e incluso policiales- multinacionales establecidas en el territorio de un tercer Estado, sin que concorra el estatuto de potencia o potencias ocupantes. Es éste último aspecto de la detención operacional el menos desarrollado, e incluso cabe sostener que no existe un marco jurídico específico –una “lex specialis”- que les sea aplicable⁷⁰. No así el genérico, que sigue siendo el DIDH.

Un indicio de ello lo podemos encontrar en la doctrina del Reino Unido al respecto. De entrada, el manual oficial (*Joint Doctrine Publication 1-10*) se refiere a un término nuevo, el de “*captured persons*” (CPERS), que englobaría a prisioneros de guerra, internados y detenidos⁷¹. Sin embargo, a la hora de

⁷⁰ Así aparece por ejemplo en BELLINGER, John B. y PADMANABHAN, Vijay M. (2011), “Detention Operations in Contemporary Conflicts ...op.cit.. BARNSEY, Robert E. (2009), “Yes, we Can ... op.cit., FORD, Christopher M. (2011), “From Nadir to Zenith: The Power to Detain in War”. *Military Law Review*, Vol. 207, pp. 203-252. y sobre todo, OSWALD, B. (2007), “The Law on Military Occupation... op.cit., y mismo autor (2008), “Detention of Civilians on Military Operations ...op.cit.

⁷¹ Reino Unido Joint Doctrine Publication 1-10, sobre Captured Persons (CPERS) de 2011. Punto 103: “Captured Persons (CPERS) is the generic term given to all individuals who are captured and held by UK Armed Forces on operations overseas, whether they are prisoners of war, internees or detainees. An individual becomes a CPERS at the point of capture or when a member of the UK Armed Forces deprives the individual of his liberty on transfer to UK Armed Forces by another state or non-state actor. Deprivation of liberty is different to both deprivation of movement and restriction of liberty; it involves the exercise of physical control over an individual. The individual will remain a CPERS until the point of release by the UK Armed Forces, when the CPERS will no longer be deprived of his liberty. If a CPERS is transferred to another responsible authority, including the host nation, he will no longer be a UK CPERS although certain UK obligations may endure. If a CPERS escapes, he is no longer considered to be a CPERS. He will become a CPERS again once he has been recaptured by or transferred back to the UK Armed Forces”.

establecer la fundamentación jurídica de la detención acude a generalidades que volveremos a ver una y otra vez⁷².

2. LOS BIENES JURIDICOS AFECTADOS POR LA DETENCION

2.1. El derecho a la libertad y seguridad de la persona en el DIDH

2.1.A. La presunción a favor de la libertad

La detención es, básicamente la privación de libertad física, ambulatoria, y este es pues el derecho básico objeto de protección⁷³, en su caso. La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷⁴, el Pacto Internacional de

http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/B6918094-3138-4350-8B81-27495848A4BB/0/20111129jdp110_Ed2_cpers.pdf

⁷² Reino Unido Joint Doctrine Publication 1-10, citada, puntos 113-116: “113. The legal framework governing the conduct of CPERS activities will vary widely depending on the legal basis of the operation and the nature of the conflict. The legal basis for a military operation could be state self-defence, whether individual or collective, a United Nations Security Council Resolution (UNSCR), *humanitarian intervention* or consent of the host nation. CPERS activities may be expressly authorised in a UNSCR, or they may be contained within a more general authorisation in a UNSCR. In addition, the legal framework governing CPERS activities will provide additional guidance on the rationale for when a person may be captured. 114. In any operation amounting to an armed conflict, UK Armed Forces must comply with the Law of Armed Conflict (LOAC), which is sometimes referred to as international humanitarian law. (...) Whether there is a state of armed conflict is a question of fact. This will be determined by the UK Government on the advice of the Attorney General which will be communicated to the UK Armed Forces. 115. An armed conflict may be categorised either as an international armed conflict or a non-international armed conflict. (...) In an international armed conflict all CPERS activities will be governed by the 1949 Geneva Conventions and the 1977 Additional Protocol I. In a non-international armed conflict, as a minimum, however, Common Article 3 of the Geneva Conventions applies; and in cases where specific criteria are met, Additional Protocol II applies. 116. During all other types of operations, such as peace support operations or maritime interdiction operations, UK Armed Forces must comply with the applicable international, UK and foreign national law, including host nation law. While the LOAC may not apply as a matter of law to all operations, as a matter of policy, UK Armed Forces will, as far as is practicable, comply with the spirit and principles of the LOAC, (...). 117. In addition to whether or not the LOAC applies, CPERS may also have rights under various international human rights treaties such as: the European Convention on Human Rights; the International Covenant on Civil and Political Rights; and the UN Convention Against Torture and Inhuman or Degrading Treatment. (...)”

⁷³ VARELA CASTEJÓN, Xerman y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, (2010), “Doce tesis en materia de detención policial ...op.cit. p. 207.

⁷⁴ Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Artículo 9: Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Derechos Civiles y Políticos⁷⁵, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁶, el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷⁷, ya la Carta

⁷⁵ Artículo 9: 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación. Artículo 11: Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

⁷⁶ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

⁷⁷ Artículo 5: Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley: a Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un Tribunal competente; b Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e Si se trata de la privación de libertad,

Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos⁷⁸, hacen referencia a tal derecho en su articulado con mayor o menor profundidad, siendo el PIDCP, el Pacto de San José y el texto europeo los mas detallados.

Por encima de todo, el sistema europeo dispone de un Tribunal, ante el que se pueden interponer denuncias individuales, y cuyas sentencias tienen fuerza obligatoria, lo que lo diferencia del resto de sistemas de protección de los Derechos Humanos asociados a los demás convenios, con la excepción parcial de la Convención americana, cuyo marco normativo, sin embargo, no atribuye *ius standi* a los individuos ante la Corte Interamericana. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en mayor medida que cualquier otra labor institucional asociada al sistema universal de protección, ha ido definiendo los límites y contenido de los derechos recogidos en el articulado del CEDH. Por otro lado, al ser éste, probablemente, el más detallado de todos los convenios citados, no es raro que dicha jurisprudencia se haya convertido en punto de referencia para la doctrina de cualquier parte del mundo⁷⁹.

Este derecho no se ve necesariamente afectado por la existencia de límites o cortapisas a la hora de desplazarse a determinado lugar, o para

conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición. 2 Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. 3 Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c, del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio. 4 Toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. 5. Toda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación.

⁷⁸ Artículo 6: Todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley. En especial, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente.

⁷⁹ Por ejemplo para el Tribunal Supremo de Israel (sentencia sobre los *targeted killings*, que veremos) o para la administración norteamericana (en el Bybee Memo, sobre la tortura, al que también se hará referencia).

acceder a ciertos espacios. Tales limitaciones, su legalidad más bien, tendría como referencia otro derecho, el de libre circulación⁸⁰.

Hay, incluida en la enunciación del derecho en cualquiera de los textos mencionados, una presunción a favor de la libertad de la persona⁸¹. Dicho de otro modo, la libertad de movimientos es el estado natural de la persona y debe ser respetado salvo que concurran circunstancias excepcionales que, en el caso del CEDH aparecen enumeradas⁸². Además, cualquier privación de libertad debe realizarse conforme a un procedimiento también establecido por la ley. Básicamente, se trata de una prohibición de las detenciones arbitrarias. Es, sin embargo, uno de los derechos humanos susceptibles de derogación temporal en supuestos concretos previstos por los convenios.⁸³

Los casos concretos en los que se puede admitir una detención no están igual de detallados en todos los convenios citados. Es el CEDH el que trata el

⁸⁰ Artículo 13 de la DUDH, art. 12 del PIDCP, art. 22 del Pacto de San José, art. 12 de la Carta Africana. MCADAM, Jane (2011), "An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 12.

⁸¹ MACOVEI, Monica (2002), *The right to liberty and security of the person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbooks, No. 5. Directorate General of Human Rights. Council of Europe, Strasbourg, p.8.

⁸² CARRE, Hélène (2010), «La détention provisoire à travers ... op.cit. En definitiva, en el caso de la prisión provisional, es la otra cara de la presunción de inocencia. El escrutinio realizado por el juez, en su revisión de la medida privativa de libertad debe ser real, partiendo de la base de que cualquier persona debe encontrarse en libertad. En *Mansur v. Turkey* (319-B, 8 de junio de 1995), el Tribunal Europeo consideró que las resoluciones judiciales estereotipadas para autorizar la continuación de la detención no eran suficiente para romper tal presunción.

⁸³ Artículo 4 PIDCP: "1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las 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." Artículo 15 CEDH. "Derogación en caso de estado de excepción. 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional." CADH Artículo 27, "Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

tema con más detenimiento y parece por lo tanto oportuno referirse preferentemente a él. El artículo 5.1 incluye los supuestos de (a) la ejecución de una sentencia, (b) la desobediencia a orden judicial o aseguramiento del cumplimiento de una obligación establecida por la ley⁸⁴, (c) la detención policial o ciudadana con el fin de persecución penal, (d) la de menores en determinados supuestos, (e) la de personas susceptibles de propagar enfermedades, enajenados, alcohólicos y vagabundos, y (f), las relacionadas con las leyes de inmigración y procedimientos de extradición⁸⁵. Sin adelantar conclusiones, parece pertinente subrayar que entre ellas no está incluido el internamiento de civiles por motivos de seguridad abstracta ni, obviamente, el de los prisioneros de guerra.

2.1.B. El contenido del derecho en caso de detención

Hay que destacar que en caso de privación de libertad, hay una serie de obligaciones para los aparatos estatales implicados, algunas redactadas en los tres convenios examinados en términos de deberes –como por otra parte parece oportuno- que parece claro que delimitan unos derechos de la persona privada de libertad -consecuentemente los límites materiales del derecho a la libertad ambulatoria- y que hay que examinar a continuación.

a) Derecho a ser informado de las causas de la detención

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.9.2), como el CEDH (art.5.2) y el Pacto de San José (art.7.4), recogen

⁸⁴ MACOVEI, Monica (2002), *The right to liberty and security ...* op.cit., p. 41. La segunda parte de este punto no resulta muy clara, y ha debido ser complementada por la jurisprudencia, en el sentido de que debe tratarse de una obligación concreta o específica tal como llevar a cabo el servicio militar o civil, portar documentos de identidad, obligaciones tributarias, etc. No entra en esta categoría el incumplimiento de obligaciones contractuales, conforme al artículo 1 del 4º protocolo al CEDH.

⁸⁵ Las leyes de inmigración y las detenciones con vistas a la extradición son un terreno muy resbaladizo, en el que las posibilidades de actuación por parte los poderes públicos se ven inexplicablemente ampliadas, como tendremos ocasión de ver más veces, aunque se trata de un tema que se aparta un poco de la línea central de investigación. ANGELSON, Meredith (2009), "Beyond the myth of "good faith": Torture Evidence in International Extradition Hearings". *International Law and Politics*, vol. 41, pp. 603-653.

expresamente la obligación en caso de detención de una persona, de informar a esta de los motivos de su detención (o razones de la misma, como aparece en las versiones en español del PIDCP y de la CADH)⁸⁶. El CEDH va más allá al exigir que dicha información sea dada en una lengua que comprenda la persona detenida⁸⁷, y en el plazo más breve posible⁸⁸. Además y en esto también coinciden básicamente todos los textos mencionados, la persona detenida (o “retenida” cfr. a la CADH) debe ser notificada (o informada según el CEDH) de cualquier acusación o cargo contra ella dirigidos. Evidentemente esta última previsión se refiere únicamente a los supuestos en que la detención tenga un fin de persecución penal y no a los otros supuestos de privación de libertad conforme a la ley. Pero el resto del artículo 5.2 se refiere a cualquier tipo de detención.

b) Derecho a ser conducido ante una autoridad judicial

Al igual que el último inciso del artículo 5.2 del CEDH está claro que esta obligación de las autoridades, y derecho del detenido, se limita a los supuestos de detención con fines de prevención de un proceso penal, básicamente detenciones policiales y asimiladas. Es patente que este tipo de detenciones son instrumentales de un procedimiento posterior y por ello la policía no está actuando en ejecución de una potestad administrativa o gubernativa⁸⁹. De hecho, la propia redacción de los artículos 9.3 del PIDCP y 5.3 del CEDH ya limita la aplicación del artículo al mencionado supuesto.

El punto 3 del artículo 5 del CEDH establece que la persona privada de libertad en estos casos debe ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de “otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales”. A este

⁸⁶ Esta información debe contener los fundamentos jurídicos y de hecho de la detención, de cara a una posible impugnación de la medida ante un órgano judicial (Fox, Campbell y Hartley v. the United Kingdom. 182, 30 de agosto de 1990).

⁸⁷ La explicación debe ser dada en un lenguaje corriente, y no técnico-jurídico. MACOVEI, Monica (2002), *The right to liberty and security ...op.cit.*, p. 47-48

⁸⁸ No “inmediatamente”. En la Jurisprudencia del TEDH el plazo depende mucho de las circunstancias del caso. El Tribunal no ha puesto objeciones a períodos de pocas horas. MACOVEI *The right to liberty and security ... op. cit.* p. 48.

⁸⁹ VARELA CASTEJÓN, Xerman y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, (2010), “Doce tesis en materia de detención ... op.cit., p. 211.

respecto, y aunque en algunos sistemas domésticos dicha disposición se entendió en el sentido de que el segundo supuesto podría referirse al ministerio fiscal, la práctica demuestra que el ministerio público no reúne el requisito de independencia necesario para llevar a cabo esta función de forma coherente con el Convenio⁹⁰. En cualquier caso, la decisión del juez será determinante de la continuación de la medida o de la puesta en libertad, con carácter obligatorio. Como medida contra cualquier posible detención arbitraria, la presentación ante el órgano judicial debe hacerse “en un plazo razonable”⁹¹. El TEDH ha estudiado esta cuestión de forma particularmente cuidadosa. El caso *Brogan*, seguramente sea un buen referente sobre el particular⁹², dando pie al criterio de los cuatro días o 96 horas, que no es otro que el del Derecho británico⁹³.

⁹⁰ Así en *Huber v. Switzerland*, 188 (23 de octubre de 1990) y en *Brincat v. Italy*, 249-A (26 de noviembre de 1992).

⁹¹ FARTHING, Sophie y SANKEY, Isabella, eds. (2010), “Terrorism Pre-charge Detention Comparative Law Study”. *The National Council for Civil Liberties*. En este estudio, aunque dedicado a estudiar los distintos sistemas en relación con la detención por delitos de terrorismo aparece una comparativa bastante completa de los plazos máximos en los que se debe presentar un detenido ante la autoridad judicial con carácter general, y en los supuestos de terrorismo con arreglo a las leyes internas de diversos estados. <http://www.liberty-human-rights.org.uk/policy/reports/comparative-law-study-2010-pre-charge-detention.pdf>

⁹² *Brogan and Others v. the United Kingdom* (Application N.º. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29 de noviembre de 1998). Este plazo de 96 horas ha vuelto a aparecer, como veremos, en las directrices que se están aplicando en ISAF para el manejo de detenidos no pertenecientes a dicha misión. En su párrafos 58 y 59, la sentencia realiza un análisis del concepto de *promptness*, en comparación con la versión francesa del Convenio: “The assessment of “promptness” has to be made in the light of the object and purpose of Article 5 (art. 5) (...). The Court has regard to the importance of this Article (art. 5) in the Convention system: it enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interferences by the State with his right to liberty (...). 59. The obligation expressed in English by the word “promptly” and in French by the word “aussitôt” is clearly distinguishable from the less strict requirement in the second part of paragraph 3 (art. 5-3) (“reasonable time”/“délai raisonnable”) and even from that in paragraph 4 of Article 5 (art. 5-4) (“speedily”/“à bref délai”). The term “promptly” also occurs in the English text of paragraph 2 (art. 5-2), where the French text uses the words “dans le plus court délai”. As indicated in the *Ireland v. the United Kingdom* judgment (...), “promptly” (...) may be understood as having a broader significance than “aussitôt”, which literally means immediately. Thus confronted with versions of a law-making treaty which are equally authentic but not exactly the same, the Court must interpret them in a way that reconciles them as far as possible and is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty (...). The use in the French text of the word “aussitôt”, with its constraining connotation of immediacy, confirms that the degree of flexibility attaching to the notion of “promptness” is limited, even if the attendant circumstances can never be ignored for the purposes of the assessment under paragraph 3 (art. 5-3). Whereas promptness is to be assessed in each case according to its special features (...), the significance to be attached to those features can never be taken to the point of impairing the

Pero sigue sin haber un límite temporal preciso. Otros casos posteriores han ido perfilando la cuestión con más detalle. Así, como ejemplo que citamos por su relación con el objeto de estudio, en el caso *Rigopoulos v. Spain*⁹⁴, el hecho de que la detención se practicara en alta mar, en el curso de una operación antidroga bajo la dirección de un juez de la Audiencia Nacional, fue motivo para que el Tribunal apreciara que un período de dieciséis días antes de la puesta a disposición judicial no vulnera el Convenio⁹⁵. Posteriormente el Tribunal volvió sobre el tema, confirmando la doctrina, en el caso *Medveyev v. France*⁹⁶.

very essence of the right guaranteed by Article 5 para. 3 (art. 5-3), that is to the point of effectively negating the State's obligation to ensure a prompt release or a prompt appearance before a judicial authority.

⁹³ TANCA, Antonio (1990), "Human Rights, Terrorism and Police Custody: The Brogan Case". 7, *EJIL* pp. 269-277. Curiosamente este plazo de 96 horas ha vuelto a aparecer, como veremos, en las directrices que se están aplicando en ISAF para el manejo de detenidos no pertenecientes a dicha misión. El límite de los 4 días es el que aparece en el artículo 44 de la Police and Criminal Evidence Act de 1984, como hemos visto.

⁹⁴ *Rigopoulos v. Spain* (dec.), N°. 37388/97, (12 de enero de 1999).

⁹⁵ *Rigopoulos*, conforme a la versión, incompleta, difundida en HUDOC: "The Court notes on this point that the applicant's detention lasted for sixteen days because the vessel under his command was boarded on the high seas of the Atlantic Ocean at a considerable distance – more than 5,500 km – from Spanish territory and that no less than sixteen days were necessary to reach the port of Las Palmas. On that point the applicant himself acknowledged that, owing to the resistance put up by certain members of the crew, the Archangelos could not set sail again until forty-three hours after it had been boarded. That delay cannot therefore be attributed to the Spanish authorities. Ultimately, it was all those circumstances which prevented the applicant from being brought before the judicial authority sooner. Having regard to the foregoing, the Court considers that it was therefore materially impossible to bring the applicant physically before the investigating judge any sooner. The Court notes on this point that once he had arrived at Las Palmas, the applicant was transferred to Madrid by air and that he was brought before the judicial authority on the following day."

⁹⁶ *Medveyev et Autres v. France* (Requête no 3394/03), 29 de marzo de 2010 párrafos 129 a 134: "129. Or la Cour rappelle que, dans l'arrêt Brogan, elle a jugé qu'une période de garde à vue de quatre jours et six heures sans contrôle judiciaire allait au-delà des strictes limites de temps fixées par l'article 5 § 3, même quand elle a pour but de prémunir la collectivité dans son ensemble contre le terrorisme (...). Elle a également jugé contraire à l'article 5 § 3 une période de sept jours avant d'être traduit devant un juge (...). 130. La Cour rappelle cependant qu'elle a déjà admis, dans sa décision *Rigopoulos* (...), qui concernait l'interception en haute mer par la police des douanes espagnoles, dans le cadre d'une enquête judiciaire portant sur un trafic international de stupéfiants, d'un navire battant pavillon panaméen, et la détention de son équipage le temps de son convoiement vers un port espagnol, qu'un délai de seize jours n'était pas incompatible avec la notion d'« aussitôt traduit » énoncée à l'article 5 § 3 de la Convention, compte tenu de l'existence de « circonstances tout à fait exceptionnelles » qui justifiaient un tel délai. (...). 131. En l'espèce, la Cour relève qu'au moment de son interception, le Winner se trouvait lui aussi en haute mer, au large des îles du Cap Vert et donc loin des côtes françaises,

c) *Derecho a impugnar la medida privativa de libertad*

En este caso, los tres convenios (arts. 9.4 del PIDCP, 5.4 del CEDH y 7.6 de CADH) utilizan una redacción en términos de derechos de la persona privada de libertad, y no lo limitan a los supuestos de detenciones relacionadas con un procedimiento penal. Es más, parece que en este caso se está refiriendo predominantemente a cualquier otro supuesto de detención administrativa o gubernativa, y a privaciones arbitrarias de libertad, puesto que las previsiones examinadas en el apartado anterior ya cubrirían, teóricamente, este requisito en el caso de los procedimientos penales. No obstante, incluso las situaciones de privación de libertad decididas en mayor o menor medida por órganos judiciales pueden ser revisadas mediante este procedimiento sumario, que no debe confundirse con las vías de recurso ordinarias.

En definitiva lo que se prevé aquí es que en todo sistema debe haber algo parecido al *habeas corpus*, llámese así o de otra manera⁹⁷, de forma que la legalidad de la detención pueda ser sometida a escrutinio por un juez o un tribunal, no siendo aceptable, al menos para el TEDH, otra figura, como la del fiscal⁹⁸. En este sentido, el TEDH ha estimado necesaria la presencia física del

à une distance de celles-ci du même ordre que celle dont il était question dans l'affaire Rigopoulos. Par ailleurs, rien n'indique que son acheminement vers la France ait pris plus de temps que nécessaire, compte tenu notamment des conditions météorologiques et de l'état de délabrement avancé du Winner qui rendaient impossible une navigation plus rapide. En outre, les requérants ne prétendent pas qu'il était envisageable de les remettre aux autorités d'un pays plus proche que la France, où ils auraient pu être rapidement traduits devant une autorité judiciaire. Quant à l'hypothèse d'un transfert sur un navire de la Marine nationale pour un rapatriement plus rapide, il n'appartient pas à la Cour d'évaluer la faisabilité d'une telle opération dans les circonstances de la cause. 132. La Cour note enfin que les requérants ont été placés en garde à vue le 26 juin 2002 à 8 h 45 et que leur présentation effective à un juge d'instruction dans les locaux du commissariat de Brest s'est déroulée, au vu des procès-verbaux produits par le Gouvernement, de 17 h 05 à 17 h 45 pour le premier juge d'instruction, (...). En conséquence, la durée de la garde à vue des requérants avant leur traduction devant un juge n'a été que d'environ huit à neuf heures après leur arrivée en France. 133. Force est de constater que cette période de huit à neuf heures était compatible avec la notion d'« aussitôt traduit » énoncée à l'article 5 § 3 de la Convention et la jurisprudence de la Cour. 134. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 3”.

⁹⁷ FARRELL, Brian, (2008), “Does the Universal Declaration of Human Rights Implicitly Guarantee a Right to Habeas Corpus?”. *HRB*, vol. 16, Issue 1, pp. 2-5.

⁹⁸ *Vodenicarov v. Slovakia*, Nº 24530/94 (21 de diciembre de 2000) y *Varbanov v. Bulgaria*, Nº 31365/96, (5 de octubre de 2000).

detenido ante el juez⁹⁹, así como el acceso a asistencia letrada¹⁰⁰. La decisión debe ser adoptada “en breve plazo”, según la versión en español del Convenio. Los períodos superiores a un mes han sido estimados normalmente excesivos por el Tribunal¹⁰¹.

2.2. La prohibición de la detención por tiempo indefinido y de las desapariciones forzadas

Aunque en algún aspecto implica adelantar conclusiones, y a sabiendas de que habrá que volver sobre muchas de estas cuestiones a lo largo del trabajo, parece que, al ser ésta una parte general del mismo, un breve análisis o referencia a la detención por tiempo indefinido o las desapariciones forzadas, tiene mejor cabida aquí que en otro sitio. En ambos casos se trata de detenciones, ilegales y constitutivas de delito en el caso de las desapariciones; muy probablemente también en el otro caso, aunque aquí cabe constatar una mayor diversidad de opiniones, que dependen de la definición de la “*indefinite detention*”.

En relación con ésta última, es indudable que hay que referirse tanto al DIH como al DIDH, pero en cualquier caso para sostener que la privación de libertad con carácter indefinido, sin acusación, sin sentencia o sin una “razón imperiosa de seguridad” concreta y demostrable es, muy probablemente, una detención arbitraria y no tiene amparo en ninguna de las dos áreas citadas del Derecho internacional¹⁰², por más que sea una práctica intentada –e incluso

⁹⁹ Kampanis v. Greece. (13 de julio de 1995)

¹⁰⁰ Woukam Moudefo v. France, (11 de octubre de 1988), Megyeri v. Germany, (12 de mayo de 1992), Lamy v. Belgium, (30 de marzo de 1989).

¹⁰¹ MACOVEI, Monica (2002), *The right to liberty and security of the person ...* op. cit. p. 64. Así en Bezicheri v. Italy, 164 (25 de octubre de 1989), Sanchez-Reisse v. Switzerland, 107 (21 de octubre de 1986). Aunque la complejidad de los factores concurrentes –médicos, por ejemplo- han sido tomados en consideración por el Tribunal siempre lo ha hecho sobre la base del caso por caso. Iłowiecki v. Poland, N° 27504/95 (4 de octubre de 2001), Baranowski v. Poland, N° 28358/95, (28 de marzo de 2000), Jablonski v. Poland, N° 33492/96 (21 de diciembre de 2000) o Rehbock v. Slovenia, N° 29462/95, (28 de noviembre de 2000).

¹⁰² CHAFFEE, Devon (2009), “The Cost of Indefinitely Kicking the Can: Why Continued “Prolonged” Detention is no Solution to Guantánamo”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp.187- 196, ZAYAS, Alfred de, (2005), “Human rights and indefinite detention”, *IRRC*, Vol. 87

asentada- en muchos Estados, alguno de los cuales tiene las mayores credenciales democráticas y como Estado de Derecho¹⁰³. A este respecto conviene aclarar que la pena de prisión perpétua, donde ésta exista, no es una detención indefinida; el condenado ya sabe que, salvo aplicación de beneficios penitenciarios recogidos en la propia ley, o cambios legislativos más favorables, pasará el resto de su vida en prisión¹⁰⁴.

Pero aunque esto sea así, hay que reconocer que de hecho existe. La detención indefinida no se puede vincular a un único fundamento, como la seguridad del Estado; la mayor parte de los casos suele estar vinculada a las legislaciones en materia de inmigración ilegal, o a las privaciones de libertad de enfermos mentales¹⁰⁵.

Es la incertidumbre la que puede causar serios problemas psicológicos en el sujeto a detenciones de larga duración sin revisión y sin perspectivas claras de finalización de la medida¹⁰⁶. Tal situación, sin embargo está afectando a gran cantidad de personas en el mundo entero. Como veremos, a situación de algunos detenidos en Guantánamo es ésta, a pesar de la fuerte argumentación en contra que tendremos ocasión de examinar en detalle¹⁰⁷. Tal

Nº 857, pp. 15-38. En la literatura popular acaso no haya mejor ejemplo que la novela de Alejandro Dumas (padre) *El Conde de Montecristo*, para ejemplificar tal situación.

¹⁰³ En el caso norteamericano, dejando aparte las autorizaciones parlamentarias y la PATRIOT ACT a la que ya nos referiremos, conviene destacar el “Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President, and William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense. Re: Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees” <http://www.justice.gov/olc/docs/memo-laws-taliban-detainees.pdf>. En el caso del Reino Unido, la Anti-Terrorism, Crime and Security act de 2001, en su artículo 23, permite tal medida, y de hecho se aplicó a 11 musulmanes en la prisión de Belmarsh, aunque la Cámara de los Lores en 2004 declaró que tal medida era incompatible con el derecho británico, y ello a pesar de la derogación del artículo 5 del CEDH.

¹⁰⁴ A pesar de las polémicas, la prisión perpétua no está expresamente prohibida en ningún convenio en materia de derechos humanos.

¹⁰⁵ Por ejemplo en PEARLSTEIN, Deborah (2009), “We’re all Experts Now: A Security Case Against Security Detention”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, pp. 577-592.

¹⁰⁶ El CICR, en 2003 ya alertó del impacto que la situación de los detenidos en Guantánamo estaba teniendo consecuencias en la salud mental de algunos de ellos, con un notable incremento en las tentativas de suicidio. ZAYAS, Alfred de, (2005) “Human rights and indefinite ... op.cit., p. 20.

¹⁰⁷ Jelena Pejic, asesora jurídica del CICR critica el abuso del término “detención indefinida”; sostiene que por ejemplo, un internamiento de civiles en caso de conflicto armado no es una detención indefinida, toda vez que la propia IV Convención señala que los internados o detenidos deben ser puestos en libertad tan pronto desaparezcan las causas que motivaron la

situación contraviene tanto los convenios en materia de Derechos Humanos que ya hemos mencionado, como, en determinadas circunstancias, los convenios de Ginebra, en particular los convenios III y IV y el I Protocolo a los mismos¹⁰⁸, aunque este aspecto es uno de los puntos de fricción más patentes entre el DIH y el DIDH, como veremos. Por otro lado, la detención indefinida podría contravenir la Convención contra la Tortura de 1984, al ser en ocasiones tal situación en sí una tortura o trato degradante, al menos por sus efectos sobre las personas¹⁰⁹.

Aún aceptando la absoluta necesidad de la medida por razones de seguridad del Estado, y la consecuente derogación de las obligaciones derivadas de los convenios internacionales, a tenor de los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 15 del Convenio Europeo, tales derogaciones son por propia definición, temporales, y en ningún caso cabe su mantenimiento indefinido¹¹⁰. A mayor abundamiento, analizada la privación de libertad indefinida a la luz de la prohibición de la tortura, esta es una prohibición

medida. PEJIC, Jelena (2011), "The European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law". *IRRC* Vol. 93 N° 883, pp. 837-851, p. 848.

¹⁰⁸ La situación del prisionero de guerra es acaso, y en teoría, la que más se parece a la detención indefinida, puesto que la de los internados civiles y otros detenidos a la luz del IV Convenio de Ginebra, el I Protocolo a dichos convenios, y los tratados en materia de derechos humanos, se parece cada vez más a la de los detenidos en tiempo de paz, sujetos tan solo al marco del DIDH. El prisionero de guerra, según el III Convenio, no tiene por que ser puesto en libertad antes del fin de las hostilidades, aunque nada impide que así se haga y que incluso se anime a hacerlo en los casos de prisioneros por largos períodos.

¹⁰⁹ DROEGE, Cordula, (2007), "In Truth the Leitmotiv": the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-Treatment in International Humanitarian Law". *IRRC*, Vol. 89, N° 867, pp. 515-541, ZAYAS, Alfred de, (2005), "Human rights and indefinite ... op.cit. p. 20.

¹¹⁰ Como dice el General Comment N° 29 del Comité de Derechos Humanos de 24 de julio de 2001 CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, "2. Measures derogating from the provisions of the Covenant must be of an exceptional and temporary nature. Before a State moves to invoke article 4, two fundamental conditions must be met: the situation must amount to a public emergency which threatens the life of the nation, and the State party must have officially proclaimed a state of emergency. The latter requirement is essential for the maintenance of the principles of legality and rule of law at times when they are most needed. When proclaiming a state of emergency with consequences that could entail derogation from any provision of the Covenant, States must act within their constitutional and other provisions of law that govern such proclamation and the exercise of emergency powers; it is the task of the Committee to monitor the laws in question with respect to whether they enable and secure compliance with article 4. In order that the Committee can perform its task, States parties to the Covenant should include in their reports submitted under article 40 sufficient and precise information about their law and practice in the field of emergency powers."

absolutamente inderogable. Parece haber consenso casi universal al respecto¹¹¹.

En éste apartado hay que hacer también una breve referencia a otro asunto relacionado con la detención, que es el de las desapariciones forzadas. Aunque estimamos que se trata de un tema que requiere un estudio separado, sus vinculaciones con la privación de libertad son patentes; se trata sin duda de una forma de detención, que se caracteriza por su esencial ilegalidad. Esta ilegalidad se manifiesta en las diversas convenciones sobre las desapariciones forzadas¹¹², los artículos 7.1.i) y 7.2. i)¹¹³ del Estatuto del TPI, los códigos penales internos, etc.

Se puede definir como desaparición forzada aquella situación en la que “se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”¹¹⁴.

¹¹¹ Una de las denuncias más repetidas contra la detención de los “unlawful combatants” en Guantánamo, como veremos más de una vez, es la de que su continuación hasta el fin de unas supuestas hostilidades contra el terrorismo implican una detención con carácter indefinido, puesto que un conflicto armado de tal naturaleza podría no tener final. Entre otros muchos, VAN BERGEN Jennifer, and VALENTINE Douglas (2005), “The Dangerous World of Indefinite Detentions: Vietnam to Abu Ghraib”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 449-508, CHAFFEE, Devon (2009), “The Cost of Indefinitely Kicking the Can: ... op.cit.

¹¹² La principal de las cuales es la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2007.

¹¹³ El primero la incluye entre los delitos de lesa humanidad, y el segundo la define para los efectos del propio Estatuto: “Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.”

¹¹⁴ Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, proclamada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992 (preámbulo). La definición de la Convención de 2007 es (Artículo 2) “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por “desaparición forzada” el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del

Es evidente que este tipo de acciones no se limita a afectar a un solo bien jurídico –el derecho a la libertad y seguridad- y de hecho se puede considerar una auténtico *cocktail* de transgresiones graves de los derechos humanos¹¹⁵. Esto hace que el tema no pueda considerarse central en el contexto que estudiamos. Sin embargo, ciertas prácticas recientes de algunos Estados, como las entregas irregulares de detenidos o “*extraordinary renditions*”, o la existencia de centros secretos de detención en la GWOT, harán necesaria la referencia, siquiera instrumental, al marco jurídico de tan particular tipo de detención¹¹⁶.

2.3. La prohibición de las ejecuciones extrajudiciales y de la tortura

En el contexto que estamos examinando resulta difícil obviar que, tratándose de detenciones realizadas en el curso de un conflicto, las posibilidades de lesión de bienes jurídicos distintos de la libertad ambulatoria son más que patentes. En este sentido hay que recordar la existencia de otros derechos humanos claramente relacionados con el derecho a la libertad y seguridad. El más notorio es el derecho a un proceso con todas las garantías, en particular en caso de que a la persona interesada se le acuse de alguna infracción penal, puesto que es muy posible que a dicho proceso le haya precedido una privación de libertad regulada en los artículos ya examinados arriba. No vamos a profundizar en esta línea, por apartarse notablemente de la

ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.”

¹¹⁵ En el (2009) Folleto Informativo N° 6 de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (p.3), se incluye entre los derechos afectados por las desapariciones forzadas: El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la libertad y seguridad de la persona; el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho a la vida, en caso de muerte de la persona desaparecida; el derecho a una identidad; el derecho a un juicio imparcial y a las debidas garantías judiciales; el derecho a un recurso efectivo, con reparación e indemnización y el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición.

¹¹⁶ “If you want a serious interrogation, you send a prisoner to Jordan. If you want them to be tortured, you send them to Syria. If you want someone to disappear—never to see them again—you send them to Egypt.” Puede que sea una historia apócrifa, pero aparece atribuida a un ex agente de la CIA y citada en SADAT, Leila Nadya (2005), “Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition Under International Law”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 309-342, p. 314.

cuestión central de la detención; sí habrá que hacer referencia a la ausencia de tal derecho en el marco del DIH¹¹⁷.

Sin embargo sí que hay que hacer referencia más profunda a otros dos derechos humanos cuya vulneración suele ir asociada a la privación de libertad aunque en dos sentidos muy diferentes. Se trata de dos derechos no derogables conforme a los artículos 4 del PIDCP, 15 del CEDH o 27 de la CADH.

El primero es el derecho a la vida. En el PIDCP y en la CADH se recoge, respectivamente, en sus artículos 6 y 4, pero es el CEDH¹¹⁸ el que establece una cierta conexión con la detención, puesto que su artículo 2 establece que una muerte “no se considerará infligida en infracción (...) del artículo” cuando se produzca por el uso de la fuerza absolutamente necesario “para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente”, entre otras causas de justificación¹¹⁹.

Naturalmente aquí no se trata de examinar la legalidad de la pena de muerte, sino de la posibilidad de considerar la muerte de una persona como alternativa lícita a su detención, en el caso de que ésta última presente dificultades o riesgos para quien trata de practicarla, supuesto nada artificioso en las situaciones que actualmente se están viviendo en Afganistán, Pakistán, o en los territorios ocupados por Israel. Es lo que en inglés se llama “*targeted*

¹¹⁷ De hecho, en los convenios que examinamos este derecho aparece regulado aparte de la detención (art.14 PIDCP, art. 6 del CEDH), puesto que el derecho a acceso a la administración de justicia no se refiere solo a cuestiones penales. No obstante, la ausencia de un derecho equivalente en el marco del DIH, ha servido como excusa para algunas detenciones indefinidas en tiempos recientes.

¹¹⁸ Artículo 2. Derecho a la vida. 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

¹¹⁹ KORFF, Douwe (2006), *The right to life. A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbooks, No. 8. Directorate General of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg. En sus pp. 31 y ss. se extiende en el uso de la fuerza susceptible de causar muerte por parte de agentes del estado, incluyendo desapariciones y muertes ocurridas durante la custodia del detenido.

*killings*¹²⁰, y a lo que en español se le ha dado un nombre nada agradable: asesinato selectivo¹²¹. Este tema será desarrollado más adelante.

El segundo de los derechos a los que hacemos ahora referencia es, tomando prestada la denominación que aparece en la Convención americana¹²², el derecho a la integridad personal, o expresado de otro modo el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Está claro que este derecho está íntimamente vinculado al derecho a la libertad, puesto que la situación de privación de la misma coloca a la persona en una situación de vulnerabilidad e indefensión que propicia, en particular con el objetivo de obtener información, por simple venganza o, aún mas siniestro, como parte de un plan genocida, la aplicación de malos tratos o torturas a los detenidos. Es más, la tortura se va a dar normalmente en situaciones de privación de libertad¹²³.

A pesar de ello, en todas las convenciones examinadas el mencionado derecho aparece regulado separadamente del derecho a la libertad y por lo tanto de la detención o privación de libertad. El por qué puede que este relacionado con el carácter de prohibición absoluta de la tortura, como norma de *ius cogens* internacional inderogable que merece una consideración separada¹²⁴. Dicho de otro modo, en determinadas circunstancias se puede privar de libertad a las personas; incluso se puede matar a las personas. Sin embargo, en ninguna circunstancia se puede someter a las personas a tortura

¹²⁰ KRETZMER, David (2005), "Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?". *EJIL*, Vol. 16, Nº 2, pp. 171–212.

¹²¹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (2009), "Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados actuales", pp. 335-385. *El derecho penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009.

¹²² Artículo 5. "Derecho a la Integridad Personal 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

¹²³ REIDY, Aisling (2002), *The prohibition of torture*. Human rights handbooks, No. 6. A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights. Directorate General of Human Rights. Council of Europe. Strasbourg Cedex, p. 22.

¹²⁴ WET, Erika de (2004), "The Prohibition of Torture as an International Norm of *ius cogens* and Its Implications for National and Customary Law". *EJIL*, vol. 15, Nº 1, pp. 97-121. Una perspectiva norteamericana en el vol. 37 del *CASE W. RES. J. INT'L L.* (2005), dedicado al tema de la tortura.

o a tratos crueles, inhumanos o degradantes. La especialidad del tema ha determinado, además de su inclusión en los convenios, su regulación separada por medio de la Convención contra la Tortura de 1984. Al igual que el derecho a la vida, los límites de la tortura, en relación con la detención, serán explorados mas adelante.

3. LA APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL DE LAS CONVENCIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

3.1. Las diferentes lecturas de los principales convenios en materia de Derechos Humanos. El “espacio jurídico”

Teniendo en cuenta la incidencia que el conjunto de normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos tienen sobre nuestro tema, 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 en materia de derechos humanos –universales y regionales- por los Estados cuando se trata de la actuación de agentes o funcionarios suyos fuera de sus fronteras. Bien entendido que la referencia a esta cuestión es instrumental, en el sentido de que nos interesa sobre todo por lo que incide en el objeto de estudio. Por otro lado, es curioso observar cómo los ejemplos a los que vamos a acudir –por parecernos más significativos- tienen en general una estrecha relación con la detención operacional o con las operaciones militares contemporáneas.

Aunque parezca sorprendente hay, al menos, dos interpretaciones del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹²⁵: La que estima que para que tal Pacto sea aplicable deben concurrir las dos condiciones incluidas en dicho artículo, es decir que sea en el propio territorio y que además el individuo esté sujeto a su jurisdicción, y la que por el contrario

¹²⁵ “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.”

entiende que la conjunción “y” es enumerativa¹²⁶. Evidentemente es a través de esta segunda interpretación por donde pasa la verdadera incidencia de Pacto en el tipo de operaciones que analizamos. Por otro lado, ésta es la interpretación que viene haciendo el Comité de Derechos Humanos¹²⁷, y el

¹²⁶ 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. Por su parte la postura oficial de las fuerzas armadas estadounidenses es que “The ICCPR is expressly non-extraterritorial. Article 2, clause 1 limits a Party’s obligations under the Covenant to “all individuals within its territory and subject to its jurisdiction . . .” Although some commentators and human rights bodies have argued for a disjunctive reading of “and,” such that the ICCPR would cover anyone simply under the control of a Party, [se refiere al General Comment N° 31 del Comité de Derechos Humanos] the United States interprets the extraterritoriality provision narrowly.” Así aparece en la página 211 del *LAW OF WAR DESKBOOK*, edición de 2011, INTERNATIONAL AND OPERATIONAL LAW DEPARTMENT THE JUDGE ADVOCATE GENERAL’S LEGAL CENTER AND SCHOOL, U.S. ARMY CHARLOTTESVILLE, VIRGINIA.

¹²⁷ Informe del Comité de Derechos Humanos, Documento A/53/40 de 1998, párrafo 306. “Preocupa hondamente al Comité que Israel siga negando que le incumbe la responsabilidad de aplicar el Pacto en los territorios ocupados. A este respecto, el Comité señala la larga presencia de Israel en esos territorios, la ambigua actitud de Israel acerca de su situación futura y el ejercicio efectivo en ellos de la jurisdicción por las fuerzas de seguridad israelíes. En respuesta a los argumentos presentados por la delegación, el Comité subraya que la aplicabilidad de las normas de derecho humanitario no impide de por sí la aplicación del Pacto ni la obligación del Estado de rendir cuentas por la actuación de sus autoridades de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2. Por consiguiente, el Comité es del parecer de que el Pacto debe, en este caso, considerarse aplicable a los territorios ocupados y las regiones del Líbano meridional y la Bekaa occidental donde Israel ejerce un control efectivo. El Comité pide al Estado Parte que incluya en su segundo informe periódico todos los datos relativos a la aplicación del Pacto en los territorios que ocupa.” También en el documento CCPR/C/13/D/52/1979, 29 de Julio de 1981, López Burgos v. Uruguay, caso en el que Sergio Rubén Lopez Burgos un ciudadano uruguayo fue secuestrado en 1976 por agentes de la misma nacionalidad en territorio argentino y trasladado a Uruguay, el Comité señala: “Article 2 (1) of the Covenant places an obligation upon a State party to respect and to ensure rights “to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction”, but it does not imply that the State party concerned cannot be held accountable for violations of rights under the Covenant which its agents commit upon the territory of another State, whether with the acquiescence of the Government of that State or in opposition to it”. En el mismo sentido CCPR/C/13/D/56/1979 29 July 1981, Celiberti de Casariego V. Uruguay, párrafo 10.3. Por último, aún mas claro en CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 May 2004 General Comment N° 31, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant: Párrafo 10. “States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party. As indicated in General Comment 15 adopted at the twenty-seventh session (1986), the enjoyment of Covenant rights is not limited to citizens of States Parties but must also be

Tribunal Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre las implicaciones de la construcción de un muro defensivo en los territorios palestinos ocupados de 9 de julio de 2004¹²⁸ y en la sentencia en el caso de actividades armadas en el territorio del Congo de 19 de diciembre de 2005¹²⁹.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene, en su artículo 1 una previsión similar a la del Pacto¹³⁰. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en repetidas ocasiones por la aplicación extraterritorial del Convenio¹³¹, pero con carácter excepcional, al igual que el Comité de Derechos Humanos. La decisión de 12 de diciembre de 2001, sobre admisibilidad en el caso *Bankovic v. Bélgica y otros*¹³² ha sido durante casi diez años el punto de referencia en muchas de las argumentaciones de los Estados demandados, al contener el más completo razonamiento sobre la básica territorialidad del Convenio Europeo. Los hechos que dieron lugar a la demanda¹³³ son las muertes de unos ciudadanos de la República Federal de Yugoslavia en 1999,

available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, such as asylum seekers, refugees, migrant workers and other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party. This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation.”

¹²⁸ Muro, párrafo 111: “In conclusion, the Court considers that the [International Covenant on Civil and Political Rights] is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory.”

¹²⁹ Actividades armadas en el Congo, párrafo 180: “The Court notes that Uganda at all times has responsibility for all actions and omissions of its own military forces in the territory of the DRC in breach of its obligations under the rules of international human rights law and international humanitarian law which are relevant and applicable in the specific situation.”

¹³⁰ “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.”

¹³¹ Entre otros en los casos *Banković y otros v. Belgium and 16 Other Contracting States* (dec.) Nº 52207/99, *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 de Junio de 1992; *Loizidou v. Turkey*, 18 de Diciembre de 1996; *Cyprus v. Turkey* Nº 25781/94; *Issa and Others v. Turkey*, Nº 31821/96, 16 de Noviembre de 2004; *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, Nº 48787/99; *Öcalan v. Turkey*, Nº 46221/99; y Nº 23276/04, *Husein v. Albania and Others*, (dec.) 14 de Marzo de 2006. Más reciente *Medvedyev and others v. France*, App. Nº 3394/03, 29 de Marzo 2010, párrafos 66-67.

¹³² Grand Chamber Decision as to the admissibility of Application no. 52207/99 by Vlastimir and Borka BANKOVIĆ, Živana STOJANOVIĆ, Mirjana STOIMENOVSKI, Dragana JOKSIMOVIĆ and Dragan SUKOVIĆ against Belgium, the Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom.

¹³³ *Bankovic*, párrafos 1-13.

como consecuencia del bombardeo aéreo del edificio de la Radiotelevisión Serbia en Belgrado, por parte de la OTAN. Esta decisión, introduce un concepto, el del “espacio jurídico” (“*espace juridique*” o “*legal space*”)¹³⁴, no muy bien explicado, pero que en definitiva sirvió para fundamentar la inadmisibilidad de la demanda.

Aunque la decisión admite, claramente, la posibilidad de cierta proyección extraterritorial del CEDH por las vías que veremos un poco más tarde, lo hace sobre la base de la “*essentially territorial notion of jurisdiction*”¹³⁵, que deduce no solo de la interpretación del texto del Tratado conforme a la Convención de Viena de 1969, sino acudiendo a los *travaux préparatoires*. La redacción inicialmente propuesta por el Comité de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, hacía referencia a todas las personas residentes en los territorios de los Estados firmantes. Sin embargo, el Comité Intergubernamental de Expertos decidió cambiarlo por la actual redacción “a toda persona dependiente de su jurisdicción”. El motivo aparece recogido en los mencionados *travaux préparatoires*, y no es otro que extender la protección a todas las personas que se encontraran en el territorio de dichos Estados aunque no fueran residentes en el sentido legal del término¹³⁶.

Con todo, como decimos, la sentencia admite varias posibilidades de aplicación extraterritorial del Convenio, que coinciden básicamente con los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos y del Tribunal Internacional de Justicia. Obviamente la situación de ocupación militar de un territorio es una de ellas, pero no la única ni mucho menos. De ahí que se

¹³⁴ Bankovic, párrafo 80: “In short, the Convention is a multi-lateral treaty operating, subject to Article 56 of the Convention¹³⁴, in an essentially regional context and notably in the legal space (*espace juridique*) of the Contracting States. The FRY clearly does not fall within this legal space. The Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States. Accordingly, the desirability of avoiding a gap or vacuum in human rights’ protection has so far been relied on by the Court in favour of establishing jurisdiction only when the territory in question was one that, but for the specific circumstances, would normally be covered by the Convention.”

¹³⁵ Bankovic, párrafo 67: “In keeping with the essentially territorial notion of jurisdiction, the Court has accepted only in exceptional cases that acts of the Contracting States performed, or producing effects, outside their territories can constitute an exercise of jurisdiction by them within the meaning of Article 1 of the Convention.”

¹³⁶ Bankovic, párrafo 19.

hayan podido detectar dos grandes y amplios supuestos de dicha aplicación extraterritorial¹³⁷.

El primero, que algún autor llama “modelo espacial”¹³⁸, engloba las situaciones en las que un Estado ejerce su autoridad y control efectivos (“*effective control over an area*”) sobre un área fuera de su territorio nacional, lo que incluiría el ya mencionado supuesto de la ocupación –sea esta legal o ilegal-, aquellas en las que un Estado despliega sus fuerzas en el territorio de otro a invitación de éste último sin que exista, por tanto, ocupación¹³⁹, y aquellas otras, no muy frecuentes, en las que con carácter mas o menos permanente un Estado tiene el control sobre una pequeña porción del territorio de otro –una base militar, por ejemplo- sin que esto afecte a la soberanía del segundo, al menos en teoría¹⁴⁰. Es claro que lo que ocurre en todos estos casos es que un Estado, fuera de su territorio ejerce control y autoridad suficiente en el territorio de otro como para que puedan serle imputadas determinados quebrantamientos de los derechos humanos.

El segundo (que el mismo autor denomina “modelo personal”)¹⁴¹ sería el caso de la acción extraterritorial de agentes de un Estado en situaciones que no llegan al control del conjunto de la situación, como ocurre, por ejemplo en los supuestos de detención de una persona por agentes de un Estado que no es el territorial¹⁴².

¹³⁷ BORELLI, Silvia (2005), “Casting Light on the Legal Black Hole: International Law and Detentions Abroad in the “War on Terror”. *IRRC*, Vol. 87 N° 857, pp. 39-68, p. 55 y ss.

¹³⁸ MILANOVIC, Marko (2011), “Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg”. http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=655207. Visitado 6-9-2011 a las 11:15.

¹³⁹ Así se recoge en *Loizidou* (preliminary objections), párrafo 62; *Cyprus v. Turkey* [GC], N° 25781/94, párrafo 76, *Banković*, párrafo 70; *Ilaşcu*, párrafos 314-316; *Loizidou* (merits), párrafo 52. También, como veremos, más adelante, en la sentencia en el caso *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* (Application no. 55721/07), de 7 de julio de 2011, párrafos 138 a 140.

¹⁴⁰ Por ejemplo cómo se deduce de la Resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 2/11 Sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos, Medidas Cautelares 259-02, que hace un seguimiento de las peticiones de medidas cautelares en 2002 y 2006.

¹⁴¹ MILANOVIC, Marko (2011), “Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg ... op cit.

¹⁴² Así en el ámbito del TEDH en *Loizidou v. Turkey*, *Drodz and Janousek v. France and Spain*, *Bankovic*, y sobre todo, a los efectos a los que nos referimos en la sentencia en el caso *Öcalan v. Turkey*, N° 46221/99, que en su párrafo 91, señala que “The Court notes that the applicant was arrested by members of the Turkish security forces inside an aircraft registered in Turkey in the international zone of Nairobi Airport. It is common ground that, directly after being handed

En cuanto a España, el asunto parece pacífico; varias sentencias del Tribunal Constitucional han reconocido esta aplicación extraterritorial¹⁴³, en lo que se refiere al Convenio Europeo, como instrumento más perfeccionado de aplicación en nuestro país. Otros Estados han presentado cierta resistencia. El Reino Unido por ejemplo, en el caso, *Al-Skeini v. The Secretary of State for Defence*¹⁴⁴, sobre el que finalmente recayó sentencia del TEDH, que examinaremos más adelante.

El foco de mayor resistencia –entendida esta oposición en un sentido parcial- es está representado por los EEUU e Israel¹⁴⁵, en relación con el

over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the “jurisdiction” of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory. It is true that the applicant was physically forced to return to Turkey by Turkish officials and was under their authority and control following his arrest and return to Turkey (...). En el ámbito americano debemos recordar *López Burgos v. Uruguay*, CCPR/C/13/D/52/1979 29 de Julio de 1981, y *Celiberti de Casariego V. Uruguay* CCPR/C/13/D/56/1979 29 de Julio de 1981.

¹⁴³ STC 21/97 de 10 de febrero, fundamento jurídico 2º: “En efecto, es procedente recordar aquí, de un lado, que «los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales... que al ejercer ad intra sus atribuciones», como se ha dicho en la Declaración de este Tribunal de 1 de julio de 1992, fundamento jurídico 4., y ello es aplicable a las autoridades y funcionarios dependientes de dichos poderes. De otro lado, si el mandato del art. 10.2 C.E. impone que los preceptos constitucionales sean interpretados de conformidad con las normas internacionales sobre protección de los derechos humanos, ha de recordarse también que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en relación con el art. 1 del Convenio de Roma de 1950, que el ámbito de la jurisdicción estatal, a los fines de la protección que ese instrumento garantiza, no se circunscribe al territorio nacional. Por lo que cabe imputar al Estado una lesión de los derechos que el título I del Convenio reconoce en relación con actos realizados por sus autoridades fuera del territorio estatal (asunto *Drozdz y Janousek c. Francia y España*, Sentencia de 26 de junio de 1992, y asunto *Loizidou c. Turquía*, Sentencia de 23 de marzo de 1995), presupuestos que indudablemente concurren en el presente caso, dado que nos encontramos ante una actividad realizada por autoridades españolas en un espacio situado más allá del territorio español, como antes se ha dicho. Por lo que hemos de examinar a continuación si esa actuación de las autoridades españolas ha generado o no las lesiones de los derechos fundamentales que, en relación con el art. 17 C.E., denuncia el demandante de amparo.” En el mismo sentido, por ejemplo, STC 91/2000 de 5 de abril en su fundamento jurídico 6º.

¹⁴⁴ CAMPANELLI, Danio, (2008), “The Law of Military Occupation Put to the Test of Human Rights Law”. *IRRC*, Vol. 90, Nº 871, September 2008, pp. 653-668, p. 663-664, SIMPSON, Gerry (2007), “The Death of Baha Mousa”. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8.

¹⁴⁵ Por ejemplo en su segundo informe periódico al Comité de Derechos Humanos CCPR/C/ISR/2001/2 de 4 de diciembre de 2001 se señala “8. El Comité, en sus observaciones finales sobre el informe inicial de Israel, cuestionó la posición de Israel con respecto a la aplicabilidad del Pacto a la Ribera Occidental y la Faja de Gaza. Israel ha sostenido sistemáticamente que el Pacto no se aplica a las zonas que están fuera de su territorio y su

PIDCP. Debe no obstante destacarse que, por ejemplo, China ni siquiera es parte en el PIDCP, y que Rusia también objeta la aplicación extraterritorial del CEDH, aunque la jurisprudencia del TEDH limita la importancia de tal objeción. La postura norteamericana no está escasamente fundamentada, y no se basa sólo en apriorismos determinados por la política, sino en ciertas evidencias de que la redacción del artículo 2 del PIDCP no fue en modo alguno casual, en el sentido de incluir la conjunción copulativa “y” en vez de la disyuntiva “o”¹⁴⁶. En determinados sectores doctrinales resulta claro que para la aplicación del Pacto deben concurrir las dos condiciones, es decir, que el individuo acreedor a la protección del Pacto se encuentre en el territorio del Estado parte y que además esté sujeto a su jurisdicción. De hecho esta es la postura usualmente mantenida por el gobierno de EEUU¹⁴⁷. La ratificación del Pacto por los EEUU en 1992 se produjo a base de incluir una larga lista de reservas y declaraciones interpretativas dirigidas a evitar conflictos con su legislación interna¹⁴⁸. De todas formas, la postura resulta equívoca puesto que no queda del todo claro si la oposición a dicha aplicación extraterritorial es absoluta o sólo en relación con los conflictos armados¹⁴⁹.

jurisdicción soberanos. Esa posición se basa en la distinción bien establecida en el derecho internacional, entre los derechos humanos y el derecho humanitario. Por consiguiente, a juicio de Israel el mandato del Comité no puede referirse a los hechos que se produzcan en la Ribera Occidental y la Faja de Gaza, puesto que esos hechos se sitúan en el contexto de un conflicto armado y no de una relación de derechos humanos.”

¹⁴⁶ HANSEN, Michelle A. (2007), “Preventing the Emasculation of Warfare ... op.cit.. La autora, comandante del Cuerpo Jurídico Militar del ejército estadounidense, incluye diversos argumentos sostenidos por declaraciones, entre otros la de Eleanor Roosevelt, representante norteamericana en la Comisión de Derechos Humanos, y algunos desarrollos posteriores, tales como el intento francés de eliminar la referencia al territorio, que fue rechazada en 1952. Pp. 39-43.

¹⁴⁷ Por ejemplo es la postura sostenida por DENNIS, Michael J. (2007), “Non-application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially During Times of International Armed Conflict”, *ISR. L. REV.* Vol. 40 No.2, pp. 453-502. y en (2005), “Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, *American Journal of International Law*, Vol. 99, Nº 1, pp. 119-141. Aunque se trata de la postura personal de Dennis sobre el particular, no puede eludirse el hecho de que el autor fuera asesor jurídico del Departamento de Estado de EEUU. También hemos visto que es la postura oficial de las fuerzas armadas estadounidenses. *LAW OF WAR DESKBOOK*, edición de 2011, op.cit.

¹⁴⁸ HANSEN, Michelle A. (2007), “Preventing the Emasculation ... op. cit. p. 2.

¹⁴⁹ De hecho, los mejores análisis en apoyo de la no extraterritorialidad hacen referencia al conflicto armado como contexto. DENNIS Michael J. (2007), “Non-application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially During Times of International Armed Conflict”, *ISR. L. REV.* Vol. 40 No.2, pp. 453-502, y (2005), “Application of Human Rights Treaties

De cara a nuestro objeto de estudio, teniendo en cuenta cuanto antecede, y con los matices que veremos a continuación, no cabe sino concluir que, aunque sigue sin haber un pronunciamiento absoluto, y más allá del análisis caso por caso de las situaciones¹⁵⁰, la prudencia aconseja atenerse a los dos convenios mencionados, tan pronto exista un control del detenido por agentes del Estado. Como hemos visto, de hecho el CEDH ha sido aplicado extraterritorialmente tanto por la jurisprudencia del TEDH, como por las internas¹⁵¹. Y en el caso del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, tal aplicabilidad en determinados supuestos ha sido admitida, incluso exigida, por el Comité de Derechos Humanos y por el Tribunal Internacional de Justicia, de forma inequívoca¹⁵².

Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation”, *American Journal of International Law*, Vol. 99, Nº 1, pp. 119-141.

¹⁵⁰ En el caso de Al-Skeini, que examinaremos más adelante se expresa claramente este punto en su párrafo 132: “To date, the Court in its case-law has recognised a number of exceptional circumstances capable of giving rise to the exercise of jurisdiction by a Contracting State outside its own territorial boundaries. In each case, the question whether exceptional circumstances exist which require and justify a finding by the Court that the State was exercising jurisdiction extra-territorially must be determined with reference to the particular facts.”

¹⁵¹ DE SCHUTTER, O. (2005), “Globalization and Jurisdiction: Lessons From the European Convention on Human Rights”, en <http://www.chrgj.org>, visitada el 23-03-2009 a las 11,35h.

¹⁵² Por ejemplo en la opinión consultiva sobre el muro israelí, párrafo 109, se señala : “The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions. The constant practice of the Human Rights Committee is consistent with this. Thus, the Committee has found the Covenant applicable where the State exercises its jurisdiction on foreign territory. (...) The travaux préparatoires of the Covenant confirm the Committee's interpretation of Article 2 of that instrument. These show that, in adopting the wording chosen, the drafters of the Covenant did not intend to allow States to escape from their obligations when they exercise jurisdiction outside their national territory. They only intended to prevent persons residing abroad from asserting, vis-à-vis their State of origin, rights that do not fall within the competence of that State, but of that of the State of residence (...). Sobre la sentencia en sí y su contenido general BERMEJO GARCIA, Romualdo (2006) “Comentarios en torno a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el mal denominado “muro” de Israel contra el terrorismo palestino: una opinión muy opinable”. Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional. Tirant lo Blanch, Valencia.

3.2. El enfoque de la jurisprudencia del TEDH sobre la extraterritorialidad: Behrami, Al-Skeini y Al-Jedda

3.2.A. La decisión del TEDH en relación con los casos Behrami y Saramati: la atribución de los actos

Cuestión distinta es la de la atribución de actos ejecutados por los Estados o sus agentes a organizaciones internacionales, como fundamento de no aplicación del Convenio Europeo. La decisión en los casos *Behrami* contra Francia y *Saramati* contra Francia, Alemania y Noruega, de 2 de mayo de 2007¹⁵³, excluye la aplicabilidad del CEDH cuando las tropas nacionales actúan como parte de una misión de la ONU, siempre que se den una serie de requisitos. Los antecedentes de hecho de la sentencia son además muy oportunos, puesto que entre otras cuestiones se examina la capacidad de detener por parte de tropas multinacionales. Los hechos se refieren a la actuación de KFOR y de UNMIK en Kosovo en relación con la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹⁵⁴.

Los derechos supuestamente vulnerados eran el derecho a la vida según el artículo 2 del CEDH en el caso Behrami, y el derecho a la libertad según el artículo 5 del mismo Convenio en el caso Saramati. Los hechos, en uno y otro caso eran sustancialmente distintos, al tratarse del fallecimiento y las heridas de dos personas causadas por munición no detonada, y de la detención de otra, todo ello durante la actuación de UNMIK y KFOR. Sin embargo el razonamiento es común a ambos casos: si un hecho llevado a cabo o imputable a las tropas de un Estado, se realiza en ejecución de un mandato de Naciones Unidas –en este caso la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad- los responsables del mismo *vis-à-vis* el CEDH no son los Estados que aportan las tropas, sino la Organización en cuestión, sea directamente, a

¹⁵³ Application no. 71412/01 by Agim Behrami and Bekir Behrami against France and Application no. 78166/01 by Ruzhdi Saramati against France, Germany and Norway.

¹⁵⁴ Párrafos 1-17 de la sentencia, donde se examina desde la actuación unilateral de la OTAN, por decisión del Consejo Atlántico, y la posterior “convalidación” del Consejo de Seguridad mediante la Resolución 1244. También las circunstancias concretas en uno y otro caso.

través de órganos subsidiarios (UNMIK)¹⁵⁵, o ejerciendo la autoridad y control últimos sobre la misión de seguridad (KFOR, en este caso delegada a la OTAN, en consulta con Estados no miembros de ésta organización)¹⁵⁶.

En el caso de KFOR, el razonamiento se completa con la imposibilidad de acudir a otra vía que no sea confiar a los Estados la misión de proveer los medios militares necesarios para llevar a cabo el rol que al Consejo de Seguridad compete en materia de seguridad colectiva, habida cuenta de la inexistencia de acuerdos en el sentido del artículo 43 de la Carta de Naciones Unidas¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Párrafos 142 y 143 de la decisión: “142. In contrast to KFOR, UNMIK was a subsidiary organ of the UN. Whether it was a subsidiary organ of the SG or of the UNSC, whether it had a legal personality separate to the UN, whether the delegation of power by the UNSC to the SG and/or UNMIK also respected the role of the UNSC (...), UNMIK was a subsidiary organ of the UN institutionally directly and fully answerable to the UNSC (...). While UNMIK comprised four pillars (...), each pillar was under the authority of a Deputy SRSG, who reported to the SRSG who in turn reported to the UNSC (Article 20 of UNSC Resolution 1244). 143. Accordingly, the Court notes that UNMIK was a subsidiary organ of the UN created under Chapter VII of the Charter so that the impugned inaction was, in principle, “attributable” to the UN in the same sense.”

¹⁵⁶ Behrami, párrafos 134-136 y 141: “134. That the UNSC retained such ultimate authority and control, in delegating its security powers by UNSC Resolution 1244, is borne out by the following factors. In the first place, and as noted above, Chapter VII allowed the UNSC to delegate to “Member States and relevant international organisations”. Secondly, the relevant power was a delegable power. Thirdly, that delegation was neither presumed nor implicit, but rather prior and explicit in the Resolution itself. Fourthly, the Resolution put sufficiently defined limits on the delegation by fixing the mandate with adequate precision as it set out the objectives to be attained, the roles and responsibilities accorded as well as the means to be employed. (...). Fifthly, the leadership of the military presence was required by the Resolution to report to the UNSC so as to allow the UNSC to exercise its overall authority and control (...).135. Accordingly, UNSC Resolution 1244 gave rise to the following chain of command in the present cases. The UNSC was to retain ultimate authority and control over the security mission and it delegated to NATO (in consultation with non-NATO member states) the power to establish, as well as the operational command of, the international presence, KFOR. NATO fulfilled its command mission via a chain of command (from the NAC, to SHAPE, to SACEUR, to CIC South) to COMKFOR, the commander of KFOR. While the MNBs were commanded by an officer from a lead TCN, the latter was under the direct command of COMKFOR. MNB action was to be taken according to an operational plan devised by NATO and operated by COMKFOR in the name of KFOR. 136. This delegation model demonstrates that, contrary to the applicants’ argument at paragraph 77 above, direct operational command from the UNSC is not a requirement of Chapter VII collective security missions. 141. In such circumstances, the Court observes that KFOR was exercising lawfully delegated Chapter VII powers of the UNSC so that the impugned action was, in principle, “attributable” to the UN within the meaning of the word outlined at paragraphs 29 and 121 above.”

¹⁵⁷ Behrami, párrafo 132: “Those limits strike a balance between the central security role of the UNSC and two realities of its implementation. In the first place, the absence of Article 43

En definitiva el Tribunal excluye la aplicabilidad del Convenio por ser las pretensiones de las partes incompatibles *ratione personae* con lo previsto en el Convenio¹⁵⁸. No niega en general la aplicabilidad extraterritorial del CEDH, lo que dice es que, en este caso, los hechos son imputables a la Organización de Naciones Unidas. La sentencia fue muy criticada por algunos autores que estimaron que el Tribunal había escapado por la vía de menor resistencia¹⁵⁹. Es evidente el interés de algunos Estados, cuando participan en una operación multinacional, de librarse de ciertas cargas, aún potenciales¹⁶⁰. No obstante la sentencia en cuestión dista de estar huérfana de fundamentos y de hecho ha sido invocada repetidamente por las autoridades del Reino Unido en foro doméstico y ante el TEDH como veremos al examinar la sentencia del caso Al-Jedda.

3.2.B. Las sentencias del TEDH en los casos Al-Skeini y Al-Jedda

En fechas más recientes, y tal vez por una acumulación de factores políticos, doctrinales, y jurisprudenciales –a los que no son ajenos los pronunciamientos del TIJ y del Comité de Derechos Humanos- el TEDH ha

agreements which means that the UNSC relies on States (notably its permanent members) and groups of States to provide the necessary military means to fulfil its collective security role. Secondly, the multilateral and complex nature of such security missions renders necessary some delegation of command.

¹⁵⁸ Behrami. Así aparece, por ejemplo en el párrafo 146: The question arises in the present case whether the Court is competent *ratione personae* to review the acts of the respondent States carried out on behalf of the UN and, more generally, as to the relationship between the Convention and the UN acting under Chapter VII of its Charter”, así como en el párrafo 151: “The Court, however, considers that the circumstances of the present cases are essentially different from those with which the Court was concerned in the Bosphorus case. (...). As the Court has found above, UNMIK was a subsidiary organ of the UN created under Chapter VII and KFOR was exercising powers lawfully delegated under Chapter VII of the Charter by the UNSC. As such, their actions were directly attributable to the UN, an organisation of universal jurisdiction fulfilling its imperative collective security objective.”

¹⁵⁹ MILANOVIĆ, Marko and PAPIĆ, Tatjana, (2009), “As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights’ Behrami and Saramati Decision and General International Law”. *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 58, 2009. Tb. en MILANOVIC, Marko (2011), “Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg” op.cit. También, no tan agresivo, SARI, Aurel (2008), “Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases”. *Oxford Human Rights Law Review*, Vol. 8, Issue 1, pp. 151-170.

¹⁶⁰ BELL, Caitlin A. (2010), “Reassessing Multiple Attribution: The International Law Commission and the Behrami and Saramati Decision”. *International Law and Politics*, vol. 42, pp. 501-548.

corregido implícitamente algunas de las expresadas interpretaciones en las sentencias sobre los asuntos Al-Skeini y Al-Jedda. Estas sentencias requieren por muchos motivos, y en particular porque una de ellas (Al-Jedda) se refiere a la detención operativa, una especial atención. En las fases previas al procedimiento ante el TEDH, la postura británica fue globalmente contraria a admitir la aplicación extraterritorial del Convenio, por motivos diversos en uno y otro caso.

a) Al-Skeini and Others v. the United Kingdom (primera parte). De nuevo el “espacio jurídico”

En el asunto *Al-Skeini v. The Secretary of State for Defence*, la Cámara de los Lores británica, en su sentencia de 13 de junio de 2007, admitió parcialmente la aplicación extraterritorial del CEDH, es decir que la admitió en relación con uno de los demandantes, pero no en el caso de los otros cinco¹⁶¹. El fundamento de ésta decisión fue, básicamente, que uno de los fallecidos (Baha Mousa) se encontraba en el momento de su fallecimiento -septiembre de 2003- en un centro de detención británico en Basora, donde había sido conducido por soldados de dicha nacionalidad tras detenerlo, por lo que el alto tribunal estimó que se encontraba, según el artículo 1 del CEDH, “dependiente de su jurisdicción”. El resto de los fallecidos, incluido el que da nombre al caso, lo fueron presuntamente por disparos de las tropas británicas en patrulla por Basora, en aquel momento ocupada por el Reino Unido, o bien en intercambio de disparos entre dichas tropas y personas desconocidas (caso de Hannan Mahaibas Sadde Shmailawi, esposa del tercero de los demandantes), entre mayo y noviembre del mismo año 2003¹⁶².

El aspecto fundamental de ésta sentencia, aparte de la profunda reflexión que la misma hace sobre la extraterritorialidad del CEDH, está en que

¹⁶¹ SARI, Aurel (2009), “The Al-Jedda Case Before the House of Lords”. *Journal of International Peacekeeping*, Vol.13, pp. 181-196. Tb. 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, p. 313 n.

¹⁶² Al-Skeini párrafos 33 a 71, incluyen la descripción de los hechos en relación con los cinco fallecidos.

la pretensión de los demandantes se basaba en el aspecto procedimental del artículo 2 del Convenio, es decir, en la obligación de investigar los incidentes con resultado muerte, tal y como ha establecido, en repetida jurisprudencia, el TEDH¹⁶³, cuestión que se examina en otro capítulo.

El argumento principal de la postura británica, en línea con los razonamientos del caso *Bankovic*, consistía en negar la aplicación del CEDH en éste caso sobre la base de que Irak estaba fuera de su “espacio jurídico” en el sentido de no existía un control efectivo sobre un área, que permitiera la conexión con el Convenio. Si bien el Reino Unido operaba en la zona de Basora, ni el número de sus tropas, en relación con la población local, ni las condiciones de seguridad permitían dicho control efectivo. El mero hecho de ser potencia ocupante, conforme a los convenios de la Haya, no determinaría automáticamente la obligación de aplicar la CEDH a los habitantes del sur de Irak¹⁶⁴.

El Tribunal se vió, pues, obligado a volver sobre sus propias argumentaciones, sobre todo en lo referente al concepto de “espacio jurídico”, y ello sin declarar expresamente que tal concepto sea un tanto extraño e indefinido, sino sobre la base de que las circunstancias del caso eran sustancialmente distintas con respecto al caso *Bankovic*. En resumen, el Reino Unido era potencia ocupante¹⁶⁵, durante un período de tiempo -que abarca desde mayo de 2003 hasta la transferencia de autoridad al gobierno interino de Irak en junio de 2004- ejerció como tal funciones básicas de gobierno, creando, junto a EEUU, la Autoridad Provisional de la Coalición y ocupándose entre

¹⁶³ SIMPSON, Gerry (2007), “The Death of Baha Mousa”. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8. Bien entendido que esta –la de los derechos humanos- es solo una de las líneas seguidas en el espinoso asunto de la muerte de Baha Mousa a manos de soldados pertenecientes al Regimiento del Duque de Lancaster. Este autor recoge en su artículo algunos desarrollos del caso, tales como el procedimiento disciplinario seguido contra los soldados y sus jefes, o el procedimiento criminal común.

¹⁶⁴ Al-Skeini párrafos 109 a 119, argumentación del Reino Unido.

¹⁶⁵ No vamos a entrar en la legalidad o ilegalidad presunta de la invasión de Irak, porque resulta irrelevante para el trabajo, aunque debe recordarse la polémica. SIMPSON, Gerry (2005), “The War in Iraq and International Law”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6, CHESTERMAN, Simon (2005), “Just War or Just Peace After September 11: Axes of Evil and Wars Against Terror in Iraq and Beyond”, *International Law and Politics*, vol. 37, pp. 281-301. CASTILLO DAUDÍ, Mireya (2003), “La ocupación militar de Irak ante el derecho internacional”, *REDI*, Vol. 55, Nº 1, pp. 223-245.

otras cosas de mantener la seguridad y el orden, incluyendo funciones policiales. Desde el 1 de mayo de 2003 en adelante tuvo el mando de División Multinacional Sudeste, que incluía la provincia de Basora¹⁶⁶.

Todo esto lleva al Tribunal a estimar que existe un vínculo jurisdiccional entre las muertes producidas y el Reino Unido, suficiente para entrar a valorar el posible quebrantamiento del artículo 2 del CEDH en su aspecto procedimental, tema que examinaremos en un epígrafe posterior.

Lo que tiene de relevante la sentencia examinada, para esta parte del trabajo, es que quizá sistematiza mejor que ninguna anterior los supuestos de aplicación extraterritorial del Convenio; no se aporta gran cosa de nuevo, pero de forma muy ordenada se repasa toda la jurisprudencia relevante del TEDH en la materia¹⁶⁷. Y sobre todo incluye, como una forma más de aplicación extraterritorial la idea del “espacio jurídico” de la Convención:

141. The Convention is a constitutional instrument of European public order (...). It does not govern the actions of States not Parties to it, nor does it purport to be a means of requiring the Contracting States to impose Convention standards on other States (...).

142. The Court has emphasised that, where the territory of one Convention State is occupied by the armed forces of another, the occupying State should in principle be held accountable under the Convention for breaches of human rights within the occupied territory, because to hold otherwise would be to deprive the population of that territory of the rights and freedoms hitherto enjoyed and would result in a “vacuum” of protection within the “Convention legal space” (...). However, the importance of establishing the occupying State’s jurisdiction in such cases does not imply, a contrario, that jurisdiction under Article 1 of the Convention can never exist outside the territory covered by the Council of Europe Member States. The Court has not in its case-law applied any such restriction (...).

¹⁶⁶ Al-Skeini, párrafos 143 a 148.

¹⁶⁷ Al-Skeini, párrafos 130 a 142.

Todas las circunstancias expresadas, que incluyen la expectativa sentida en el Reino Unido¹⁶⁸, consciente de las consecuencias que esta sentencia puede tener en el futuro por acciones consumadas hace años, y la trascendencia para las operaciones militares multinacionales en curso, muy probablemente convertirán a Al-Skeini contra el Reino Unido en la referencia en Europa sobre la aplicación extraterritorial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁶⁹. Aunque, en opinión de algunos, la sentencia deja algunas cuestiones en el aire, al no hacer referencia a ellas¹⁷⁰.

b) Al-Jedda v. United Kingdom (primera parte)

Esta sentencia, al igual que la anterior, es de fecha 7 de Julio de 2011. En este caso, el tema tratado fundamentalmente –aparte del de la detención operativa que será examinado en otro momento- fue el de la atribución de responsabilidad o de conducta¹⁷¹. Si en el caso de Al-Skeini la decisión de referencia era Bankovic, ahora se trata de Behrami y Saramati.

Cabe albergar la sospecha de que las coyunturas políticas determinaron en su momento algunos de los razonamientos y conclusiones principales de Bankovic y Behrami. Se trata de de una actuación de la OTAN en los Balcanes, como mínimo polémica por sus circunstancias, y unas sentencias agresivas contra los principales Estados europeos habrían tenido consecuencias

¹⁶⁸ Descrita, al menos en lo que se refiere a la persona que da título al artículo, por SIMPSON, Gerry (2007), “The Death of Baha Mousa”, op. cit.

¹⁶⁹ MILANOVIC, Marko (2011), “Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg”, op. cit. p. 1

¹⁷⁰ MILANOVIC, Marko (2011), “Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg”, op. cit. Este autor señala algunas cuestiones tales como el no pronunciamiento sobre el aspecto sustantivo del art. 2 del CEDH, la relevancia del consentimiento del estado territorial en el caso de muertes cometidas por otros estados, los supuestos de complicidad –un agente participando mediante preguntas en un interrogatorio llevado a cabo por otros ... Parece una crítica excesiva, acaso debida a que el artículo se ha publicado en la red muy poco después de conocerse la sentencia. Desde el principio fue el aspecto procedimental el que se planteó y una sentencia no es un tratado de derecho internacional.

¹⁷¹ LARSEN, Kjetil Mujezinović (2009), “Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ Test”. *EJIL*, Vol. 19 Nº 3, pp. 509–531. MESSINEO, Francesco (2009), “The House of Lords in Al-Jedda and Public International Law: Attribution of Conduct to Un-Authorized Forces and the Power of the Security Council to Displace Human Rights”. *Netherlands International Law Review*, Vol. 56, Issue 01.

imprevisibles. No cabe descartar que el Tribunal se viera limitado en su independencia por motivos políticos, pero esto no es objeto de análisis aquí¹⁷².

Lo cierto es que en el caso Al-Jedda, como en Al-Skeini, el teatro de operaciones es muy distinto: los Estados principalmente involucrados son dos; sólo uno de ellos es parte del CEDH. En Irak se volvió a conceptos que parecían olvidados en relación con Estados occidentales, como el de potencia ocupante¹⁷³. Y aquí no había una estructura como KFOR liderada por la OTAN, sino una *coalition of the willing* liderada por EEUU y el Reino Unido. Todo esto estableció una atmósfera muy diferente a la reinante en 2001 y 2007, fecha de las decisiones sobre Bankovic y Behrami.

En éste caso se trata de la detención, basada en motivos de seguridad, de un ciudadano británico (Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda) en octubre de 2004, situación en la que se le mantuvo, sin que se formularan acusaciones de ningún tipo contra él, hasta diciembre de 2007. Durante todo ese tiempo no hubo intervención judicial de ningún tipo y su liberación final se debió, como todas las demás relativas a su privación de libertad, a la decisión de un órgano administrativo.

En este caso la defensa de la postura británica no se basa en la ausencia de control efectivo sobre el territorio¹⁷⁴. Debe tenerse en cuenta que los hechos tuvieron lugar de octubre de 2004 a diciembre de 2007, y consisten en una situación que la propia justicia británica había aceptado como fundamento de la aplicación del Convenio en Irak en el caso de uno de los demandantes en Al-Skeini. En aquel caso los distintos órganos jurisdiccionales

¹⁷² Algunas de estas razones aparecen en las conclusiones de MILANOVIĆ, Marko y PAPIĆ, Tatjana, (2009), "As Bad As It Gets ... op.cit.

¹⁷³ Entre los libros y artículos citaremos ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2009), *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*. Leiden, Brill, CASTILLO DAUDÍ, Mireya (2003), "La ocupación militar de Irak ante el derecho internacional", *REDI*, Vol. 55, Nº 1, pp. 223-245, SIMPSON, Gerry (2005), "The War in Iraq and International Law", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6. ROBERTS Adam (2006), "Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights", *The American Journal of International Law*, Vol. 100, pp. 580-622. RATNER, Steven R. (2005), "Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence", *EJIL* (2005), Vol. 16 No. 4, 695-719, SASSÒLI, Marco (2005), "Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers", *EJIL*, Vol. 16 No. 4, 661-694, etc.

¹⁷⁴ Y ello a pesar de que la situación de ocupación y el estatus de potencia ocupante del Reino Unido habían cesado en junio de 2004.

internos aceptaron que el fallecido (Baha Mousa), se encontraba sujeto a la jurisdicción británica al encontrarse en un centro de detención bajo la autoridad de dicho Estado.

Así pues la defensa se articula sobre el principio de la atribución; si en *Behrami*, sobre la base de la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad, el Tribunal entendió que existía una autoridad y control últimas por parte de Naciones Unidas que determinaban la responsabilidad de dicha organización, en éste caso se podía hacer un razonamiento paralelo sobre la base de las resoluciones 1511 y 1546 del mismo órgano, intentando demostrar que en última instancia Naciones Unidas había delegado simplemente el mando operativo, reteniendo en última instancia la autoridad y control. De ésta forma los hechos serían atribuibles a Naciones Unidas y no al Reino Unido¹⁷⁵.

Sin embargo el Tribunal entendió que en éste caso las circunstancias eran distintas que en *Kosovo*¹⁷⁶. En primer lugar, en el momento de la invasión de Irak no había ninguna resolución del Consejo de Seguridad que estableciera cual sería la distribución de poderes en el caso de que el régimen que

¹⁷⁵ Al-Jedda párrafo 66. “The Government continued by pointing out that in *Behrami* and *Saramati* (...), the Court had identified that the “key question” to determine whether the delegation in question was sufficiently limited to meet the requirements of the Charter, and for the acts of the delegate to be attributable to the United Nations, was whether “the [Security Council] retained ultimate authority and control so that operational command only was delegated” (...). The Court had further identified (...) five factors which established that the United Nations had retained “ultimate authority and control” over KFOR. In the Government’s submission, the five factors applied equally in respect of the United Nations Security Council’s authorisation of the Multi-National Force to use force in Iraq. First, Chapter VII allowed the United Nations Security Council to delegate its powers under Chapter VII to an international security presence (...). Secondly, the relevant power, conferred by Chapter VII, was a delegable power. Thirdly, the delegation to the Multi-National Force was not presumed or implicit, but prior and explicit in United Nations Security Council Resolutions 1511, 1546 and subsequent resolutions. (...). Fourthly, Resolution 1546 fixed the mandate with adequate precision, setting out the tasks to be undertaken by the Multi-National Force. (...). Fifthly, the Multi-National Force, through the United States, was required to report to the Security Council on a quarterly basis. Further, the mandate for the Multi-National Force was subject to review and control by the Security Council by reason of the requirement that the mandate be reviewed by the Security Council after no less than 12 months and that it expire after certain a specified events. The Security Council therefore retained greater control over the Multi-National Force than it did over KFOR under Resolution 1244.”

¹⁷⁶ Pero ya bastante antes de la sentencia el argumento británico había sido criticado, por ejemplo en TOMUSCHAT, Christian (2008), “Case note: R (on the application of Al-Jedda) v Secretary of State for Defence. Human Rights in a multi-level system of governance and the internment of suspected terrorists”. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9.

governaba dicho Estado fuera desplazado. El Tribunal se hace eco de que el Reino Unido y los EEUU, a través de sus representantes permanentes ante el Consejo de Seguridad, remitieran al Presidente de éste organismo una carta conjunta, fechada a 8 de mayo de 2003, en la que explicaban la creación de la Autoridad Provisional de la coalición para ejercer los poderes de gobierno temporalmente¹⁷⁷. Uno de dichos poderes expresamente mencionados en la carta era el de proveer seguridad en Irak¹⁷⁸. Además el primer reglamento de la Autoridad de 16 de mayo del mismo año insistía en tal asunción de responsabilidades¹⁷⁹.

La primera resolución del Consejo de Seguridad posterior a la invasión fue la 1483, de 22 de mayo de 2003, reconociendo a EEUU y Reino Unido como potencias ocupantes, en el sentido de la Convención de La Haya. En la resolución 1511, de 16 de octubre de 2003, el Consejo de Seguridad – actuando al amparo del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas- subraya la naturaleza temporal del ejercicio de poder por parte de la Autoridad Provisional. Y la última resolución relevante a efectos del análisis por parte del Tribunal fue la 1546 de 8 de junio, inmediatamente antes de la transferencia de autoridad al gobierno interino, y casi cuatro meses antes de la detención de Al-Jedda. Anexas a la resolución figuraban dos cartas, una del primer ministro del gobierno interino y otra del Secretario de Estado de EEUU, confirmando la disponibilidad de la Fuerza Multinacional para continuar contribuyendo al mantenimiento de la seguridad en Irak.

De ninguna de estas resoluciones se deduce que Naciones Unidas asumiera grado alguno de control sobre la fuerza multinacional o cualquiera otra de las funciones ejecutivas de la Autoridad Provisional¹⁸⁰. A mayor abundamiento, de los antecedentes tomados en consideración por el Tribunal, en particular los informes emitidos por el Secretario General de Naciones Unidas o UNAMI, no se deduce que se aprobara la práctica del internamiento

¹⁷⁷ Al-Jedda, párrafos 27 y 77.

¹⁷⁸ Ibid, La carta aparece parcialmente transcrita en la sentencia y la parte mencionada dice “The United States, the United Kingdom and Coalition partners, working through the Coalition Provisional Authority, shall inter alia, provide for security in and for the provisional administration of Iraq, including by: deterring hostilities; maintaining civil law and order,…”

¹⁷⁹ Ibid. parr. 77.

¹⁸⁰ Ibid. parr. 78-80.

indefinido de personas sin juicio, sino todo lo contrario¹⁸¹. En definitiva el Tribunal estimó que el Consejo de Seguridad no tenía ni control efectivo ni autoridad última sobre los actos u omisiones de las Fuerzas Multinacionales en Irak. Consecuentemente el Tribunal concluyó que el internamiento del demandante era plenamente atribuible al Reino Unido, y que durante todo el periodo de internamiento estuvo sujeto a la jurisdicción de dicho Estado en el sentido del artículo 1 del Convenio europeo¹⁸².

En cuanto a las conclusiones relevantes que podemos extraer de la sentencia, está el perfeccionamiento de la doctrina del mando y control efectivo como fundamento de la atribución de la responsabilidad de los actos. Como señala el Tribunal europeo, apoyándose en la jurisprudencia del TIJ, la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad debe hacerse teniendo en cuenta no solo la redacción sino también el contexto en el que fueron adoptadas¹⁸³. En definitiva, aunque seguimos en el caso por caso, son notorias las consecuencias que la sentencia tendrá de cara a las operaciones militares¹⁸⁴.

4. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO A LA DETENCIÓN OPERATIVA

4.1. DIH y DIDH. ¿Conflicto o complementariedad?

Al hablar hasta ahora de la postura norteamericana e israelí, en relación con la aplicación extraterritorial de los convenios en materia de Derechos

¹⁸¹ Ibid. parr. 81.

¹⁸² Ibid. parr. 86

¹⁸³ Ibid. parr. 76, en referencia a la opinión consultiva en el caso de Namibia.

¹⁸⁴ PEJIC, Jelena (2011), "The European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law". IRRC Vol. 93 N° 883, pp. 837-851, p. 851: "Whatever course is chosen, it is clear that, for the moment, Al-Jedda casts a chilling shadow on the current and future lawfulness of detention operations carried out by ECHR states abroad. In addition, their ability to engage with other, non- ECHR, countries in multinational military forces with a detention mandate currently remains, at best, uncertain". También MILANOVIC, Marko (2011), "Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg ... op. cit. De nuevo, este autor estima que a la sentencia no dice algunas cosas, tal como qué pasaría si la resolución del Consejo de Seguridad si hubiera desplazado expresamente al CEDH. Vista en perspectiva la ejecutoria del Consejo de Seguridad, parece poco probable que cambie su estilo deliberadamente ambiguo.

Humanos, hemos tenido cuidado en no emitir juicios de valor. La razón es que la postura mantenida por los objetores persistentes no está escasamente fundamentada¹⁸⁵, y que, en general, no niegan la protección de los derechos humanos en situación de conflicto armado. Lo que hacen es sostener que, en tal contexto, los derechos humanos están protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, y no por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. También parece que, al referirse a la no extraterritorialidad de aplicación de los convenios de derechos humanos, la limitan a los supuestos en que existe un conflicto armado, aunque esto no está del todo claro¹⁸⁶. Sin embargo, esta interpretación choca con la inequívoca postura del TIJ¹⁸⁷, entre otras instancias ya examinadas.

Pero, de hecho, es bien cierto que los “derechos humanos fundamentales” son mencionados, por ejemplo, en los artículos 72 y 75 del Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra. También es cierto que el quebrantamiento de las obligaciones establecidas en el DIH puede dar lugar,

¹⁸⁵ Que no es una cuestión sencilla de resolver es evidente al comparar argumentos. LUBELL Noam (2007), “Parallel Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law: An Examination of the Debate”. *Isr. L. Rev.* vol. 40 N° 2, pp. 648-660.

¹⁸⁶ Los argumentos en torno a la redacción del artículo 2, y al DIH como *lex specialis* son un poco contradictorios. Si se acepta cualquiera de ellos, el otro es innecesario. Y sin embargo aparecen una y otra vez en DENNIS, Michael J. (2007), “Non-application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially ... op.cit.”, y en HANSEN, Michelle A. (2007), “Preventing the Emasculation of Warfare: ... op.cit. pp. 1-65, por ejemplo.

¹⁸⁷ No por haberse citado mucho en los últimos años puede eludirse la referencia al párrafo 106 de la opinión consultiva del TIJ sobre el muro israelí: “More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, Save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law. In order to answer the question put to it, the Court will have to take into consideration both these branches of international law, namely human rights law and, as *lex specialis*, international humanitarian law.” Ahora bien, ¿que ejemplos se pueden dar de cada uno de estos casos, ya que el TIJ no lo hace?. DROEGE, Cordula (2007), “The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict”, *ISR. L. REV.* Vol. 40 N° 2, 2007, pp. 310-355, propone, p. 336: “Indeed, rights that are exclusively matters of humanitarian law, for instance, are those of prisoners of war. Rights which are typically a matter of human rights law are such rights as freedom of expression or the right to assembly. Rights that are matters of both bodies of law are such rights as freedom from torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment, the right to life, a number of economic and social rights, and rights of persons deprived of liberty.”

directamente, a la persecución penal de personas, no ya sólo en el plano interno sino en el internacional, y no simplemente a la “condena” del Estado por incumplimiento. Y desde luego, es evidente que el Derecho Internacional Humanitario está solidamente implantado a escala global¹⁸⁸.

Es importante destacar el artículo 75 del Protocolo Primero por, al menos, tres razones: Primero, recoge unas obligaciones consideradas como derecho consuetudinario incluso por los Estados que no son parte en dicho Protocolo¹⁸⁹. Segundo, se refiere, en buena medida, a la privación de libertad

¹⁸⁸ A 24 de octubre de 2011, 194 estados son parte de los cuatro convenios de Ginebra, 171 del Protocolo I, y 166 del Protocolo II.

¹⁸⁹ GLAZIER, D. (2006), “Full and Fair by What Measure? ...op.cit. p. 116. La propia sentencia del Tribunal Supremo de EEUU en el caso *Hamdan v. Rumsfeld* (548 U. S._ (2006)) así lo reconoce (VI. Iv, p. 70 del “syllabus”): “regular constitution is the evaluation of the procedures governing the tribunal and whether they afford “all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.” (...). Like the phrase “regularly constituted court,” this phrase is not defined in the text of the Geneva Conventions. But it must be understood to incorporate at least the barest of those trial protections that have been recognized by customary international law. Many of these are described in Article 75 of Protocol I to the Geneva Conventions of 1949, adopted in 1977 (Protocol I). Although the United States declined to ratify Protocol I, its objections were not to Article 75 thereof. Indeed, it appears that the Government “regard[s] the provisions of Article 75 as an articulation of safeguards to which all persons in the hands of an enemy are entitled.” También en *Letter of John B. Bellinger, III, Department of State Legal Advisor, to William J. Haynes, Department of Defense General Counsel* (16 January 2008) (arguing that the U.S. Government should recognize Article 75 of Additional Protocol I as an embodiment of customary international law). Por su parte también se puede mencionar el memorandum firmado por varios oficiales de los cuerpos jurídicos de las fuerzas armadas estadounidenses, recogido en las páginas 234 y 235 del Law of War Documentary Supplement, de 2011, editado por el International and Operational Law Department, The United States Army Judge Advocate General’s Legal Center and School, Charlottesville VA..” 9 May 1986. MEMORANDUM FOR MR. JOHN H. McNEILL, ASSISTANT GENERAL COUNSEL (INTERNATIONAL), OSD . SUBJECT: 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions: Customary International Law Implications. This is in reply to your memorandum of 26 March 1986, same subject, to the undersigned. In that memo you asked our views on which articles of the Protocol are currently recognized as customary international law, and which should be supported for eventual incorporation into that law. Our views were to be based on the list of provisions provided by OJCS. We view the following provisions as already part. of customary international law: (...) j. Fundamental guarantees: Article 75.” También, en sus páginas 232 y 233, recoge las opiniones de Michael Matheson, en 1987 Deputy Legal Advisor del Departamento de Estado de EEUU, presentadas ante el “Sixth Annual American Red Cross-Washington College of Law Conference on International, Humanitarian Law: A Workshop on Customary International Law and the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions” recogidos también en 2 *AM. U. J. INT’L L. & POLICY* 419, aunque el propio documento se encarga de admitir que la opiniones de Matheson podrían no estar ya autorizadas: “Art. 75 – All persons who are in the power of a party to a conflict and who do not benefit from more favorable treatment under the Conventions shall be treated humanely in all circumstances and enjoy, at a minimum, the protections specified in the Conventions without

de personas en el contexto de un conflicto armado. Y tercero, 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 pormenorizadas y concretas que las recogidas en las convenciones sobre derechos humanos¹⁹⁰. Indudablemente se puede sostener, simplemente comparando la redacción de dicho artículo 75¹⁹¹ con la de los artículos correspondientes del PICP o del

any adverse distinction based upon race, sex language, religion or belief, political or other opinion, national or social origin, or an similar criteria. These persons shall not be subjected to violence to life, health, or physical or mental well-being , outrages upon personal dignity, the taking of hostages, or collective punishments, and no sentence may be passed and no penalty executed except pursuant to conviction pronounced by an impartial and regularly constituted court respecting the generally recognized principles of regular judicial procedure”.

¹⁹⁰ GROSS, A.M., (2007) “Human Proportions: Are Human Rights the Emperor’s New Clothes of the International Law of Occupation?”, *EJIL*, vol. 18, N° 1, pp.1-35, p. 35.

¹⁹¹ 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

CEDH, que el primero es mucho más detallado en cuanto a descripción de obligaciones por parte de los Estados. No obstante, y esto es importante, aunque el DIH exige respetar todas las garantías en caso de enjuiciamiento, no recoge un derecho al enjuiciamiento en sí, a diferencia del DIDH¹⁹².

La articulación práctica de tal complementariedad, en principio, sólo es relevante en supuestos de conflicto armado¹⁹³. En tiempo de paz no se suele dar la situación recíproca¹⁹⁴. La aplicación del DIH no se discute si existe un consenso en cuanto a la existencia de un conflicto armado internacional. A

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 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 comprendidas en el párrafo 1 una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del derecho internacional.”

¹⁹² Art.14 PIDCP, art. 6 del CEDH, etc. Sin embargo, y por poner un ejemplo, el artículo 5 de la IV Convención de Ginebra establece que las personas aludidas en los párrafos primero y segundo del artículo “no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y regular tal. Y como prevé el presente Convenio”, pero esto sólo opera “en caso de enjuiciamiento”.

¹⁹³ SCHABAS, William A. (2007), “Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of jus ad bellum” *ISR. L. REV.* Vol. 40 N° 2, pp. 592-613, p. 593. Naturalmente, esto se refiere a la doctrina y a los Estados que aceptan tal coexistencia. Por otro lado esta “complementariedad” está expresamente declarada por el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General N° 31 de 2004, citado: “The Covenant applies also in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable. While, in respect of certain Covenant rights, more specific rules of international humanitarian law may be especially relevant for the purposes of the interpretation of the Covenant rights, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive.”

¹⁹⁴ Con todo, queda un cierto espacio para la consideración del DIH como marco jurídico imperante puntualmente en tiempo de paz –una especie de negativo fotográfico de las situaciones de conflicto armado- como en el caso de la ocupación del cuartel de “la Tablada” en Argentina (informe N° 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1997, caso 11.137, Juan Carlos Abella contra Argentina): La Comisión, en el párrafo 178, sostiene que los atacantes del cuartel se pusieron en situación de ser objetivos legítimos en el mismo sentido que los combatientes, aún en un hecho puntual como el examinado.

veces es más difícil su implantación en el caso de un conflicto interno, con arreglo al artículo 3 común o al Protocolo II a los convenios de Ginebra¹⁹⁵.

Pero en cualquier caso, a lo largo del presente trabajo veremos que la existencia de una operación militar internacional, amparada por una resolución del Consejo de Seguridad o sobre la base de un consentimiento de las partes, no necesariamente implica que nos encontremos ante un conflicto armado, situación que sólo cabe apreciar cuando la violencia supera ciertos niveles, no claramente definidos. O bien cuando existe base para aplicar el régimen de ocupación. En estos casos, acudir a ciertas previsiones del Derecho Internacional Humanitario, tales como el internamiento de seguridad, sobre todo si se hace con carácter indefinido y sin presentar cargos, como hemos visto en el caso Al-Jedda, puede parecer una vía cómoda de enfrentar la situación.

En cualquier caso, todo parece indicar que el hipotético conflicto entre los dos regímenes es más aparente que real¹⁹⁶. Primero, acaso en el plano divulgativo propio de determinados medios de comunicación se haya planteado el tema en términos políticos antes que jurídicos, atribuyendo un carácter más rudimentario al DIH, como un tosco instrumento de “guerra”, frente al DIDH, como “derecho de la paz”, incluyendo en esto una no escasa carga de prejuicios, alimentados por el hecho de que los principales defensores de la no exportabilidad del DIDH en caso de conflicto armado fueran Estados como EEUU e Israel¹⁹⁷. Segundo, en el “debe” de éstos últimos Estados hay que

¹⁹⁵ ORAKHELASHVILI, Alexander (2008), “The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law ... op.cit. pp 176 y 177.

¹⁹⁶ Lo difícil es, acaso, que la retórica de la complementariedad se transforme en una verdadera comprensión del tema por los actores implicados, en particular en caso de operaciones militares. TOBIN, John (2007), “Seeking Clarity in Relation to the Principle of Complementarity: Reflections on the Recent Contributions of some International Bodies”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8, PISCIOTTA, Linda (2007), “La complementariedad tra diritti umani e diritto humanitario nei conflitti armati, tra teoria e prassi”, *Conflitti armati e situazioni di emergenza: La risposta del Diritto Internazionale*, (Irina Papanocolopulo y Tullio Codazzi, Coord), Milán, pp. 67-92.

¹⁹⁷ En EEUU se emplea el término “lawfare” para referirse al uso de los mecanismos que ofrece la ley –p.ej, en relación con presuntas torturas para empañar la imagen de los EEUU en las actividades que engloba la “guerra contra el terror”. Sin embargo, lo cierto es que ha sido más bien el intento de eludir la aplicación del DIH a determinados detenidos lo que ha sido objeto de debate interno en dicho Estado. SCHARF, Michael P. & PAGANO, Shannon (2010), “Lawfare!”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 43, 2010, pp. 1-10, WATERS, Melissa A. (2010),

anotar el dar por sentado que la relación entre los dos regímenes era de carácter dialéctico, sin solapamiento ni mezcla¹⁹⁸. Esta última actitud tiene la desventaja de matar cualquier ulterior debate sin posible discusión, e independientemente de su fundamentación jurídica –como decimos aceptable y no endeble- va en contra de una línea inequívoca de organismos responsables en mayor o menor medida de la interpretación del Derecho internacional.

Otra cuestión que puede levantar ciertas sospechas es que los motivos de quienes sostienen esta última postura no parecen claros. El DIH es un compromiso de mínimos entre los Estados con el fin último de hacer la guerra. El fin del DIDH no es otro que el de la protección de las personas frente a los Estados. Y si, realmente, los derechos humanos estuvieran mejor protegidos por el DIH, en un conflicto armado, ¿por qué la resistencia a admitir una coexistencia espacial y temporal de ambos regímenes en tales situaciones? Podría llegarse a pensar que el motivo es que se considera al DIH como una barrera más fácil de franquear en relación, por ejemplo, con los asesinatos selectivos o con las privaciones indefinidas de libertad¹⁹⁹.

Como una especie de estribillo o *mantra*, se repite una y otra vez que el DIH es *lex specialis* en relación con el conflicto armado. Pero analizada la expresión se le encuentran demasiadas características de frase hecha. En primer lugar, también es un principio general de Derecho que *lex posterior derogat legi priori*, y es un hecho que los convenios en materia de derechos

“Lawfare” in the War on Terrorism: A Reclamation Project”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 43, pp. 327-334., KITTRIE, Orde F. (2010), “Lawfare and U.S. National Security”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 43, pp. 393-421.

¹⁹⁸ TOMUSCHAT, Christian (2010), “Human Rights and International Humanitarian Law ...op.cit., p. 16.

¹⁹⁹ A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum. Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, punto 47: “On the other hand, both the US and Israel have invoked the existence of an armed conflict against alleged terrorists (“non-state armed groups”). The appeal is obvious: the IHL applicable in armed conflict arguably has more permissive rules for killing than does human rights law or a State’s domestic law, and generally provides immunity to State armed forces. Because the law of armed conflict has fewer due process safeguards, States also see a benefit to avoiding compliance with the more onerous requirements for capture, arrest, detention or extradition of an alleged terrorist in another State. IHL is not, in fact, more permissive than human rights law because of the strict IHL requirement that lethal force be necessary. But labeling a situation as an armed conflict might also serve to expand executive power both as a matter of domestic law and in terms of public support”. También ORAKHELASHVILI, Alexander (2008), “The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law: ... op.cit. p. 166.

humanos son posteriores a los principales convenios sobre Derecho de los Conflictos Armados actualmente vigentes²⁰⁰. Los protocolos a los convenios de Ginebra, posteriores en el tiempo, y de génesis y redacción contemporáneas con los convenios de derechos humanos, ya recogen éstos como cuerpo legal aplicable en tiempo de conflicto armado. Y por último, incluso aceptando la primacía de la *lex specialis*, habría que determinar si, durante un conflicto armado, en toda ocasión y circunstancia el DIH es *lex specialis*, o bien si hay que desmenuzar las situaciones entre los diversos bienes jurídicos afectados y aplicar a cada uno su *lex specialis*.²⁰¹

Se puede sostener, por lo tanto, que el enfoque de la complementariedad de los regímenes es no sólo posible, sino ineludible incluso en los supuestos de conflicto armado internacional. Pero ello opera básicamente para aquellos Estados que realmente están obligados por un marco jurídico protector de los derechos humanos de carácter regional como el CEDH. Incluso así, el problema es determinar que entendemos por complementariedad. Hay quien sostiene razonadamente que DIH y DIDH son esencialmente distintos, sobre todo, atendiendo al sujeto obligado por cada uno de ellos²⁰². El DIH debe ser respetado por todos los actores, tanto estatales como no estatales, mientras que el DIDH va dirigido, en términos de obligaciones, básicamente a los Estados. Por ello difícilmente se podría interpretar la actuación de actores no estatales a la luz del DIDH²⁰³.

²⁰⁰ OLSON, Laura M. (2009), "Practical Challenges of Implementing the Complementarity Between International Humanitarian and Human Rights Law—Demonstrated by the Procedural Regulation of Internment in Non-international Armed Conflict". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 437-461, p. 448.

²⁰¹ DROEGE, Cordula (2007), "The Interplay Between International ... op.cit., p. 339.

²⁰² OLSON, Laura M. (2009), Practical Challenges ...op. cit., p. 450. También en DROEGE, Cordula (2007), "The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law ... op. cit. , p. 336.

²⁰³ Por ejemplo, en el resumen ejecutivo del Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, se dice expresamente que "Algunas de las afirmaciones y conclusiones del Informe han sido alcanzadas a la luz del derecho internacional humanitario, vale decir, el derecho de los conflictos armados. Las normas del derecho humanitario que rigen las hostilidades internas, se aplican igualmente y expresamente obligan a todas las partes en el conflicto, vale decir, las fuerzas de seguridad del Estado, los grupos armados disidentes y sus respectivos agentes y mandatarios. El derecho humanitario ha provisto a la Comisión, en el curso de la preparación de un Informe como este, de un conjunto de estándares normativos aceptados que le permiten examinar la conducta no sólo de las fuerzas de seguridad del Estado sino también de sus

Sin embargo, en la sentencia del caso Al-Jedda, el TEDH razona, en un terreno muy próximo al DIH, que las resoluciones del Consejo de Seguridad, en su ambigüedad habitual, deben ser ejecutadas –por los Estados partes– eligiendo la interpretación de las mismas que esté más en armonía con la Convención europea²⁰⁴. De esta manera, por exponerlo de una forma gráfica y acudiendo a un ejemplo pertinente en relación con el objeto de estudio, las posibilidades que ofrece el DIH en relación con la privación de libertad podrían ser complementadas, en cuanto a las condiciones de dicha privación, por el DIDH, si éstas aportan una mayor protección. La sentencia mencionada da un paso adelante al entrar a interpretar la interacción del régimen de ocupación (o pseudo-ocupación, ya que ésta técnicamente había cesado) con el DIDH²⁰⁵.

opositores armados. La Comisión desea clarificar que ha analizado los actos de los grupos armados disidentes sólo a la luz del derecho humanitario, mientras que ha utilizado tanto las normas de derechos humanos como del derecho humanitario para analizar la conducta de los agentes del Estado, sus mandatarios y aquellos que operan con su tolerancia o aquiescencia.”

²⁰⁴ Al- Jedda, párrafo 102. “In its approach to the interpretation of Resolution 1546, the Court has reference to the considerations set out in paragraph 76 above. In addition, the Court must have regard to the purposes for which the United Nations was created. As well as the purpose of maintaining international peace and security, set out in the first subparagraph of Article 1 of the United Nations Charter, the third subparagraph provides that the United Nations was established to “achieve international cooperation in ... promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms”. Article 24(2) of the Charter requires the Security Council, in discharging its duties with respect to its primary responsibility for the maintenance of international peace and security, to “act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations”. Against this background, the Court considers that, in interpreting its resolutions, there must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on Member States to breach fundamental principles of human rights. In the event of any ambiguity in the terms of a Security Council Resolution, the Court must therefore choose the interpretation which is most in harmony with the requirements of the Convention and which avoids any conflict of obligations. In the light of the United Nations’ important role in promoting and encouraging respect for human rights, it is to be expected that clear and explicit language would be used were the Security Council to intend States to take particular measures which would conflict with their obligations under international human rights law.”

²⁰⁵ Postura que ya tiene sus críticos, cómo PEJIC, Jelena (2011), “The European Court of Human Rights’ Al-Jedda judgment...op.cit. Por su parte la propia sentencia Al-Jedda, párrafo 107 señala: “However, even assuming that the effect of Resolution 1546 was to maintain, after the transfer of authority from the Coalition Provisional Authority to the Interim Government of Iraq, the position under international humanitarian law which had previously applied, the Court does not find it established that international humanitarian law places an obligation on an Occupying Power to use indefinite internment without trial. Article 43 of the Hague Regulations requires an Occupying Power to take “all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country” (...). While the International Court of Justice in its judgment *Armed Activities on the Territory of the Congo* interpreted this obligation to include the duty to protect

Hay que recordar, además, la propia previsión del apartado 8 del artículo 75 en el sentido de que no debe ser interpretado como una limitación a otros regímenes que ofrezcan una mayor protección en virtud de otras normas aplicables del Derecho internacional²⁰⁶.

4.2. La “mayor protección” del DIH o del DIDH

De entrada, no hay que olvidar el alcance real de las obligaciones –no ya de los derechos, concepto hasta cierto punto ajeno al DIH²⁰⁷- en uno y otro régimen. Muchas variables entran en juego. Así, en el caso europeo que estamos examinando con particular celo, el carácter regional del CEDH no es la menor de ellas. Tampoco el hecho de que la jurisprudencia del TEDH, obligatoria para los Estados partes, haya ido completando y pormenorizando la letra del Convenio, de tal manera que los límites de los distintos derechos enunciados y obligaciones definidas para los Estados, tienen un sólido apoyo jurisprudencial, del que también se hacen eco los órganos judiciales internos. Y desde luego está el factor de los actores.

En general, tanto las actuaciones de los Estados partes en el CEDH, como sus legislaciones internas han ido acomodándose tanto a la letra como a la jurisprudencia del TEDH, y por lo tanto los quebrantamientos del Convenio pueden llegar a tener una trascendencia penal conforme al Derecho interno de dichos Estados, sin necesidad de apelar a conceptos tales como los crímenes

the inhabitants of the occupied territory from violence, including violence by third parties, it did not rule that this placed an obligation on the Occupying Power to use internment; indeed, it also found that Uganda, as an Occupying Power, was under a duty to secure respect for the applicable rules of international human rights law, including the provisions of the International Covenant for the Protection of Civil and Political Rights, to which it was a signatory (...). In the Court's view it would appear from the provisions of the Fourth Geneva Convention that under international humanitarian law internment is to be viewed not as an obligation on the Occupying Power but as a measure of last resort ...”.

²⁰⁶ PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles and Safeguards for Internment/ Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence”. *IRRC*, Vol. 87, Nº 858, pp. 375-391, p. 378.

²⁰⁷ En el sentido de que el DIH básicamente lo que establece son obligaciones para los Estados, y no un catálogo de derechos para las personas, aunque esto parezca artificioso. Así cómo el artículo 14 del III Convenio de Ginebra se encabeza con la frase “los prisioneros de guerra tienen derecho ...”, la mayor parte de los artículos restantes utiliza expresiones impersonales como “los prisioneros de guerra deberán igualmente ser protegidos ...” (art. 13).

de guerra o de lesa humanidad. Todo ello ha creado, en el marco europeo, un sólido, bastante coherente y muy perfeccionado sistema de protección de los derechos humanos²⁰⁸.

Sin embargo, fuera del ámbito europeo la situación cambia. Aparte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el único instrumento de protección desarrollado es la Convención Americana, y su alcance es más limitado. Pero Estados como China²⁰⁹, India, Pakistán, EEUU o Israel sólo están sujetos al régimen general, sea por medio del PIDCP o de la Declaración Universal como Derecho consuetudinario. Tampoco es un factor desdeñable la inexistencia de un mecanismo coercitivo para la imposición de la cuasi-jurisprudencia²¹⁰ de organismos como el Comité de Derechos Humanos, y otras instancias ajenas al marco convencional, tales como el Consejo –antes Comisión– de Derechos Humanos²¹¹.

Por ello se puede aseverar que, en muchos casos, la protección teóricamente ofrecida por el DIH es mucho mayor que la proporcionada por el DIDH, entendido éste último como el conjunto, y no como los regímenes particulares recogidos en los diversos convenios regionales, en particular el europeo. Por ejemplo, está la cuestión de la persecución penal internacional de los crímenes de guerra, entre los que se contarían la mayor parte de los quebrantamientos de derechos humanos asociados al conflicto²¹². El sistema mundialmente aceptado es el de la jurisdicción universal, complementada desde hace algunos años por la posible acción de la Corte Penal

²⁰⁸ DE SCHUTTER, O. (2005), "Globalization and Jurisdiction: Lessons ...op.cit.

²⁰⁹ China no ha ratificado el Pacto, y de hecho es un Estado que vive al margen del sistema internacional de los Derechos Humanos, lo que sería irrelevante si no fuera porque estamos hablando de casi la cuarta parte de la humanidad, y además, de un miembro permanente del Consejo de Seguridad.

²¹⁰ Se emplea este término en el sentido que le da parte de la doctrina a las resoluciones del Comité de Derechos Humanos, p. ej DROEGE, Cordula (2007), "The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights ...op.cit.. p. 326.

²¹¹ Como órgano subsidiario de la Asamblea General de Naciones Unidas. Sobre el Consejo OCHOA RUIZ Natalia y SALAMANCA AGUADO, Esther (2006), "El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Un análisis preliminar", *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 12, VILLÁN DURÁN, Carlos (2006), "Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas", *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 12.

²¹² SASSÒLI, Marco (2002), "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law". *IRRC*, Vol. 84, Nº 846, pp. 401-434, p. 402.

Internacional²¹³. No existe nada paralelo en el supuesto de quebrantamiento de la mayor parte de los derechos humanos, cuya persecución o remedio queda básicamente en manos de los Estados²¹⁴, salvo que se trate de quebrantamientos masivos que alcancen el carácter de genocidio o de crimen de lesa humanidad²¹⁵.

Además, si entra en juego el DIH, la cuestión de la extraterritorialidad se plantea en términos muy distintos; el marco jurídico al que nos referimos está pensado precisamente para su aplicación extraterritorial en muy buena medida, como demuestra el régimen de la ocupación, sobre todo, aunque no exclusivamente. La referencia al territorio no es un tema fundamental para el Derecho Humanitario. Y por último, con la excepción de las previsiones del artículo 5 de la IV Convención de Ginebra, el DIH no es derogable²¹⁶.

Pero, de la misma manera que el sistema de protección de los derechos humanos parece funcionar razonablemente bien en Europa occidental, y no tanto, o nada en absoluto en otros ámbitos, la crítica fundamental al DIH es el de la escasa obediencia al mismo y la más que dudosa respuesta penal a sus quebrantamientos, que, incluso con la creación de tribunales penales *ad hoc*, se queda en los supuestos de las mas brutales manifestaciones de violencia que se han vivido recientemente y no, por así decirlo, en cuanto a las

²¹³ CRUCIANI, Andrea (2009), "Applicable Law in Peace Support Operations", *El derecho penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009 pp. 183-201. Este autor sostiene sin ambages la superioridad de la respuesta del DIH, p. 190. También BARRIFFI, Francisco J. (2009), "Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra: evolución histórica y su codificación en el derecho de Ginebra", *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 17, ESTEVE MOLTÓ, José Elías (2011), "La persecución de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario en el contexto de los conflictos armados internos: el caso de Birmania ante la jurisdicción universal en España", *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 22, SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel (2007), "La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso "Couso", *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 14..

²¹⁴ Cuestión distinta es la de la posible responsabilidad de los Estados por actos de sus agentes en quebrantamiento de los derechos humanos, por el principio de atribución. SASSOLI, Marco (2002), "State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law", *IRRC*, Vol. 84, N° 846, pp. 401-434.

²¹⁵ Con todo, no se trata de una cuestión abandonada; se sigue buscando una posibilidad de ampliar el campo de las personas obligadas. CARRILLO SANTARELLI, Nicolas (2008), "Non-state Actors' Human Rights Obligations and Responsibility Under International Law". *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 15.

²¹⁶ DROEGE, Cordula (2007), "The Interplay Between ... op.cit, p. 336.

cuestiones menores. De nuevo es en los Estados occidentales donde el régimen tiene una mayor posibilidad de considerarse una verdadera protección, y es precisamente en ellos en los que se produce el debate.

Parece, pues, claro que la mayor protección no la ofrece globalmente un sistema de normas o el otro, sino, en un contexto definido, el conjunto de circunstancias arriba mencionadas que incluyen la naturaleza del conflicto, los actores implicados, en particular como parte activa o potencialmente obligada, la existencia de regímenes de protección sólidos, aún de naturaleza regional, etc. En un plano global, el debate queda en tablas²¹⁷.

Sin embargo, todo parece indicar que, en el marco europeo, con las limitaciones nada desdeñables que establece la jurisprudencia del TEDH, y en relación básica, pero no exclusivamente, con los conflictos internos, el marco establecido por el CEDH es, en caso de que los mecanismos internos de Estados como Rusia, Georgia, etc. no den adecuada respuesta, la única vía de reparación de los derechos humanos quebrantados²¹⁸.

4.3. Situaciones de posible vacío en la protección de los derechos humanos

El talón de Aquiles del razonamiento es que la aplicación del DIH requiere como circunstancia determinante de su aplicación *ratione temporis*, la existencia de un conflicto armado internacional o interno, lo que no se va a dar en todas las operaciones con un componente militar, que en el fondo es el marco en el que se desenvolverá la actividad de detención parapolicial que estamos estudiando.

Se puede incluso separar dentro del DIH la parte dirigida a la conducción de operaciones de la que se refiere al régimen de ocupación, que puede

²¹⁷ OLSON, Laura M. (2009), "Practical Challenges of Implementing ...op.cit., p. 456. DROEGE, Cordula (2007), "The Interplay Between ...op.cit., p. 355.

²¹⁸ "Moreover, with rules that treat armed conflicts as law enforcement operations against terrorists, the ECtHR has begun to develop an approach that may prove both more protective of victims and more politically viable than that of humanitarian law". ABRESCH, William (2005), "A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya", *EJIL*, Vol. 16 No. 4, 741–767, p. 767. También TOMUSCHAT, Christian, (2010), "Human Rights and International Humanitarian Law", *EJIL*, Vol. 21, Nº 1, pp. 15–23, p. 23.

prolongarse hasta bastante después de que las hostilidades, por así decirlo, mayores, hayan cesado²¹⁹. Estos supuestos requieren la aplicación del marco jurídico propio de los derechos humanos, en conjunción con las previsiones del régimen de ocupación²²⁰.

En los casos en los que no opera el DIH parece que, más allá del mandato, a través de la aplicación del artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, no existe otro régimen al que acudir que el DIDH. Incluso puede aseverarse lo mismo en el caso de que nos encontremos ante un conflicto armado interno, con participación de actores internacionales. El Protocolo II a los convenios de Ginebra, con sus 28 artículos dista de ser un instrumento detallado. Se conforma con ser un mínimo de mínimos, a sabiendas de las dificultades que presenta su aceptación general, por motivos repetidamente estudiados. Consecuentemente con la naturaleza del conflicto, el Protocolo no incluye ninguna referencia, por poner un ejemplo, a los prisioneros de guerra o a los internados civiles en el sentido del IV Convenio de Ginebra²²¹, que sin embargo puede entrar total o parcialmente en vigor entre las partes por medio

²¹⁹ CAMPANELLI, Danio, (2008), *The Law of Military Occupation ...op.cit.* p. 660.

²²⁰ El TIJ en su Sentencia sobre “Actividades armadas en el Congo” de 19-12-2005, deja bien claro que “178. The Court thus concludes that Uganda was the occupying Power in Ituri at the relevant time. As such it was under an obligation, according to Article 43 of the Hague Regulations of 1907, to take all the measures in its power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety in the occupied area, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the DRC. This obligation comprised the duty to secure respect for the applicable rules of international human rights law and international humanitarian law, to protect the inhabitants of the occupied territory against acts of violence, and not to tolerate such violence by any third party. 179. The Court, having concluded that Uganda was an occupying Power in Ituri at the relevant time, finds that Uganda’s responsibility is engaged both for any acts of its military that violated its international obligations and for any lack of vigilance in preventing violations of human rights and international humanitarian law by other actors present in the occupied territory, including rebel groups acting on their own account. 180. The Court notes that Uganda at all times has responsibility for all actions and omissions of its own military forces in the territory of the DRC in breach of its obligations under the rules of international human rights law and international humanitarian law which are relevant and applicable in the specific situation.”

²²¹ Sin embargo, como hemos visto, hay quien aboga por la aplicación de los principios de estos tratados a los conflictos internos, DEEKS, Ashley S. (2009), “Administrative Detention ...op.cit.

de los acuerdos especiales a los que hace referencia el artículo 3 común a los convenios²²².

Además hay que insistir en la existencia de otras situaciones de violencia no calificables como conflicto armado, que pueden implicar operaciones autorizadas por el Consejo de Seguridad, incluyendo uso de la fuerza. Un argumento utilizado por el Reino Unido en el caso Al-Jedda fue el de la detención como consecuencia del mandato de Naciones Unidas en la resolución 1546. Sin embargo el TEDH desmonta tal argumento sobre la base de la habitual falta de concreción en el mandato, que suele apelar a las “medidas necesarias”. Sin llegar a cuestionar el sistema de seguridad colectiva, el Tribunal dice sin ambages que, salvo que el propio Consejo de Seguridad establezca un régimen distinto de forma expresa y detallada, el régimen aplicable sigue siendo el del artículo 5 del CEDH²²³. Para que el mandato, conforme al artículo 103 de la Carta, desplace otros regímenes jurídicos, parece obvio que debe decirlo expresamente, puesto que, de lo contrario, nos encontraríamos con una patente de corso que, en última instancia, encubriría un vacío de regulación²²⁴. Además, también parece que frente al régimen derogado, el Consejo de Seguridad debe proporcionar un marco jurídico adecuado²²⁵.

Dicho de otro modo, si el DIH no entra en juego porque no existe conflicto armado, si no hay un mandato pormenorizado, y si tampoco operara el DIDH porque, o se ha producido una derogación temporal del mismo conforme

²²² PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles and Safeguards for Internment ... op.cit., p. 378.

²²³ TEDH, Al-Jedda, párrafo 109. “In conclusion, therefore, the Court considers that United Nations Security Council Resolution 1546, in paragraph 10, authorised the United Kingdom to take measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq. However, neither Resolution 1546 nor any other United Nations Security Council Resolution explicitly or implicitly required the United Kingdom to place an individual whom its authorities considered to constitute a risk to the security of Iraq into indefinite detention without charge. In these circumstances, in the absence of a binding obligation to use internment, there was no conflict between the United Kingdom’s obligations under the Charter of the United Nations and its obligations under Article 5 § 1 of the Convention.”

²²⁴ Aunque cómo sabemos, no toda la doctrina está de acuerdo. PEJIC, Jelena (2011), “The European Court of Human Rights’ Al-Jedda judgment ...op.cit.

²²⁵ ZWANENBURG, Marten (2004), “Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the Law of Occupation”, *IRRC*, Vol. 86, Nº 856, December 2004, pp. 745-769. p. 763 y 767.

a los artículos 4 del PIDCP o 15 del CEDH²²⁶, o no se dan las condiciones objetivas para su aplicación extraterritorial²²⁷ –básicamente el control efectivo del territorio o, como en el caso Behrami y Saramati, por el principio de atribución- podríamos encontrarnos con que, aparentemente, el único régimen de protección es el que ofrecería la legislación doméstica del Estado donde se desarrolla la operación, o el régimen de responsabilidad de las organizaciones internacionales, actualmente en desarrollo por la CDI²²⁸.

5. LOS “FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY”: EL MODELO O PARADIGMA POLICIAL-JUDICIAL

5.1. Lo policial y el concepto de policía en el Derecho internacional

5.1.A. El concepto de policía en el Derecho internacional

Dado que a lo largo del trabajo, nos vamos a ver obligados a hacer referencia a dos posibles modelos para hacer frente a situaciones de violencia y a la detención de personas, el de los conflictos armados, y el que aparece denominado como “*law enforcement model*” o “*paradigm*” en algunos trabajos sobre el particular²²⁹, es ineludible examinar este segundo concepto. Es difícil traducir tales expresiones a la lengua española, por lo que veremos a

²²⁶ CRUCIANI, Andrea (2009), “Applicable Law in Peace ... op.cit. Este autor sostiene sin ambages la superioridad de la respuesta del DIH, p. 189. No obstante la primera posibilidad está limitada a los supuestos previstos en ambos artículos citados –cfr. General Comment N° 29, ya mencionado- y desde luego se limita a aquellos derechos derogables, entre los que se encuentra el relativo a la libertad ambulatoria.

²²⁷ MANACORDA, Stefano (2009), “Entre la guerre et la paix: le droit pénal en quête de sa place”. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 71-82, p. 79-80.

²²⁸ Una vision general de este último asunto en HAMMARSKJÖLD, Elinor (2008), “Responsibility and compensation for damages caused during peace operations. Introduction”. *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 278-279, y artículos siguientes.

²²⁹ Normalmente contrapuesto al “modelo del conflicto armado” o “armed conflict paradigm”, en relación con el uso de la fuerza principalmente. KRETZMER, David (2005), “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?”. *EJIL*, Vol. 16, N° 2, pp. 171–212.

continuación, pero nos referiremos a ello utilizando la expresión “modelo policial-judicial”. De entrada hay que fijar algunos conceptos que acaso no están tan claros como parece. El Derecho internacional ha tenido poco que ver con las organizaciones policiales, por lo que no es posible encontrar una definición de policía en él²³⁰, pero -acaso- sí una caracterización de tal institución o función. Tampoco existe un código penal o una ley de enjuiciamiento criminal comunes aplicables a todos los Estados. Pero sí que existen una serie de instrumentos que forman parte del Derecho internacional, muchos como “*soft law*”, 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 van a ser también 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. 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 las Naciones Unidas de 17 de Diciembre de 1979, sobre el Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley²³¹, que establece un mínimo deontológico de las fuerzas o personas que ejercen funciones policiales. El texto utiliza una serie de perífrasis en un afán evidente de no limitar su aplicación a un determinado grupo de funcionarios, es decir, a los miembros de cuerpos policiales. Aún con esto, el encabezamiento de la Resolución deja claros algunos aspectos²³²: a) que todo órgano de

²³⁰ MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, New York, p. 85.

²³¹ Texto completo en http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es.pdf.

²³² 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 de las funciones de aplicación de la Ley, a saber”, estableciendo a continuación tales principios y requisitos, que examinamos a continuación.

aplicación de la ley forma parte del sistema penal²³³; 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 humanitario²³⁴; c) que el objetivo de tal clase de funcionarios consiste en prevenir el delito y luchar contra la delincuencia²³⁵; y, d) que los tan mencionados funcionarios están sometidos a la ley, y pueden ser revisados en su actuación por tribunales u otros órganos independientes²³⁶.

De lo expuesto se deduce que en el Derecho internacional, lo policial no está vinculado al concepto de instituto o cuerpo diferenciado de la administración, sino que se trata de 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-²³⁷. 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 concretos²³⁸. No obstante, nos parece

²³³ 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.

²³⁴ 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"

²³⁵ 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..."

²³⁶ 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."

²³⁷ VAN OTRIVE, 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.

²³⁸ 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

importante señalar que la situación vigente en el ámbito universal -no así en el europeo- no es ni una ni otra, sino la indefinición²³⁹.

Las funciones policiales pueden ser desempeñadas, en determinados momentos, casi por cualquiera²⁴⁰. El concepto de *funcionario encargado de hacer cumplir la ley* 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 afirmar que las funciones policiales están atribuidas a cuerpos concretos con esa específica finalidad (institución).

Podemos encontrar alguna otra caracterización de los cuerpos policiales en otros textos internacionales 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”²⁴¹.

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.

²³⁹ 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.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ 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, aunque queda completada en parte por el punto 1 del apartado A, dedicado a la ética policial: “Corresponde a todos los funcionarios de Policía cumplir los deberes que le impone la ley, protegiendo a sus conciudadanos y a la colectividad contra las violencias, los actos depredatorios y los otros perjudiciales definidos por la Ley”.

El tercer texto digno de mención ahora, es también producto del Consejo de Europa y en realidad un desarrollo del anterior²⁴². La Recomendación Rec(2001)10, adoptada por el Comité de Ministros de dicha institución, el 19 de septiembre de 2001, desarrolla al máximo los principios inspiradores de los cuerpos o servicios policiales en su ámbito de influencia, que no tiene por qué limitarse a Europa. En primer lugar, no se limita, como la declaración sobre la Policía a los cuerpos policiales en el sentido administrativo del término, sino, como el Código de Conducta a *“traditional public police forces or police services, or to other publicly authorised and/or controlled bodies with the primary objectives of maintaining law and order in civil society, and who are empowered by the state to use force and/or special powers for these purposes.”*²⁴³ Se establecen esquemáticamente sus objetivos²⁴⁴ y cual debe ser su marco jurídico general²⁴⁵.

²⁴² En su preámbulo dice expresamente “Considering the principles expressed in the United Nations Code of Conduct for Law Enforcement Officials and the resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on the Declaration of the Police...”

²⁴³ En los comentarios publicados por el propio Consejo de Europa (THE EUROPEAN CODE OF POLICE ETHICS Council of Europe, March 2002) se expresan las razones de esta caracterización: “The definition of the scope of the code at the outset of the recommendation serves the purpose of establishing its applicability. In order to make the code relevant to as many police systems as possible and considering the variety of different police systems existing in Europe, in particular their different stages of development and organisational structures, the definition is made wide. The definition used in this paragraph makes the code applicable to “traditional” police in all member states (...) For the reasons referred to above, the definition of the scope of the code contains only the hard-core characteristics that are entrusted to all existing public police bodies in Europe, that is the power to use force in order to maintain law and order in civil society, normally including upholding public order, prevention and detection of crime. Having this definition as the lowest common denominator for the applicability of the code, there is no need to establish a detailed description of the various types of police to be affected. Thus, this code applies to all police organisations responsible for police activities in civil society. The code applies regardless of how such police are being organised ; whether centralised or locally oriented, whether structured in a civilian or military manner, whether labelled as “services” or “forces”, or whether they are accountable to the state, to regional or local authorities or to a wider public. Although the intention is to have as wide a range as possible for the code, certain specific types of police are excluded from its scope. The reference to “traditional” police should be regarded as being the opposite to “special types” of police, which are set up for specific purposes other than keeping law and order in civil society. Examples of police that do not come within the scope of the code are military police when exercising their military functions and secret security services. Another category not covered by the code is “penitentiary police”, which in the countries where they exist, are limited to performing their duties in penal institutions. It should be added that private security companies are not covered by this recommendation.” p. 28y 29

Por lo tanto, una de las dificultades a las que nos enfrentamos al hablar de “cuerpos policiales” desde una perspectiva de Derecho internacional es la de la difícil delimitación de tal concepto, determinada por las profundas diferencias entre distintos modelos y culturas policiales²⁴⁶. Es importante extenderse un poco en estas cuestiones, porque, como veremos, la falta de concreción del concepto y la profunda diferencia entre modelos policiales, entre otras cosas, 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 este a su vez del griego *politeia* (πολιτεία), 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 gobierno²⁴⁷. 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 mismo²⁴⁸. La pregunta clave podría ser qué constituye, y qué no, policía, y la respuesta es menos fácil de lo que parece a simple vista. Una

²⁴⁴ “I. Objectives of the police. 1. The main purposes of the police in a democratic society governed by the rule of law are: to maintain public tranquillity and law and order in society; to protect and respect the individual’s fundamental rights and freedoms as enshrined, in particular, in the European Convention on Human Rights; to prevent and combat crime; to detect crime; to provide assistance and service functions to the public.”

²⁴⁵ “II. Legal basis of the police under the rule of law. 2. The police are a public body which shall be established by law. 3. Police operations must always be conducted in accordance with the national law and international standards accepted by the country. 4. Legislation guiding the police shall be accessible to the public and sufficiently clear and precise, and, if need be, supported by clear regulations equally accessible to the public. 5. Police personnel shall be subject to the same legislation as ordinary citizens, and exceptions may only be justified for reasons of the proper performance of police work in a democratic society.”

²⁴⁶ Cómo señala, por ejemplo en su preámbulo la Recomendación Rec (2001)10: “Recognising the diversity of police structures and means of organisation in the police in Europe ...”

²⁴⁷ El D.R.A.E. recoge, entre otras, las siguientes acepciones “1. f. Cuerpo encargado de velar por el mantenimiento del orden público y la seguridad de los ciudadanos, a las órdenes de las autoridades políticas. 2. f. Buen orden que se observa y guarda en las ciudades y repúblicas, cumpliéndose las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno. 3. f. Limpieza, aseo. 4. f. desus. Cortesía, buena crianza y urbanidad en el trato y costumbres. 5. com. Cada uno de los miembros del cuerpo encargado de velar por el mantenimiento del orden público.”

²⁴⁸ 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.

perspectiva meramente legalista no es suficiente²⁴⁹. 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 policía²⁵⁰. En los principales idiomas se ha adoptado una palabra con raíz grecolatina que identifica claramente a la policía de seguridad, que es la más visible (*police, polizei, politie, polizia, polis*, etc.).

Sin embargo, como ya se ha apuntado, las expresiones en lengua inglesa *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 la fundamental diferencia de concepto entre ambas culturas²⁵¹. 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.

Por otro lado, la perspectiva sociológica de la policia como institución nos aporta un elemento metajurídico que estimamos importante: la burocratización de los aparatos policiales, leída no en un sentido negativo, sino en un sentido desmitificador. La policía como institución tiende a independizarse del resto de poderes del Estado, según la teoría de Max Weber, a actuar de forma autónoma, y a ver de forma desapasionada y burocrática

²⁴⁹ Como lo demuestra el caso español, donde existe el Servicio de Vigilancia Aduanera (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 policial. 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.

²⁵⁰ LOUBET, (1998), *La policía*, op.cit. p. 14.

²⁵¹ 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.

ciertos hechos que, en otras instituciones llevan al imaginario heroico²⁵². Es una diferencia inaprehensible entre el enfoque policial y el militar hacia ciertos hechos como el terrorismo.

5.1.B. Las funciones policiales

Desde una perspectiva de ciencia política²⁵³ se 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 Bobbio²⁵⁴, 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.

Desde un punto de vista jurídico²⁵⁵ se considera función de la policía la prestación de un servicio público llevado a cabo por unos organismos que, profesionalmente y de modo exclusivo²⁵⁶, 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

²⁵² DEFLEM, MATHIEU (2006), "Global Rule of Law or Global Rule of Law Enforcement? International Police Cooperation and Counterterrorism". *THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY*, AAPSS, 603, pp. 240-251. Tb. V.V.A.A. (2012) *En una sociedad posheróica: la transformación del paradigma militar*. Monografías del CESEDEN, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica.

²⁵³ 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.

²⁵⁴ 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.

²⁵⁵ QUERALT, J.J., (1986), *El policía y la Ley*, Plaza y Janés, Barcelona, p. 35.

²⁵⁶ Esto se ve matizado por el Código de Conducta, que adopta una perspectiva funcional, mucho más adecuada en el contexto internacional al que se refiere el trabajo.

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 afirmar que las funciones policiales son básicamente dos, si bien la lista se puede complicar mucho más²⁵⁷:

1- La policía de seguridad²⁵⁸. Su finalidad es preventiva, y normalmente se lleva a cabo por personal uniformado, sin perjuicio de implicar a personal de paisano en funciones de información²⁵⁹, 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. Esto es un fin en sí mismo, si bien existen múltiples matizaciones,

²⁵⁷ 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 esencialmente 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. 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.

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ Sin embargo aquí nos encontramos con una de las cuestiones más relacionadas con el presente trabajo, ya que cómo veremos, uno de los principales argumentos para acudir al paradigma del conflicto armado en relación con el terrorismo, es la presunta incapacidad del paradigma policial-judicial para la prevención. Hay un elemento de tensión entre lo que parece ineludible en tal contexto, y los temores inconscientes a un estado policial en el que exista un control al estilo de la película "Minority Report" (20th Century Fox / Dreamworks Pictures, 2002), dirigida por Steven Spielberg y protagonizada por Tom Cruise. En ésta película -la acción transcurre en el año 2054- la policía utiliza tecnología psíquica para arrestar y enjuiciar a los asesinos antes de que cometan un crimen. El futuro se puede predecir y los culpables son detenidos por la unidad de *Precrime* antes de que puedan delinquir. Se relaciona también con la doctrina del "Derecho penal del enemigo", que analizaremos brevemente más adelante. Nos encontramos con un curioso dilema. ¿Es o no la información una 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", 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.

sobre todo en lo relativo a la diferencia entre seguridad y orden público²⁶⁰. 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, 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 libertades²⁶¹. Parece importante destacar esto último por cuanto, el aspecto policial de las operaciones de paz parece dar más importancia al orden público que a la seguridad según hemos caracterizado ambos conceptos²⁶². No obstante, las nociones de *law and order* y de seguridad pueden aparecer un tanto trastocadas en este contexto²⁶³. 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 complejo²⁶⁴.

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

²⁶⁰ Se trata de dos conceptos diferenciados, 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”.

²⁶¹ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, (1995), “La policía ...” op. cit.

²⁶² 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

²⁶³ 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/>

²⁶⁴ LOUBET, (1998), *La policía*, op.cit. p. 15.

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 dependencia²⁶⁵. Normalmente se realiza bajo la dirección de autoridades judiciales -caso de España- o del ministerio fiscal²⁶⁶. Sin embargo, en el caso de los países anglosajones esta dirección es muy diluida, en el sentido de que los *public prosecutors* –la idea del juez de instrucción o *investigating judge*, les resulta exótica e incomprensible- sólo pueden hacer sugerencias al cuerpo investigador, que es la policía directamente, y que no es por tanto policía judicial. 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 otra²⁶⁷.

Hay que realizar otra precisión, ya que 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 correspondiente²⁶⁸. En este segundo momento, la policía judicial se limita formalmente 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

²⁶⁵ 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.

²⁶⁶ Conforme al Código Europeo de Ética Policial, "III. The police and the criminal justice system. 6. There shall be a clear distinction between the role of the police and the prosecution, the judiciary and the correctional system; the police shall not have any controlling functions over these bodies. 7. The police must strictly respect the independence and the impartiality of judges; in particular, the police shall neither raise objections to legitimate judgments or judicial decisions, nor hinder their execution."

²⁶⁷ *Ibid.* "9. There shall be functional and appropriate co-operation between the police and the public prosecution. In countries where the police are placed under the authority of the public prosecution or the investigating judge, the police shall receive clear instructions as to the priorities governing crime investigation policy and the progress of criminal investigation in individual cases. The police should keep the superior crime investigation authorities informed of the implementation of their instructions, in particular, the development of criminal cases should be reported regularly."

²⁶⁸ QUERALT, J.J. *op.cit.*, pp. 74-75.

ejecutivos es muy importante, como veremos al analizar los casos de Kosovo y Timor.

5.1.C. Los distintos enfoques de lo policial

Como se deduce 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 ellos. 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 Unidas²⁶⁹.

En el ámbito europeo continental, el proceso de formación de los poderes públicos 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, sobre todo, los EEUU, se crearon de abajo hacia arriba, sin una cesión significativa de poder por parte de los estamentos y los poderes locales. No es extraño, pues, que el poder municipal sea tan fuerte en EEUU, frente a un gobierno federal débil hasta fechas recientes²⁷⁰. Como consecuencia, la cultura policial norteamericana -como 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

²⁶⁹ 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”.

²⁷⁰ LOUBET, *La policía*, op.cit. pp. 14 y 15.

gobierno del Estado. 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 descentralizados²⁷¹. Hay que destacar, para entender bien el problema, que los modelos policiales son bastante numerosos, y que entre ellos existen, a veces, profundísimas diferencias²⁷². Esto va a determinar una cierta dificultad de coordinación y de trabajo en común. Conviene, por ello, hacer siquiera una somera referencia a estos modelos²⁷³.

²⁷¹ BLAZQUEZ GONZÁLEZ, F. (1998), *La policía judicial*, Tecnos, Madrid, p 194.

²⁷² 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 en los últimos veinte años, sigue siendo válida de cara a entender lo complejo del tema: 1- Cuerpos netamente militares, que incluirían a la Guardia Nacional de Venezuela, los Carabineros de Chile, la Marechaussee de Holanda, la Gendarmería Francesa (desde 2009 depende del Ministerio del Interior), la Guardia Nacional Republicana de Portugal, el Arma de Carabineros de Italia o la Guardia de Finanzas de Italia. 2- Cuerpos con organización militar no incluidos en las fuerzas armadas, tales como la Guardia Civil de España, la Policía Nacional de Colombia, la Gendarmería de Argentina o la Policía Nacional de Perú. 3- Cuerpos civiles uniformados con jerarquía de tipo militar, como las policías alemanas de los länder, las policías municipales y de Estado de los Estados Unidos, la Real Policía Montada del Canadá las policías nacionales de Francia, Italia y España, la Policía Metropolitana de Inglaterra o la Gendarmería austriaca. 4- Cuerpos de organización muy centralizada, entre los que cabe contar a 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, la Policía de Fronteras y Policía Criminal federal de Alemania, el FBI, Servicio de Guardacostas y otras agencias federales de los Estados Unidos. 5- Cuerpos de organización muy descentralizada, incluyendo a las policías de los condados de Estados Unidos y el Reino Unido, las policías metropolitanas de las grandes ciudades y de los estados en Estados Unidos y la policía uniformada de los länder en Alemania.

²⁷³ 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 más 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.

El modelo policial latino está representado por Francia, Italia, España y Portugal, principalmente²⁷⁴. El modelo puede denominarse también francés, puesto que es el sistema más antiguo, y a cuya semejanza se han construido los demás²⁷⁵. Se caracteriza por la coexistencia -aparte de los cuerpos con funciones policiales dependientes de otros planos de poder, como el municipal o el regional- de un mínimo de dos cuerpos con funciones policiales de ámbito estatal, uno de naturaleza civil y el otro de naturaleza militar²⁷⁶. 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 armadas²⁷⁷, asume, aparte de los policiales, cometidos estrictamente militares, entre los que destaca la defensa operativa del territorio. 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 fuerza²⁷⁸, conservando su naturaleza militar pero sin formar parte -según establece la misma Constitución Española- de las Fuerzas

²⁷⁴ 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>. Otra iniciativa, esta ya consolidada, es la EUROGENDFOR, o fuerza de Gendarmería Europea, a la que nos referiremos más adelante.

²⁷⁵ 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.

²⁷⁶ 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).

²⁷⁷ 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.

²⁷⁸ 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.

Armadas. Existen además cuerpos cuya dependencia operativa e incluso orgánica es del ministerio de hacienda o de finanzas²⁷⁹.

El modelo policial británico o anglosajón se puede definir como de poder difuso o no centralizado, asociado al concepto de policía comunal²⁸⁰. 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 británica, 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 Peel²⁸¹, estableció los principios de lo que incluso hoy se conoce como “modelo inglés de policía”²⁸². 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 apoyo²⁸³. Este modelo de organización tiene una serie de rasgos

²⁷⁹ 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.

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ La denominación “bobby”, referida a los agentes de policía británicos procede, al parecer, del diminutivo de Robert (Bob-Bobby).

²⁸² 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.

²⁸³ BLAZQUEZ 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. El primero de estos puntos de apoyo 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 -

definitorios, entre los que se pueden destacar una fuerte dependencia, al menos invocada constantemente, de la comunidad y 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 recordar que, a diferencia de lo que pasa en España, o en otros Estados de nuestro entorno, no existe en el Reino Unido la figura del juez de instrucción, o un fiscal con cometidos similares²⁸⁴. La investigación de un delito ya cometido está en manos principalmente de la policía, sin perjuicio de su posterior control judicial o de que determinadas actuaciones²⁸⁵, 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 judicial²⁸⁶. Este sistema demuestra frente al centralizado de corte francés, junto a sus indudables atractivos, una serie de defectos como son la inexistencia de una coordinación adecuada y de unidades necesarias para el cumplimiento de determinadas funciones policiales²⁸⁷. 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 eficacia²⁸⁸. Es precisamente en la función, teóricamente inexistente,

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

²⁸⁴ Existe, dependiendo del ámbito territorial, la figura del *coroner*. El coroner es una institución 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.

²⁸⁵ Conforme a la Police and Criminal Evidence Act de 1984, enmendada mediante la Criminal Justice and Police Act de 2001.

²⁸⁶ Cfr. BLÁZQUEZ GONZÁLEZ (1998), La policía judicial, op.cit. p. 199 y 200

²⁸⁷ 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.

²⁸⁸ 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 eficacia. Casos tan notorios como el de los seis de

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 Runciman²⁸⁹, 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 criminal²⁹⁰. 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 gobierno del 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 y cinco años²⁹¹. El sistema policial de Escocia no presenta peculiaridades dignas de mención, pero sí el del Ulster, por la implicación de fuerzas militares en funciones policiales²⁹².

Birmingham, o los cuatro de Guiford, sobradamente conocidos, dan una imagen bastante mas siniestra de la policía británica. La película "En el nombre del padre" ("In the Name of the Father", Coproducción GB-Irlanda; Universal Pictures / Hell's Kitchen Films de 1993, dirigida por Jim Sheridan, con guión de Terry George y Jim Sheridan, protagonizada por Daniel Day-Lewis, y con una sobrecogedora interpretación de Pete Postlethwaite en el papel de Giuseppe Conlon, el padre), ilustra éste ambiente.

²⁸⁹ Las conclusiones del Informe Runciman en

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm199798/cmselect/cmhaff/258-i/ha0102.htm>

²⁹⁰ Cfr. JAR COUSELO, G. (2000), *Modelos comparados de policía*. op.cit., pp. 144 y 145.

²⁹¹ 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.

²⁹² 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

Una subespecie del modelo anglosajón es el norteamericano. Hay quien lo definió hace años como “sistema múltiple descentralizado sin coordinación”²⁹³. 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 la cifra de más de doce mil cuerpos o agencias con tales funciones. Fuera de los límites municipales, la seguridad quedaba cubierta por las policías de los condados, el tradicional *sheriff*, existente desde mucho antes y con tintes de seguridad privada²⁹⁴. En un proceso similar, acabaron apareciendo policías estatales para el ámbito que quedaba sin la protección de las anteriores²⁹⁵. Es un modelo de absoluta y radical descentralización, y de difícil coordinación. En

convencional en el sentido británico, pero hubo de adaptarse al recrudecimiento 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), 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* op.cit., 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”.

²⁹³ Cit. en BARBERET, R. (1993), “La policía y la investigación criminológica”, Revista *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 9, pp. 115-123, p.115. Se trata de una cita de BAYLEY, D. (1985), *Patterns of Policing: An Internacional Comparative Análisis*, Rutgers University Press, New Brunswick.

²⁹⁴ Al parecer, en muchos casos se englobaba en la confusa denominación de “agente de la ley”, a guardias de empresas privadas, detectives de la Agencia Pinkerton, y matones contratados *ad-hoc*, como en el tantas veces relatado incidente del *OK-Corral* en Tombstone, Arizona en 1881, que ha dado una visión, a veces épica de la época de la conquista del oeste de EEUU (“Pasión de los fuertes” de John Ford, “Duelo de titanes”, de John Sturges) a veces desmitificadora (“Duelo a muerte en OK Corral”, de Frank Perry). A día de hoy no está todavía claro qué autoridad ostentaban Wyatt Earp y sus hermanos, y mucho menos “Doc” Hollyday. Otra figura esperpéntica es el “juez” (autoproclamado) Roy Bean “la única ley al oeste del Pecos”.

²⁹⁵ PENA, A. (1999), “Policías en Estados Unidos”. Revista *Guardia Civil*, nº 665, pp. 66 y 67.

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 federal²⁹⁶. El problema que plantea el sistema norteamericano es el de la colaboración entre cuerpos, su punto más evidentemente vulnerable. A pesar de su descomunal extensión geográfica, los EEUU carecen de un cuerpo policial federal uniformado al estilo de la Policía

²⁹⁶ Una clasificación no exhaustiva incluiría los siguientes cuerpos (o *agencias*, según una terminología más 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 de la federación.
- 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).

- Defense Investigative Service.
- DoD Criminal Investigation Command.
- U.S. Army Criminal Investigation Division (CID).
- U.S. Naval Criminal Investigative Service (NCIS).
- Defense Security Service.
- United States Air Force Office of Special Investigation (AFOSI).

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.

Montada del Canadá, una excepción en el mundo anglosajón²⁹⁷. 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 servicios²⁹⁸, se creó el *Department of Homeland Security*²⁹⁹ (2002), del que en la actualidad depende el Servicio Secreto³⁰⁰.

Por último conviene hacer referencia al modelo alemán de policía. Este presenta una serie de peculiaridades que han servido para proponerlo como modelo de una futura policía europea³⁰¹. 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

²⁹⁷ 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, 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 Central Nacional 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 *Gendarmerie Royale du Canadá*.

²⁹⁸ DUQUE QUICIOS, J. (2008), "Modelo de seguridad de Estados Unidos". *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 38, pp. 83-95.

²⁹⁹ Sobre el DHS, ver <http://www.dhs.gov/xabout/history/>. De él dependen, aparte del Servicio Secreto, la Guardia Costera y el Customs and Border Protection, entre otros servicios.

³⁰⁰ El United States Secret Service, quizá el más curioso de los cuerpos policiales norteamericanos, ya que tiene como dos únicas competencias básicas 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 originaria dependencia de este servicio del Departamento del Tesoro. <http://www.Secretservice.gov/history.shtml>. Interesante el Informe del CRS (Congressional Research Service) RL34603, por REESE, Shawn (2012) "The U.S. Secret Service: An Examination and Analysis of Its Evolving Missions".

³⁰¹ GREGORY, F. (1992) "Cooperación policial..." op. cit. P. 148-149. En concreto, según propuesta del canciller Helmut Kohl en 1991, realizada en un discurso, y con base en la existencia del BKA.

definido el modelo alemán como un modelo norteamericano simplificado³⁰², 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 a 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. Se diferencia del modelo británico en que tales policías dependen de un poder centralizado, en concreto del ministerio del interior del *länder*. Por otro lado están los cuerpos federales: la Oficina Federal de Policía Criminal o *Bundeskriminalamt* (BKA)³⁰³, la Policía Federal de Fronteras (BGS), con estructura y adiestramiento de tipo militar³⁰⁴, y la Oficina Federal de Defensa de la Constitución (BFA), con misiones de información y vigilancia de tipo político, aunque sin competencias policiales -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 interior³⁰⁵.

³⁰² GARCÍA FRAILE-GASCÓN, A. (1992), "Apuntes sobre política contra la criminalidad". Revista *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 7, pp. 129 y ss.

³⁰³ 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*. Sobre el BKA ver

http://www.bka.de/profil/broschuren/bka_profil_2008_spanisch-pdf.

³⁰⁴ JAR COUSELO, G. (2000), *Modelos comparados ...* op.cit. p. 90, la caracteriza como fuerza paramilitar, 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.

³⁰⁵ JAR COUSELO, G. (2000), *Modelos comparados ...* op.cit., p. 91.

5.2. 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 actuación³⁰⁶. Existe muy poco Derecho internacional asociado al concepto, así 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 soberanía, 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, y el resto de convenciones universales o regionales en la materia que ya hemos visto. 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 incidencia en algunas facetas de actuación semipolicial de las fuerzas militares.

Pero, por otro lado, hay que destacar toda una serie de textos de carácter declarativo, orientaciones, principios, directrices etc. no vinculantes (*soft law*), 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

³⁰⁶ Así, por ejemplo en OSWALD, B. (2006), “Adressing the Institutional Law and Order Vacuum: ...op.cit., 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.

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”³⁰⁷, 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 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”.

³⁰⁷ Texto completo en http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es.pdf.

Hay que 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”³⁰⁸, que como veremos se ha convertido en punto de referencia en cuanto al uso de la fuerza, fuera del paradigma del conflicto armado.

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 (ODIHR), realiza una labor continuamente actualizada de difusión³⁰⁹.

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. Los textos internacionales que hemos mencionado son, a veces muy detallados, aún dejando un margen a las legislaciones internas³¹⁰. Hay que consignar, sin embargo, que muchos de los mencionados textos de *soft law* van siendo recogidos como referencia en muchas sentencias del TEDH, la

³⁰⁸ 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.

³⁰⁹ <http://www.osce.org/odhir/documents.html>,

³¹⁰ 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.

CIADH, o en comunicaciones del Comité de Derechos Humanos, lo que les confiere, por vía jurisprudencial, un valor añadido casi de ley.

Lo que parece claro es que una actuación policial en un contexto internacional no puede basarse o regirse solamente por tales estándares, necesitándose normas y procedimientos, aunque sea *ad-hoc*, para implantarlos en el caso concreto, cubriendo así el hueco que en el plano doméstico ocupan los códigos penales y de procedimiento criminal.

CAPITULO II

LA DETENCION OPERATIVA EN SUS POSIBLES CONTEXTOS

1. EL CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL

1.1. La detencion en general durante el conflicto

Uno de los objetivos 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 extensamente, es conveniente recordar algunos aspectos relevantes de dicho régimen, para entrar con posterioridad a explorar la existencia, o no, de un régimen de la detención distinto a éste en el ámbito de las operaciones militares. El contexto en el que se desarrolló el Derecho Internacional Humanitario en la posguerra mundial³¹¹ 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 para ellos. Por ello no es extraño que exista una completa regulación de las situaciones de privación de libertad vinculadas a un conflicto armado internacional, y bastante 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 internadas³¹². Esta clasificación puede parecer en exceso simplificadora, pero adquiere sentido y profundidad si la matizamos con conceptos tales como forma de captura, estatuto específico de determinados individuos o grupos, casos dudosos, y personas que no entran en ninguno de los dos grupos, o carecen, según algunos, de protección por los convenios internacionales en la materia. En todo caso se trata de hacer

³¹¹ 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.

³¹² 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.

referencia a todas las personas privadas de libertad no durante el conflicto, sino por razón de él.

En este apartado nos vamos a referir solamente 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 internacional³¹³. 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, por tanto, que analizar el DIH como lo que es, y ver esa rama del Derecho internacional como el intento de proteger los derechos humanos fundamentales en condiciones muy adversas, mucho antes incluso de que el concepto de los derechos humanos, o su positivación mediante tratados o declaraciones, tuviera lugar³¹⁴.

No obstante, esto no autoriza a ignorar la evolución que han sufrido los conflictos armados desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Es notorio para cualquiera que observe dicha evolución que la figura del detenido clásica y consustancial al conflicto -el prisionero de guerra- ha cedido paso a otras formas de detención asociadas al mismo³¹⁵. También es cada vez más patente que la propia figura del prisionero de guerra se ha vuelto más compleja³¹⁶. Y por último, hay quien sostiene que tal figura tiene cada vez menos significado,

³¹³ 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.

³¹⁴ FERNÁNDEZ FLORES, *El Derecho ...* op. cit. p. 147.

³¹⁵ FORD, Christopher M. (2011), "From Nadir to Zenith: The Power to Detain in War". *Military Law Review*, Vol. 207, pp. 203-252. También en DEEKS, Ashley S. (2009), "Administrative Detention in Armed Conflict". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 403-436.

³¹⁶ Como ejemplo intermedio se puede citar el caso del capitán de corbeta (entonces teniente de navío) Alfredo Astiz, capturado por los británicos en 1982 como jefe de la guarnición argentina en las islas Georgias del Sur. Durante su período como prisionero de guerra, los gobiernos de Francia y Suecia solicitaron su interrogatorio en relación con las desapariciones de dos monjas francesas, Léonie Duquet y Alice Domon, y de una ciudadana sueco-argentina, Dagmar Hagelin, en fechas anteriores al conflicto. En Francia se llegó a abrir una causa -por la que posteriormente Astiz fue condenado en rebeldía- y a pedir su extradición al gobierno británico, que la denegó amparándose en el estatuto de prisionero de guerra de Astiz, quien fue repatriado a Argentina al finalizar las hostilidades de la guerra de las Malvinas. Diario El País, 11 de junio de 1982.

en términos de protección, comparada con otras similares, como la de los combatientes ilegítimos³¹⁷.

Es el artículo 2 común a los convenios el que establece el umbral de aplicación de los mismos, al decir que cada convenio se aplicará “en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes contratantes, aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por una de ellas”. La lectura del artículo parece conducir a la conclusión de que existe un margen bastante amplio a favor de los Estados para decidir cuando entra a jugar el Convenio, solo que compartido con la otra parte; si la guerra no se declara, y los contendientes se abstienen –todos- de reconocer que existe un conflicto entre ellos, parece que el convenio, teóricamente, no entraría en aplicación³¹⁸. Esto no está claro que sea así; en realidad “*as soon as the armed forces of one State find themselves with wounded or surrendering members of the armed forces or civilians of another State on their hands, as soon as they detain prisoners or have actual control over a part of the territory of the enemy State, then they must comply with the relevant convention*”³¹⁹. En todo caso parece claro que el DIH debe aplicarse en bloque y no solo en las partes que convengan a los implicados, so pena de caer en una “politización” de esta rama del Derecho³²⁰.

³¹⁷ JINKS, Derek (2004), “The Declining Significance of POW Status”. *HILJ*, Vol. 45, N° 2, Summer 2004, p. 368-442, p. 422.

³¹⁸ JINKS, Derek (2004), “The Declining Significance of POW Status ...op. cit. p. 399. En realidad este autor plantea la posibilidad contraria, es decir, que cualquiera de los implicados fuerce la entrada en vigor de la Convención con el fin de evitar molestos procedimientos internos.

³¹⁹ VITÉ, Sylvain (2009), “Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations”, *IRRC* Vol. 91 N° 873, pp. 69-94, p. 72 citando a H.P. Gasser, nota al pie. Pero no hay que olvidar el comentario al artículo 2 de la III Convención de Ginebra, que define el conflicto armado como “Any difference arising between two States, and leading to the intervention of members of the armed forces (...) even if one of the parties denies the existence of a state of war.” PICTET (ed.) *Commentary* ... op.cit.. Pero añade un poco más abajo: “The Convention provides only for the case of one of the Parties denying the existence of a state of war. What would the position be, it may be wondered, if both the Parties to an armed conflict were to deny the existence of a state of war? Even in that event it would not appear that they could, by tacit agreement, prevent the Conventions from applying. It must not be forgotten that the Conventions have been drawn up first and foremost to protect individuals, and not to serve State interests.”

³²⁰ (2007) *International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*. Document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International

1.2. Los prisioneros de guerra como principal categoría de detenidos en el conflicto armado

1.2.A. Un concepto y un régimen *sui generis*

El prisionero de guerra es una víctima del conflicto, y por lo tanto una persona protegida por el Derecho de los Conflictos Armados³²¹. La situación del mismo no es envidiable -dicho sea esto con carácter general-fundamentalmente porque a la privación de libertad se unen el desamparo e incertidumbre derivados, por ejemplo, del hecho de que, a diferencia del cumplimiento de una pena, la privación de libertad del prisionero de guerra sea de duración indefinida, con el consiguiente efecto psicológico sobre la persona en tal situación. El III Convenio de Ginebra tiene en cuenta esto³²².

El régimen legal aplicable viene recogido en diversos instrumentos, aunque en la práctica importan muy pocos. 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 casi en absoluto de aplicación, ya que han sido ampliamente superadas, primero por el Convenio de Ginebra de 1929, y, más adelante, por la normativa hoy en vigor, el III Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949. También aparecen disposiciones sobre prisioneros de guerra en el I y II convenios de Ginebra de 1949³²³. Por último, son de aplicación los artículos 43 a 47 y 67.2 del Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977³²⁴. Quizá la diferencia más destacable entre el régimen actual y el de 1929 estriba en que, mientras los dos convenios de 1929

Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 26–30 November 2007. *IRRC*, Vol. 89 N° 867, pp. 719-757, p. 720.

³²¹ SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, J., “Protección de los prisioneros de guerra”, documentación del Centro de Estudios del Derecho Humanitario. Cruz Roja Española.

³²² En su artículo 109, prevé la posibilidad de repatriación directa o el internamiento en país neutral de prisioneros válidos que hayan sufrido largo cautiverio.

³²³ I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (artículo 14) y II Convenio para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (artículo 16).

³²⁴ En lo sucesivo, para referirnos a todos estos convenios acudiremos a las abreviaturas habituales (HI, II ... GI, GIV, GPI... etc.)

que regulaban la materia eran completamente independientes, ahora todos están estrechamente vinculados como o demuestra, por ejemplo, la existencia de varios artículos comunes a todos los Convenios de 1949³²⁵.

El concepto 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. Esta enumeración la vamos a hacer sobre la base de la regulación actualmente vinculante para España por vía convencional, teniendo en cuenta por tanto el III Convenio de Ginebra y el Protocolo I, y siguiendo la línea de la mayor protección:

a) Prisioneros de guerra, sea por tener el estatuto de combatiente, por asimilación o por consideración³²⁶ 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 disciplinario³²⁷.

- 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 conflicto³²⁸.

³²⁵ 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.

³²⁶ 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.

³²⁷ Art. 43 GP I.

³²⁸ Art. 43.3 GP I. Esto afecta especialmente, aunque no exclusivamente, a las fuerzas policiales de carácter militar, cómo la Guardia Civil. HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (2005) *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW VOLUME I. RULES*, p. 17: "Incorporation of paramilitary or armed law enforcement agencies into armed forces is usually carried out through a formal act, for example, an act of parliament. In the absence of formal incorporation, the status of such groups will be judged on the facts and in the light of the criteria for defining armed forces. (...) Belgium and France issued a general notification to this effect to all States party upon ratification of Additional Protocol I. This method of satisfying the requirement of notification was explicitly recognised by the Rapporteur of the

- 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 guerra³²⁹. Sin embargo, el Protocolo I –artículo 44.3- incluye entre las personas con derecho al estatuto de prisionero de guerra a los que podríamos denominar guerrilleros o “irregulares”, entendiendo por tales a los combatientes que, en determinada situación, no puedan distinguirse de la población civil, siempre que en esas circunstancias lleven 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 participar³³⁰.

Working Group at the Diplomatic Conference leading to the adoption of the Additional Protocols.(...) Confusion is particularly likely since police forces and gendarmerie usually carry arms and wear a uniform, although in principle their uniforms are not the same as those of the armed forces proper. While notification is not constitutive of the status of the units concerned, it does serve to avoid confusion and thus enhances respect for the principle of distinction.”

³²⁹ Art. 4.A.2 G III.

³³⁰ Art. 44.3 GP I. Sin embargo, esta “relajación” de los requisitos no es admitida por varios Estados. En el caso de los EEUU, son representativos los comentarios de Michael MATHESON (Deputy Legal Advisor del Departamento de Estado de EEUU en 1987) recogidos en el “*U.S. Law of War Documentary Supplement*”, edición de 2011, editado por el International and Operational Law Department, The United States Army Judge Advocate General’s Legal Center and School, Charlottesville VA, ya citado, p. 232. U.S. View of Additional Protocol I, “Arts. 44 and 45 – We do not support the relaxation of requirements contained in the Third Geneva Convention concerning POW treatment for irregular forces. We do believe persons entitled to combatant status should be treated as prisoners of war in accordance with the 1949 Geneva Conventions; combatant personnel must distinguish themselves from the civilian population while engaged in military operations. We do support the principle that, should any doubt arise as to whether a person is entitled to combatant status, he shall be so treated until his status has been determined by a competent tribunal; if a person who has fallen into the hands of an adversary is not held as a prisoner of war and is to be tried for an offense arising out of the hostilities, he shall have the right to assert his entitlement to prisoner of war status before a judicial tribunal and to have that question adjudicated”. Por su parte el *OPLAW Handbook*, edición de 2011, señala (p. 16): “c. Protocol I Definition. Article 43 states that members of the armed forces of a party to the conflict, except medical personnel and chaplains, are combatants. Article 44 (3) of AP I allows a belligerent to attain combatant status by carrying his arms openly during each military engagement and when visible to an adversary while deploying for an attack. Additional Protocol I thus lowers the threshold for obtaining combatant status (and

- Los miembros de las fuerzas armadas regulares pertenecientes a un gobierno o a una autoridad no reconocidos por la Potencia en cuyo poder hayan caído³³¹.

- 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 guerra³³².

- 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 establece³³³.

- Los miembros de las tripulaciones, incluso capitanes pilotos y grumetes, de la marina mercante, y tripulaciones de la aviación civil de las partes contendientes, que no gocen de trato mas favorable en virtud de otras disposiciones del derecho internacional³³⁴.

- Personal militar que preste servicios en organismos de protección civil³³⁵.

- Las personas que pertenezcan o hayan pertenecido a las fuerzas armadas del país ocupado, si, por razón de ésta pertenencia la Potencia

therefore combatant immunity and POW status) by eliminating the requirement for “having a fixed distinctive sign recognizable at a distance”. The United States, believing that this provision diminishes the distinction between combatants and civilians, thus undercutting the protections of the LOW, does not view this rule as CIL. Other governments, such as the United Kingdom, through reservations and/or statements of understanding, have narrowly restricted or virtually eliminated application of Article 44, para. 3.

³³⁰ Art. 4.A.2 G III.

³³¹ Art. 4.A.3 G III. Bastantes tratadistas incluyen aquí a los miembros del Ejército Talibán, cuando éstos ejercían *de facto* la autoridad de gobierno en Afganistán, a los que, a pesar de todo, los EEUU nunca han reconocido explícitamente el estatuto de prisioneros de guerra. ABRIL, Ruth (2005), “De Guantánamo, a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los “detenidos en la lucha contra el terrorismo”. *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 9.

³³² Art. 4.A.6 GIII. También conocido como *levée en masse*.

³³³ Art. 4.A.4 GIII.

³³⁴ Art. 4.a.5 GIII.

³³⁵ Art. 67.2 GP I.

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 da para su internamiento³³⁶.

- Las personas que pertenezcan a una de las categorías enumeradas en el artículo 4 del III Convenio 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 más 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 (todos ellos del III Convenio), 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 III Convenio señala a las Potencias protectoras, sin perjuicio de las que dichas partes ejerzan normalmente a tenor de los usos y tratados diplomáticos y consulares³³⁷.

- El combatiente que caiga en poder de una parte enemiga y no reúna las condiciones enunciadas en la segunda frase del párrafo 3 del artículo 44 del I Protocolo, arriba mencionado, 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 I 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 cometido³³⁸.

³³⁶ Art. 4.b.1 GIII.

³³⁷ Art. 4.b.2 G III.

³³⁸ Art. 44.4 GP I

b) Aunque parezca obvio, hay que añadir a los heridos y enfermos de las categorías incluidas en el artículo 14 del I Convenio de Ginebra³³⁹, y a los heridos, enfermos y náufragos de las categorías incluidas en el artículo 16 del II Convenio.³⁴⁰

c) Para aquellos Estados que no hayan ratificado el Protocolo I o que, habiéndolo ratificado, hayan hecho reservas o declaraciones interpretativas en relación con el artículo 44.3 del mismo, como mínimo, el estatuto incluiría a todos los enumerados en el artículo 4 de la III Convención, es decir, los ya mencionados mas los recogidos en su punto 1, los “miembros de las fuerzas armadas de una parte contendiente, así como los miembros de milicias y cuerpos de voluntarios que formen parte de esas fuerzas armadas”.

Fuera de los casos anteriores, el capturado carece del estatuto o la consideración de prisionero de guerra, lo que no necesariamente es negativo si puede beneficiarse de otra protección. Pero tanto la doctrina como la práctica internacionales están de acuerdo en que hay varias categorías de combatientes que no están protegidos ni por el III Convenio ni por los artículos hasta ahora citados del Protocolo I: los francotiradores, los combatientes ilegítimos, los mercenarios y, sobre todo, los espías y saboteadores, que se englobarían en el concepto genérico de “combatientes no protegidos”. Pero su estatuto se examinará más adelante.

1.2.B. Los casos dudosos

Como decimos, en principio, quien no entra en las categorías examinadas en el epígrafe anterior carecería del estatuto o la consideración de prisionero de guerra³⁴¹. 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

³³⁹ Art. 14 G I.

³⁴⁰ Art. 16 G II.

³⁴¹ 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.

dicho estatuto de determine por un tribunal competente³⁴². El Protocolo I -art. 45- va más allá, al afirmar que tales personas se presumirán prisioneros de guerra, cuando reivindiquen tal estatuto, cuando parezcan tener derecho al mismo o cuando la Parte de la que dependa reivindique dicho estatuto en su favor. Además el mismo artículo, en su punto 2, establece que el detenido por la parte contraria que vaya a ser juzgado con motivo de una infracción relacionada con las hostilidades, y no esté detenido como prisionero de guerra, puede hacer valer su derecho a que le sea de aplicación dicho estatuto ante un tribunal que deberá decidir la cuestión, si no es contrario al procedimiento, antes de pronunciarse sobre la infracción. Aparecen aquí, por tanto, una serie de garantías que deben ser examinadas³⁴³.

³⁴² Art. 5 GIII. Los "Comentarios" op. cit. señalan: "This would apply to deserters, and to persons who accompany the armed forces and have lost their identity card.// The provision is a new one; it was inserted in the Convention at the request of the International Committee of the Red Cross. The International Committee submitted the following text, which was approved at the Stockholm Conference: "Should any doubt arise whether any of these persons belongs to one of the categories named in the said Article, that person shall have the benefit of the present Convention until his or her status has been determined by some responsible authority".// At Geneva in 1949, it was first proposed that for the sake of precision the term "responsible authority" should be replaced by "military tribunal". This amendment was based on the view that decisions which might have the gravest consequences should not be left to a single person, who might often be of subordinate rank. The matter should be taken to a court, as persons taking part in the fight without the right to do so are liable to be prosecuted for murder or attempted murder, and might even be sentenced to capital punishment. This suggestion was not unanimously accepted, however, as it was felt that to bring a person before a military tribunal might have more serious consequences than a decision to deprive him of the benefits afforded by the Convention. A further amendment was therefore made to the Stockholm text stipulating that a decision regarding persons whose status was in doubt would be taken by a "competent tribunal", and not specifically a military tribunal.// Another change was made in the text of the paragraph, as drafted at Stockholm, in order to specify that it applies to cases of doubt as to whether persons having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy belong to any of the categories enumerated in Article 4. The clarification contained in Article 4 should, of course, reduce the number of doubtful cases in any future conflict. // It therefore seems to us that this provision should not be interpreted too restrictively; the reference in the Convention to "a belligerent act" relates to the principle which motivated the person who committed it, and not merely the manner in which the act was committed."

³⁴³ "Comentarios" al I Protocolo: "1741 ' In conclusion, ' the Conference wished to take into account the fact that it is at the moment of capture that prisoners are exposed to the gravest danger. Prisoners suffer on the way from the place of capture to the camps, or they suffer as a result of decisions taken there and then with regard to their status: the price paid by prisoners has always been heavy and the Third Convention endeavoured to remedy this situation. This provision takes an additional step forward in eliminating in the great majority of cases the possibility of a fatal doubt, and its consequences in criminal law; it achieves this by means of a system of presumptions which operate automatically in favour of the prisoner. In these various

En estos casos, la condición de prisionero de guerra, como veremos en el siguiente epígrafe, es relevante a efectos de ciertas inmunidades, en particular en relación con legítimos actos de guerra que, en caso de no concurrir la condición de combatiente legítimo, y por lo tanto de prisionero de guerra, podrían ser considerados delitos. También podría tener trascendencia en cuanto a garantías del procedimiento. Por ello, muchos Estados tienen establecidos los correspondientes órganos, o al menos su composición, para la determinación de dicho estatuto³⁴⁴. En general, hasta hace relativamente poco tiempo, la tendencia general era al asentamiento de la presunción del estatuto de prisionero de guerra como norma de derecho consuetudinario, pero los acontecimientos de los últimos años han determinado un cierto repliegue³⁴⁵.

El aspecto fundamental de esta obligación es que, conforme al artículo 5 del la III Convención de Ginebra, la decisión debe ser adoptada por un órgano colegiado, pero no necesariamente judicial, definido por las legislaciones internas de los Estados. Cuestión distinta es que además vaya a ser juzgado por un órgano judicial con base en actos punibles relacionados con el conflicto. En tal caso, y de conformidad con el artículo 45 del Protocolo I, la situación debe judicializarse, entrando también en juego el artículo 75 del mismo Protocolo. En todo caso, se puede sostener, conforme al artículo 45 del Protocolo I, que en caso de que se vaya a seguir un procedimiento penal contra el implicado en cuestión, la determinación de su condición de prisionero de guerra o no debe hacerse ante un órgano judicial³⁴⁶. La práctica reciente, en

cases the question must be considered to have been definitively solved; the person concerned is entitled to the status of prisoner of war. // 1742 If any doubtful cases remain, these are dealt with in the second sentence of this paragraph and in paragraph 2 in case criminal law proceedings are involved.”

³⁴⁴ NAQVI, Yasmin (2002), “Doubtful prisoner-of-war status”. *IRRC*, Vol. 84, Nº 847, pp. 571-595.

³⁴⁵ NAQVI, Yasmin (2002), “Doubtful prisoner-of-war status ... op. cit. p. 582-584.

³⁴⁶ “Comentarios” al Protocolo I, cit.: “1746. ' In conclusion, ' it is obvious that in the present paragraph the authors of the Protocol intended to reduce to a minimum those cases in which a captor could arbitrarily deny the status of prisoner of war to a person who had been apprehended. To this purpose they introduced a complete set of legal presumptions which automatically operate in favour of persons who have been captured. By means of this system they have therefore reversed the burden of proof by putting it on a "competent tribunal", in contrast with Article 5 of the Third Convention. It is up to this tribunal to furnish proof to the contrary every time that the presumption exists and it wishes to contest it. This will often be

particular de los EEUU, es materia controvertida, como veremos, pero lo cierto es que el carácter de derecho consuetudinario de esta previsión es reconocido oficiosamente por éste último Estado³⁴⁷.

1.2.C. El supuesto carácter de mayor protección del estatuto de prisionero de guerra

Aunque la literatura de divulgación ha dado de la figura del prisionero de guerra una imagen general de garantía frente a un presunto vacío de protección, lo cierto es que dicha figura ha ido perdiendo poco a poco, y sobre todo a partir de la entrada en juego del Protocolo I, sus características distintivas frente a otros tipos de detención asociadas al conflicto armado³⁴⁸. Es verdad que, además, está cayendo en cierto desuso, debido a la escasez de conflictos armados internacionales “clásicos”³⁴⁹, lo que a la vez ha determinado una escasa labor doctrinal al respecto durante un largo período de tiempo³⁵⁰.

Con todo, la figura no ha estado exenta de polémica sobre todo por la intrusión de la ideología y la política en el tema, o dicho de forma más técnica, por la intrusión del *ius ad bellum* en el *ius in bello*. Algunos sectores doctrinales,

difficult, not least when it is a question of proving that the person who has been apprehended does not belong to the armed forces on which he is deemed to depend.”

³⁴⁷ De nuevo, los comentarios de Michael MATHESON (Deputy Legal Advisor del Departamento de Estado de EEUU en 1987), arrojan cierta luz sobre el particular, con la salvedad de que no están totalmente autorizados p. 232, *U.S. Law of War Documentary Supplement*, de 2011, editado por el International and Operational Law Department, The United States Army Judge Advocate General’s Legal Center and School, Charlottesville VA. P. 233, se recoge como derecho consuetudinario aceptado por los EEUU (no oficial) “Persons who have taken part in hostilities: Article 45, paragraph 3, first sentence.”

³⁴⁸ JINKS, Derek (2004), “The Declining Significance ... op.cit. p. 368-442

³⁴⁹ STEPHENS, Dale and LEWIS, Michael W. (2005), “The Law of Armed Conflict — a Contemporary Critique”. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6. SCHÖNDORF, Roy S. (2004), “Extra-state Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?” *International Law and Politics*, vol. 37, pp. 1-78, p. 3. STEWART James G. (2003), “Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict”. *IRRC* Vol. 85 N° 850, pp. 313-350. GEISS, Robin (2006), “Las estructuras de los conflictos asimétricos”. *IRRC*, N.º 864 de la versión original.

http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_864_geiss.pdf

³⁵⁰ Además, en tiempos recientes, muchos artículos ponen el régimen del prisionero de guerra como entrada al análisis de la práctica de los EEUU, en particular en Guantánamo. Por ejemplo GREPPI, Edoardo (2007), “I prigioneri di guerra”. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: La risposta del Diritto Internazionale*. (Irina Papanocolopulo y Tullio Codazzi, Coord). Milán, pp. 13-40.

en los años sesenta y setenta, abogaron por una aplicación “diferenciada” del DIH según el tipo de conflicto³⁵¹. La República Democrática de Vietnam negó tener obligación de aplicar la III Convención de Ginebra a los prisioneros norteamericanos, por tratarse de un “guerra de agresión”, y lo mismo hizo, en relación con los prisioneros chinos, durante la guerra chino-vietnamita de 1979³⁵².

Parece claro, a día de hoy que el elemento fundamental del estatuto es que garantiza, hasta donde esto es posible en el contexto que tratamos, el llamado “privilegio” o “inmunidad del combatiente”, es decir, la irrelevancia penal de los actos de beligerancia realizados por el combatiente durante el conflicto, siempre que los ejecute respetando el DIH³⁵³. Lo que incluye, por ejemplo, el matar al combatiente enemigo por el hecho de serlo, acto que en otras circunstancias acarrearía normalmente un enfoque penal³⁵⁴.

A cambio de este privilegio, su privación de libertad, como se ha señalado, se establece con carácter indefinido hasta la finalización de las hostilidades. Esta privación de libertad no es un castigo, y tiene como única finalidad impedir que los combatientes enemigos capturados vuelvan al combate³⁵⁵. Y, además, de la misma manera que el combatiente no puede ser perseguido penalmente por sus actos acordes con el derecho de la guerra, tampoco el combatiente enemigo puede serlo por convertir al primero en objeto de un ataque. Es decir, que el combatiente legítimo es también un objetivo legítimo, conforme al DIH.

³⁵¹ La idea, con matices, subsiste hoy en día. BLUM, Gabriella (2011), “On a Differential Law of War”. *HILJ*, Vol. 52, Nº 1, pp. 164-218

³⁵² BUGNION, François (2003), “Jus ad bellum, jus in bello and Non-International Armed Conflicts” p. 10-11. (Publicado originalmente en el *Yearbook of International Humanitarian Law*, T. M. C. Asser Press, vol. VI, pp.167-198.

http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/jus_ad_bellum_jus_in_bello_and_Non_International_Armed_Conflicts.pdf

³⁵³ JINKS, Derek (2004), “The Declining Significance ... op.cit., NAQVI, Yasmin (2002), “Doubtful prisoner-of-war status... op.cit. p. 571.

³⁵⁴ El manual *Enemy Prisoners of War and Civilian Internees, U.S. Marine Corps*, lo llama abiertamente “license to kill”. P.13. MCRP 4-11.8C PCN 144 000047 00 DEPARTMENT OF THE NAVY Headquarters United States Marine Corps Washington, D.C. 20380-1775. 29 April 1998. www.hqm.usmc.mil/pp&o/ps/psl/corrections/Policies/mcr4118c.pdf

³⁵⁵ BUGNION, François (2003), “Jus ad bellum, jus in bello ... op. cit., p 9.

En todo lo demás, los estatutos de todas las personas privadas de libertad por motivo del conflicto, gozan, como veremos, de una protección similar por parte del DIH en su conjunto, en relación con el trato y con las garantías sustantivas y de procedimiento enunciadas por el sistema en términos de obligaciones para los Estados captores³⁵⁶.

Se puede hablar de unas reglas generales del estatuto de prisionero de guerra³⁵⁷, frente a las normas particulares que examinaremos en epígrafes sucesivos. También hay quien habla de un mínimo compartido en cuanto al trato de prisioneros³⁵⁸. 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. que se verán con más detalle.

1.2.D. Límites temporales de la detención como prisionero de guerra

En comparación con otras figuras de detenidos propias de los derechos internos, la duración en el tiempo de la situación de prisionero de guerra es indefinida, ya que como regla general 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, y que debe cesar tan pronto finalicen las hostilidades. 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 no están legalmente definidas; en general consisten en manifestar de forma inequívoca que se ha renunciado a la

³⁵⁶ JINKS, Derek (2004), "The Declining Significance of POW Status. ... op. cit. especialmente en las pp. 422-440.

³⁵⁷ FERNÁNDEZ FLORES, *El Derecho* ... op cit. pp. 628 y ss., y ORCASITAS LLORENTE op.cit. p.477.

³⁵⁸ CLIFFORD, W. (1972), "The Shared Minimum Rules for the Treatment of Prisonners". *American Journal Of International Law*, 1972, p. 232.

lucha³⁵⁹. 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.³⁶⁰. Se considera un acto de perfidia, por lo tanto prohibido, el atacar simulando una rendición³⁶¹.

Para el acto físico de la detención –inicio del cautiverio- y para los primeros momentos de la misma, se establecen una serie de normas, que poco tienen que ver con una detención policial sujeta al DIDH, puesto que ni los prisioneros son delincuentes, ni, como es natural, las consideraciones de índole operativo-militar ceden ante cuestiones que en otros contextos requerirían bastante mas atención. No es raro, en la práctica, tener que hacerse cargo de miles de prisioneros que se rinden en masa, por unidades completas, y que continúan armados durante algún tiempo. El DIH guarda silencio sobre los detalles de la detención, por lo que, dentro de unos límites –los definidos por el III Convenio y el Protocolo I- queda a criterio de los Estados el regular la materia con mayor o menor detalle, intentando buscar un equilibrio entre los principios humanitarios y la seguridad de las propias fuerzas³⁶².

³⁵⁹ (2011) *OPERATIONAL LAW HANDBOOK*, International and Operational Law Department. The Judge Advocate General's Legal Center and School Charlottesville, Virginia 22903, p. 27.

³⁶⁰ 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.

³⁶¹ Art. 37 GP I. El artículo 8.2.b.vii considera crimen de guerra “Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves”.

³⁶² El tema de los prisioneros de guerra no es el objeto principal de estudio de este trabajo. Sin embargo, parece que si queremos hablar de la detención hay que delimitar que figuras son ajenas al concepto que tratamos de analizar. El régimen del los prisioneros de guerra está bastante bien asumido por los Estados y, sobre todo los que tienen cierta costumbre de hacerlos, disponen de reglamentaciones de bajo rango suficientemente detalladas en cuanto a las distintas fases de la detención, incluyendo la aprehensión física de los prisioneros. Ejemplos de estos documentos son la Joint Warfare Publication 1-10, *Prisoners of War Handling*, (2001) y la Joint Doctrine Publication 1-10, sobre Captured Persons (CPERS) de 2011, http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/B6918094-3138-4350-8B81-27495848A4BB/0/20111129jdp110_Ed2_cpers.pdf (ambas del Reino Unido) o la Army Regulation 190–8. OPNAVINST 3461.6. AFJI 31-304. MCO 3461.1. *Military Police Enemy Prisoners of War, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees*. Headquarters Departments of the Army, the Navy, the Air Force, and the Marine Corps Washington, DC, 1 October 1997. www.au.af.mil/au/awc/awcgate/law/ar190-8.pdf En el marco de la OTAN existen una serie de STANAG que se refieren al trato de prisioneros

Sin embargo, hay una serie de normas básicas cuyo quebrantamiento puede dar lugar a graves responsabilidades³⁶³. 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 aeronave³⁶⁴. El prisionero puede conservar, desde su detención, sus objetos de uso personal y algunos objetos defensivos, tales como las mascarás 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 devolución³⁶⁵. 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 seguridad³⁶⁶. Por supuesto, en ningún caso se permite la ejecución de prisioneros ante la imposibilidad de evacuación. Si se produce tal eventualidad, se les pondrá en libertad³⁶⁷.

El fin del cautiverio, y con el, el del estatuto de prisionero se puede producir de diversas formas³⁶⁸. La primera de ellas y más patente es 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)³⁶⁹, nunca en contra de la voluntad del prisionero³⁷⁰. Lo normal es que se produzca al término de las hostilidades, momento en el que debe realizarse sin demora³⁷¹. Solo pueden ser retenidos aquellos prisioneros sometidos a proceso penal o que

de guerra, y la Allied Joint Publication AJP-2.5(A), sobre *Captured Persons Materiel and Documents*, [http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/2195e%20JINT%20ED02%20AJP-2.5\(A\).pdf](http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/2195e%20JINT%20ED02%20AJP-2.5(A).pdf)

³⁶³ En el caso del III Convenio, los actos previstos en el art. 130, además de los incluidos en el artículo 8 del Estatuto de la CPI.

³⁶⁴ GP I, arts. 41 y 42. Las tropas paracaidistas no entran en éste concepto.

³⁶⁵ Art. 18 G III.

³⁶⁶ Arts. 19 y 20 GIII

³⁶⁷ Art. 41 GP I.

³⁶⁸ FERNANDEZ FLORES, J.L. (2001), *El Derecho ...* op.cit, pp. 657-661.

³⁶⁹ Arts 109 a 117 GIII.

³⁷⁰ Arts. 109, 110, y 117 GIII.

³⁷¹ Art. 118 GIII.

estén cumpliendo una pena (no así una sanción disciplinaria)³⁷². La práctica, sin embargo, demuestra que esta repatriación inmediata raramente se produce, y normalmente suelen mediar acuerdos³⁷³ y otro tipo de presiones internacionales para conseguirla³⁷⁴.

También determina el fin del cautiverio 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 neutrales³⁷⁵. 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 aún en este caso solo cuando tenga la seguridad de que dicho Estado pueda hacer frente a las obligaciones impuestas por el mismo³⁷⁶.

La evasión consumada rompe el vínculo con el estatuto de prisionero de guerra, al no tratarse del quebrantamiento de una condena, y no puede ser castigada en caso de ulterior captura tras haber retomado las armas. 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

³⁷² Art. 119 GIII.

³⁷³ Un ejemplo 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". En HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (Eds.), (2005) *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW VOLUME I. RULES ...* op.cit. p. 452-456, notas al pie, se recogen más ejemplos, desarrollados en el volumen 2, *PRACTICE*, pp. 2860 y ss. .

³⁷⁴ Por poner un ejemplo relativamente 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 repatriados. AHLSTRÖM, op.cit., p. 59. A veces, se ha condicionado la repatriación al cumplimiento de otros aspectos de los tratados de paz, con lo que, en cierto modo, se convierte a los prisioneros en rehenes, violando así el art. 118. 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, p. 160.

³⁷⁵ Art. 109 GIII.

³⁷⁶ Art. 12 GIII.

en caso de caer prisionero de nuevo³⁷⁷. 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 vigilancia³⁷⁸. La levedad de las posibles sanciones disciplinarias a imponer viene determinada por el hecho de que, a diferencia del quebrantamiento de una pena, la evasión no atenta contra el ordenamiento jurídico general³⁷⁹.

Por último, y aunque parezca obvio, el fallecimiento también determina el fin del cautiverio. El régimen viene recogido en los artículos 120 y 121 del Convenio³⁸⁰. 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”³⁸¹. 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 protectora³⁸².

1.2.E. El interrogatorio de prisioneros y su posible uso en un posterior procedimiento penal

La cuestión del interrogatorio de prisioneros de guerra ha cobrado particular importancia en los últimos años debido, entre otras causas, a la “guerra contra el terrorismo”. Sin embargo, casos como el de la captura como prisioneros de guerra, y posterior procesamiento, de personajes como Manuel Antonio Noriega, o Saddam Hussein, han puesto de manifiesto un cierto terreno resbaladizo a medio camino entre el derecho de los conflictos armados

³⁷⁷ Art. 91 GIII.

³⁷⁸ Art. 92 GIII.

³⁷⁹ ORCASITAS LLORENTE, op.cit., p. 492.

³⁸⁰ En 1929, tal cuestión se reguló en un título independiente, pareciendo de mayor rigor técnico su inclusión entre las formas de finalizar el cautiverio. ORCASITAS LLORENTE, op. cit., p. 498.

³⁸¹ Comisión II, en su informe a la Asamblea Plenaria. ORCASITAS LLORENTE, op.cit., p. 499.

³⁸² ORCASITAS LLORENTE, op.cit., p. 499.

y el derecho procesal penal³⁸³. El derecho a no declarar contra uno mismo o a no confesarse culpable son comunes a la mayoría de los sistemas procesales penales del mundo, incluidos los tribunales internacionales³⁸⁴.

De todas formas, conforme al artículo 17 de la III Convención de Ginebra, 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, y a declarar solo su nombre, grado, fecha de nacimiento y número de identificación³⁸⁵. La redacción de su primer párrafo parece establecer una obligación, por parte del prisionero, de dar la información mencionada³⁸⁶. El artículo da a entender que no es conveniente omitir los datos antes señalados, ya que ello autorizaría a la potencia captora a privar de algunas ventajas que

³⁸³ GEIß, Robin (2005), "Name, rank, date of birth, serial number and the right to remain silent". *IRRC*, Vol. 87. Nº 860, pp. 721-735, p. 730.

³⁸⁴ Por ejemplo, Artículo 55 del Estatuto de la Corte Penal Internacional: "Derechos de las personas durante la investigación. 1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; b) Nadie será sometido a forma alguna de coacción, intimidación o amenaza, a torturas ni a otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes; c) Quien haya de ser interrogado en un idioma que no sea el que comprende y habla perfectamente contará, sin cargo alguno, con los servicios de un intérprete competente y las traducciones que sean necesarias a los efectos de cumplir el requisito de equidad; y d) Nadie será sometido a arresto o detención arbitrarios ni será privado de su libertad salvo por los motivos previstos en el presente Estatuto y de conformidad con los procedimientos establecidos en él. 2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: a) A ser informada de que existen motivos para creer que ha cometido un crimen de la competencia de la Corte; b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia; c) A ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes; y d) A ser interrogada en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada."

³⁸⁵ Art. 17 G III.

³⁸⁶ Art. 17 G III. Interpretado *a contrario* si "no tendrá obligación de declarar ... más que sus nombres y apellidos ..." etc. parece claro que tendrá la obligación de dar dicha información. De hecho así se recoge en los "Comentarios" op. cit: "Although a prisoner of war may not be forced to give any information over and above that specified in paragraph 1, he is bound to give those indications and his statement must be a true one."

corresponderían, por ejemplo, al empleo militar –rango, graduación o estatuto-del prisionero³⁸⁷.

En cualquier caso la Convención no pone límites en cuanto a las preguntas que se pueden hacer a un prisionero³⁸⁸. Simplemente establece

³⁸⁷ Los “Comentarios” hablan claramente de “sanción” en caso de no dar correctamente los datos expresados: “For this reason, the Convention does not hesitate to provide a sanction in case of wilful infringement of this rule. When prisoners are questioned, the Detaining power should therefore draw their attention to the provisions contained in this Article, so that they may be fully aware of their rights and obligations. (...). Prisoners of war are in fact usually questioned very shortly after capture, sometimes even on the battlefield and amid some confusion. The fifth paragraph of the Article makes special provision to cover incorrect statements made by prisoners owing to their physical or mental condition. Under the Convention, a prisoner who wilfully makes an inaccurate statement or who refuses to give the particulars specified in the first paragraph may be liable to "a restriction of the privileges accorded to his rank or status". This wording is not entirely new; the Brussels Declaration (Article 29), the Oxford Manual (Article 65), the Hague Regulations (Article 9) and the 1929 Convention (Article 5, paragraph 2) already contained a similar rule, with the slight difference that the word "category" was used instead of "rank or status". The Conference of Government Experts considered, however, that the term "category" did not make sufficiently clear the distinction between officers, non-commissioned officers and men. The word "status" is intended to cover the situation of certain members of the armed forces, such as war correspondents, who without holding any rank, yet have the status of an officer. It must be emphasized, however, that for the prisoners concerned this provision may entail only a "restriction" of privileges and in no case should it involve loss of all or part of the other benefits accruing under the Convention (5). The only advantages which may be withdrawn are therefore those contained in the provisions concerning special privileges to be accorded to officers, non-commissioned officers or persons with similar status. Those provisions are the following: // Article 16: General clause referring to privileged treatment according to rank and age; Article 39, paragraph 3: Special provisions for saluting in the case of officers; Article 40: Wearing of badges of rank; Article 44: Special clause regarding treatment of officers; Article 45: Special clause regarding treatment of other prisoners of war according to rank and age; Article 49, paragraph 1: General conditions concerning labour: age reservation; Article 49, paragraph 2: Exemption from work for non-commissioned officers; Article 49, paragraph 3: Exemption from work for officers; Article 60: Advances of pay; Article 79, paragraph 2: Appointment of prisoners' representative in camps for officers and in mixed camps; Article 79, paragraph 3: Appointment of officers to administrative posts in labour camps; Article 87, paragraph 4: Requirement that the Detaining Power may not deprive a prisoner of war of his rank or prevent him from wearing his badges; Article 97, paragraph 3: Provision of quarters separate from those of non-commissioned officers and men for officers undergoing punishment; Article 104, paragraph 2: Notification of proceedings against a prisoner of war; Article 122, paragraph 4: Information transmitted by the Information Bureau. // The sanction automatically applies to prisoners who conceal their rank, since in such a case the Detaining power will necessarily and in good faith consider them as having a status inferior to that to which they would actually be entitled. If the captor subsequently discovers the true identity of prisoners of war who have fallen into his hands, he is in no way bound to accord them the corresponding treatment. The Convention, however, gives the captor full latitude in this matter.// If, on the contrary, during questioning a prisoner claims a rank superior to his actual status and the Detaining power subsequently finds this out, the prisoner may be deprived throughout his captivity, not only of the privileges which had until then been accorded to him, but also of all the privileges to which his true rank would entitle him.”

unas garantías para el prisionero de guerra en cuanto a prohibir cualquier tipo de presión. Sin embargo el objetivo de tales prevenciones parece estar más bien en el interés de proteger información sensible para la parte contendiente a la que pertenezca el prisionero, que a la protección de los derechos fundamentales de éste último, o a impedir que se autoincrimine³⁸⁹. Primero, como hemos visto, el combatiente legítimo no puede ser perseguido penalmente por sus legítimos actos de guerra. Segundo, está claro que el artículo 17 no tiene una significación similar a las previsiones de cualquier constitución o código de procedimiento criminal, relativos al derecho de defensa. Y tercero, nada impide llevar a cabo un interrogatorio con tales fines, si se respetan los requisitos procedimentales y de garantía propios del procedimiento penal. Por lo tanto, habrá que explorar los límites del interrogatorio cuando la información obtenida, incluso sin presión física o intelectual, pudiera conducir a la condena del prisionero, sea por crímenes de guerra, o por crímenes de derecho común de los Estados. Esto, sin embargo, tiene mejor encaje sistemático en otra parte del trabajo.

1.2.F. El régimen interior de los prisioneros durante el cautiverio

Normalmente el prisionero de guerra es internado en un campo de prisioneros, si bien existen figuras como la de la libertad bajo palabra³⁹⁰. Tanto las características 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, uniformidad³⁹¹, representación³⁹², reclamaciones³⁹³, comunicación con el exterior³⁹⁴, higiene y

³⁸⁸ GEIß, Robin (2005), "Name, rank, date of birth, serial number ... op.cit. p. 735.

³⁸⁹ Así se deduce de los *Comentarios* al art. 17: "The prisoner may, and indeed must, refrain from giving *military information* to the Detaining Power; he must therefore be protected against any inquisitorial practices on the part of that Power."

³⁹⁰ Art. 21 G III. Ver también 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.

³⁹¹ Art. 27 G III.

³⁹² Arts. 79, 80 y 81 G III.

³⁹³ Art. 79 G III.

³⁹⁴ Arts. 70 y 71 G III.

asistencia médica³⁹⁵, alojamiento, manutención y vestuario³⁹⁶, religión y actos de culto³⁹⁷, actividades culturales y recreativas³⁹⁸, y régimen laboral³⁹⁹.

En cuanto al 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 detenedora⁴⁰⁰. El régimen acoge unos principios generales de todo régimen sancionador, aceptados por todos los Estados, como los de *ne bis in idem*, no discriminación, prohibición de sanciones colectivas o intervención mínima del derecho penal⁴⁰¹. Aparte de esto, y en lo que se refiere al sistema de garantías en asuntos penales, se recoge el principio de legalidad⁴⁰², y la garantía de ser sometido solo a tribunales competentes según el Convenio⁴⁰³. La incoación de cualquier procedimiento judicial contra un prisionero de guerra debe ser puesta en conocimiento de la potencia protectora⁴⁰⁴.

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 guerra⁴⁰⁵. El procedimiento también aparece regulado, bajo los principios de publicidad, contradicción y respeto al derecho de defensa⁴⁰⁶. 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 días⁴⁰⁷.

Por último, el uso de armas contra los prisioneros de guerra solo podrá efectuarse en casos extremos, y precediendo siempre intimaciones, según las

³⁹⁵ Arts. 29 a 32, G III.

³⁹⁶ Arts. 25 a 28 G III.

³⁹⁷ Arts. 34 a 37 G III.

³⁹⁸ Art. 38 G III.

³⁹⁹ Arts. 49 a 57 G III.

⁴⁰⁰ Art. 82 G III.

⁴⁰¹ Arts. 83, 86, 87 y 88 G III.

⁴⁰² Art. 99 G III.

⁴⁰³ Arts. 84, 102, y 105 G III.

⁴⁰⁴ Art. 104 G III.

⁴⁰⁵ Art. 96 G III.

⁴⁰⁶ Art. 96 G III.

⁴⁰⁷ Arts. 89 y 90 G III.

circunstancias⁴⁰⁸. Aunque se reconoce la necesidad de apelar a la fuerza para mantener el orden entre los prisioneros, se tuvieron en cuenta algunas experiencias de la Segunda Guerra Mundial⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Art. 42 G III.

⁴⁰⁹ "Comentarios" ... op, cit.: "Article 42. Use of weapons // The Brussels Declaration stated, in Article 28, paragraph 2: "Arms may be used, after summoning, against a prisoner of war [p.246] attempting to escape". That clause was not, however, included either in the Hague Regulations or in the 1929 Convention, not because its validity was disputed, but simply because "it was felt that this was a delicate matter to express in a Convention". // Following abuses which occurred during the Second World War, the Conference of Government Experts supported the proposal by the International Committee of the Red Cross that an express provision on this subject should be inserted in the chapter concerning discipline. // Captivity is based on force, and although there can be no doubt on the matter, it is recognized in international customary law that the Detaining Power has the right to resort to force in order to keep prisoners captive. At the same time, this consideration also limits the use of weapons against prisoners. Whether in the case of attempted escape or any other demonstration (e.g. mutiny or revolt), the use of weapons "shall constitute an extreme measure, which shall always be preceded by warnings appropriate to the circumstances". // Let us first consider escape. "An extreme measure" means that fire may be opened only when there is no other means of putting an immediate stop to the attempt. From the moment the person attempting to escape comes to a halt, he again places himself under the protection of the Detaining Power, and Article 23 (c) of the Hague Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land is applicable to him. // It is also important, however, to make a distinction between escape proper and acts or phases preparatory thereto. If a prisoner is surprised within the camp limits while making preparations to escape, there is no justification for opening fire on him. During the Second World War, the belligerents generally solved this problem by establishing "death-lines" '(lignes de sécurité, Sicherheitslinien)', which prisoners of war were absolutely forbidden to cross, under penalty of being fired on by guards and sentries. Even when there is justification for opening fire, the Convention follows international custom and the national legislation of most countries, and gives prisoners of war one last chance to abandon the attempt and escape the penalty. Fire may not be opened automatically, even when all the required material conditions have been met; the use of weapons must always be preceded by warnings "appropriate to the circumstances", which may either be verbal, by means of an instrument (whistle, bell, etc.), or by a warning shot. The essential thing is that the warnings must be clearly perceived and understood by those to whom they are addressed. The number of warnings is not stipulated, but it will be noted that the Convention uses the plural form, which necessarily implies at least two warnings; the figure of three is generally considered as statutory. It should also be pointed out that although, during the Second World War, some countries took very harsh measures against attempts to escape, the Power of Origin was often in part responsible because it encouraged such attempts by every possible means. One cannot require the Detaining Power to reinforce the sentry units indefinitely at the expense of its active combat forces. The only remaining alternative is therefore to adopt very strict measures in order to intimidate prisoners of war (6). // The use of force by guards may also be justified in the case of rebellion, and the remarks already made above concerning attempts to escape are applicable here also. The analogy is not absolute, however, and in the event of mutiny there may be other possibilities as regards the weapons to be used. Before resorting to weapons of war, sentries can use others which do not cause fatal injury and may even be considered as warnings -- tear-gas, truncheons, etc. These measures may prove inadequate, however, and from the moment when the guards and sentries are about to be overwhelmed, or are obliged to act in legitimate self-defence, they are justified in opening

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 mención⁴¹⁰, 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 Roja⁴¹¹. 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 Convenio⁴¹².

fire. Events in Korea provided a tragic example of a situation of this kind, and it cannot be too strongly emphasized, therefore, that the Detaining Power must keep a close watch on the situation in order to avoid any such serious developments. In any case, if the guards or sentinels have to open fire on prisoners of war, they should first aim low, unless they are themselves in imminent danger, so as to avoid inflicting fatal wounds.”

⁴¹⁰ ORCASITAS LLORENTE, op.cit. p. 500.

⁴¹¹ BORY, F. (1982), *Génesis y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, p. 13. En la fecha del trabajo, ya antiguo, la Agencia Central de Búsquedas había reunido más de 55 millones de fichas. Arts. 122 GIII, 136 GIV y 33 GP I.

⁴¹² Art. 70 GIII.

1.3. Las personas civiles en poder del enemigo, y en particular los detenidos

1.3.A. El concepto de civil para el DIH

Este concepto, en el marco normativo en el que nos desenvolveremos a partir de ahora, y que no es otro que el IV Convenio de Ginebra y el Protocolo I a los convenios, se establece, en general, por contraposición al combatiente, según el concepto ya visto. No obstante se pueden recoger dos nociones distintas. Una sería la de las personas civiles⁴¹³ que son aquellas que reúnen las características de⁴¹⁴ a) no ser combatientes, en el sentido ya expresado⁴¹⁵, b) no ser nacionales de la potencia beligerante u ocupante en cuyo poder se esté, c) ser nacionales de un Estado parte en la Convención 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 poder se encuentren. Si existiese tal representación diplomática, sería ésta la que protegiese a tales personas y no el Convenio⁴¹⁶.

Aunque hemos empleado la expresión “no ser combatiente” cabe distinguir a éstos últimos de aquellas personas que, además, tienen la consideración de prisioneros de guerra sin ser propiamente combatientes; el Protocolo I refina la definición al señalar que es “persona civil cualquiera no perteneciente a las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3) y 6) del III Convenio y el artículo 43 del presente Protocolo”⁴¹⁷. También señala, un tanto enigmáticamente, que “en caso de duda sobre la condición de una persona, se la considerará como civil”⁴¹⁸.

⁴¹³ Art. 50.1 GP I.

⁴¹⁴ Art. 4 G IV.

⁴¹⁵ Arts. 4 G III, y 43 PI. A esto hay que añadir uno de los aspectos más espinosos del concepto de combatiente, que es el de los civiles que pierden su protección por participar en las hostilidades, aunque solo “si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación” (art. 51.3 GP I).

⁴¹⁶ FERNÁNDEZ FLORES, op.cit., pp. 456 y ss.

⁴¹⁷ Art. 50.1 GP I.

⁴¹⁸ “Comentarios” .. op. cit. “1918. The last sentence of paragraph 1 gave rise to some discussion in the Diplomatic Conference. According to the ICRC draft there was “presumption” of civilian status, but this concept led to some problems and the Working Group decided to

Por otro lado se puede hablar de 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, es decir a aquellas que reúnan las características mencionadas arriba.

Se trata, por tanto, de dos conceptos técnicos con un contenido concreto, no pudiendo interpretarse sus términos en un sentido vulgar. Por decirlo de otra manera, se trata de a quien se extiende el régimen protector de la IV Convención y a quien no. En principio la protección del Convenio cubre a “las personas que en un momento cualquiera y de cualquier manera que sea se encontraren, en caso de conflicto u ocupación, en poder de una parte contendiente o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”⁴¹⁹. La caracterización que hemos hecho al principio hay que entenderla, pues, en el contexto del conflicto bélico.

De todas formas, analizando el artículo 4 de dicha Convención, se llega a la conclusión de que de una u otra manera existe una protección casi universal de las personas en algún punto del sistema de tratados de Ginebra. De entrada, la exclusión de los nacionales de Estados que no sean parte en el convenio es irrelevante dado el nivel de ratificación del mismo. Sería un supuesto de laboratorio. Por otro lado, la exclusión de los protegidos por las otras convenciones no implica ninguna laguna jurídica.

Consecuentemente, solo quedan los supuestos de nacionales de Estados neutrales o co-beligerantes con los que el Estado en cuyo poder se encuentren tenga relaciones diplomáticas. En este caso el régimen del DIH

replace "presumed" by "considered". // 1919. Other delegates thought that the definition might be in conflict with Article 5 of the Third Geneva Convention. (...) 1920. The result of the discussions which took place on this subject was that there could be no contradiction between the two definitions, which are concerned with very different situations. In the case of the Third Convention the persons concerned have committed a belligerent act and claim the status of combatants, and therefore ask to be treated as prisoners of war. Article 50 of the Protocol concerns persons who have not committed hostile acts, but whose status seems doubtful because of the circumstances. They should be considered to be civilians until further information is available, and should therefore not be attacked. // 1921. The methods combatants use will certainly have an influence on the application of this provision. Thus, for example, if combatants do not clearly distinguish themselves from the civilian population in accordance with the provisions of Article 44 ' (Combatants and prisoners of war), ' this could result in a weakening of the immunity granted civilians and the civilian population."

⁴¹⁹ Art.4 GIV.

cede ante uno con otras presuntas garantías protectoras para los individuos, aunque aquí tenemos uno de los posibles agujeros del sistema ⁴²⁰.

Pero todo esto está muy matizado, en sentido aún más protector, por los artículos 72 y siguientes del I Protocolo a los Convenios, referido al “trato a las personas en poder de una parte en conflicto”. Sin perjuicio de lo que ya hemos expuesto en relación con la verdadera protección conferida por el DIH y el DIDH, lo cierto es que el Capítulo I de la Sección III del Protocolo, en particular sus artículos 45 y 75, llena los posibles vacíos que se habían detectado desde la adopción de los Convenios en 1949. Por lo demás, estas garantías inderogables –incluso acudiendo al artículo 5 del IV Convenio- son aplicables a todas las personas en poder de la parte contendiente, incluyendo refugiados y apátridas que hubieran adquirido dicho carácter antes del comienzo de las hostilidades⁴²¹. Y por supuesto por la aplicación del Artículo 3, común a los convenios⁴²².

⁴²⁰ Este es el caso, según algunos, de la mayor parte de los detenidos en Guantánamo, entre otros Salim Ahmed Hamdan, yemení y chófer de Osama bin Laden, capturado en Afganistán en noviembre de 2001 y trasladado a la Base de Bahía de Guantánamo en Cuba. Yemen sería “neutral” y tiene relaciones diplomáticas con los EEUU. PETTY, Keith A. (2009), “Are you There, Geneva? It’s me, Guantánamo”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp. 171-186., pp. 183-185, WILSON, Richard J. (2003), “United States Detainees at Guantánamo Bay: The Inter-American Commission on Human Rights Responds to a “Legal Black Hole””, *HRB*, vol 10, issue 3, p. 2 y ss. Por su parte, el TPIY, en el caso DELALIC señaló: “There is no gap between the Third and Fourth Geneva Conventions. If an individual is not entitled to the protection of the Third Convention as a prisoner of war or of the First or Second Convention, he or she necessarily falls within the ambit of [the Fourth Convention], *provided that its Article 4 requirements are satisfied.*”

⁴²¹ Art. 73 GP I.

⁴²² TIJ, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua 27 de junio de 1986 (CIJ Reports, 1986), párrafo 218: “Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a noninternational character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which are also to apply to international conflicts ; and they are rules which, in the Court’s opinion, reflect what the Court in 1949 called “elementary considerations of humanity”. En el mismo sentido, ICRC, Commentary to the Convention (III) relative to the treatment of prisoners of war 92 (Jean de Preux ed., 1960), “The minimum requirement of humanitarian guarantees in the case of a non-international conflict is *a fortiori* applicable in international conflicts.” Así lo estimó también el Tribunal Supremo de los EEUU. FITZPATRICK, Regina, (2007), “Hamdan v. Rumsfeld: Implications for the Geneva Conventions”. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 20, pp. 339-347.

1.3.B. Extranjeros en el territorio de una parte contendiente

El IV Convenio de Ginebra se diferencia del III, entre otras cosas, porque no se limita a regular la privación de libertad de las personas protegidas en el mismo, cosa que sí hace el Convenio sobre prisioneros de guerra desde su propia denominación. Es el IV Convenio, por lo tanto, más complejo que los demás, porque incluye una especie de estatuto general de las personas no protegidas por los demás convenios. Por lo tanto, cuando se habla de personas en poder de una parte contendiente o de un beligerante en el sentido del IV Convenio, se está haciendo referencia a un control sobre dichas personas que no necesariamente implica su privación de libertad, o su restricción.

El primer supuesto al que hay que hacer referencia es el de las personas protegidas que, por circunstancias de lo más variado, puedan encontrarse en territorio enemigo durante el conflicto, normalmente al haberse visto sorprendidos por el mismo, o por decisión voluntaria⁴²³. El régimen aplicable a dichas personas se puede resumir en el derecho a salir del país, siempre que no se opongan consideraciones de seguridad –o “daño de los intereses nacionales del Estado”⁴²⁴- a recurrir ante un tribunal o un consejo administrativo la negativa del permiso para abandonar el territorio⁴²⁵, y a ser tratados de conformidad con las normas sobre el trato de extranjeros en tiempo de paz⁴²⁶. En general, en lo que se refiere a su salud y seguridad deben ser tratados como los nacionales del Estado interesado⁴²⁷. Se establecen también unas normas –no muy realistas- sobre el trabajo de las personas protegidas⁴²⁸.

Caso de que la potencia en cuyo poder se encuentren las personas protegidas estime que las medidas de control básicas no son suficientes, podrá recurrir al internamiento o la residencia forzosa, si la seguridad de dicha

⁴²³ Al referirnos al concepto de “enemigo”, el campo 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.

⁴²⁴ Art. 35 G IV.

⁴²⁵ Art. 35 G IV.

⁴²⁶ Art. 38 G IV.

⁴²⁷ Art. 38 G IV.

⁴²⁸ Arts. 39 y 40 G IV.

potencia lo hace absolutamente indispensable⁴²⁹. En el caso de que dichas medidas sean adoptadas, la persona protegida que sea objeto de ellas podrá recurrir tal decisión y obtener un examen imparcial del caso ante un tribunal o consejo administrativo competente a tal efecto creado⁴³⁰.

1.3.C. Población civil en territorio ocupado

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 normas⁴³¹, (a) las que se refieren a garantizar el respeto a la persona y a sus derechos inherentes⁴³², fundamentalmente relativas al derecho al honor, garantía de los derechos familiares, convicciones y prácticas religiosas, hábitos y costumbres, prohibiendo en especial una serie de prácticas, (b) las relativas al régimen de la ocupación, que examinaremos aparte -por ahora, 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 forzoso⁴³³, de las deportaciones fuera del territorio ocupado, así como de la colonización del territorio ocupado mediante la evacuación o transferencia de una parte de la población de la Potencia ocupante⁴³⁴, y (c) las relativas al internamiento.

1.3.D. El internamiento: detención de civiles por motivos de seguridad

Por tratarse de la segunda forma más habitual de detención en los conflictos armados, y por ser, de hecho, una de las figuras de detención administrativa que posiblemente mas tiene que ver con nuestro objeto de

⁴²⁹ Arts. 41 y 42 G IV.

⁴³⁰ Art. 43 G IV.

⁴³¹ RODRÍGUEZ -VILLASANTE, J.L., "La protección ... op.cit.

⁴³² Artículos 27 a 34 GIV y artículo 75 GPI.

⁴³³ 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. Los EEUU han hecho siempre especial hincapié en la pérdida de la protección por participar en las hostilidades.

⁴³⁴ Art. 49 G IV.

estudio, es preciso hacer especial referencia al régimen del internamiento, recogido en la Sección IV, Título III del Convenio⁴³⁵. Este recoge, en forma paralela a las previsiones del III Convenio, los pormenores de una peculiar privación de libertad de carácter administrativo, por lo general admitida por todos los Estados, y desde luego regulada por el DIH, aunque no aparece expresamente recogida en el DIDH. El PIDCP no enumera los supuestos de privación de libertad, pero el CEDH sí, y no tiene previsto expresamente el internamiento. Por lo tanto se trata de una de las más habituales áreas de conflicto entre ambos cuerpos legales⁴³⁶.

La regulación de éste régimen cubre una laguna que se correspondía con una práctica habitual de los Estados, iniciada probablemente por nosotros –los españoles- en Cuba, y perfeccionada durante la guerra de los Boers (1899-1902) por los británicos, generalizándose durante la Segunda Guerra Mundial⁴³⁷. Casi ningún Estado puede lanzar la primera piedra, puesto que casi ninguno ha respetado siempre los mas elementales principios humanitarios en la materia, aunque a distinta escala⁴³⁸, y desde luego dejando aparte los genocidios de determinados grupos raciales llevados a cabo durante la Segunda Guerra Mundial o antes. A diferencia de la literatura sobre los prisioneros de guerra, la relativa al internamiento no es tan copiosa, y parece como que ciertos sectores institucionales la consideran una cuestión incómoda⁴³⁹. Es curioso comprobar como en ausencia de regulación –los Convenios de la Haya y los de Ginebra de 1929 no se ocupaban del tema con la minuciosidad merecida- los Estados han tendido a hacer lo que les resultaba más cómodo; en definitiva a hacer lo que les daba la gana.

Entrando en comparaciones, el fundamento de la detención de prisioneros de guerra está claro; se trata de una medida que simplemente

⁴³⁵ Arts. 79 a 135 G IV.

⁴³⁶ ROBERTS, Adam (2006), “Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights”. *The American Journal of International Law*, Vol. 100, pp. 580-622, p. 593.

⁴³⁷ RODRÍGUEZ VILLASANTE, “La protección ... op.cit., y BORY, F., *Génesis y desarrollo ... op.cit.* p. 17.

⁴³⁸ Por ejemplo el internamiento de norteamericanos de origen japonés durante la Segunda Guerra Mundial, bajo la autoridad de la Orden Ejecutiva 9066, que volveremos a mencionar.

⁴³⁹ STIBBE, Matthew (2006), “The Internment of Civilians by Belligerent States during the First World War and the Response of the International Committee of the Red Cross”. *Journal of Contemporary History*, Vol. 41 (1), pp. 5-19.

pretende asegurar la puesta fuera de combate de los miembros de las fuerzas armadas enemigas y asimilados, y su aplicación es automática, con los matices en cuanto a la liberación previa a la finalización de las hostilidades que hemos visto en el epígrafe anterior. Por otro lado no puede compararse su régimen con el de cualquier otra situación conocida en tiempo de paz. Ni siquiera se contempla tal figura en el marco de los conflictos no internacionales. Sin embargo, en el caso del internamiento el motivo es hasta cierto punto distinto y lleva implícito un elemento de valoración difícilmente objetivable. Desde luego tratándose de una privación de libertad de carácter gubernativo o administrativo, sin límites temporales precisos, sería inaceptable en tiempo de paz, al menos en el ámbito del CEDH, salvo a través de una derogación de los convenios en materia de derechos humanos⁴⁴⁰. Incluso durante situaciones parecidas al régimen de ocupación resulta una medida polémica como ha puesto de manifiesto el caso Al-Jedda⁴⁴¹.

Según el artículo 79 del Convenio IV, el internamiento –y la residencia forzosa- puede decretarse tanto respecto de los extranjeros residentes en territorio de la potencia adversa⁴⁴², como respecto a personas protegidas en los territorios ocupados⁴⁴³, pero siempre que se trate de una medida “absolutamente indispensable”⁴⁴⁴ o adoptada por “razones imperiosas de seguridad”⁴⁴⁵. 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 bastante minuciosidad.

El lugar de internamiento deberá emplazarse en lugares alejados de los combates (“regiones particularmente expuestas a los peligros de la guerra”), y siempre que las condiciones de orden militar lo permitan, se señalarán con las

⁴⁴⁰ Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflict. Meeting Summary. Chatham House & ICRC, London, 22-23 September 2008, p. 4 y 6.
<http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/il220908summary.pdf>

⁴⁴¹ Recordemos que la línea de defensa británica era el principio de atribución, y que lo que hace el TEDH es decir que, si bien existe un mandato, e incluso un régimen de ocupación, nada obligaba al Reino Unido a acudir al internamiento, con sus implícitas limitaciones procedimentales y de garantía. Al-Jedda, párrafo 108.

⁴⁴² Arts. 41 a 43, en relación con el artículo 4 G IV.

⁴⁴³ Arts. 68 y 78, en relación con el artículo 4 G IV.

⁴⁴⁴ Art. 42 G IV.

⁴⁴⁵ Art. 78 G IV.

siglas “IC”, colocadas de forma que puedan ser vistas desde el aire⁴⁴⁶. Los alojamientos deberán estar separados de los de los prisioneros de guerra y de personas privadas de libertad por otras causas⁴⁴⁷, ajustarse a unas condiciones de salubridad mínimas⁴⁴⁸, disponer de lugares para el culto⁴⁴⁹ y cantinas⁴⁵⁰, así como refugios en los casos en que exista riesgo de bombardeos aéreos u otros inherentes a la guerra. También deberán adoptarse precauciones contra el riesgo de incendios⁴⁵¹.

Está claro que el internado debe ser mantenido, en condiciones de vida dignas, por la potencia que lo mantiene en tal situación. Esta asistencia al internado incluye normas sobre alimentación y vestuario⁴⁵², religión, actividades intelectuales y físicas (lo que incluye previsiones en torno al trabajo de los internados, que nunca puede ser forzoso)⁴⁵³, así como sobre propiedades personales y recursos financieros⁴⁵⁴. En cuanto a la higiene y asistencia médica, 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.⁴⁵⁵

En cuanto al régimen penal y disciplinario, y como regla general, el Convenio establece la aplicación a los internados de la ley en vigor en el territorio en el que se encuentren, aunque estableciendo un régimen disciplinario básico común. Por lo demás, no dice gran cosa el Capítulo IX de la Sección 4ª del Convenio; una serie de prevenciones en relación con principios básicos del derecho sancionador, como el *ne bis in idem*, o la prohibición de tratos inhumanos o brutales⁴⁵⁶. Bien entendido que esto se refiere al régimen interior, y no a posibles infracciones, penales o de otra índole que hubieran

⁴⁴⁶ Art. 83 G IV.

⁴⁴⁷ Art. 84 G IV.

⁴⁴⁸ Art. 85 G IV.

⁴⁴⁹ Art. 86 G IV.

⁴⁵⁰ Art. 87 G IV.

⁴⁵¹ Art. 88 G IV.

⁴⁵² Arts. 89 y 90 G IV.

⁴⁵³ Arts. 93 a 96 G IV.

⁴⁵⁴ Arts. 97 y 98 G IV.

⁴⁵⁵ Arts. 91 y 92 G IV.

⁴⁵⁶ Arts. 117 a 126 G IV.

precedido al internamiento. Las garantías básicas en relación con cualquier procedimiento sancionador serán, como para todas las personas en poder de una parte, las del artículo 75 del Protocolo I, ya sea como derecho convencional o consuetudinario.

En línea con una de las preocupaciones principales de los Convenios, el internado debe tener garantizada su comunicación con el exterior. Esto incluye, entre otras cosas, 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 protectora⁴⁵⁷, el derecho a enviar, en un breve plazo, una tarjeta de internamiento a su familia y a la Agencia Central de información prevista en el artículo 140 del Convenio⁴⁵⁸, a mantener correspondencia⁴⁵⁹ -que puede ser sujeta a censura⁴⁶⁰- a recibir envíos de alimentos, ropas, medicamentos y libros –sin que esto excuse las obligaciones de la potencia detenedora⁴⁶¹- a recibir visitas de familiares a intervalos regulares de tiempo, e incluso a visitarlos a ellos en casos excepcionales⁴⁶². También se recogen previsiones relativas a diversos actos jurídicos documentados o a la gestión del propio patrimonio⁴⁶³. Relacionados con estas relaciones con el exterior están los sistemas y redes de información, que se concretan en la obligación para las partes contendientes de constituir, cada una de ellas, una oficina oficial 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

⁴⁵⁷ Art. 105 G IV.

⁴⁵⁸ Art. 106 G IV.

⁴⁵⁹ Art. 107 G IV.

⁴⁶⁰ Art. 112 G IV.

⁴⁶¹ Art. 108 G IV.

⁴⁶² Art. 116 G IV.

⁴⁶³ Arts. 113 a 115 G IV.

oficinas nacionales, los cuales transmitirán lo más rápidamente posible al país de origen o de residencia de las personas interesadas⁴⁶⁴.

Otro aspecto delicado, dada la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, son los traslados de los internados, que deberán realizarse con humanidad, estableciéndose los mismos estándares que los aplicados a las tropas propias de la potencia detenedora, y sujetos a la más estricta transparencia en cuanto al paradero de los internados⁴⁶⁵.

El fallecimiento de internados debe ser documentado y registrado, prohibiéndose las tumbas colectivas, salvo contadas excepciones. Los fallecimientos por causas violentas o desconocidas deben ser investigados conforme a un procedimiento oficial, notificando el caso a la potencia protectora, y adoptando todas las medidas necesarias para el enjuiciamiento de los posibles responsables⁴⁶⁶.

En cuanto al límite temporal de la medida -liberación, repatriación y hospitalización en países neutrales- se establece la obligación de poner en libertad a los internados tan pronto desaparezcan las razones que motivaron su internamiento, que cesará lo más rápidamente posible al término de las hostilidades⁴⁶⁷. Tras la terminación del conflicto armado, la IV Convención de Ginebra no puede ser considerado un marco jurídico válido para la detención de personas que no esten sujetas a un procedimiento penal⁴⁶⁸. En general, el límite temporal de aplicación del IV Convenio aparece regulado en su artículo 6 y en el artículo 3.b) del I Protocolo, que examinaremos más adelante al hablar de la ocupación. Relacionada con esta cuestión está la de la revisión de la medida si se prolongara en el tiempo. Hay que señalar que las previsiones del IV Convenio son pocas, y no muy detalladas. Por otro lado no son exactamente iguales según se trate del territorio de la potencia ocupante o del territorio

⁴⁶⁴ Arts. 136 a 141 G IV.

⁴⁶⁵ Arts. 127 y 128 G IV.

⁴⁶⁶ Arts. 129 a 131 G IV.

⁴⁶⁷ Arts. 132 a 135 G IV.

⁴⁶⁸ International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts. Document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 26–30 November 2007. *IRRC*, Vol. 89, Nº 867, pp. 719-757, p. 728.

ocupado. El artículo 43 establece que cualquier persona protegida que haya sido internada o sometida a residencia forzosa tendrá derecho a que un

“tribunal o consejo administrativo competente, a tal efecto creado por la Potencia en cuyo poder esté, considere de nuevo en el plazo más breve posible la decisión tomada a su respecto. Si se mantuvieren [las medidas] el tribunal o el consejo administrativo procederán periódicamente, y por lo menos dos veces al año, a un examen del caso, de la persona de que se trata, a fin de modificar en su favor la decisión inicial, siempre que las circunstancias lo permitan.”

Aún menos explícito es el artículo 78 en relación con los territorios ocupados. Aparte de no decir quien se ocupa de las revisiones, señala que éstas se harán “a ser posible” semestralmente. En cuanto al primer aspecto, parece haber acuerdo doctrinal en que, al referirse a un “procedimiento regular (...) a tenor de las disposiciones del presente Convenio” sería de aplicación, también a este caso el artículo 43, *mutatis mutandis*.⁴⁶⁹ Y por otro lado lo que sí establece el artículo 78, a diferencia del 43, es que dicho procedimiento “debe prever el derecho de apelación de los interesados”. Toda esta regulación está muy trastocada en sentido garantista por el Protocolo I, en particular por su artículo 75.

1.3.E. Las categorías residuales de detenidos 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, por lo menos en lo que se refiere a los prisioneros de guerra, 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

⁴⁶⁹ DEEKS, Ashley S. (2009), “Administrative Detention ... op.cit., p. 408-414.

en las convenciones. Sin embargo, como de pasada hemos hablado de una categoría, la de los combatientes ilegítimos⁴⁷⁰, que no parece entrar en ninguna de aquellas. Estos son, al ser capturados, los que más se hacen acreedores a la denominación genérica de detenido⁴⁷¹. Lo que tienen en común las distintas figuras que entran en el concepto y que veremos por encima, es que no son acreedores al estatuto de prisionero de guerra. Son, por tanto, “necesariamente” civiles conforme al IV Convenio y al I Protocolo⁴⁷². Cuestión distinta es que hayan perdido, o no, toda protección.

Combatientes ilegítimos serían los espías y saboteadores, 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 saboteador, por ejemplo⁴⁷³. En otras palabras, gente esencialmente perseguible penalmente por sus actividades relacionadas con el conflicto armado, dado que carecerían del privilegio o inmunidad del combatiente legítimo.

Aunque es una terminología caída un poco en desuso⁴⁷⁴, 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. Por otra parte, y sobre todo, no deben reunir

⁴⁷⁰ De todas formas, y como destaca POZO SERRANO, M^a Pilar (2002), “El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado en Afganistán”, *Anuario de Derecho Internacional XVIII*, pp. 171-204, p. 180, “las nociones de ‘combatiente legítimo’ e ‘ilegítimo’, aunque usadas por la doctrina no aparecen como tales en los Convenios de Derecho Internacional Humanitario”.

⁴⁷¹ 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.

⁴⁷² Entre otros, VÅRK, René (2005), “The Status and Protection of Unlawful Combatants”. *Juridica International X*, pp. 191-198, p. 192.

<http://www.juridicainternational.eu/the-status-and-protection-of-unlawful-combatants>.

⁴⁷³ NAERT, F. (2006), “Detention in Peace Operations ...”, op.cit. p. 16.

⁴⁷⁴ Pero sigue utilizándose en los manuales del Ejército español, por ejemplo el OR7-004 “Orientaciones. El Derecho de los Conflictos Armados”

ni siquiera los requisitos del artículo 44.3 del Protocolo I⁴⁷⁵. Tampoco deben confundirse con los tiradores selectos que existen en todos los ejércitos del mundo.

Los espías son personas encargadas de obtener información de interés para alguna de las partes contendientes⁴⁷⁶. 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 espionaje⁴⁷⁷. 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 ocupada⁴⁷⁸. La doctrina anglosajona suele incluir a los sabotadores (“*saboteurs*”)⁴⁷⁹ junto con aquellos, pero esta última figura no tiene perfiles muy claros⁴⁸⁰.

Los mercenarios son otra categoría, incluida en el Protocolo I a los convenios, considerada generalmente como de combatientes ilegítimos. De hecho, de entre todas las categorías apuntadas, es la que considerada aisladamente presenta un mayor interés, 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 sí ha llegado a tener unos perfiles bien definidos en el Derecho internacional. Además no han perdido su actualidad,

⁴⁷⁵ Es decir, llevar las armas abiertamente durante todo el enfrentamiento militar y durante 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 va a participar.

⁴⁷⁶ FERNÁNDEZ FLORES, *El Derecho ...op.cit.* p. 314 y 315.

⁴⁷⁷ Art. 46 GP I.

⁴⁷⁸ Art. 46.3 GP I.

⁴⁷⁹ Los espías y sabotadores aparecen juntos, por ejemplo en el artículo 5 del IV Convenio. En toda esta cuestión debe tenerse en cuenta el factor lingüístico. Los Convenios están originalmente redactados en francés e inglés, y a veces su traducción resulta chocante. En otras no coincide en sus matices la versión francesa con la inglesa. Entre otras cuestiones, por esto se ha acudido a la traducción española.

⁴⁸⁰ Comentarios”, cit. “Sabotage is harder to define, as no definition of it is given in any text in international law. The term “sabotage” should be understood to mean acts whose object or effect is to damage or destroy material belonging to the army of occupation or utilized by it”. Tb. En DÖRMANN, Knut (2003), “The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”. *IRRC*, Vol. 85, Nº 849, pp. 45-74. Este autor recoge (p. 56, n.) una definición de sabotaje, en un contexto militar, como actos cometidos con el fin de dañar o destruir la infraestructura del enemigo, líneas de comunicación o instalaciones militares. No obstante parecería legítimo acudir al concepto propio del derecho penal común, solo que aplicado al mencionado contexto bélico.

todo lo contrario, ante su posible transformación en “contratistas militares”.⁴⁸¹ Sin embargo, o tal vez por esto último, no todos los Estados consideran a los mercenarios como una figura perseguible⁴⁸².

El artículo 47.1 del Protocolo deja bien claro que los “mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra”. Mercenario es aquel que combate por dinero⁴⁸³. A veces es difícil distinguirlos de los voluntarios que luchan por consideraciones idealistas o altruistas, o de los soldados profesionales. Pero, consideraciones sociológicas o psicológicas aparte, el mejor punto de referencia es el móvil económico que mueve fundamentalmente⁴⁸⁴ al mercenario, junto con el hecho de no estar escalafonado en un ejército regular. Parece lógico que, siendo la guerra una actividad prohibida y estando regulada como mal menor, las personas que viven de, o se lucran con ella sean casi universalmente consideradas poco menos que como criminales. Prueba de ello es la gran cantidad de resoluciones de las Naciones Unidas sobre el particular⁴⁸⁵. En todas ellas

⁴⁸¹ Algunos artículos sobre el tema, SAURA ESTAPÀ, Jaume (2010), “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí”, *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 19, GASTON, E. L. (2008), “Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement”, *HILJ*, vol. 49, Nº 1, pp. 221-248, SALZMAN, Zoe (2008), “Private Military Contractors and the Taint of a Mercenary Reputation”, *International Law and Politics*, vol. 40, pp. 853-892, LEHNARDT, Chia (2008), “Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law”, *EJIL*, Vol. 19, Nº 5, pp.1015 – 1034, ELSEA, Jennifer K. (2010), “Private Security Contractors in Iraq and Afghanistan: Legal Issues”, *CRS Report for Congress, January 7, 2010*, PASTOR PALOMAR, Antonio (2008), ““Blackwater” ante el derecho internacional: el negocio de la inmunidad”, *REDI*, Vol. 60, Nº 2, pp. 427-455, DICKINSON, Laura A. (2010), “Military Lawyers, Private Contractors, and the Problem of International Law Compliance”, *International Law and Politics*, vol. 42, pp.355-388, (2007), “Accountability of Private Security Contractors under International and Domestic Law”, <http://www.asil.org/insights071226.cfm>, p. 1 y 2, y (2005), “Torture and Contract”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 27, pp. 267-275.

⁴⁸² Comentarios de Michael MATHESON (Deputy Legal Advisor del Departamento de Estado de EEUU en 1987), p. 233, U.S. Law of War Documentary Supplement, (2011), op.cit.: “Art. 47. We do not support the prohibition on the use of mercenaries; this is not an expression of customary international law.”

⁴⁸³ LEHNARDT, C. (2008), “Criminal Liability of Private Military Personnel ...op.cit. Este artículo demuestra como se puede soslayar el tema del mercenarismo al tratar de las empresas privadas.

⁴⁸⁴ 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.

⁴⁸⁵ 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, la

aparece una inequívoca condena de la figura del mercenario⁴⁸⁶. Otra prueba de 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 parte. Tal Convenio define como mercenarios a las categoría que enumera en su artículo 1^o⁴⁸⁷, y constituye como delitos internacionalmente perseguibles la recluta, financiación o entrenamiento de mercenarios, así como el hecho de serlo, si se participa en hostilidades⁴⁸⁸.

Cuestión distinta es la de los *enemy combatants*. En los primeros compases de la GWOT, se produjo un cierto baile de denominaciones no incluidas en los convenios de Ginebra. La expresión “*unlawful combatants*” se puede traducir por nuestros combatientes ilegítimos. Se trata, como sabemos de una denominación no incluida en los convenios ni en los protocolos, para referirse globalmente a aquellos combatientes que no son acreedores al estatuto de prisionero de guerra⁴⁸⁹. Sin embargo, como estamos viendo, la condición de ilegítimos no priva a dichos combatientes de la protección global

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.

⁴⁸⁶ VIÑAL CASAS, “El estatuto Jurídico -Internacional ... op.cit. p. 305.

⁴⁸⁷ La definición de mercenario aparece en el artículo 47.2 del Protocolo I a los convenios. El artículo 1 de la Convención reproduce básicamente el contenido de dicho artículo en su punto 1, y añade el punto 2: “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.”

⁴⁸⁸ Arts. 2 y 3 del Convenio de 1980 sobre mercenarios.

⁴⁸⁹ DÖRMANN, Knut (2003), “The legal situation ...op.cit., p. 46.

de los convenios, y menos aún en el caso de los Estados que han ratificado el Protocolo I⁴⁹⁰. Pierden, eso sí, el privilegio o inmunidad del combatiente.

Por tanto, hay que subrayar que al hacer referencia a los “*unlawful combatants*”, las autoridades norteamericanas de la época parecían referirse a algo ligeramente distinto; a un tipo de combatiente que carecía de dicha protección, no ya como combatiente bajo el III Convenio, sino incluso como civil bajo el IV. Posteriormente empezó a utilizarse el término “*enemy combatants*” para referirse a lo mismo. Hay un autor que, significativamente, coloca el término entre signos de interrogación, ya que ésta parecía buscar una nueva categoría, que no ha sido admitida generalmente por la doctrina internacionalista⁴⁹¹.

El artículo 5 del IV Convenio admite la derogación de ciertas protecciones cubiertas por el mismo⁴⁹². Un cierto sector de la doctrina de EEUU estima que dicho artículo permite, en ciertos casos, la detención indefinida e incomunicada⁴⁹³. No obstante, y dejando aparte estos sectores minoritarios, existe un evidente consenso en la doctrina, y también en significativos sectores de la actual administración de EEUU⁴⁹⁴, en cuanto a que la figura de los *enemy*

⁴⁹⁰ JINKS, Derek (2004), “The Declining Significance ...op.cit. p. 442, DÖRMANN, Knut (2003), “The legal situation ... op. cit., p. 58.

⁴⁹¹ NAERT, F. (2006), “Detention in Peace Operations ... op.cit. p. 16.

⁴⁹² 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.

⁴⁹³ No nos referimos, claro está al primer memorando de Jay Bybee (22 de enero de 2002), relativo a Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees, que en realidad se refiere a que el DIH no se aplica en ningún sentido.

⁴⁹⁴ Por ejemplo, el *OPLAW Handbook* en su edición de 2011, op.cit. establece (p. 157-158): “b. Enemy Combatant. In general, a person engaged in hostilities against the United States or its coalition partners during armed conflict. The term “enemy combatant” includes both “lawful enemy combatants” and “unlawful enemy combatants.” (1) Lawful Enemy Combatant. Lawful enemy combatants, who are entitled to protections under the Geneva Conventions, include members of the regular armed forces of a State party to the conflict; militia, volunteer corps, and organized resistance movements belonging to a State party to the conflict, which are under responsible command, wear a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; and members of regular armed forces who profess allegiance to a government or an authority not recognized by the detaining power. (2) Unlawful Enemy Combatant. Unlawful enemy combatants are persons not entitled to combatant immunity, who engage in acts against the United States or its coalition partners in violation of the laws and customs of war during an armed conflict. For purposes of the war on terrorism, the term Unlawful Enemy Combatant is defined to include, but is not limited to, an individual who is or was part of or supporting Taliban or al Qaeda forces or associated forces that are engaged in hostilities against the United States or its coalition partners.”

combatants encubre un pretendido vacío jurídico que en buena medida ha llevado a un callejón sin salida. En primer lugar, las derogaciones que permite el artículo 5 mencionado son limitadísimas, y se refieren exclusivamente a aquellos derechos, conferidos por el IV Convenio, cuyo ejercicio pudiera perjudicar a la seguridad del Estado en el territorio de éste, y, en el caso de ocupación (“persona prendida por espía o malhechora” –*saboteur*- o “legítimamente sospechosa de estar entregada a actividades perjudiciales para la seguridad de la Potencia ocupante”), tan sólo acarrearía la privación de los derechos de comunicación previstos en el Convenio⁴⁹⁵. De todos modos, el propio tercer párrafo del artículo que examinamos parece dejar bastante claros los límites de las derogaciones al señalar que “en caso de enjuiciamiento”, las personas que entran dentro de las categorías mencionadas conservan su derecho a un proceso equitativo y regular.

La duda, por lo tanto, surge con respecto a aquellas personas a las que no se someta a enjuiciamiento y a los combatientes ilegítimos que no cumplan los requisitos espaciales del artículo 5. Es decir, que la persona protegida, para tener dicho estatuto, debe estar o bien en territorio propio de la potencia en cuyo poder se encuentra, o en territorio ocupado por la misma, lo que excluiría de protección a aquellos combatientes ilegítimos en el área de combate por no ser ésta ninguna de las dos cosas, como veremos al hablar del régimen de la ocupación⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ “Comentarios” al IV Convenio, op. cit.: “The other terms used in this paragraph have already been commented upon in connection with paragraph 1. The application of these provisions, however, is limited to cases where absolute military security so requires -- a more stringent condition than the one in the first paragraph. Moreover it is not, here, the rights and privileges accorded to the protected person by the Convention which are forfeited, but only his rights of communication.// “.... be regarded as having forfeited rights of communication” (in French “être privée des droits de communication” -- be deprived of rights of communication). The meaning of the two versions is not exactly the same. According to the English text, the detained person has, by his past actions, forfeited or deprived himself of his rights of communication. Those rights obviously refer to his relations with the outside world, which we have already discussed. The Detaining Power is, however, in no way released from its obligation to notify the arrest to its official Information Bureau for transmission to the official [p.58] Information Bureau of the country of which the person concerned is a national. The Protecting Power too will have to be notified in accordance with Articles 71 and 74 in case of proceedings being instituted.

⁴⁹⁶ DÖRMANN, Knut (2003), “The legal situation ... op.cit., p. 62 y ss. Imaginemos las consecuencias de esta línea de razonamiento en el caso de que el área de combate fuera el mundo entero.

En cualquier caso, tanto los *enemy combatants*, entendidos aquí como combatientes ilegítimos o no privilegiados, como el resto de las categorías examinadas, aún no siendo acreedores al estatuto de prisioneros de guerra, están protegidos por la IV Convención de Ginebra, y en cualquier ocasión o circunstancia por un mínimo de garantías⁴⁹⁷. Estas incluyen, como sabemos, un procedimiento judicial con garantías –en el caso de que se promueva tal procedimiento- 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.

Lo que no tienen explícitamente reconocido en los convenios ni en el Protocolo I, y éste es uno de los problemas, es un, llamémoslo, derecho a ser juzgados, en paralelo a la previsión del DIDH⁴⁹⁸. Esto plantea problemas serios si nos desenvolvemos en una “guerra contra el terror”.

En cualquier caso, y cerrando el círculo que abrimos al hablar de los prisioneros de guerra, las diferencias en cuanto a la protección, acaso significativas en otras épocas, han ido derivando hacia una protección universal, en la que la única diferencia que queda en pie es el privilegio o inmunidad del combatiente legítimo. Pero esta va asociada al comportamiento en el combate y no a la pertenencia a unas fuerzas armadas organizadas, de modo que incluso los miembros de éstas últimas pueden ser perseguidos penalmente en el caso de que cometan delitos por quebrantamiento de las reglas del combate. Lo que parece aparentemente claro es que, sea a través del Derecho convencional o a través del Derecho consuetudinario, no existen vacíos de protección en relación con los detenidos en el DIH⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ VÄRK, René (2005), “The Status and Protection ... op.cit. pp. 191-198.

⁴⁹⁸ Arts. 14 del PIDCP, 6 del CEDH, etc.

⁴⁹⁹ SANDOZ, Y., SWINARSKI, Ch. y ZIMMERMANN, B. (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Martinus Nijhoff, Geneva, 1987, comentario al artículo 45: N° 1761. “In armed conflict with an

1.4. El régimen de la ocupación: el margen de aplicación del DIDH.

1.4.A. ¿Una situación intermedia entre la guerra y la paz?

Quede claro que si emprendemos ahora el examen –y solo de algunos aspectos- del régimen de la ocupación, es porque plantea cuestiones muy relevantes para nuestro objeto de estudio; al fin y al cabo, durante la ocupación, la potencia ocupante se responsabiliza total o parcialmente de ciertas tareas de gobierno, en particular algunas de carácter netamente policial o de orden público, y por lo tanto de ciertos aspectos de las detenciones de personas practicadas en territorio ocupado⁵⁰⁰.

La ocupación es una parte un tanto incongruente con el resto del DIH⁵⁰¹. Se trata de una situación de hecho sometida a regulación, pero ese supuesto de hecho no es precisamente el combate, sino lo que sucede, en ocasiones, una vez se estabiliza la situación después de aquél. Hay quien sostiene que a pesar de su pertenencia al derecho de los conflictos armados, el derecho de la ocupación tiene más características del derecho de la paz, por ser una especie de situación intermedia entre la guerra y la paz⁵⁰².

Por otro lado, su duración es indefinida y no está vinculada de forma clara a la finalización de las hostilidades, pudiendo, como estamos comprobando en la práctica internacional contemporánea, extenderse, al menos *de facto*, durante décadas. Es cierto que el artículo 6 del IV Convenio de Ginebra establece una serie de límites temporales en cuanto a su propia aplicación, que en el territorio de las partes contendientes “terminará con el cese general de las operaciones militares”. Sin embargo en el territorio ocupado

international character, a person of enemy nationality who is not entitled to prisoner-of-war status is, in principle, a civilian protected by the Fourth Convention, so that there are no gaps in protection”.

⁵⁰⁰ SASSÒLI, Marco (2005), “Legislation and Maintenance of Public Order and ... op.cit..

⁵⁰¹ Sobre el particular algunas obras más próximas a éste trabajo: ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2009), *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Leiden, Brill. GILL, Terry, FLECK, Dieter et al. (2010), *Handbook of the international law of military operations*. Oxford; New York; Oxford University Press.

⁵⁰² CAMPANELLI, Danio, (2008), “The Law of Military Occupation ... op.cit. p. 654 y 659-660.

“la aplicación del Convenio terminará un año después del cese de las operaciones militares; no obstante, la Potencia ocupante quedará obligada mientras dure la ocupación –en tanto que esta Potencia ejerza funciones gubernamentales en el territorio del que se trata- por las disposiciones de los siguientes artículos del presente Convenio: 1 a 22, 29 a 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 a 77 y 143”

Pero esta disposición se puede considerar de hecho derogada por el artículo 3.b) del Protocolo I, y además parece de escasa relevancia dada la práctica contemporánea. El caso más conspícuo y rememorado por los medios, es el de los territorios ocupados por Israel, pero no es, ni mucho menos, el único que se puede citar⁵⁰³.

Además han cristalizado ciertas prácticas, que no son del todo nuevas y que han corregido el significado de la ocupación, tales como las operaciones militares internacionales bajo mandato de Naciones Unidas, o lo que se llama en cierta doctrina *transformative occupation*⁵⁰⁴, es decir, la ocupación dirigida a transformar las estructuras políticas y jurídicas del Estado ocupado, cosa, solo en teoría, poco compatible con el régimen de la ocupación que examinaremos sucintamente⁵⁰⁵.

⁵⁰³ VITÉ, Sylvain (2009), “Typology of armed conflicts in international ...op.cit., p. 73-75. Este autor destaca la situación de ocupación de facto por Armenia en Nagorno-Karabaj. Otros trabajos sobre el tema israelí, WEILL, Sharon (2007), “The Judicial Arm of the Occupation: The Israeli Military Courts in the Occupied Territories”, *IRRC*, Vol. 89, Nº 866, pp. 395-419, FUX, Pierre-Yves & ZAMBELLI, Mirko (2002), « Mise en oeuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés: historique d'un processus multilatéral (1997-2001) », *IRRC*, Vol. 84, Nº 847, pp. 661-695, 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. Por su parte ROBERTS, Adam (2006), “Transformative Military Occupation ... op. cit. añade los casos de Chipre, Timor Oriental, y los casos no resueltos de la invasión del Tíbet por China, o de Goa por la India p. 582 y 584.

⁵⁰⁴ BHUTA, Nehal (2005), “The Antinomies of Transformative Occupation”, *EJIL*, Vol. 16, Nº 4, pp. 721–740, ROBERTS Adam (2006), “Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights”, *The American Journal of International Law*, Vol. 100, pp. 580-622.

⁵⁰⁵ Sin embargo, la *transformative occupation* dista de ser una práctica nueva. ROBERTS, Adam (2006), “Transformative Military Occupation ... op.cit.. Este autor recuerda que desde las guerras desencadenadas tras la Revolución Francesa, pasando por la ocupación de Alemania e Italia después de 1945, muchos ocupantes han intervenido activamente en el cambio de estructuras, a veces de manera ineludible. También destaca que hay que desechar la idea del

1.4.B. La ocupación y su lado gubernativo o policial

No ayuda mucho que el régimen de la ocupación sea básicamente el recogido en el más que centenario Reglamento anejo a la Convención de La Haya de 18 de octubre de 1907 (en lo sucesivo HIV), relativo a las leyes y costumbre de la guerra terrestre. Es, evidentemente, una regulación obsoleta en muchos aspectos, que hay que exprimir y retorcer para poder adaptarla a situaciones contemporáneas. Su Sección 3ª lleva el título “De la autoridad militar sobre el territorio del Estado enemigo”, con un total de 15 artículos (42 a 56). 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), su Sección III lleva el título “Territorios ocupados”, artículos 47 a 78. Además hay varias referencias a la ocupación en el Protocolo I a los Convenios. La definición contenida en el artículo 42 del Reglamento –que sigue siendo la referencia válida para la jurisprudencia internacional y para la doctrina- señala que se “considera un territorio como ocupado cuando se encuentra de hecho colocado bajo la autoridad del Ejército enemigo”. Aclara además que la ocupación “no se extiende mas que a los territorios en que dicha autoridad se encuentra establecida, y con medios de ser ejercida”. Parece que los Estados aceptan solo a regañadientes la condición de potencia ocupante, precisamente por las obligaciones que impone, y de ahí que sorprendiera la actitud de “presentarse voluntarios” manifestada por EEUU y el Reino Unido en la segunda guerra de Irak, acaso no suficientemente calibrada en cuanto a sus consecuencias⁵⁰⁶.

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. En conjunto, lo que viene a decir dicho régimen es que el ocupante se convierte en el gobernante de hecho del territorio ocupado, y se le imponen, por tanto, obligaciones. En particular, el ocupante pasa a poseer “de hecho la autoridad del poder legal”, por lo que “tomará todas las medidas que de el dependan para restablecer y asegurar en

”ocupante malvado”. A veces, como en los ejemplos mencionados, las estructuras de los estados ocupados tenían que ser cambiadas necesariamente.

⁵⁰⁶ ZWANENBURG, Marten (2004), “Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the Law of Occupation”. *IRRC*, Vol. 86, Nº 856, pp. 745-769, p. 751-753 y 757.

cuanto sea posible el orden y la vida públicos, respetando, salvo imposibilidad absoluta, las leyes vigentes en el país⁵⁰⁷. El objetivo es que, en tanto sea posible, la población civil pueda continuar viviendo con la normalidad que admitan las circunstancias.

Uno de los aspectos fundamentales para conseguir dicho objetivo es la seguridad general. El ocupante tiene el deber de mantener el orden público⁵⁰⁸. De manera general, las autoridades, la administración y las instituciones, tanto públicas como privadas, continuarán funcionando⁵⁰⁹. Ello, aunque no se diga expresamente en ningún sitio, incluye a los servicios de policía y los tribunales de justicia. La legislación penal del territorio ocupado seguirá en vigor salvo las derogaciones o suspensiones que pueda hacer la potencia ocupante si dicha legislación constituyese una amenaza para su seguridad, o un obstáculo para la aplicación del IV Convenio de Ginebra⁵¹⁰.

Sin embargo, el ocupante puede someter a la población del territorio ocupado a aquellas disposiciones indispensables para permitirle cumplir las obligaciones derivadas del Convenio y asegurar la administración regular del territorio. También tiene derecho a defenderse contra los actos hostiles a su propia seguridad, la de sus tropas o bienes, la de su administración de ocupación y los establecimientos y líneas e comunicación por ella utilizados. Puede promulgar, a tal propósito, leyes penales especiales⁵¹¹ y perseguir a los acusados ante sus propios tribunales militares –no políticos, y normalmente constituidos- pero los tribunales de apelación deben funcionar preferentemente en el país ocupado⁵¹². No podrá pronunciarse condena alguna sin previo proceso regular⁵¹³.

⁵⁰⁷ Art. 43 H IV. ROBERTS, Adam (2006), "Transformative Military Occupation ... op.cit. Este autor señala como, en la práctica, muchas leyes del estado ocupado son suspendidas casi en automático, como las que se refieren a obligaciones militares de la población, o a las elecciones. En otros casos las aboliciones parecen absolutamente necesarias –las leyes raciales del III Reich- o bastante convenientes. La fórmula "salvo imposibilidad absoluta" del artículo 43 H IV, sirve para estos propósitos.

⁵⁰⁸ Art. 64 G IV. SASSÒLI, Marco (2005), "Legislation and Maintenance ... op.cit.

⁵⁰⁹ Arts. 54, 63 y 64 G IV.

⁵¹⁰ Art. 64 G IV.

⁵¹¹ Art. 64 y 65 G IV. Tales leyes deben ser publicadas y puestas en conocimiento de la población en la lengua de ésta.

⁵¹² Art. 66 G IV.

⁵¹³ Art. 71 G IV.

Como ya hemos visto, el ocupante podrá proceder, si su seguridad lo exigiere imperiosamente, al internamiento de ciertas personas⁵¹⁴. No obstante, estas medidas habrán de estar sometidas a reglas concretas que hemos examinado en su plano teórico, y al control de la Potencia protectora⁵¹⁵. Las personas protegidas no nacionales del Estado ocupado pueden abandonar el territorio, con el mismo régimen visto en general para las personas en el territorio y en poder de una parte contendiente⁵¹⁶.

Sin embargo, y esto es muy importante, están terminantemente prohibidos los traslados en masa, o individuales, de carácter forzoso y las deportaciones de personas protegidas fuera del territorio ocupado, al territorio de la potencia ocupante o a cualquier otro Estado “fuere cual fuere el motivo”. Es evidente el impacto que esta previsión tiene en la materia que estamos estudiando; la condición de potencia ocupante impide absolutamente y sin excepciones el traslado de detenidos protegidos por el Convenio fuera del territorio ocupado⁵¹⁷.

El conjunto de la normativa examinada nos conduce a algunas conclusiones parciales en relación con el objeto de estudio:

1. En principio⁵¹⁸, el ejercicio de las funciones policiales en territorio ocupado corresponde a los aparatos de gobierno del Estado ocupado⁵¹⁹. En esta línea se encuentra también la Declaración sobre la Policía del Consejo de Europa⁵²⁰.

⁵¹⁴ Art. 78 G IV.

⁵¹⁵ Arts. 65-77, 78, 136, 137 y 143 G IV.

⁵¹⁶ Art. 48 G IV.

⁵¹⁷ LI, Darryl (2010), “A Universal Enemy?: “Foreign Fighters” and Legal Regimes of Exclusion and Exemption under the “Global War on Terror”, *Columbia Human Rights Law Review* nº 41, pp. 355-427, p. 402-413, GLAZIER, D.W. (2006), “Full and Fair by What Measure?. ...op.cit, p. 88.

⁵¹⁸ CORRALES ELIZONDO, Agustín (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”.

⁵¹⁹ BERMEJO GARCIA, R. (2002), “Los territorios “ocupados” o “administrados” por Israel, ... op.cit., en particular pp. 51 a 57. Este artículo plantea una cuestión a considerar. ¿Y si no existe un Estado ocupado, sino unos territorios? Es evidente que en los territorios ocupados y salvo aquellos que han pasado a estar bajo la Autoridad Palestina, Israel ejerce todas las funciones de orden público. Debe recordarse, además, que Israel no es parte en el Protocolo I.

⁵²⁰ Resolución 690 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 8 de mayo de 1979. “ C) Guerra y otras situaciones de excepción-ocupación por una potencia extranjera. 1. En el caso de guerra y ocupación enemiga, el funcionario de Policía debe continuar asumiendo

2. No obstante, el Derecho Internacional Humanitario atribuye a la potencia ocupante la obligación de mantener el orden público⁵²¹, es decir una de las facetas de la actividad policial generalmente identificable 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, si las fuerzas policiales locales no bastan, 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 militar⁵²². La persecución penal de la mayoría de los delitos seguirá sujeta a la legislación penal, procesal y de organización judicial del Estado ocupado, que, en principio, no puede ser alterada por la potencia ocupante. Esto último se está convirtiendo muy rápidamente en papel mojado⁵²³.

3. 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, normalmente militares⁵²⁴. Aparentemente, éste es el supuesto en el que el ejercicio extraterritorial de un

su función de protección de las personas y de los bienes, en interés de la población civil. En no debe, pues, tener el status de “combatiente” y las disposiciones de la Tercera Convención de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativas al tratamiento de prisioneros de guerra, no le son aplicables; 2. Las disposiciones de la Cuarta Convención de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativas a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, son aplicables a la Policía civil ...”

⁵²¹ Art. 43 H IV.

⁵²² SASSÒLI, Marco (2005), “Legislation and Maintenance of Public Order ... op.cit. p. 668. Por otro lado, el APP-12, que examinaremos más adelante, recoge la doctrina de la OTAN y la de muchos de sus miembros, como España, en materia de policía militar. Entre sus previsiones está la referencia al ejercicio de funciones policiales “hacia fuera” de las propias tropas. Y también veremos 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 improvisada.

⁵²³ Art. 54 y 64 G IV. Sin embargo, esto debe ser sostenido con muchas reservas en relación con el concepto de “transformative occupation”

⁵²⁴ WEILL, Sharon (2007), “The Judicial Arm of the Occupation: The Israeli Military Courts in the Occupied Territories”. *IRRC*, Vol. 89, Nº 866, pp. 395-419

poder normalmente vinculado a la soberanía territorial puede ejercerse con más amplio ámbito, si bien limitado a los supuestos mencionados. Y desde luego sujeto a la prohibición absoluta de trasladar detenidos o condenados protegidos por el Convenio fuera del territorio ocupado⁵²⁵.

4. En conjunto, el modelo a seguir en el caso de ocupación, es el policial-judicial no el del conflicto armado. Por lo tanto los estándares de actuación, en cuanto al uso de la fuerza, deben ser los policiales⁵²⁶.

1.4.C. El problema de la ocupación en el contexto del sistema de seguridad colectiva de la Carta de Naciones Unidas

En todo caso no debemos olvidar que el régimen de ocupación y los deberes del ocupante no sólo pueden ser imaginados en un conflicto, por así decirlo, clásico, tipo Segunda Guerra Mundial, o en fechas más recientes los territorios palestinos ocupados por Israel. Incluso en éste último caso ha habido que forzar la actitud de este Estado, en principio absolutamente reacio a aceptar su condición de potencia ocupante, la cual incluso ahora acepta solo *de facto*, y no *de iure*. La situación no deja de ser complicada ante los evidentes deseos israelíes de anexionar los territorios en cuestión, que tropiezan con serias objeciones jurídicas⁵²⁷. Con todo, Israel está cumpliendo razonablemente con su condición, jurídica o de hecho, de potencia ocupante⁵²⁸, si bien con la salvedad ya vista en epígrafes anteriores de no aceptar la aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en dichos territorios.

⁵²⁵ Hay que insistir en lo de “protegidos por el Convenio”, puesto que esta prohibición ha sido interpretada recientemente conjuntamente con el artículo 4 del mismo IV Convenio, cómo repetiremos a lo largo del trabajo.

⁵²⁶ Así se deduce también de algunas aproximaciones al uso de la fuerza susceptible de causar la muerte en determinados contextos no estrictamente bélicos. KRETZMER, David (2005), “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?”. *EJIL*, Vol. 16, Nº 2, pp. 171–212, p. 203.

⁵²⁷ FUX, Pierre-Yves & ZAMBELLI, Mirko (2002), « Mise en oeuvre de la Quatrième Convention de Genève ...op.cit., p. 662-663.

⁵²⁸ Así se deduce de algunos aspectos de su actuación. WEILL, Sharon (2007), “The Judicial Arm of the Occupation ... op.cit.

El caso más significativo de ocupación en tiempos recientes es el de Irak entre 2003 y 2004, que ya hemos examinado parcialmente al hablar de los casos Al-Skeini y Al-Jedda. Fue, como sabemos, el propio Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el que recordó, en su Resolución 1483, de 22 de mayo de 2003, las obligaciones de EEUU y el Reino Unido como potencias ocupantes⁵²⁹ En este caso la actitud de estos Estados resultó sorprendente por lo inhabitual. Con carácter previo a la Resolución 1483, el 8 de mayo, los representantes permanentes ante Naciones Unidas de ambos Estados remitieron una carta conjunta al Presidente del Consejo de Seguridad responsabilizándose, en nombre de la coalición formada para la invasión de Irak, de una serie de aspectos de la gobernación de dicho Estado. La carta no hacía referencia expresa al régimen de ocupación⁵³⁰, y de hecho entre sus propósitos estaba la transformación de las estructuras de Irak, lo que parece casar mal, por ejemplo, con el artículo 54 del IV Convenio de Ginebra. Sin embargo, por exclusión, y no habiendo otra posibilidad, no cabía otro régimen que el de la ocupación, y ello aunque el Consejo de Seguridad no lo hubiera así

⁵²⁹ “The Security Council, Recalling all its previous relevant resolutions, Reaffirming the sovereignty and territorial integrity of Iraq, (...) Noting the letter of 8 May 2003 from the Permanent Representatives of the United States of America and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the President of the Security Council (S/2003/538) and recognizing the specific authorities, responsibilities, and obligations under applicable international law of these states as occupying powers under unified command (the 'Authority'), Noting further that other States that are not occupying powers are working now or in the future may work under the Authority, (...) Determining that the situation in Iraq, although improved, continues to constitute a threat to international peace and security, Acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations, (...) 1. Appeals to Member States and concerned organizations to assist the people of Iraq in their efforts to reform their institutions and rebuild their country, and to contribute to conditions of stability and security in Iraq in accordance with this resolution; 2. Calls upon all Member States in a position to do so to respond immediately to the humanitarian appeals of the United Nations and other international organizations for Iraq and to help meet the humanitarian and other needs of the Iraqi people by providing food, medical supplies, and resources necessary for reconstruction and rehabilitation of Iraq's economic infrastructure; 3. Appeals to Member States to deny safe haven to those members of the previous Iraqi regime who are alleged to be responsible for crimes and atrocities and to support actions to bring them to justice; 4. Calls upon the Authority, consistent with the Charter of the United Nations and other relevant international law, to promote the welfare of the Iraqi people through the effective administration of the territory, including in particular working towards the restoration of conditions of security and stability and the creation of conditions in which the Iraqi people can freely determine their own political future; 5. Calls upon all concerned to comply fully with their obligations under international law including in particular the Geneva Conventions of 1949 and the Hague Regulations of 1907; ...”

⁵³⁰ ZWANENBURG, Marten (2004), “Existentialism in Iraq ... op.cit. p. 751.

reconocido, pero lo hizo. De hecho es, en parte, en este conjunto de documentos en los que el TEDH se apoya para afirmar la responsabilidad del Reino Unido, en relación con las muertes y detención de algunas personas. Hay un fallo en el cumplimiento de las obligaciones como potencia ocupante, y por tanto responsable del orden público, por parte del Reino Unido.

El régimen de ocupación también puede ser relevante 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, tipo *Status of Forces Agreement* (SOFA). Por ello cabe preguntarse si en estos casos, es decir, en aquellos en los que existe un mandato por parte de Naciones Unidas, o cuando hablamos directamente de fuerzas de Naciones Unidas, se aplica también el régimen de ocupación, *de iure* o *de facto*, cuando se dan las condiciones del artículo 42 del Reglamento de 1899 o si cabría un régimen alternativo al de ocupación⁵³¹. En principio hay que recordar que el DIH y la ocupación entran a jugar su papel independientemente de la legalidad de la intervención militar. Pero en el caso de una operación amparada por una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la legalidad no es una cuestión a considerar más que como ejercicio de erudición.

Es al analizar la posible aplicación *de facto* del régimen de ocupación cuando surgen algunas dudas que se relacionan con un nuevo concepto, el de la *transformative occupation*, al que ya nos hemos referido. Parece claro que si no se dan todas las condiciones para la aplicación del derecho de la ocupación, si cabe, al menos, en situaciones similares a la ocupación –básicamente aquellas en las que existe el control de un territorio por fuerzas internacionales bajo un mandato- que éste régimen se aplique *de facto*. Hay cierto consenso en que, si bien dicho régimen es útil para hacer frente a situaciones en las que existe una quiebra generalizada de las estructuras del Estado territorial, no es

⁵³¹ 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. Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces. Report on the Expert meeting on multinational peace operations. *IRRC* marzo de 2004 Vol. 86 No 853, pp. 207-212

suficiente⁵³². En muchas de estas situaciones habrá que practicar detenciones y encarcelar personas, y no sólo por los motivos que ya hemos examinado vinculados a los intereses de la potencia ocupante⁵³³.

En relación con estos intereses, y de entrada, la aparente prohibición de hacer cambios legislativos en el territorio ocupado, casa mal con la finalidad de una operación de éste tipo, y mucho más con las medidas de construcción de la paz⁵³⁴. Teóricamente el interés de un contingente militar auspiciado por Naciones Unidas no es el mismo que el de una potencia agresora ocupante, muy probablemente en situación de ilegalidad. Y no demos perder de vista que uno de los objetivos del presente trabajo es delimitar los marcos jurídicos de la actuación policial o parapolicial de tal tipo de fuerzas, y de la detención en dicho contexto. Por ello parece, en línea con pronunciamientos del TEDH, que aunque el régimen de ocupación entrara en juego, cualquier variación en el mismo debe estar reflejada en el correspondiente mandato, y pormenorizada en normas de desarrollo⁵³⁵.

Lo cierto es que resulta difícil establecer límites precisos entre la ocupación militar clásica y la acción de Naciones Unidas mediante la administración interina de un territorio, o el control sobre el gobierno de dicho territorio⁵³⁶. La diferencia estriba en que, salvo supuestos muy concretos – relacionados con una situación de legítima defensa, una autorización a los Estados, sin mando y control, siquiera delegados, de Naciones Unidas, o, aún

⁵³² Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces ... citado, p. 210.

⁵³³ OSWALD, Bruce (2007), "The Law on Military Occupation ...op.cit..

⁵³⁴ KOLB, Robert (2008), "Occupation in Iraq Since 2003 and the Powers of the UN Security Council", *IRRC*, Vol. 90, Nº 869, pp. 29-50, BHUTA, Nehal (2005), "The Antinomies of Transformative Occupation", *EJIL*, Vol. 16, Nº 4, pp. 721-740, RATNER, Steven R. (2008), "Administration of territories by the United Nations: is there room for international humanitarian law?" *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*, International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law, Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 169-174. Id. (2005), "Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence", *EJIL*, Vol. 16 No. 4, 695-719, ZWANENBURG, Marten (2004), "Existentialism in Iraq ... op.cit, CHARLESWORTH, Hilary (2007), "Think Pieces. Law after War", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8..

⁵³⁵ Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN-mandated forces. ...cit., p. 211.

⁵³⁶ RATNER, Steven R. (2005), "Foreign Occupation ...op.cit.

más en el límite, una injerencia humanitaria- la ocupación militar es siempre ilegal, circunstancia que no concurre en operaciones de ocupación transformativa amparadas por el Derecho internacional. Sin embargo, esto no resuelve definitivamente el problema de fondo, que es el marco jurídico aplicable a la situación en la que un territorio, como dice el artículo 42 del Reglamento anejo a la IV Convención de la Haya, se encuentra de hecho –y de derecho- bajo la autoridad de un ejército, o de una autoridad respaldada por un ejército, aunque éste sea multinacional y amparado por una resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Por otro lado, hay que recordar, de nuevo, los pronunciamientos de diversos órganos de Naciones Unidas y del Tribunal Internacional de Justicia en relación con la aplicabilidad del DIDH a las situaciones de conflicto armado y en particular a la de ocupación⁵³⁷. Se acepta con carácter general –aunque no sin ciertas reticencias⁵³⁸- que, salvo la suspensión expresa prevista en los propios convenios reguladores –Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, etc. - todo el régimen convencional en materia de Derechos Humanos rige en concurrencia con el DIH⁵³⁹. En lo que se refiere al mantenimiento del orden público, lo repetiremos muchas veces, los puntos de referencia son policiales, no militares⁵⁴⁰ –entendiendo esta dicotomía en el sentido de Derechos Humanos frente a Derecho Humanitario, y no tanto en relación con los actores, o su pertenencia a las fuerzas armadas o a la policía- por la especial naturaleza de la ocupación bélica en el contexto del DIH. Sin

⁵³⁷ Es decir, 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, y la sentencia en el caso de actividades armadas en el territorio del Congo, ya citadas.

⁵³⁸ GROSS, A.M., (2007) “Human Proportions: Are Human Rights ... op.cit. El propio título del artículo es suficientemente expresivo al respecto.

⁵³⁹ 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.

⁵⁴⁰ SASSÒLI, Marco (2005), “Legislation and Maintenance of Public Order ... op.cit. p. 665.

embargo la tendencia por parte de algunos Estados, se está demostrando en la práctica, es a tratar de eludir la aplicación del régimen de los derechos humanos sea por la vía de negar su extraterritorialidad, o de apelar a la condición de *lex specialis* del DIH o al principio de la atribución de actos. Lo malo sería que tal actitud viniera determinada por la creencia, en particular en lo que se refiere a la detención, de que el DIDH ofrece muchas más garantías al individuo por sus mecanismos de defensa frente al Estado⁵⁴¹.

En este sentido, y para orientarse en el mundo de la ocupación bélica, parece útil el catálogo de principios propuesto por S. Ratner⁵⁴². De entrada el Consejo de Seguridad es quien tiene el verdadero control de la situación; puede incluso, a través de la aplicación de los artículos 25 y 103 de la Carta, derogar la parte del Derecho internacional e interno que considere oportunos, para cumplir los objetivos de una administración de éste tipo. Segundo, el DIDH debe regir la ocupación, incluso la administración internacional de territorios, en la mayor medida posible. Tercero, el DIH está para hacer frente a situaciones de conflicto armado, consecuentemente debe desplazar al DIDH si el control del ocupante, del tipo que sea, resulta gravemente amenazado mediante resistencia armada. Y por último, cualquier ocupación extranjera o internacional debe respetar la norma básica del Derecho internacional contemporáneo de que es ilegal tanto la adquisición de territorio por la fuerza como la deposición del gobierno de otro Estado⁵⁴³.

Como otro ejemplo más de la tensión entre el DIH y el DIDH, vale la pena referirse a la diferencia entre la actuación de la Autoridad Provisional de la coalición (CPA) en Irak, y otros supuestos parecidos, como los de Kosovo y Timor. Lo primero a tener en cuenta es que entre la intervención internacional en Kosovo y Timor Oriental -1999- y la invasión de Irak -2003- transcurren pocos años, aunque el impacto mediático de la última intervención hay eclipsado un tanto a las otras dos. En consecuencia todos forman parte de un período muy curioso de la historia reciente en el que la “comunidad internacional”, es decir los principales Estados occidentales o asimilados,

⁵⁴¹ ROBERTS, Adam (2006), “Transformative Military Occupation: ... op.cit. p. 594.

⁵⁴² RATNER, Steven R. (2005), “Foreign Occupation ...op.cit, p. 709-710.

⁵⁴³ Esto último, de hecho, no opera para las operaciones autorizadas por el Consejo de Seguridad con ese fin, que no parecerá declarado, pero sí implícito.

decidieron intervenir militarmente en una gran variedad de escenarios. Y claro, unos extraen consecuencias de los que les preceden. El Reglamento N° 1 de la CPA, emitido por Paul Bremer el 16 de mayo de 2003, definía una serie de cuestiones básicas en relación consigo misma y sus poderes y competencias. Hasta ahora la cuestión no se diferencia en nada de los precedentes de regulaciones similares de UNMIK o de UNTAET. Lo significativo es que en donde los reglamentos N° 1 de estas dos últimas administraciones interinas internacionales se referían a los “*internationally recognized human rights standards*”, la regulación de la CPA se refiere a “*the laws and usages of war*”.⁵⁴⁴ Y no es que esta diferencia haya liberado de polémica algunas actuaciones de UNMIK o UNTAET.

Los distintos órganos de control de los tratados en materia de derechos humanos, sean judiciales o no, parecen tender a tratar la ocupación de forma un tanto diferente que el resto del DIH, en el sentido de ir aproximando dicha situación a un estado de excepción, sometido por lo tanto a la posibilidad de derogaciones del DIDH, pero en un contexto más parecido a la paz. Y si es cierto que no todos los derechos recogidos en dichos instrumentos del DIDH son susceptibles de suspensión, sí lo son los recogidos en los artículos 9, 10, 12, 13, 14 y 17, por ejemplo, del PIDCP⁵⁴⁵, que hacen referencia a la detención y prisión, libertad de circulación, derechos de los extranjeros, e injerencias en la vida privada. En esta línea de razonamiento, sería a través de estas derogaciones, si caben, y no a través del DIH, como habría que hacer frente a

⁵⁴⁴ Aspecto destacado por ROBERTS, Adam (2006), “Transformative Military Occupation: ... op.cit., p. 611-612. No es, desde luego la única diferencia notable entre la CPA –básicamente una entidad administrativa norteamericana- y las otras dos administraciones. Lo que si tienen en común, dejando a un lado su fundamento, es el investirse con todos los poderes, ejecutivos, legislativos y judiciales.

⁵⁴⁵ Art 4.2 del PIDCP “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.”

las situaciones de ocupación, en todo aquello que notoriamente se encuentra fuera del ámbito de la amenaza armada y grave a la seguridad del ocupante⁵⁴⁶.

Por último, con los matices ya expresados anteriormente, está el límite marcado por el artículo 6 del IV Convenio, de un año después del cese general de las operaciones militares, prorrogable *sine die* mientras la potencia ocupante ejerza funciones gubernamentales en el territorio del que se trate, conforme al artículo 3.b) del Protocolo I.

1.4.D. La dimensión práctica del problema en relación con la detención

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario tienen su origen en unos mismos requerimientos o razones metajurídicos, consecuencia de las experiencias de la Segunda Guerra Mundial, y la evidencia de que el marco jurídico anterior no ofrecía garantías suficientes. En definitiva se trata de la protección de las personas frente a posibles abusos, básicamente por parte de los Estados, aunque no sólo de éstos en el caso del DIH. Ambos cuerpos jurídicos, tal y como se presentan en la actualidad, han tenido una génesis y desarrollo paralelos en el tiempo, y coinciden en cuanto al objeto de protección, como ya hemos visto⁵⁴⁷.

Por otro lado, el régimen de ocupación presenta unos perfiles que lo hacen más próximo al tiempo de paz que al de guerra, en el sentido de que la potencia ocupante –o la administración internacional en posición análoga- se enfrenta a tareas de gobierno, en condiciones que aunque no sean de estricta normalidad, tampoco implican combates de mayor cuantía⁵⁴⁸. Pero, de hecho, a veces la situación es de enquistamiento, en el sentido de que la ocupación es lo que hay y lo que habrá en el futuro, guste o no. En lo tocante al orden público, la acción de gobierno del ocupante tiene, en resumen, un carácter policial, como no cesaremos de repetir. Y en general, durante la ocupación, la población civil debe teóricamente seguir viviendo con relativa normalidad. En algunos casos, la ocupación se ha convertido en la única situación o gobierno

⁵⁴⁶ RATNER, Steven R. (2005), "Foreign Occupation and International Territorial Administration: ... op. cit., p. 709

⁵⁴⁷ CAMPANELLI, Danio (2008), "The Law of Military Occupation ... op.cit.p. 654-655.

⁵⁴⁸ CAMPANELLI, Danio, (2008), "The Law of Military Occupation ... op. cit., p. 654-655.

conocidos por las últimas generaciones de la población de determinados territorios⁵⁴⁹.

Hay que convenir en que el marco jurídico de la ocupación incluye muchas garantías para el individuo, sin olvidar su finalidad esencialmente militar. Sin embargo, existen algunos derechos cuya privación tiene unas características o limitaciones sustancialmente distintos en según que rama del Derecho internacional nos desenvolvamos. No es, obviamente, la prohibición de la tortura, tan absoluta en el DIH como en el DIDH, pero sí el derecho a la libertad personal.

La libertad personal está muy protegida en el marco del DIDH, y su limitación o privación, sometida a una serie de severas cortapisas, que vienen de muy lejos en el tiempo con la figura del *habeas corpus*. En el período contemporáneo se concretan, como hemos visto en un capítulo anterior, en la necesidad de una intervención judicial en un momento u otro, en la garantía del derecho de defensa y de impugnación de la medida, y en límites temporales estrictos, cuya trasgresión puede llevar aparejada la responsabilidad penal del funcionario, conforme a los derechos internos.

El DIH, sin establecer un sistema opaco o arbitrario *per se*, sí que permite aparentemente simplificar un tanto el panorama para la potencia ocupante, en el sentido de rebajar los requisitos para una privación de libertad legítima⁵⁵⁰, e incluso para matar a alguien por su supuesto status de combatiente, legítimo o no⁵⁵¹. Por de pronto, la intervención judicial tiende a brillar por su ausencia en algunos casos de detención administrativa, y desde luego en el internamiento, cuya revisión suele confiarse a órganos administrativo-militares⁵⁵². Además las razones de dichas detenciones se

⁵⁴⁹ FUX, Pierre-Yves & ZAMBELLI, Mirko (2002), «Mise en oeuvre de la Quatrième Convention ... op.cit..

⁵⁵⁰ PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles and Safeguards ... op.cit. p. 381.

⁵⁵¹ HOLLAND, Elizabeth (2011), "The Qualification Framework of International Humanitarian Law: Too Rigid to Accommodate Contemporary Conflicts?". *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 34, Book 1.

http://www.law.suffolk.edu/highlights/stuorgs/transnat/documents/Holland_final.pdf

⁵⁵² FITZPATRICK, Regina, (2007), "Hamdan v. Rumsfeld: Implications for the Geneva Conventions". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 20, 2007, pp. 339-347, DEEKS, Ashley S. (2009), "Administrative Detention ... op.cit.

basan, en buena medida, en la peligrosidad⁵⁵³, no en la trasgresión o quebrantamiento reales de las leyes, lo que requiere una respuesta de tipo procesal-penal. Por último, en lo relativo a esta peligrosidad, las razones concretas de la detención -es decir, no la simple apelación genérica a los convenios de La Haya, Ginebra, etc.- pueden estar, en ocasiones, sujetas a una clasificación de seguridad que hace improbable su conocimiento incluso por los interesados u otros actores directamente involucrados, limitando los derechos de defensa e impugnación de la medida⁵⁵⁴.

¿Dónde podemos colocar el límite entre la detención policial clásica y la detención gubernativa por motivos de seguridad? A este respecto es ilustrativo -aunque no se comparta- el razonamiento hecho por el tribunal de apelaciones (*Court of Appeals*) británico en relación con el caso Al-Skeini, tan mencionado. El Tribunal parecía hablar de dos tipos diferentes de ocupación, aquella en la que no existe un control de la situación y aquella en que sí existe⁵⁵⁵. El caso Al-Skeini, como sabemos, no estaba directamente relacionado con la detención, aunque uno de los fallecidos, Baha Mousa, se encontraba detenido por los británicos en el momento de su fallecimiento. De hecho, fue esta custodia efectiva sobre el detenido lo que determinó que en la instancia doméstica se aceptará la aplicación del CEDH y de la *Human Rights Act* al caso, no así en el resto⁵⁵⁶. La idea de una ocupación no basada en el control efectivo de la situación resulta chocante, en apariencia⁵⁵⁷. Y si existe un control efectivo ¿hasta qué punto es lícito acudir a las detenciones de tipo gubernativo en vez de al procedimiento normal regido por las leyes del territorio, los tratados sobre

⁵⁵³ PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles and Safeguards ...op.cit., p. 380.

⁵⁵⁴ Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflict. Meeting Summary. Chatham House & ICRC, London, 22-23 September 2008, pp. 12-14. <http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/il220908summary.pdf>

⁵⁵⁵ CAMPANELLI, Danio (2008), "The Law of Military Occupation ... op.cit.

⁵⁵⁶ Sentencia Al-Skeini, párrafo 76.

⁵⁵⁷ Art. 42 HIV, "La ocupación no se extiende más que a los territorios en que dicha autoridad se halla establecida, y con medios de ser ejercitada". No obstante, hay quien distingue entre ocupación "tranquila" y la que no lo es. En la primera se aplicaría el modelo policial-judicial, y en la segunda, en determinados momentos o períodos, el DIH. Pero en tal caso, tal vez lo que ha cesado es la ocupación, y se vuelve a las hostilidades. DOSWALD-BECK, Louise (2006), "The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers? *IRRC*, Vol. 88, N° 864, pp. 881-904, p. 892 y ss.

derechos humanos, de extradición, etc., en definitiva al modelo policial-judicial? Parece claro que en el caso de la ocupación, incluso la autorizada, o “admitida” –caso de la Resolución 1483- por el Consejo de Seguridad, y pasados los primeros momentos, debe predominar el régimen de los derechos humanos, es decir, la legislación de paz, a todos los niveles⁵⁵⁸. Y consecuentemente los Estados implicados en tal tipo de operaciones, estarán vinculados por los convenios en materia de derechos humanos universales y/o regionales en el ejercicio de su poder gubernativo, y ello sin perjuicio de acudir a la posibilidad de suspender o derogar temporalmente algunos artículos de los convenios aplicables, si concurren las circunstancias que lo permiten.

2. EL CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

2.1. Del orden público al conflicto armado

Uno de los problemas básicos que ha planteado el DIH para hacer frente a situaciones comunes hoy en día, es que se trata de una rama del Derecho internacional clásico, y por lo tanto hasta después de la Segunda Guerra Mundial no concebía otros actores que los Estados. En lo que se refiere a la conducción de operaciones propiamente dichas, el conjunto básico de principios está recogido en un tratado con más de 110 años de antigüedad. Hay algunos aspectos del conflicto bélico que no están específicamente regulados en absoluto –tales como la guerra aérea o la submarina- y otros cuya regulación resulta chocante fuera del contexto en el que fue concebida⁵⁵⁹.

Es un hecho que el conflicto interno ha existido siempre, pero se lo consideraba un asunto doméstico que no podía ser regulado por el Derecho internacional⁵⁶⁰. Cada Estado debía hacer frente a sus rebeliones o algaradas

⁵⁵⁸ RATNER, Steven R. (2005), “Foreign Occupation and International ... op.cit. p. 709.

⁵⁵⁹ Por poner un ejemplo, la Convención XIV de La Haya (1907), relativa a la prohibición de lanzar proyectiles y explosivos desde globos.

⁵⁶⁰ CERONE, John P. (2006), “Status of Detainees in Non-International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings: The Case of Hamdan v. Rumsfeld”. *ASIL Insights*, Vol. 10, Issue 17. <http://www.asil.org/insights060714.cfm>

Como excepción se suele citar a Emmer de Vattel (*Le droit des gens ou principes de droit naturel*, 1758), quien sostenía que el soberano debe respetar las leyes de la guerra contra los

internas con las herramientas que da la plena soberanía. No fue hasta el siglo XIX cuando se produjeron los primeros intentos de aplicar el Derecho de la Guerra a las guerras civiles o enfrentamientos entre el gobierno de un Estado e insurrectos, mediante el reconocimiento de beligerancia, acto jurídico unilateral, de carácter discrecional, que puede adoptar una forma expresa o tácita. El reconocimiento tácito de beligerancia, que engloba la mayoría de los casos, se deduce de medidas o de una actitud del Gobierno ante una situación conflictiva interna (por ejemplo, un bloqueo)⁵⁶¹. También puede emanar de un tercer Estado. Pero para que toda esta doctrina tuviera coherencia debía alcanzarse un concepto objetivo de guerra civil⁵⁶². Este régimen, evidentemente, es muy difícil de implantar por razones que no parece necesario poner de manifiesto⁵⁶³.

Es en la redacción de los convenios de 1949 cuando ya se incluyó el artículo 3 común a los mismos, que se refería al “conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las partes contratantes”,

súbditos que abiertamente han tomado las armas contra el. Comentario del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. Cit. Punto 4343.

<http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/comentario-protocolo-ii.htm>

⁵⁶¹ *Ibid.* punto. 4345. que continua “Ese acto da origen a una nueva situación jurídica. La relación entre el Gobierno establecido y los insurrectos responde al estado de guerra que hace aplicable entre ellos todo el derecho de los conflictos armados. El reconocimiento es una manifestación de la competencia que tiene el Estado, que sigue encarnando la soberanía nacional, para hacer la guerra. Se limita a conferir a los insurrectos cierta personalidad jurídica, como sujetos de derechos y obligaciones, dentro de los límites del derecho de la guerra.”

⁵⁶² *Ibid.* p. 4347. “El Instituto de Derecho Internacional examinó detenidamente esta cuestión y elaboró por fin, en 1900, un Reglamento sobre la guerra civil en cuyo artículo 8 se enuncian tres condiciones que permiten determinar si hay realmente guerra civil y, por lo tanto, la posibilidad de que un tercer Estado reconozca la beligerancia de los insurrectos. Este artículo reza como sigue: “Las terceras Potencias no pueden reconocer a la parte sublevada la condición de beligerante: 1. si no ha conquistado una existencia territorial propia por la posesión de una parte determinada del territorio nacional; 2. si no reúne las características de un Gobierno regular que ejerce efectivamente, sobre dicha parte del territorio, los derechos evidentes de la soberanía; 3. si la lucha no la libran, en su nombre, tropas organizadas sometidas a la disciplina militar y que se ajustan a las leyes y costumbres de la guerra”.

⁵⁶³ Sin embargo, no todo el mundo es de la misma opinión, por ejemplo BUGNION, François (2003), “Jus ad bellum, jus in bello and Non-International Armed Conflicts”. Publicado originalmente en el *Yearbook of International Humanitarian Law*, T. M. C. Asser Press, vol. VI, 2003, pp. 167-198.

http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/jus_ad_bellum_jus_in_bello_and_Non_International_Armed_Conflicts.pdf. Este autor destaca que en el siglo XIX e incluso en el XVIII no era así. Subraya los acuerdos entre las partes durante la Guerra de Independencia norteamericana, así como el primer precedente de código escrito sobre leyes y costumbres de la Guerra, el Código de Lieber, promulgado por el Presidente Lincoln durante la Guerra de Secesión norteamericana.

estableciendo la obligación para dichas partes de observar al menos las disposiciones del propio artículo 3, en relación con la protección de las personas. Durante bastante tiempo ha sido éste artículo la única regulación vigente para el conflicto no internacional –perífrasis un tanto difícil de entender⁵⁶⁴- y no parecía exigir otra cosa que “*protracted armed violence between governmental authorities and organised armed groups or between such armed groups*”⁵⁶⁵.

Está claro que el concepto de conflicto armado no internacional abarca bastante más que el conflicto interno, y se define por exclusión; lo que, siendo un conflicto armado no encaja en los requisitos del artículo 2 común a los convenios de Ginebra o el artículo 1 del I Protocolo, es un conflicto armado no internacional y se rige básicamente por el artículo 3 común y/o el Protocolo II⁵⁶⁶. Además resulta patente que la incidencia del DIDH en esta materia es mucho mayor; en aquello que no esté pormenorizado por el DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales, acatando el principio de la *lex specialis* – y debe subrayarse que se pormenoriza muy poco- el régimen aplicable debe ser el de las obligaciones de los Estados de conformidad con los instrumentos del régimen de los Derechos Humanos de los que sean partes⁵⁶⁷. Sin embargo, incluso este último régimen presenta huecos que sí parece llenar el DIH, en particular el Protocolo II. Hay de hecho en este campo, mucho más que en el

⁵⁶⁴ STEWART, James G. (2003), “Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict”. *IRRC*, Vol. 85, N° 850, pp. 313-350, p. 318.

⁵⁶⁵ Decisión del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de 2 de octubre de 1995, en el caso Tadic, párrafo 70, que se examinará más adelante con mayor detalle.

⁵⁶⁶ CERONE, John P. (2006), “Status of Detainees in Non-International Armed Conflict, ... op.cit. De hecho, la postura de la administración de EEUU bajo la presidencia de Barack Obama, es que el conflicto contra Al-Qaeda y otros es un conflicto no-internacional, como veremos.

⁵⁶⁷ Como señala ABRESCH, William (2005), “A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”, *EJIL*, Vol. 16 N°. 4, pp. 741– 67, p. 742: “The Chechen cases force us to re-evaluate both the ECtHR’s past jurisprudence on the use of lethal force and the future of the *lex specialis* approach to reconciling human rights law and humanitarian law in internal armed conflicts. It is now clear that the ECtHR will apply the doctrines it has developed on the use of force in law enforcement operations even to large battles involving thousands of insurgents, artillery attacks, and aerial bombardment. It is also clear that it will do so by directly applying human rights law, not only without reference to humanitarian law but also in a manner that is at odds with humanitarian law.”

de los conflictos internacionales, una clara complementariedad DIH-DIDH⁵⁶⁸. Con todo, en la práctica, al enfrentarse a grupos rebeldes, algunos Estados se sujetan al DIDH, otros aplican por analogía el régimen de los Conflictos armados internacionales, y otros acuden a modelos mixtos⁵⁶⁹. En cualquier caso, el Derecho internacional –sea DIH o DIDH- no niega en ningún momento el derecho de los Estados de acudir a la fuerza en caso de rebeliones internas⁵⁷⁰.

Esto plantea uno de los cabos sueltos en éste sistema, que ya hemos analizado pero que hay que repetir: el DIDH, *prima facie*, obliga a los Estados; su régimen de protección tiene a los Estados como parte deudora en caso de quebrantamiento, no a los individuos ni a las estructuras, organizaciones o facciones no gubernamentales, sin perjuicio de que los quebrantamientos de los derechos humanos por los individuos tenga su reflejo, mayor o menor, en los derechos penales internos o internacionales. Si la situación es de teórica igualdad entre las partes en cuanto a obligaciones y responsabilidad en el marco del DIH, incluso en los conflictos armados de carácter no-internacional⁵⁷¹, no puede decirse lo mismo del DIDH *per se*⁵⁷².

⁵⁶⁸ Así lo estiman por ejemplo las conclusiones del “Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict”. Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22–23 September 2008. *IRRC*, Volume 91 Number 876 pp. 859-881, p. 861. También PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles and Safeguards ... op.cit. o FREEMAN, Mark (2000) ,” *International Law and Internal Armed Conflicts: Clarifying the Interplay between Human Rights and Humanitarian Protections*” <http://sites.tufts.edu/jha/archives/152>

⁵⁶⁹ SASSOLI, Marco y OLSON, Laura (2008), “The relationship between international humanitarian law and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts”. *IRRC*, vol. 90, N° 871, pp. 599-627, p. 603.

⁵⁷⁰ Por ejemplo, así aparece en el Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, capítulo IV punto 8. “La Comisión ha sido igualmente clara al considerar que cuando grupos privados organizados se levantan en armas para deponer al Gobierno electo, el Estado tiene, bajo el derecho doméstico e internacional, la prerrogativa de usar la fuerza, de manera legal y apropiada, para sofocar la insurrección con el fin de defender a sus ciudadanos y al orden constitucional”. Un análisis de la jurisprudencia en materia de derechos humanos en CITRONI, Gabriella (2007), “La giurisprudenza di due corti regionali dei diritti umani in tema de sfollati interni”. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: La risposta del Diritto Internazionale*. (Irina Papanocolopulo y Tullio Codazzi, Coord). Milán, pp. 93- 142.

⁵⁷¹ Los “Comentarios” al Protocolo II, op. cit. señalan que “4444. Se plantea a menudo la cuestión de saber cómo la parte insurrecta puede estar obligada por un tratado en el que no es Alta Parte Contratante. Por eso es conveniente recordar aquí qué explicación se dio en 1949: el compromiso contraído por el Estado vale no solamente para el Gobierno, sino también para las

Sin embargo, la inclusión de los crímenes de lesa humanidad en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional palia en parte esta deficiencia, ya que incluye, por ejemplo, el asesinato, la “encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional” o la “desaparición forzada de personas”, siempre que estas se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Debe recordarse que el Estatuto no requiere que estos actos estén vinculados a un conflicto armado. En definitiva, los individuos pueden ser perseguidos por quebrantamientos graves de los derechos humanos, incluso en un plano internacional⁵⁷³. Por otro lado, en términos de responsabilidad derivada de quebrantamientos de los derechos humanos, los Estados pueden tener que responder por los actos de sus individuos o sus agentes, lo que cobra importancia en el caso de los grupos sponsorizados por Estados en el territorio de otros⁵⁷⁴.

La definición⁵⁷⁵ –o mejor, la caracterización- de éste tipo de conflictos que aparece en el artículo primero del Protocolo II a los Convenios de Ginebra -

autoridades constituidas y los particulares que se encuentren en el territorio nacional, a los cuales se les imponen así ciertas obligaciones. La extensión de los derechos y deberes de los particulares es, pues, idéntica a la de los derechos y deberes del Estado. Aunque esta afirmación haya sido a veces puesta en duda por la doctrina, la validez de la obligación impuesta a los insurrectos no ha sido impugnada.” También es cierto que en la conferencia diplomática de 1974-1977 participaron 11 movimientos de liberación nacional y varias ONG.s. Sin embargo, estos razonamientos suenan a hueco. Lo que en realidad vincula a las partes en un conflicto no internacional es la respuesta penal a las transgresiones, bien cierta en algunos casos –Yugoslavia, Ruanda- pero no tanto en otros, en los que no se han producido carísimas intervenciones multinacionales y la posterior puesta en funcionamiento de tribunales ad-hoc.

⁵⁷² Recordemos la referencia a esto en el Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, citado.

⁵⁷³ FREEMAN, Mark (2000) , ” International Law and Internal Armed Conflicts ... op.cit.

⁵⁷⁴ P. ej en CERONE, John (2007), “Jurisdiction and Power: The Intersection of Human Rights Law & the Law of Non-international Armed Conflict in an Extraterritorial Context”. *ISR. L. REV.* Vol. 40, No.2, pp. 72-128, p. 22.

⁵⁷⁵ Podemos traer a colación, por ejemplo, la definición del Instituto Internacional de Derecho Humanitario: “ armed confrontations occurring within the territory of a single State and in which the armed forces of no other State are engaged against the central government ... Non-international armed conflicts do not include conflicts in which two or more States are engaged against each other. Nor do they encompass conflicts extending to the territory of two or more States. When a foreign State extends its military support to the government of a State within which a non-international armed conflict is taking place, the conflict remains non-international in character. Conversely, should a foreign State extend military support to an armed group acting against the government, the conflict will become international in character. Admittedly, it is

el cual aclara que “desarrolla y completa el artículo 3 común” a dichos Convenios- establece que el Protocolo II se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional I y que “se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas⁵⁷⁶ disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable⁵⁷⁷ ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”.

Por otro lado quedan excluidas las “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados”⁵⁷⁸. De hecho, es éste el aspecto fundamental de la problemática relacionada con el conflicto armado no internacional; el umbral de aplicación del DIH en conflictos internacionales está bastante definido⁵⁷⁹ y, por cierto, no requiere ni

sometimes difficult to determine in the circumstances of a protracted non-international armed conflict whether there exists a government.” *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict With Commentary*. Drafting Committee, Professor Michael N. Schmitt, George C. Marshall European Center for Security Studies, Professor Charles H.B. Garraway Royal Institute of International Affairs (Chatham House), Professor Yoram Dinstein Tel Aviv University. International Institute of Humanitarian Law, Sanremo, 2006, p. 2.

⁵⁷⁶ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit., punto 4462: “Hay que entender la expresión “fuerzas armadas” de la Alta Parte Contratante en su acepción más amplia. En efecto, se la ha escogido de preferencia a otras propuestas –como fuerzas armadas regulares, por ejemplo– con el fin de cubrir todas las fuerzas armadas, también aquellas que ciertas legislaciones nacionales no incluirían en la noción de ejército (Guardia Nacional, Carabineros, fuerzas de Policía y cualquier otro organismo similar).”

⁵⁷⁷ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit., punto 4463: “La existencia de un mando responsable implica una cierta organización de los grupos armados insurrectos o de las fuerzas armadas disidentes, pero ello no significa forzosamente la implantación de un sistema de organización militar jerárquico similar al de las fuerzas armadas regulares. Se trata de una organización suficiente para concebir y realizar, por una parte, operaciones militares sostenidas y concertadas y, por otra, para imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho.”

⁵⁷⁸ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit., puntos 4477 y 4478 . “4477. En resumen, como se ha dicho, hay disturbios interiores cuando el Estado utiliza la fuerza armada para mantener el orden, sin que haya conflicto armado; hay tensiones internas cuando el empleo de la fuerza es una medida preventiva para mantener el respeto de la ley y el orden, sin que haya disturbios interiores”. “4478. Estas definiciones no figuran en un convenio, pero forman parte de la doctrina del CICR (...). Concebidas para el uso práctico, aportan algunas aclaraciones sobre estos términos, que figuran por primera vez en un tratado de derecho internacional.”

⁵⁷⁹ A/HRC/14/24/Add.6. (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado punto 51: “The test for the existence of an international armed conflict is clear under IHL: “Any difference arising between two States and leading to the intervention of armed forces” qualifies as armed conflict, regardless of its intensity, duration or scale. The IHL of international armed conflict

mucho menos el caudal de violencia que exige el DIH para admitir la existencia de un conflicto no internacional⁵⁸⁰. Además es sumamente fácil convertir ese umbral en una cuestión política, más que jurídica.

Está claro que el Protocolo eleva el umbral inferior de aplicación del mismo en relación con el del artículo 3 común. Por otro lado, a pesar del nexo que el propio artículo 1 del Protocolo establece con el artículo 3 común, lo que convierte a ambos regímenes en “indisociables”⁵⁸¹, lo cierto es que el resultado final del proyecto del CICR -que al final sirvió de base a los trabajos de la Conferencia Diplomática que aprobó el texto- es una “coexistencia autónoma del artículo 3 común” con el Protocolo. Dicho de otra manera el artículo 3 común se aplica a todos los conflictos armados de naturaleza no internacional y

applies also to “all cases of total or partial occupation of the territory of a High Contracting Party” to the Geneva Conventions. Following these criteria, an international armed conflict cannot exist between a State and a non-state group.”

⁵⁸⁰ A/HRC/14/24/Add.6. (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado, punto 52. “The tests for the existence of a non-international armed conflict are not as categorical as those for international armed conflict. This recognizes the fact that there may be various types of non-international armed conflicts. The applicable test may also depend on whether a State is party to Additional Protocol II to the Geneva Conventions. Under treaty and customary international law, the elements which would point to the existence of a non-international armed conflict against a non-state armed group are: (i) The non-state armed group must be identifiable as such, based on criteria that are objective and verifiable. This is necessary for IHL to apply meaningfully, and so that States may comply with their obligation to distinguish between lawful targets and civilians. The criteria include: • Minimal level of organization of the group such that armed forces are able to identify an adversary (GC Art. 3; AP II). • Capability of the group to apply the Geneva Conventions (i.e., adequate command structure, and separation of military and political command) (GC Art. 3; AP II). • Engagement of the group in collective, armed, anti-government action (GC Art. 3). • For a conflict involving a State, the State uses its regular military forces against the group (GC Art. 3). • Admission of the conflict against the group to the agenda of the UN Security Council or the General Assembly (GC Art. 3). (ii) There must be a minimal threshold of intensity and duration. The threshold of violence is higher than required for the existence of an international armed conflict. To meet the minimum threshold, violence must be: • “Beyond the level of intensity of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence and other acts of a similar nature” (AP II). • “[P]rotracted armed violence” among non-state armed groups or between a non-state armed group and a State; • If an isolated incident, the incident itself should be of a high degree of intensity, with a high level of organization on the part of the non-state armed group; (iii) The territorial confines can be: • Restricted to the territory of a State and between the State’s own armed forces and the non-state group (AP II); or • A transnational conflict, i.e., one that crosses State borders (GC Art. 3). This does not mean, however, that there is no territorial nexus requirement.”

⁵⁸¹ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit., punto 4359.

el Protocolo sólo a aquellos que entran en su ámbito de aplicación conforme a su artículo 1.⁵⁸²

Así pues, se puede sostener que desde el punto de vista del Derecho aplicable existen, al menos⁵⁸³, dos tipos de conflicto armado no internacional: aquellos que se rigen por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y aquellos otros que reúnen todos los requisitos del Protocolo II y que, consecuentemente se rigen por el mismo y por el artículo 3. Sin embargo, puestos a clasificar, vamos a preferir una caracterización de los conflictos internacionales sobre la base de los actores implicados y los territorios donde se desarrolla, dado que ello influye más sobre el marco jurídico de la detención.

2.2. Subtipos del conflicto armado no internacional y su incidencia en materia de detención

2.2.A. El conflicto armado puramente interno, a veces, en el fondo, una cuestión policial

Esta caracterización nos enfrenta al primer problema, que es el de distinguir en qué momento una situación de rebeldía, cuestión policial, se

⁵⁸² Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit. punto 4403: "Se trata de un cambio fundamental con respecto al proyecto de 1972. El CICR se adhirió a la opinión expresada por numerosos expertos de que el artículo 3 común y el Protocolo II coexistieran de manera autónoma, puesto que vincular el Protocolo al artículo 3 común habría dado como resultado una restricción del ámbito de aplicación de este último. Ahora bien, convenía que no se modificara el alcance del artículo 3 común, ya que confiere garantías fundamentales a las víctimas de todos los conflictos armados no internacionales. Según esta concepción, el proyecto de Protocolo II ya no era sólo adicional al artículo 3 común, sino a los Convenios de Ginebra. El artículo 3, que tiene un amplio ámbito de aplicación, seguiría aplicándose en todos los conflictos armados no internacionales, mientras que el Protocolo II se aplicaría a las situaciones especificadas en la definición prevista en su primer artículo ...".

⁵⁸³ VITÉ, Sylvain (2009), "Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations". *IRRC* Vol. 91 N° 873, pp. 69-94, p. 81-83. Este autor llama la atención sobre el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el sentido de que haya conflictos simples y aquellos otros que sean prolongados. También DUXBURY, Alison (2007), "Drawing Lines in the Sand — Characterising Conflicts for the Purposes of Teaching International Humanitarian Law". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8.

convierte en un conflicto armado interno⁵⁸⁴. Partiendo de la base de que si no hay estructura organizada por parte de las fuerzas rebeldes ni siquiera puede hablarse de un levantamiento, parece que lo que en definitiva es más característico del conflicto interno, y relevante para el Protocolo II⁵⁸⁵, es el control de una parte del territorio por un grupo armado organizado; control que le permita “realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. En este sentido, el Protocolo II eleva el listón para apreciar la existencia de tal tipo de conflicto, no bastando una situación de violencia generalizada, prolongada en el tiempo y con grupos organizados⁵⁸⁶, que sin embargo sí es suficiente a veces en los términos del artículo 3 común⁵⁸⁷, aunque el control del territorio aparece implícito en algunas partes de la decisión del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso Tadic⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Así lo expresa, muy adecuadamente, HOLLAND, Elizabeth (2011), *The Qualification Framework of International Humanitarian Law: Too Rigid to Accommodate Contemporary Conflicts?* *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 34, Book 1.

http://www.law.suffolk.edu/highlights/stuorgs/transnat/documents/Holland_final.pdf

⁵⁸⁵ WILLMOTT, Deidre (2004), “Removing the Distinction Between International and Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court”. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5. Añade esta autora que tales requisitos en el Protocolo II obedecen a dejar fuera de su ámbito situaciones como las planteadas por el IRA, ETA o Sendero Luminoso. SIVAKUMARAN, Sandesh (2011), “Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict”, *EJIL*, Vol. 22 N°. 1, pp. 219–264, BLUM, Gabriella (2011), “Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict: A Rejoinder to Sandesh Sivakumaran”, *EJIL*, Vol. 22 N°. 1, pp. 273–275 y (2011), “Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict: A Reply to Sandesh Sivakumaran”, *EJIL*, Vol. 22 N° 1, pp. 265–271.

⁵⁸⁶ STEWART, James G. (2003), “Towards a single definition of armed conflict ... op.cit. p. 319.

⁵⁸⁷ CULLEN, Anthony (2010), “The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law”. *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, capítulo 4.

⁵⁸⁸ IT-94-1. Prosecutor v. DUSKO TADIC a/k/a "DULE", decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, decision de 2 de octubre de 1995, párrafo 70. “On the basis of the foregoing, we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, *the whole territory under the control of a party*, whether or not actual combat takes place there.// Applying the foregoing concept of armed conflicts to this case, we hold that the alleged crimes were committed in the context of an armed conflict. Fighting among the various entities within the former Yugoslavia began in 1991, continued through the summer of 1992 when the alleged crimes are said to have been committed, and persists to this day. Notwithstanding various

Un conflicto armado de tales características, con grupos armados organizados, con control del territorio, órganos de gobierno, etc. en muchos casos no se diferencia en casi nada de un conflicto internacional⁵⁸⁹. No obstante la experiencia de Colombia, por ejemplo, demuestra que el Estado involucrado utiliza sus medios –policía y ejército- a veces de forma intercambiable, posibilidad más limitada en el conflicto internacional⁵⁹⁰.

temporary cease-fire agreements, no general conclusion of peace has brought military operations in the region to a close. These hostilities exceed the intensity requirements applicable to both international and internal armed conflicts. There has been protracted, large-scale violence between the armed forces of different States and between governmental forces and organized insurgent groups. Even if substantial clashes were not occurring in the Prijedor region at the time and place the crimes allegedly were committed - a factual issue on which the Appeals Chamber does not pronounce - international humanitarian law applies. It is sufficient that the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of *the territories controlled by the parties* to the conflict. There is no doubt that the allegations at issue here bear the required relationship. The indictment states that in 1992 Bosnian Serbs took control of the *Opstina of Prijedor* and established a prison camp in Omarska. It further alleges that crimes were committed against civilians inside and outside the Omarska prison camp as *part of the Bosnian Serb take-over and consolidation of power in the Prijedor region*, which was, in turn, part of the larger Bosnian Serb military campaign *to obtain control over Bosnian territory*. Appellant offers no contrary evidence but has admitted in oral argument that in the Prijedor region there were detention camps run not by the central authorities of Bosnia-Herzegovina but by Bosnian Serbs (...). In light of the foregoing, we conclude that, for the purposes of applying international humanitarian law, the crimes alleged were committed in the context of an armed conflict.” La cursiva es mía.

⁵⁸⁹ Sassoli y Olson ponen el ejemplo de la lucha entre el gobierno de Sri Lanka y el LTTE en 2008 –conflicto interno- frente a la guerra entre Etiopía y Eritrea (en otro tiempo parte de Etiopía) –conflicto internacional, para concluir que no existe una diferencia real. SASSOLI, Marco y OLSON, Laura (2008), “The relationship between international humanitarian law and human rights law ... op.cit. p. 609.

⁵⁹⁰ Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, citado, capítulo IV: “65. En situaciones de conflicto armado internacional, el artículo 43(3) del Protocolo I consagra el derecho de una parte en el conflicto a incluir personal de policía dentro de las Fuerzas Militares con el propósito de reforzar el combatir al adversario. Como sucede con otras disposiciones del Protocolo I aplicables a hostilidades internacionales, este artículo constituye una guía práctica para el tratamiento de situaciones análogas en conflictos internos. Este artículo requiere, sin embargo, que se notifique de dicha situación a la parte contraria. El Comentario del CICR sugiere que dicha notificación se realiza “para que no se genere confusión” en la parte adversaria. Probablemente esta alusión a “confusión” no se refiere tanto al hecho de incorporar personal de policía a las Fuerzas Militares, sino más al efecto de tales actos sobre el estatus de las personas afectadas.

66. La Comisión es consciente que Colombia no ha incorporado formalmente la Policía Nacional a sus Fuerzas Militares. Sin embargo, la Comisión ha verificado que miembros de la policía han participado con frecuencia, ya sea autónomamente o con las Fuerzas Militares, en operaciones militares contra grupos armados disidentes y en otras actividades contrainsurgentes. Al participar directamente de las hostilidades, estas personas, como

En cualquier caso, es fundamental tener en cuenta que el conflicto armado de estas características sería realmente interno, en el sentido de que no participan actores ajenos al Estado en cuyo territorio tiene lugar, en particular actores internacionales tales como organizaciones regionales o universales. Esto no excluye la participación de voluntarios a título meramente individual, o incluso formando pequeños grupos no esponsorizados. Éste, por así llamarlo, conflicto interno en estado puro, ha sido tradicionalmente enfrentado por los Estados sin otro límite que el que sus estructuras constitucionales, judiciales o gubernativas, o simplemente los medios disponibles, imponían, como una cuestión íntimamente relacionada con la soberanía⁵⁹¹. Parece claro que, de no haber incluido el Protocolo II una serie de protestas de respeto a la soberanía de los Estados, en particular en su artículo 3, difícilmente podría haber salido adelante⁵⁹². Pero además, el Protocolo II

mínimo, pierden su inmunidad a ataque directo individual durante el tiempo en que participen en las operaciones militares. La situación puede ser diferente en el caso de aquellos policías que asuman el papel de combatientes de tiempo completo. En virtud del número y frecuencia de sus actos hostiles, esas personas, en el mejor de los casos, perjudican, y en el peor, pierden su estatus de civiles y corren el riesgo cierto de ser consideradas combatientes de tiempo completo por la parte adversaria.” En general sobre el tema de los conflictos internos en América BURGORGUE-LARSEN, Laurence y UBEDA DE TORRES, Amaya (2011), ““War” in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”. *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, Nº 1, pp. 148-174.

⁵⁹¹ BUGNION, François (2003), “Jus ad bellum, jus in bello and Non-International Armed Conflicts”. Publicado originalmente en el *Yearbook of International Humanitarian Law*, T. M. C. Asser Press, vol. VI, 2003, pp. 167-198.

http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/jus_ad_bellum_jus_in_bello_and_Non_International_Armed_Conflicts.pdf. A lo largo de su artículo, el autor destaca diversos ejemplos de esta aseveración, incluyendo la guerra civil rusa, la española, etc. Sin embargo la sentencia sobre el caso Las Palmeras de la CIADH, señala en su punto 67 cómo la Comisión Interamericana en el procedimiento previo “solicitó que Colombia reforme los reglamentos y programas de las fuerzas armadas para adecuarlos con las normas aplicables a conflictos armados de carácter interno”.

⁵⁹² Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit. puntos 4500 y 4501, “4500. El párrafo 1 reafirma el principio de la inviolabilidad de la soberanía nacional de los Estados. El Protocolo tiene una finalidad puramente humanitaria. En consecuencia, no afecta al derecho del Estado a tomar las medidas pertinentes para mantener o restaurar el orden público y defender su unidad nacional y su integridad territorial. Esta responsabilidad incumbe al Gobierno y se le reconoce expresamente”. “4501. Preservar totalmente la autoridad del Estado habría tenido el riesgo de vaciar el Protocolo de su substancia y dejarlo, incluso, sin objeto; por eso era capital puntualizar que sólo pueden utilizarse “medios legítimos”. No pueden, pues, invocarse los imperativos de la seguridad del Estado para justificar las violaciones de las normas del Protocolo. Al ratificar el Protocolo o adherirse a él, un Estado acepta sus términos en el libre ejercicio de su soberanía. La obligación de respetar las normas que contiene no puede, por

exige que, una de las partes en el conflicto sea un Estado, lo que excluye las luchas internas entre actores no estatales. Por todo ello, el artículo 3 común se convierte en el más importante de todo el sistema de Ginebra, y de hecho el más invocado y utilizado tanto por los tribunales internacionales como por los domésticos en tiempos recientes⁵⁹³.

En la parte que nos interesa, hay que destacar que el Protocolo no hace mención a ninguna categoría aparte de las “personas privadas de libertad”. No existe nada parecido a los prisioneros de guerra⁵⁹⁴, y el concepto de internado no está tan desarrollado como su homónimo previsto en la regulación relativa a los conflictos armados internacionales del IV Convenio de Ginebra. Hay que suponer que es el derecho interno de cada Estado el que dará la denominación pertinente a las personas privadas de libertad.⁵⁹⁵ En el caso de Colombia, siempre interesante a efectos de análisis práctico –dada la actitud de dicho Estado ante su conflicto interno⁵⁹⁶- los detenidos son integrados en el sistema penitenciario general⁵⁹⁷.

consiguiente, ser considerada ulteriormente como un atentado a su soberanía, ya que el campo de acción del Gobierno sólo está limitado por las obligaciones que él mismo ha contraído.”

⁵⁹³ BUGNION, François (2003), “Jus ad bellum, jus in bello and Non-International ...op. cit. p. 26.

⁵⁹⁴ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit. punto 4363: “El artículo 3 se limita a enunciar normas mínimas fundamentales; su conciso texto establece los principios sin desarrollarlos, lo cual ha dado lugar, en ocasiones, a interpretaciones restrictivas. Así sucede, en particular, con el alcance de las garantías judiciales (apartado 1, punto 1, letra d), que no se especifica. La precaria situación de los combatientes insurrectos requiere que se puntualicen y se refuercen, en beneficio suyo, esas garantías, sobre todo en lo referente al procedimiento judicial. En efecto, el combatiente insurrecto no goza de inmunidad por haber tomado las armas, como ocurre con un miembro de las fuerzas armadas en un conflicto interestatal; al contrario, puede ser castigado por haber violado el derecho nacional.”

⁵⁹⁵ DEEKS, Ashley S. (2009), “Administrative Detention ...op.cit. p. 413.

⁵⁹⁶ Cuestión distinta es que tal actitud tenga un reflejo en la práctica, aunque el desfase no se puede atribuir a la mala fe necesariamente, sino más bien a la propia dinámica de un conflicto enquistado durante décadas. Así en las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Colombia de 05/05/1997 (CCPR/C/79/Add.76.), se señala: “22. El Comité observa con preocupación el gran desfase existente entre el marco jurídico y la realidad en lo que respecta a los derechos humanos. Observa en particular que, aunque últimamente se han aprobado numerosas leyes y normas para proteger los derechos humanos y para ofrecer recursos en casos de abuso, en la práctica ha habido pocas mejoras palpables en la situación de los derechos humanos”. De hecho la jurisprudencia del Comité en relación con Colombia está relacionada en muchos casos con el conflicto interno, cómo los casos de Arhuaco v. Colombia (Comunicación N° 612/1995, de 27 de julio de 1997, CCPR/C/60/D/612/1995), Bautista v. Colombia (Comunicación N° 563/1993, de 27 de octubre de 1995, CCPR/C/55/D/563/1993), Arévalo v. Colombia (Comunicación N° 181/1984, de 3 de noviembre

Con un carácter que parece instrumental, el punto 2º del artículo 5 habla del “internamiento o detención de las personas a las que se refiere el párrafo 1º”, pero ya hemos visto cual es la explicación que aparece en los comentarios al respecto⁵⁹⁸. También se hace referencia a estos términos en el artículo 6.5. No existiendo categorías, tampoco cabe establecer diferencias entre ellas sobre la base del Protocolo, salvo acaso una: la que diferencia a las personas privadas de libertad “por motivos relacionados con el conflicto armado” y las privadas de libertad por motivos de derecho común no relacionados con el conflicto⁵⁹⁹.

Sin embargo, la doctrina se refiere continuamente a la categoría del internamiento y la detención administrativa al referirse a este tipo de conflictos⁶⁰⁰. Pero esto no difiere en nada del tratamiento que el DIH hace de las cuestiones penales comunes en relación con el conflicto armado internacional. Es evidente que la principal preocupación de los redactores no era el funcionamiento del sistema penal de un Estado⁶⁰¹ –cuestión que entra de lleno en el ámbito de los derechos humanos- sino la posibilidad, desgraciadamente nada remota, de que al amparo de la situación, y so pretexto de soberanía territorial, se procediera a transgredir los derechos humanos fundamentales. El mecanismo podría ser simple: derogación de los artículos que el PIDCP –en el caso de que se sea parte en él- o el TEDH permiten, lo

de 1989), *Herrera v. Colombia* (Comunicación N° 161/1983 de 2 de noviembre de 1987), *Guerrero v. Colombia* (Comunicación N° R.11/45 de 31 de marzo de 1982), *Borda et al. v. Colombia* (Comunicación N° R.11/46, de 27 de julio de 1982).

⁵⁹⁷ El problema es que tal sistema parece ser un desastre. Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, citado, capítulo XIV: Los derechos de las personas privadas de su libertad.

⁵⁹⁸ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit. punto 4564.

⁵⁹⁹ Conforme al párrafo 1 del artículo 5 GPII. Sin embargo, el Comentario señala: “4568. La expresión “personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado” se ha tomado del artículo 2 (Ámbito de aplicación personal), párrafo 2, del Protocolo. Conviene recordar aquí su gran alcance, ya que cubre tanto a las personas encausadas penalmente como a las privadas de libertad por razones de seguridad sin ser objeto de diligencias penales. Sin embargo, la privación de libertad debe estar relacionada con la situación de conflicto; por consiguiente, esta disposición no está dirigida a los detenidos de derecho común.”

⁶⁰⁰ OLSON, Laura M (2009), “Practical Challenges of Implementing the Complementarity Between International Humanitarian and Human Rights Law—Demonstrated by the Procedural Regulation of Internment in Non-international Armed Conflict”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, pp. 437-461, DEEKS, Ashley S. (2009), “Administrative Detention ... op.cit..”

⁶⁰¹ PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles and Safeguards ... op.cit. p. 380.

que dejaría en algunos casos, entre otros el de la detención, un vacío de protección al que ya hemos hecho referencia en un capítulo anterior.

Es claro que, en 1949, la experiencia acumulada era significativa, sobre todo en lo que se refiere a los pequeños o grandes conflictos internos que se desarrollaron entrecruzados, a veces en paralelo y a veces junto con la Segunda Guerra Mundial, en el mismo marco temporal y espacial, pero lo cierto es que después se generalizaron, sobrepasando en número, intensidad y crueldad a los de carácter internacional. El Protocolo II responde a esta realidad y no trata de forzar demasiado las cosas. En todo caso, la posibilidad de un conflicto puramente interno con reconocimiento de beligerancia por parte del Estado involucrado es casi un concepto de laboratorio⁶⁰². Normalmente, un Estado no reconocerá de grado a grupos rebeldes otra condición que la de delincuentes susceptibles de ser perseguidos conforme a la legislación penal doméstica⁶⁰³, o simplemente liquidados en acciones de guerra, en particular si ese Estado tiene la fuerza y la posición internacional suficientes para hacer frente a la rebelión evitando cualquier injerencia exterior⁶⁰⁴. En el caso de

⁶⁰² BUGNION, François (2003), "Jus ad bellum, jus in bello and Non-International Armed Conflicts ... op. cit. Este autor señala que el único ejemplo conocido de reconocimiento de beligerancia en el siglo XX es el que tuvo lugar por parte del gobierno de Nigeria durante la guerra civil de secesión en Biafra, p. 18. No así en el caso de organizaciones internacionales como la ONU, el CICR y otros organismos internacionales como el TEDH. MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing* ... op.cit. p. 169, n.144.

⁶⁰³ A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum. Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, punto 46: "Whether an armed conflict exists is a question that must be answered with reference to objective criteria, which depend on the facts on the ground, and not only on the subjective declarations either of States (which can often be influenced by political considerations rather than legal ones) or, if applicable, of non-state actors, including alleged terrorists (which may also have political reasons for seeking recognition as a belligerent party). Traditionally, States have refused to acknowledge the existence of an armed conflict with non-state groups. The reasons include not wanting to accord such groups recognition as "belligerents" or "warriors", and instead being able to insist that they remain common criminals subject to domestic law. States also do not want to appear "weak" by acknowledging that they are unable to stop large scale violence, and/or that rebels or insurgent groups have control over State territory. In recent times, for example, the United Kingdom (with respect to Northern Ireland) and Russia (with respect to Chechnya) have refused to acknowledge the existence of internal armed conflicts. También CERONE, John P. (2006), "Status of Detainees in Non-International Armed Conflict ... op. cit. nota 30.

⁶⁰⁴ Por ejemplo, son significativas todas las vicisitudes de la investigación de las autoridades rusas en el caso Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia (Applications nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00) de 6 de julio de 2005, párrafos 43 a 107. ABRESCH, William (2005), A

Colombia, sin embargo, es de destacar la franqueza con la que ha aceptado tanto la existencia del conflicto cómo el marco jurídico aplicable al mismo⁶⁰⁵.

Por lo tanto acabamos donde empezábamos este apartado; en la dificultad de determinar donde acaba la responsabilidad de las fuerzas policiales o gendármicas, en un marco de disturbios, y donde empieza el conflicto armado. Lo más lógico, a la vista de la experiencia acumulada es acudir al umbral fijado por la jurisprudencia sobre el artículo 3 común.

2.2.B. Los conflictos complejos

El DIH es, al fin y al cabo, Derecho internacional, en parte convencional y en parte consuetudinario. Puede entrar a jugar, como en muchos ámbitos del Derecho internacional, al margen de la voluntad de los sujetos estatales implicados, y esto vale tanto para el conflicto interno visto antes, como para otras figuras de conflicto no internacional. Porque lo más frecuente que estamos encontrando en la práctica son los conflictos mixtos, de los que cabe imaginar diversas variantes; sin ánimo de agotar todas las posibilidades se pueden citar aquellos en que las distintas facciones enfrentadas están

“Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”. *EJIL* (2005), Vol. 16 No. 4, 741–767. De todas formas eludir la injerencia exterior es cada vez más difícil desde la implantación del TPI, como se demuestra en los casos de Sudán o Libia.

⁶⁰⁵ En realidad ha sido durante la administración del Presidente Juan Manuel Santos cuando se ha reconocido explícitamente la situación de conflicto armado interno (A/HRC/19/21/Add.3. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Adición Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. 31 de enero de 2012. Punto 5). No obstante, el muy anterior Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, citado, capítulo IV, B punto 20, reconocía: “La Comisión no tiene que establecer si la naturaleza y la intensidad de la violencia doméstica en Colombia constituyen un conflicto armado interno ni tiene que identificar las reglas específicas de derecho humanitario que rigen el conflicto. Esto se debe a que Colombia, a diferencia de otros Estados que muy frecuentemente niegan la existencia de dichas hostilidades en su territorio por razones políticas o de otro carácter, ha reconocido abiertamente la realidad fáctica de que se encuentra involucrada en un conflicto de dicha naturaleza y que son aplicables el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (en adelante “artículo 3 común”), el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (en adelante “Protocolo II”), y otras reglas consuetudinarias y principios que rigen en los conflictos armados internos. La Constitución colombiana claramente establece que “[e]n todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

apoyadas desde el exterior por otros Estados, con la variante de enfrentamientos directos entre las distintas potencias que apoyan a las facciones, aquellos en las que, por los medios que sea, un Estado sustituye al gobierno de otro por un ejecutivo títere, que luego invita a las fuerzas armadas del primero en ejercicio de su soberanía –encubriendo así una invasión- o aquellas en las que es una fuerza multinacional amparada por una resolución de Naciones Unidas la que apoya a una de las dos fuerzas enfrentadas. También hay que hacer referencia a los conflictos que enfrentan a actores no estatales, a veces con un componente extrafronterizo, etc, etc⁶⁰⁶. En algunos casos la situación se convierte en un conflicto armado internacional, y en otros no⁶⁰⁷, con la aplicación caso por caso de un régimen jurídico distinto. El caso Tadic, ya mencionado, llevó al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia a analizar a fondo la cuestión, ante la ausencia de un marco claramente aplicable⁶⁰⁸.

Así pues, la clasificación incluiría conceptos como el del “conflicto armado internacionalizado”, “conflicto armado no internacional en el territorio de varios Estados”, “conflicto armado no internacional transfronterizo”, “control de un territorio sin presencia militar sobre el terreno”, junto con la intervención de fuerzas militares multinacionales en un conflicto no internacional, o el conflicto global contra el terrorismo. En definitiva es conflicto no internacional todo aquel que no reúne las características del artículo 2 común a los convenios de Ginebra o del artículo 1 del Protocolo I a los mismos⁶⁰⁹. La referencia al territorio de “una de las partes contratantes” o de “una Alta Parte contratante”, parece interpretarse más en el sentido de la obligación de los Estados que en

⁶⁰⁶ VITÉ, Sylvain (2009), “Typology of armed conflicts ... op.cit..

⁶⁰⁷ MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing* op.cit. p. 252-261.

⁶⁰⁸ GREENWOOD, Christopher (1996), “International Humanitarian Law and the Tadic Case. *EJIL*, Vol.7, pp. 265-283., p. 269 y ss. Así en el párrafo 77 de la Decisión sobre cuestiones preliminares en el caso Tadic, se recoge: “On the basis of the foregoing, we conclude that the conflicts in the former Yugoslavia have both internal and international aspects, that the members of the Security Council clearly had both aspects of the conflicts in mind when they adopted the Statute of the International Tribunal, and that they intended to empower the International Tribunal to adjudicate violations of humanitarian law that occurred in either context. To the extent possible under existing international law, the Statute should therefore be construed to give effect to that purpose.”

⁶⁰⁹ CERONE, John P. (2006), “Status of Detainees in Non-International Armed Conflict, ... op. cit.

el sentido de excluir los conflictos (no internacionales) con un componente extra o transfronterizo⁶¹⁰. También hay quien se refiere a conflictos “extraterritoriales”⁶¹¹ o a conflictos “extra-estatales”⁶¹².

Dado este galimatías, no es nada extraño que desde hace tiempo se abogue por la eliminación de las distinciones legales entre conflictos, puesto que el mantenimiento de la situación actual, si bien puede contentar a los Estados en cuanto a que en principio la soberanía no sufre recorte alguno aparente, conduce a situaciones frustrantes, cuando no contradictorias, en lo que se refiere en particular al caso de las intervenciones multinacionales amparadas por resoluciones del Consejo de Seguridad⁶¹³.

Expuestas las cosas desde otra perspectiva, incluso desde el momento en el que un conflicto puramente interno se convierte en objeto de atención para la “comunidad internacional”, su internacionalización suele ser cuestión de tiempo⁶¹⁴.

⁶¹⁰ VITÉ, Sylvain (2009), “Typology of armed conflicts ... op.cit., p. 83-93.

⁶¹¹ HOLLAND, Elizabeth (2011), “The Qualification Framework of International Humanitarian Law: ... op.cit.

http://www.law.suffolk.edu/highlights/stuorgs/transnat/documents/Holland_final.pdf

⁶¹² SCHÖNDORF, Roy S. (2004), “Extra-State Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?”, *International Law and Politics*, Vol. 37:1, pp. 1-78.

⁶¹³ Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict. Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22–23 September 2008. *IRRC*, Vol. 91 N° 876, 2009, pp. 859-881. En este resumen de la reunión de expertos mencionada se hace referencia a dos categorías que no por improvisadas dejan de dar juego en el contexto que estudiamos (p. 861-862): “While many different scenarios were discussed during the meeting, the focus remained on two types of NIAC in particular: that of a so-called “traditional NIAC” opposing a State and a non-State armed group in the territory of a State, and that of a so-called “multinational-forces-NIAC” (MNF-NIAC), where a State that is confronting a non-State actor in its territory receives the assistance of a third State or of a multinational force whose involvement is such that it becomes a party to the armed conflict (for example the ongoing conflicts in Afghanistan, Iraq or the Democratic Republic of the Congo). The term can be confusing and does not indicate a separate category of NIAC that would be covered by a different set of rules, but serves – if only in an imperfect way – to indicate situations where a traditional NIAC forms the basis of a conflict that takes on an “international dimension” through the intervention of third States.”

⁶¹⁴ En esta perspectiva hay que recordar que ya el artículo 1.a) del Protocolo I a los convenios de Ginebra, equipara a los conflictos armados o “situaciones previstas en el artículo 2 común a dichos Convenios”, los “conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”. Hay que subrayar que en este caso no nos referimos a conflictos de naturaleza no internacional, sino, supuestamente, a claros conflictos internacionales regulados por los cuatro convenios y el Protocolo I. Naturalmente, con matices. Para aquellos Estados que no son partes en el Protocolo I y/o no aceptan su artículo 1 como

Lo importante para los propósitos fijados por el presente trabajo es la relevancia que todo esto tiene para la privación de libertad; en el caso de que por cualquiera de las vías apuntadas el marco jurídico del conflicto internacional no entrase a jugar, y siendo una construcción doctrinal sin un marco jurídico claramente propio, no existe diferencia entre un conflicto no internacional y uno internacionalizado, si nos atenemos en exclusiva al DIH. En principio, no existe espacio para el prisionero de guerra ni para la inmunidad del combatiente en relación con los actos legítimos de beligerancia. Los intentos de racionalizar aspectos positivos de este reconocimiento –sería un aliciente para que, a su vez los grupos insurgentes o irregulares respetaran el DIH- chocan con una muy comprensible resistencia de los Estados a reconocer a dichos grupos un estatuto que impidiera el libre ejercicio de la soberanía, y que acaso constituiría un aliciente para las rebeliones o para la injerencia en sus asuntos internos.

Por lo tanto, podemos llegar a la cómoda conclusión de que, no existiendo de una manera clara más normativa que la prevista en el artículo 3 común a los convenios y el Protocolo II a los mismos, la situación de conflicto sin carácter internacional es irrelevante a efectos de la detención vista desde una perspectiva de DIH. Sin embargo esta postura olvidaría que, en cualquiera de los conflictos llamados complejos, entran a jugar bastantes más marcos jurídicos: los de los Estados en cuyos territorios se desarrolla total o parcialmente el conflicto, el aplicable a los actores extraestatales, el de los Estados u organizaciones intervinientes, etc.

2.3. Las personas privadas de libertad en el conflicto no internacional

El artículo 3 común hace referencia a las “personas que hayan quedado fuera de combate por (...) detención”, siendo patente que esto no agota el tema de la detención en los conflictos regidos por dicho artículo, como veremos. La

derecho consuetudinario, las guerras de liberación del dominio colonial no son conflictos internacionales. Aunque en la actualidad esto tiene menos trascendencia, finalizado el proceso de descolonización *stricto sensu*. Quedan flecos cómo el del Sahara occidental, etc., pero sobre todo, los territorios ocupados por Israel

descripción del artículo 3 como “convenio en miniatura”⁶¹⁵ es bastante exacta, en el sentido de que lo que conlleva es un marco de protección implícito que ha sido desarrollado por la jurisprudencia internacional, y las internas.

Significativamente, en el Protocolo II sólo el artículo 5 hace referencia a la “personas privadas de libertad”, sin distinguir categorías⁶¹⁶, “por motivos relacionados con el conflicto armado”. Aparte de las “garantías fundamentales”, que examinaremos un poco más adelante, establece un régimen de obligaciones absolutas –“como mínimo”- referidas al trato de heridos y enfermos, acceso a alimentos, agua, higiene, salubridad y protección contra los rigores del clima “en la misma medida que la población local”, recibir socorros individuales, práctica de la religión y trabajo⁶¹⁷. En cuanto a otras condiciones de detención o internamiento, se establece la obligación para los responsables de la medida de respetar “en la medida de sus posibilidades”⁶¹⁸ la

⁶¹⁵ Expresión muy repetida que explican los “Comentarios” a los convenios: “To borrow the phrase of one of the delegates, Article 3 is like a “Convention in miniature”. It applies to non-international conflicts only, and is only applicable to them until such time as a special agreement between the Parties has brought into force between them all or part of the other provisions of the Convention.”

⁶¹⁶ Comentario al Protocolo II, op. cit.: “4564 La expresión “personas privadas de libertad” se ha escogido de preferencia a términos más específicos, como prisioneros o detenidos, para poner de manifiesto la amplitud del ámbito de aplicación del artículo, que cubre todos los detenidos y personas cuya libertad ha sido restringida por motivos relacionados con el conflicto, sin otorgarles un estatuto particular. Esta elección no es, sin embargo, muy oportuna, ni en francés –“personnes privées de liberté”- ni en español, si se compara con la versión inglesa, mucho más explícita: “persons whose liberty has been restricted”.

⁶¹⁷ GPII, Art 5.1.

⁶¹⁸ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit., punto 4565: “Este artículo tiene por objeto garantizar condiciones de detención decorosas a las personas privadas de libertad por un motivo relacionado con el conflicto. Las obligaciones que prescribe son medidas concretas que deben garantizarles un trato humano en la situación particular en que se hallan. Esta disposición completa así el artículo 4 (Garantías fundamentales). Conviene señalar que el artículo 4 (...) contiene prohibiciones, mientras que el artículo 5 prescribe obligaciones activas, con excepción del párrafo 2, apartado e, que considera la omisión injustificada. El texto corresponde, en gran parte, al proyecto del CICR, que se elaboró sobre la base de los principios contenidos en los Convenios III y IV en materia de condiciones de detención de los prisioneros de guerra y de los internados civiles. Los dos primeros párrafos de este artículo son de alcance distinto; el párrafo 1 enuncia obligaciones absolutas, mientras que el párrafo 2 establece normas que deben ponerse en práctica en la medida de lo posible. Tratar de conciliar el realismo y el ideal humanitario, teniendo en cuenta los contextos culturales de los diversos países de la comunidad internacional, resultó una ardua tarea, que dio lugar a largos debates cuando se procedió a clasificar las obligaciones. La diversidad de opiniones y la complejidad del problema se ponen mejor de manifiesto si se recuerda que, en una enmienda, se llegó a determinar tres categorías: las obligaciones mínimas, las obligaciones que las partes en

separación entre hombres y mujeres –salvo que se trate de personas de la misma familia-, la correspondencia –con limitaciones-, la separación de los lugares de internamiento de las zonas de combate, exámenes médicos, y la salud física o mental, prohibiendo expresamente “cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas...”⁶¹⁹.

Establece un régimen aún mas sumario para las “personas que no estén comprendidas en las disposiciones del párrafo 1 pero cuya libertad se encuentre restringida, en cualquier forma que sea, por motivos relacionados con el conflicto armado”⁶²⁰, en el que se excluyen los alimentos “en la misma

conflicto debieran respetar “a reserva de medidas temporales y excepcionales” y las medidas que éstas deberían tomar “en la medida de sus posibilidades”. La fórmula finalmente escogida se limita a distinguir las obligaciones incondicionales y las que tienen en cuenta los medios disponibles.

⁶¹⁹ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit., puntos 4593 y 4594: “4593. El objetivo buscado es el de prohibir los experimentos médicos. Por “intervención médica” se entiende “todo acto que tenga por objeto influir en el estado de salud de la persona que se somete a él” . La razón para proceder así debe basarse, médica y deontológicamente, en el punto de vista del beneficio del paciente (...).” “4594. No se menciona, en esta disposición, el consentimiento del paciente. Incluso con ese consentimiento no puede autorizarse ninguna acción no motivada médicamente. Cabe, no obstante, hacer referencia a las excepciones previstas en el artículo 11, párrafo 3, del Protocolo I, a saber: “las donaciones de sangre para transfusiones o de piel para injertos, a condición de que se hagan voluntariamente y sin coacción o presión alguna, y únicamente para fines terapéuticos, en condiciones que correspondan a las normas médicas generalmente reconocidas y a los controles realizados en beneficio tanto del donante como del receptor”. Esas excepciones deben valer, por analogía, para las situaciones de conflicto armado no internacional, aunque no figuren en el texto. (...)”. En la misma línea está el Principio 22 del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: “Ninguna persona detenida o presa será sometida, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan ser perjudiciales para su salud.”

⁶²⁰ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit., punto 4595: “Las personas que no son ni internadas ni detenidas, en el sentido del párrafo 1, pero cuya libertad está de alguna manera restringida por motivos relacionados con el conflicto, se benefician de las garantías fundamentales enunciadas en el artículo 4 (garantías fundamentales), así como de las disposiciones del artículo 5 que no conciernen a las condiciones materiales de la detención; a saber, los párrafos 1, apartados a, c, d, y 2, apartado b, que cubren, recordémoslo: la asistencia a los heridos y a los enfermos, el derecho a recibir socorros individuales o colectivos, el derecho a practicar su religión o a recibir, en caso dado, asistencia espiritual, y el derecho a recibir y enviar correo. Esta disposición tiene por finalidad garantizar condiciones decorosas de vida a las personas confinadas a residencia forzosa o que viven, de cualquier otro modo, en libertad vigilada. La autorización a recibir o enviar correspondencia, por ejemplo, tiene importancia cuando una persona está confinada a vivir en una provincia alejada de su domicilio habitual.”

medida (...)", el trabajo, la separación de sexos, la separación de las zonas de combate y las previsiones sobre exámenes médicos y salud⁶²¹.

Todo éste régimen, como vemos, está relacionado con las garantías fundamentales recogidas en el artículo 4, y se puede decir que el conjunto de los artículos 4, 5 y 6 del Protocolo, es decir, el Título II, equivale en buena medida al artículo 75 del Protocolo I⁶²². No debe olvidarse que la finalidad del Protocolo II es puramente humanitaria, y solo el título IV parece referirse a la conducción de operaciones, y de forma muy limitada. El Título II recoge, aún de forma muy sucinta y simplificada el conjunto de derechos humanos inderogables e inalienables en un conflicto armado, incluso de naturaleza no internacional. De hecho, el preámbulo del Protocolo II hace referencia expresa a que "los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos ofrecen a la persona humana una protección fundamental", lo que no es, de ningún modo, una mera fórmula⁶²³. En "instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos", el Comentario incluye

"... los instrumentos aprobados por las Naciones Unidas, o sea, por una parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos derivados de ella, en particular el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y por otra, los instrumentos concernientes a un aspecto específico de la protección de los derechos humanos, como la Convención sobre el Genocidio o la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, invocadas a menudo en las situaciones de conflicto armado no internacional, o también la reciente Convención contra la Tortura, por sólo citar algunas de las más importantes. Los instrumentos zonales de los derechos humanos entran igualmente en consideración. Es la primera vez que una mención semejante figura explícitamente en un tratado de derecho humanitario"⁶²⁴.

⁶²¹ GPII, Art. 5.3.

⁶²² De hecho hay quien aboga por la aplicación del artículo 75 del Protocolo I a todos los conflictos armados. BUGNION, François (2003), "Jus ad bellum, jus in bello and Non-International Armed Conflicts ... op. cit. p. 39.

⁶²³ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit., punto 4427: "Establece el nexo entre el Protocolo II y los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos. El origen de este considerando es una propuesta de los expertos que se incluyó luego en el proyecto del CICR."

⁶²⁴ Esta lista se puede completar. Por ejemplo p. ej en FREEMAN, Mark (2000), "International Law and Internal Armed Conflicts: Clarifying the Interplay between Human Rights and

Para interpretar esto –al fin y al cabo también se hace referencia a los derechos humanos en el artículo 72 del Protocolo I- debe tenerse presente que DIH y DIDH son sistemas jurídicos distintos, con sus propias herramientas y procedimientos para la protección de derechos, y ello aunque en última instancia tengan un objetivo común⁶²⁵. Hay quien sostiene que aún refiriéndose más o menos a lo mismo, son lenguajes distintos⁶²⁶. Sin embargo, la expresa mención de los derechos humanos en el preámbulo del Protocolo II parece indicar que desde el principio se considera al conflicto interno como un terreno en el que no puede nunca estar demasiado claro el marco jurídico imperante, pero en el que en todo caso debe garantizarse un “estándar mínimo”⁶²⁷.

Humanitarian Protections ... op. cit., se incluye “the consolidated corpus of IHRL known as the International Bill of Human Rights, which encompasses the Universal Declaration, the ICESCR, the ICCPR, and the Optional Protocol to the ICCPR. In addition to these instruments, there are many other relevant instruments including, inter alia, the Genocide Convention, the Slavery Convention, the Torture Convention, the CRC, the CEDAW, the CERD and the Refugee Convention. There are also a variety of relevant regional instruments including, inter alia, the European Convention on Human Rights, the American Convention on Human Rights, and the African Charter of Human and Peoples’ Rights.”

⁶²⁵ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit., punto 4429; “Los Convenios y sus Protocolos adicionales tienen la misma finalidad que los instrumentos internacionales de los derechos humanos, a saber, la protección de la persona humana. Se trata, no obstante, de sistemas jurídicos distintos, con sus fundamentos y mecanismos propios, siendo el derecho internacional humanitario aplicable en las situaciones de conflicto armado. Los derechos humanos permanecen aplicables en período de conflicto armado de una manera convergente. Los tratados referentes a éstos permiten suspender el ejercicio de algunos de ellos “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”, es decir, en caso de disturbios graves o de conflicto, y eso en la estricta medida que la situación exija. Sin embargo, las cláusulas previstas a este efecto no permiten suspender los derechos llamados fundamentales de la persona humana, que garantizan el respeto de su integridad física y mental.”

⁶²⁶ LUBELL Noam (2007), “Parallel Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law: An Examination of the Debate”, *Isr. L. Rev.* vol. 40 N° 2, pp. 648-660, (2005), “Challenges in applying human rights law to armed conflict”. *IRRC*, Vol. 87, N° 860, pp. 737-754.

⁶²⁷ Comentario del Protocolo adicional II ... op. cit., punto 4430: “Este núcleo irreductible de los derechos humanos, también denominado “estándar mínimo”, corresponde al nivel de protección inferior al cual un individuo puede aspirar en todo tiempo. El Protocolo II contiene prácticamente todos los derechos irreductibles del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los cuales constituyen la protección fundamental que se menciona en el considerando aquí comentado. Esos derechos son prescripciones con valor universal, oponibles a los propios Estados a falta de toda obligación convencional o de todo compromiso expreso de parte de éstos. Puede admitirse que forman parte del *jus cogens*. Esta opinión puede discutirse para algunos de ellos, pero no plantea ninguna duda por lo que respecta a la prohibición de la

De entrada, y a diferencia de las privaciones de libertad personal propias del conflicto armado internacional, no existe ninguna base jurídica sólida, en el marco jurídico específico del conflicto no internacional, para los internamientos o detenciones administrativas⁶²⁸. Si hay una parte del DIH en la que la interacción entre éste y el DIDH se convierte en casi una necesidad es el del conflicto armado no internacional⁶²⁹. Sin acudir a los derechos internos y al régimen de los derechos humanos, es imposible hablar de un marco jurídico de la detención y menos aún de los detalles en cuanto a las condiciones de la misma –nada que ver con los III y IV convenios de Ginebra- por no hablar de límites temporales, salvo la previsión del artículo 6.5 del II Protocolo de que, a “la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder –es decir, quien haya ganado- procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”⁶³⁰. Curiosamente, esto plantea un problema, cuando dichas amnistías sirven para “perdonar” graves violaciones tanto del DIH como del DIDH al final de los conflictos⁶³¹.

Nunca hay que perder de vista, por otro lado, que la pretensión del régimen de los conflictos no internacionales es obligar a ambas partes contendientes, al menos una de las cuales no va a ser un Estado y por lo tanto no va a estar claramente constreñido por los convenios en materia de derechos humanos, salvo de forma indirecta, o por la vía ya expresada del artículo 7 del

esclavitud y de la tortura, por ejemplo, y ello sin iniciar un debate sobre la existencia misma del *jus cogens*.”

⁶²⁸ OLSON, Laura M (2009), “Practical Challenges ... op.cit. p. 440, FREEMAN, Mark (2000) , *International Law and Internal Armed Conflicts: Clarifying the Interplay between Human Rights and Humanitarian Protections ... op. cit.* No obstante hay quien sostiene que el derecho a detener es una herramienta básica del conflicto armado, nacional o internacional, algo inherente a él conforme al Derecho consuetudinario. La base de éste enfoque se encuentra en la sentencia del tribunal supremo de EEUU en Hamdi v. Rumsfeld. BARNSBY, Robert E. (2009), “Yes, we Can: The Authority to Detain as Customary ... op.cit. p. 68-72. .

⁶²⁹ OLSON, Laura M (2009), “Practical Challenges ... op.cit. p. 454-455.

⁶³⁰ BUGNION, François (2003), “Jus ad bellum, jus in bello and Non-International ... op. cit. lo califica como una previsión meramente exhortativa.

⁶³¹ CASSEL, Douglas (1996), “Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, *Law and Contemporary Problems* Vol. 59, Nº 4, pp.. 197-230.

Estatuto de la CPI. Pero es que tampoco existe un respeto generalizado hacia el DIH⁶³². En todo caso se trata de una cuestión no resuelta⁶³³.

De cara a las autoridades del Estado la situación es relativamente más fácil de describir; las obligaciones y correspondientes derechos de los individuos, incluyendo el derecho a ser informado de las causas de la detención, a la revisión de la situación de detención o a la asistencia letrada, parece que deberán estar gobernados por el régimen de los derechos humanos y su correspondiente plasmación en el derecho interno, con las posibles derogaciones previstas en tal marco jurídico⁶³⁴. Como sabemos, en el contexto del CEDH la detención administrativa por motivo de un posible conflicto interno no está prohibida, simplemente no se la contempla, salvo implícitamente a través de la suspensión de garantías permitida por el propio convenio. En el marco del PIDCP la situación es más oscura, puesto que a diferencia del CEDH no enumera los supuestos en los que la privación de libertad está permitida, como ya hemos examinado en otras partes del trabajo. Tampoco el Comité de Derechos Humanos ha delimitado de forma clara el asunto. La idea de un derecho inherente al internamiento de personas por razón del conflicto, basada en las razones imperiosas de seguridad, o por que la seguridad del Estado lo haga absolutamente necesario, sería prestada por el IV Convenio de

⁶³² Por ejemplo el A/HRC/19/21/Add.3, Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Adición (...) sobre la situación de los derechos humanos en Colombia de 31 de enero de 2012, citado, reconoce que la mayor parte de las violaciones graves del DIH son imputables a las guerrillas de las FARC y el ELN, mientras que las fuerzas estatales demuestran un respeto cada vez mayor, con defectos en cuanto al principio de precaución (puntos 83 a 94).

⁶³³ En todo caso, se hacen evidentes esfuerzos para encontrar vías de aceptación del DIH por parte de actores no estatales, cómo se puede ver, por ejemplo en RONDEAU, Sophie (2011), "Participation of armed groups in the development of the law applicable to armed conflicts", *IRRC* Vol. 93 N° 883, pp. 649-672, BONGARD, Pascal y SOMER, Jonathan (2011), "Monitoring armed non-state actor compliance with humanitarian norms: a look at international mechanisms and the Geneva Call Deed of Commitment", *IRRC* Vol. 93 N° 883, pp. 673-706, PERRET, Françoise y BUGNION, François (2011), "Between insurgents and government: the International Committee of the Red Cross's action in the Algerian War (1954–1962)", *IRRC* Vol. 93 N° 883, pp. 707-742, CASALIN, Deborah (2011), "Taking prisoners: reviewing the international humanitarian law grounds for deprivation of liberty by armed opposition groups", *IRRC* Vol. 93 N° 883, pp. 743-757, TUCK, David (2011), "Detention by armed groups: overcoming challenges to humanitarian action", *IRRC* Vol. 93 N° 883 pp. 759-782, o DUDAI, Ron (2011), "Closing the gap: symbolic reparations and armed groups", *IRRC* Vol. 93 N° 883, pp. 783- 808.

⁶³⁴ DEEKS, Ashley S. (2009), "Administrative Detention ... op.cit., p. 413.

Ginebra, de dudosa aplicación⁶³⁵ salvo que medien los acuerdos entre las partes a los que hace referencia el artículo 3 común⁶³⁶.

Pero aún más complicado es el supuesto de las detenciones e internamientos en el caso de intervenciones de fuerzas multinacionales en un conflicto no internacional, puesto que entrarían a jugar además, los derechos internos de los actores participantes, las resoluciones del Consejo de Seguridad con su fórmula de las “medidas necesarias”, o los tratados tipo SOFA que pudieran expresamente contemplar dicha posibilidad.

3. LA DETENCION Y OTRAS ACTIVIDADES POLICIALES EN LAS OPERACIONES DE PAZ

3.1. Las OMP cómo estructuras multifuncionales

En realidad nos acercamos a uno de los objetivos fundamentales del presente trabajo. No es tanto el supuesto de una guerra más o menos convencional el que debe preocupar, sino el caso, habitual en nuestros días, de una intervención militar multinacional amparada por Naciones Unidas. Son éstas operaciones militares internacionales el concepto genérico al que tal vez haya que irse acostumbrando, por lo que razonaremos a continuación. La movilización de la “comunidad internacional” va adquiriendo últimamente una complejidad en algunos aspectos alarmante⁶³⁷. Pero esta situación es fruto de una evolución relativamente lenta. Incluso desde una perspectiva militar, la tendencia es hablar cada vez mas de un “concepto holístico” de las operaciones⁶³⁸, o de un *comprehensive approach*, que no quiere indicar sino

⁶³⁵ No obstante, hay quien sostiene razonadamente que si los Estados han aceptado una serie de normas relativas al internamiento por motivos de seguridad en el conflicto internacional, *a fortiori*, y conforme al DIH pueden adoptar las mismas medidas en el no internacional, siendo el marco jurídico de éste último menos restrictivo. GOODMAN, Ryan (2009) “The Detention of Civilians in Armed Conflict”. *AJIL*, Vol. 103, pp. 48-74, p. 50.

⁶³⁶ FREEMAN, Mark (2000) , ” International Law and Internal Armed Conflicts ... op.cit.

⁶³⁷ 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>.

⁶³⁸ 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

que las soluciones puramente militares no resuelven los problemas, como se ha demostrado en Irak y Afganistán. La única novedad que parece aportar este concepto es la voluntad de liderazgo del proceso por agentes distintos de la Organización de las Naciones Unidas, por alguna razón, y con seguridad injustamente, muy desprestigiada en el último cuarto del siglo XX. La expresión “operaciones para el mantenimiento de la paz” (en lo sucesivo OMP) aunque simplificando estaba pensada para referirse a las operaciones de “cascos azules”, parece haberse impuesto en el uso diario del lenguaje, al menos en España, para referirse a una serie de situaciones que tienen en común, mas o menos, el despliegue de fuerzas militares multinacionales con un mandato o una autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Pero en un contexto más amplio, para referirse en conjunto a las distintas modalidades de tales operaciones, se habla de “*Peace Support Operations*” (PSO) u “operaciones de apoyo a la paz”.

No es cuestión de entrar en nomenclaturas metajurídicas, por lo que para efectos de trabajo nos referiremos a “operaciones de paz”⁶³⁹, porque además, en este apartado vamos a estudiar las formas más convencionales de intervención internacional en los conflictos, con autorización de Naciones Unidas. Se usan otras expresiones para referirse a lo mismo, como “misiones de paz”⁶⁴⁰, aunque podemos entender que esta última haría referencia no solo a las intervenciones militares, sino a conceptos como la cooperación técnica al

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.

⁶³⁹ KUHL, Corinna (2008), “The evolution of peace operations, from interposition to integrated missions”. *INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW HUMAN RIGHTS AND PEACE OPERATIONS. INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW*. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. Dr. Gian Luca Beruto (Ed.). Pp. 70-76,

⁶⁴⁰ Por ejemplo, la Orden General de la Guardia Civil N° 36, de 15 de septiembre de 1999 (B.O.C. n° 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 “Area de Misiones de Paz y Asistencia Técnica”.

desarrollo, o a operaciones no necesariamente bélicas bajo el control de organizaciones internacionales distintas a la ONU.

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 VII⁶⁴¹- no están expresamente recogidas en la Carta de las Naciones Unidas⁶⁴². 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 implícitos⁶⁴³, 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)⁶⁴⁴, 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

⁶⁴¹ SEGURA SERRANO, A. (2008), “La aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario ... op.cit. 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.

⁶⁴² Para una visión de conjunto de la acción directa de Naciones Unidas –hasta 1998- FERNANDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio (1998), Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz. Vol. I. Análisis jurídico de las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. Vol. II. La presencia de la ONU en los conflictos armados internacionales e internacionalizados. CEP Biblioteca Universitaria-Universidad de Huelva.

⁶⁴³ Según la doctrina sentada por el Tribunal Internacional de Justicia en su dictamen consultivo 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.

⁶⁴⁴ 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 simplemente 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.

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 paz⁶⁴⁵. Por otro lado si bien el genérico concepto de operaciones de paz 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 ellas⁶⁴⁶ y, por ejemplo, casi nada tiene que ver una operación de cascos azules directamente mandada y controlada por la ONU con el inicial conflicto armado internacional de Afganistán, amparado por una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad, o en general cualquier autorización a los Estados para hacer un uso directo de la fuerza como en la primera guerra de Irak⁶⁴⁷.

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

⁶⁴⁵ A/47/277 - S/24111. Texto completo en <http://www.un.org/Docs/SG/agpeace.html>.

⁶⁴⁶ Como dice HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security*. ... op.cit., p. 8: “Consequently, it is no surprising that a comprehensive volume on *The Law of Peace missions* does not exist – to date, no self-contained regime governing peace missions has emerged in international law”. También BALMOND, Louis (2008), « À propos du cadre juridique des opérations de maintien de la paix ». *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008*. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 77-88.

⁶⁴⁷ Hay que llegar a un consenso cuando se trata de examinar la actuación de fuerzas multinacionales en el “Expert Meeting on Multinational Peace Operations. Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces, Geneva, 11-12 December 2003”: “It was decided to adopt the following terminology: - “UN-mandated forces, troops or operations” and “multinational forces”: generic term for multinational forces, whether they are under UN, national or regional command. The expression “multinational forces” refers to an operation acting pursuant to a UN mandate, unless stated otherwise. - “Forces (or operations) under UN command and control”: to designate “blue helmets” and United Nations forces acting in the framework of either a peace-keeping or peace-enforcement operation. - “Forces under national (or regional) command”: forces acting pursuant to a UN mandate but not under UN command.” Expert Meeting on Multinational Peace Operations. Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces. Geneva, 11-12 December 2003. Organized by the International Committee of the Red Cross in cooperation with the University Centre for International Humanitarian Law (UCIHL). Report. Editors Alexandre FAITE and Jérémie LABBÉ GRENIER Legal Division of the ICRC. International Committee of the Red Cross. October 2004. Con las salvedades ya apuntadas por ejemplo por SEGURA SERRANO, A. (2008) “La aplicabilidad ... op.cit. p. 370.

del arco del sistema de seguridad colectiva diseñado en la Carta. Todavía se enseña que la competencia para la creación de OMP y para autorizar para el uso de la fuerza armada corresponde al Consejo de Seguridad⁶⁴⁸. No obstante su primacía en la materia está siendo cuestionada en determinados ámbitos⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ 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”.

⁶⁴⁹ 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 y su evolución: a) Arend y Beck, en un trabajo significativamente titulado *International Law and the Use of Force. Beyond the UN Charter Paradigm* (AREND Y BECK eds. (1993), Londres Routledge, parecen aceptar la posibilidad de dicha injerencia. Dicha opinión es casi la única apoyatura doctrinal que recoge el *NATO Legal Deskbook* (op.cit.), p. 236-237, el cual tomando como ejemplo el caso de Kosovo, recoge que no ha habido un pronunciamiento por parte del Consejo de Seguridad, por ejemplo en la Resolución 1244. b) En 2001, el ICISS (International Commission on Intervention and State Sovereignty), publicó un informe sobre la “responsabilidad de proteger” (Responsibility to Protect o “R2P”) <http://www.dfait-maeci.gc.ca/iciss-ciise/report-en.asp> . Este concepto se ha puesto de moda y va ganando adeptos entre la doctrina, al principio claramente reacia a admitir experimentos. Para justificar una intervención militar con base en este principio el documento exige la concurrencia de seis requisitos: i) causa justa, en el sentido de que existan objetivamente unas violaciones masivas de los derechos humanos evidenciadas por una gran cantidad de muertes o por una limpieza étnica, ii) recta intención, es decir no utilizar la situación para justificar la intervención que tiene en realidad otros motivos, iii) medios proporcionados, iv) que la intervención sea el último recurso tras haber intentado otros, v) perspectivas de éxito y vi) autoridad adecuada. La cuestión debe haberse llevado antes al Consejo de Seguridad, sea directamente, a través del Secretario General o a través de organizaciones regionales a través del capítulo VIII de la Carta. c) En un plano distinto, Laszlo VALKI, (2002), en “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. d) La cuestión sigue su curso previsible. Hay en marcha un debate en el que casi nadie da opiniones rotundas (ver, por ejemplo, BÍLKOVÁ, Veronika (2010), “The Responsibility to Protect – New Beginning or End of the Road for Humanitarian Intervention?”, *CYIL* 1, pp.75-86, DECAUX, Emmanuel (2005), “Legalité et légitimité du recours a la force: de la guerre juste a la responsabilité de protéger”. *Droits Fondamentaux*, nº 5, janvier-décembre 2005, HAMILTON, Rebecca J. (2006), “The Responsibility to Protect: From Document to Doctrine—but what of Implementation?”. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 19, pp. 289-297, GARCÍA PÉREZ, Rafael (2006), “La “responsabilidad de proteger”: Un nuevo papel para Naciones Unidas en la gestión de la seguridad internacional”, *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 11, LECLERC-GAGNÉ, Elise & BYERS, Michael (2009), “A Question of Intent: the Crime of Aggression and Unilateral Humanitarian Intervention”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 41, pp. 379-390, MAY, Larry (2009), “Aggression, Humanitarian Intervention, and Terrorism”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 41, pp. 321-340, MURPHY, Sean D. (2009), “Criminalizing Humanitarian Intervention”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 41, pp. 341-377, GREPPI, Edoardo (2008), “The responsibility to protect: an introduction”, EVANS, Gareth (2008), “Protection of civilians in peace operations, or the “operationalisation” of the responsibility to protect”, BOTHE, Michael (2008), “The responsibility to protect and international humanitarian law”, estos tres últimos en *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations. International Institute of Humanitarian Law*, 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008, Ed. Dr. Gian Luca Beruto, GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (2005), “El uso de la fuerza” en el informe del Secretario General de Naciones Unidas preparatorio de la cumbre de jefes de estado y de gobierno (septiembre de 2005)”, *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 10, NESIAH, Vasuki (2004), “From Berlin to Bonn to Baghdad: A Space for Infinite Justice”. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 17, pp. 75-98). En en el fondo, como se demostró en Georgia en 2008, entre un atentado contra la soberanía y una intervención con pretexto humanitario hay escasas diferencias en la práctica, a veces. e) Antonio REMIRO BROTONS ((2000), “Un nuevo orden contra el Derecho Internacional: El caso de Kosovo”, *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 1. y (2002) “Deslegitimación del Derecho Internacional: Kosovo”, en el libro *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant lo Blanch, Valencia). Este autor, aparentemente, ni siquiera quería entrar en un debate que dignifica un tema que tiene unos puntos de referencia estrictamente políticos. Huelga decir que está completamente en contra de la injerencia humanitaria como figura autónoma. En la misma línea RAMON CHORNET, Consuelo (1995), *¿Violencia necesaria?*, Trotta, Madrid. 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. Es cierto que los que postulan por la aceptación de la R2P lo hacen sobre la base de la Carta de Naciones Unidas y no en su contra. Tampoco parece que la situación pueda cambiar en un futuro inmediato, habida cuenta de la práctica mas reciente, que no va por el camino del asentamiento de una costumbre. Por otro lado, no se puede negar que existe la injerencia humanitaria, si bien condicionada al marco diseñado por la Carta de Naciones Unidas, al que ya se ha hecho referencia (BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, y

Refiriéndonos en principio a las OMP, 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 Especiales. Dentro de la primera se encuentra la División de Policía o UNPOL⁶⁵⁰.

Aunque se trata de una nomenclatura ya algo superada, normalmente se habla de OMP de primera generación para referirse a las que tuvieron lugar entre el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas y el final de lo que convencionalmente se ha llamado “guerra fría”, o conflicto “este-oeste”, en 1988-89, aproximadamente. Se trataría 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 policía⁶⁵¹.

Hay que señalar que los conflictos a los que respondían estas operaciones de primera generación eran supuestamente distintos de aquellos que se han producido a partir del final de la guerra fría, en el sentido de que

CONDORELLI, Luigi (2007), “La responsabilità di proteggere: una nuova veste per una nozione già acquisita”. *Conflitti armati e situazione di emergenza: La risposta del Diritto Internazionale*, Irini Papanocolopulo y Tullio Codazzi, Coord, Milán., pp. 5-12). 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 de que la no condena –imposible, por otra parte al entrar a jugar el veto- equivale a la aceptación.

⁶⁵⁰ Hasta 2005 la denominación de la policía de Naciones Unidas era CIVPOL (Civilian Police) http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/new_identity.shtml. Para profundizar en el tema ver también <http://www.un.org/Spanish/Depts/dpko/dpko/dpko/shtml>. 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 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.

⁶⁵¹ FERNANDEZ FLORES, J.L. (2001), *El Derecho ...op.cit.* 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*, Nº 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.

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, entendido este término en un sentido muy amplio, y más bien como traducción del concepto de “*policing*”, 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 colectiva⁶⁵².

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 caso más conocido, por su proximidad, es el de la antigua Yugoslavia⁶⁵³. A dicho concepto global responderían también las administraciones interinas, que podrían entrar ya en una tercera generación de OMP⁶⁵⁴. Por ello tales

⁶⁵² <http://www.un.org/Spanish/Depts/dpko/dpko/pastops/shtml>. Las primeras misiones de observación, y de hecho las primeras de cualquier 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 más 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. Incluso el caso de ONUC es mal ejemplo, ya que entro en períodos de “guerra caliente”, bajo el impulso del Secretario General Hammarskjöld.

⁶⁵³ Recordemos que para orientarse en el conflicto de los Balcanes es de particular interés la Decisión del ICTY en el caso Tadic de octubre de 1995, a la que nos hemos referido en varias ocasiones.

⁶⁵⁴ KUHL, Corinna (2008), “The evolution of peace operations, ... op.cit., p. 72. Citamos a esta persona por ser la Jefe del la Peacekeeping Best Practices Section de Naciones Unidas: “Second is the multidimensional nature of missions. As mentioned this morning, peacekeeping has taken on an ever increasing number of peacebuilding and State-building functions, in the areas of governance, extension of State authority, rule of law, human rights, and policing all the way to exercising full executive, judicial and legislative authority in situations where we are asked to run transitional administrations. While multidimensional mandates were common already among the missions of the early 1990s, the range of activities has expanded considerably in the past few years. Since no single actor has the capability to deliver on so many different activities, peacekeeping missions are meant to work closely with humanitarian and development partners. Within the UN system, the thinking moved from a coordinated to an integrated approach in the course of this decade, meaning all UN partners work towards a common strategic objective or desired end state in the conflict area. Under that vision, the early catalyst role of a peacekeeping mission would be naturally linked to long-term peacebuilding and development efforts. The structure merging these different strands of activity is the

operaciones tienen una dimensión 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 amplio componente civil, dentro del cual se ha ido destacando, hasta independizarse y cobrar importancia fundamental, un contingente policial⁶⁵⁵. Esta evolución coincide con el completo análisis de la situación hecho por el entonces Secretario General de la Organización, Butros Ghali, en su “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 exclusiva⁶⁵⁶. No es arriesgado afirmar que esta evolución en las OMP ha estado íntimamente unida al aumento en importancia de los aspectos propiamente policiales –esta vez sí, hablando en sentido estricto- 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 bastante auge en los últimos años, puede que un tanto eclipsado por el componente militar, por lo general más espectacular. Sin embargo, el despliegue en Kosovo y Timor de sendos contingentes policiales completamente ejecutivos, por parte de Naciones Unidas hace necesarias una serie de reflexiones. La función policial

combining of the development and humanitarian coordination function in the person of the Deputy Special Representative of an integrated mission.”

⁶⁵⁵ 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. Destacan estos autores que 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 .

⁶⁵⁶ 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.”

es uno de los elementos indispensables de cualquier sociedad⁶⁵⁷. Tal función está, o debe estar, condicionada por una serie de normas que la limiten e impidan su hipertrofia o extralimitación. 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. Por cierto que, antes de que se produjera el despliegue de la Policía de UNMIK, se atribuyó la realización de funciones policiales básicas a KFOR, es decir, a la fuerza militar multinacional amparada por la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como se hizo poco después con INTERFET en Timor Oriental. En lo que se refiere a Kosovo, ya hemos visto la cuestión del mando y control efectivos en relación con la sentencia del TEDH en los casos Behrami y Saramati, el segundo de los cuales era relativo a una detención.

Por otro lado hay que partir de una serie de asunciones, en algunos casos de naturaleza metajurídica, que en parte hemos examinado al hablar el concepto de lo policial y la dificultad de coordinación ante las diferentes culturas policiales. Hay que subrayar la especial incidencia de tales asunciones en las OMP con componente policial ejecutivo, y sobre todo en las medidas de *peace-building*, o *transformative occupation*, que suelen implicar una profunda reforma de los aparatos estatales y destacadamente de los policiales⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, declaración sobre la Policía: “La Asamblea. 1.-Considerando que el pleno ejercicio de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, garantizados por la Convención europea de derechos del hombre y por otros instrumentos nacionales e internacionales, supone necesariamente la existencia de una sociedad en paz que disfrute del orden y de la seguridad pública; 2.- Considerando que, a este respecto, la Policía juega un papel esencial en todos los Estados miembros, que ella es frecuentemente llamada a intervenir en condiciones peligrosas para sus agentes, y que sus funciones se encuentran todavía complicadas, porque las reglas que conducen a sus miembros no son definidas con una precisión suficiente ...”

⁶⁵⁸ 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,

3.2. Aspectos militares de las operaciones de paz

3.2.A. Una nueva misión para los ejércitos

La idea popular sobre las operaciones de paz sigue vinculada al aspecto militar de las mismas, en el sentido de combate, ocupación y pacificación, pero esto no es más que la superficie. El hecho de encargar a un contingente militar la realización de la misión no quiere decir nada por sí mismo, habida cuenta de la diversidad de situaciones imaginables, desde una misión como UNEF, con cascos azules y el consenso de la nación anfitriona, hasta la invasión de Afganistán en 2002. No nos vamos a referir en profundidad a los aspectos operativo-militares del tema, ni al derecho de los conflictos armados, que ya hemos examinado suficientemente en sus aspectos relevantes para éste trabajo, pero sí que hay que referirse al estatuto de las fuerzas y a las autorizaciones en relación con el uso de la fuerza en situaciones distintas al conflicto armado, porque tienen una gran influencia en materia de detención.

El exceso de compartimentación a la hora de analizar algunas formas contemporáneas de acudir lícitamente a la fuerza armada, puede hacernos perder la perspectiva, propiciando discusiones un poco fastidiosas acerca de la diferencia entre el *peace keeping*, el *robust peacekeeping* y el *peace enforcement*, por ejemplo. De hecho, a veces las operaciones bajo mandato de Naciones Unidas tienen un poco de todo⁶⁵⁹. Lo importante es el acto o resolución que habilita legalmente a dicho uso de la fuerza –el equivalente, valga el símil, al *ius ad bellum*- y el marco jurídico en el que se desenvuelve la actividad militar –por seguir con el símil, el *ius in bello*- por lo que hay que distinguir en esta fase de nuestro estudio un cierto tipo de operaciones que no van a ser propiamente guerras, aunque estas últimas quepan dentro del

aunque con matices, el de la Guardia Civil de España, Instituto que se ha encargado de la formación de los nuevos cuerpos policiales.

⁶⁵⁹ Expert Meeting on Multinational Peace Operations. Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces. Geneva, 11-12 December 2003. Organized by the International Committee of the Red Cross in cooperation with the University Centre for International Humanitarian Law (UCIHL). Report. Editores Alexandre FAITE y Jérémie LABBÉ GRENIER, Legal Division of the ICRC. International Committee of the Red Cross. Octubre 2004

amplísimo campo de las operaciones de paz. De hecho, la parte del DIH que nos interesaba ya ha sido suficientemente estudiada antes.

También es cierto que pretender diferenciar claramente entre las distintas situaciones en las que se usan tropas de combate conforme a la legalidad internacional, o clasificarlas, puede convertirse en una espantosa pesadilla, si no lo es ya. Para concretar, vamos a referirnos ahora a las situaciones más habituales, con participación de Estados como España, en este tipo de actividades, es decir, operaciones con un claro mandato de Naciones Unidas –no necesariamente de cascos azules-, y con el consentimiento, más o menos forzado, de las partes implicadas, ya sean *peacekeeping* o *peace enforcement*. Y en particular a las situaciones en las que puede producirse una detención.

A pesar de ser, quizá, el supuesto mejor desarrollado desde un punto de vista jurídico, no es el de la ocupación *stricto sensu*, que ya hemos examinado suficientemente, el que más probablemente van a enfrentar las fuerzas armadas, por ejemplo las españolas, en el exterior. Dentro de los diversos subtipos que ya hemos visto del concepto genérico de operaciones de 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 u otras partes implicadas accedan a la presencia de fuerzas extranjeras en su territorio a regañadientes, forzadas por las circunstancias de la política internacional es algo irrelevante para los propósitos del presente trabajo⁶⁶⁰. La forma del despliegue, los acuerdos de mando y control, etc⁶⁶¹, en

⁶⁶⁰ Aunque no es un problema que haya pasado desapercibido. FINDLAY, Trevor (2002), *The Use of Force in UN Peace Operations* SIPRI / OXFORD UNIVERSITY PRESS, p. 17

⁶⁶¹ LECK, Christopher (2009), "International Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10. También SANFELICE DI MONTEFORTE, Ferdinando (2008), "Operational command versus organic command: who is in charge?". INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW HUMAN RIGHTS AND PEACE OPERATIONS. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 280-283. Aunque, como vemos, no es la única posibilidad, la doctrina en la materia mas desarrollada es la de la OTAN, y por ello aquí voy referirme básicamente a ella. Las fuentes principales son la Allied Joint Publication (AJP)-01(C) Allied Joint Doctrine [http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/AJP-01\(C\).pdf](http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/AJP-01(C).pdf) y la AJP- 3(a) Allied Doctrine

for Joint Operations [http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/AJP-3\(A\).pdf](http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/AJP-3(A).pdf) 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 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 (aparte del FULLCOM, normalmente nacional): 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 para 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

estos casos, va a estar condicionada por varios factores, 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 de la misión y del personal que participa en ella –unidades militares, observadores, e incluso civiles- 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 estructuras similares.

Intimamente relacionado con esto están las directrices relativas al uso de la fuerza, es decir, las ROE, *Rules of Engagement* o, en una traducción manifiestamente mejorable, “reglas de enfrentamiento”⁶⁶². 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- el estatuto de la fuerza, de un modo muy general, y por la legislación de los Estados participantes y de la nación anfitriona⁶⁶³. Y, por supuesto, por la aplicación del DIDH, cuando se den las circunstancias objetivas para su aplicación extraterritorial. Todo este conjunto va a determinar

transferencia será efectiva. Todo lo cual quedará relegado en el preceptivo documento, como veremos. La forma de transferir fuerzas a la estructura multinacional es la TOA. Normalmente ente 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. Como hemos visto al hablar de la atribución de actos, estos acuerdos de mando y control tienen notables consecuencias jurídicas.

⁶⁶² Aunque la denominación ya ha sido asumida por el Derecho español, por ejemplo en la Ley 39/2007 de la Carrera Militar, art. 4.1: “Reglas de comportamiento del militar. 1. Las reglas esenciales que definen el comportamiento del militar son las siguientes: (...) Sexta. En el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe.”

⁶⁶³ 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 o acuerdos técnicos.

un marco jurídico *sui generis*, que en muchos aspectos se va a parecer a la ocupación y en otros no tanto.

3.2.B. La excepcionalidad del ejercicio de funciones policiales

Hasta ahora, en éste capítulo se ha hecho referencia a un aspecto no estrictamente policial de las operaciones de paz, y en concreto de las OMP, o sea, a ese aire policial de tal tipo de operaciones, entendiendo el concepto de “policial” en el sentido del término inglés *policing*, pero refiriéndonos en cualquier caso a actividades desarrolladas por el componente militar de la operación. Se trata por tanto de actividades militares, y de ahí el epígrafe elegido de “aspectos militares”; no es que vayamos a tratar más que de pasada cuestiones como la generación de fuerzas, los medios empleados, la logística o la inteligencia.

Hay, por tanto, ciertas cuestiones que parece pertinente adelantar un poco. Por ejemplo, aunque se ha aplicado el III Convenio de Ginebra durante la invasión de Irak de 2003, y en otras guerras contemporáneas, lo cierto es que en el contexto de las operaciones de paz el concepto de prisionero de guerra resulta bastante exótico y, desde luego, su encarnación física en personas reales acreedoras de dicho estatuto, un incordio de respetables dimensiones. Se habla ya con total naturalidad en documentos operativos militares, tales como el MC 362/1⁶⁶⁴, de detenidos⁶⁶⁵.

Como regla general se puede aseverar que las fuerzas militares no están llamadas a ejercer ninguna actividad propiamente policial más que de forma muy tangencial y con carácter auxiliar⁶⁶⁶. El propio documento básico

⁶⁶⁴ El MC 362/1 “NATO Rules of Engagement” es el documento guía para la elaboración de las ROE en una operación concreta. No está clasificado, pero tampoco tiene difusión general.

⁶⁶⁵ Por otro lado, ¿quien hace los prisioneros o detenidos? Evidentemente en una operación de coalición, son los Estados los responsables de sus propios detenidos o prisioneros, aunque – caso Al-Jedda, en relación con Behrami y Saramati- está el problema del principio de atribución de los actos. Ahora bien, en el caso de “casco azul”, la personalidad jurídica de la fuerza es la de Naciones Unidas.

⁶⁶⁶ 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 PORETSCHKIN, A. (2006), “Using Armed Forces for Law Enforcement Operations in

sobre el uso de la fuerza en el seno de la OTAN, el mencionado MC 362/1, así lo establece con carácter general⁶⁶⁷. 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 rudimentario⁶⁶⁸. 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, y la seguridad de la fuerza. El ejercicio de las funciones policiales normales, salvo en casos como el de Kosovo, correspondería a las autoridades locales, con diversos grados de monitorización⁶⁶⁹. No obstante esto es solo una asunción, ya que si no esta prevista expresamente 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 los correspondientes documentos operativos, tipo ROE, SOP y FRAGO.

Post-Conflict Situations”, *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* nº 45, vol. 1-2, pp. 119-123, y OSWALD, B. (2006), “Adressing the institutional ...op.cit, p. 15.

⁶⁶⁷ Punto 11 del MC 362/1.

⁶⁶⁸ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security*. ... op.cit. p. 122. Sobre el tema ver también PORETSCHKIN, A. (2006), «Using Armed Forces for Law Enforcement Operations ...op.cit, 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.

⁶⁶⁹ A veces la monitorización puede ser virtualmente inexistente, en particular en algunas operaciones de cascos azules, como es el caso de UNIFIL-FINUL.

La doctrina de la OTAN en relación con la policía militar está recogida en varios documentos, siendo los principales el STANAG 2085⁶⁷⁰, el AJP-3.2.3.3 (*Allied Joint Publication*)⁶⁷¹ y el APP-12 (*Allied Procedural Publication*)⁶⁷². Por su propia naturaleza, estos documentos no pueden calificarse, en sentido estricto, como normas jurídicas⁶⁷³, pero sí 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 aliadas⁶⁷⁴:

3.2.C. El marco jurídico de actuación de las fuerzas militares en OMP

a) Marco jurídico general

Con señaladas excepciones, como Alemania, cuya constitución lo prohíbe⁶⁷⁵, o de los Estados escandinavos por tradición⁶⁷⁶, lo cierto es que por

⁶⁷⁰ <http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/2085Eed04.pdf>

⁶⁷¹ http://www.mpcoe.wp.mil.pl/plik/file/MP_COE_Concept_version_1_july_2011_ang.pdf

⁶⁷² El STANAG que se refiere a dicho documento, en <http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/2226Eed01.pdf>, y el documento propiamente dicho en <http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/APP-12.pdf>

⁶⁷³ 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 vagamente considerarse una recepción del derecho derivado de la OTAN.

⁶⁷⁴ 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."

⁶⁷⁵ Tal prohibición, más bien una separación de tareas entre las policías de los diferentes länder –seguridad interior- y las fuerzas armadas –seguridad exterior- deriva de la combinación de varios artículos de la constitución, 35, 79 párrafo 3, 87ª, 91 párrafo 2 y 143) así como de la

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 necesidad⁶⁷⁷. Es pertinente recordar ahora la denominación de la Resolución 169/34 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 algunas reflexiones al respecto⁶⁷⁸. Además, el anexo de la propia resolución se encarga de aclarar que tal posibilidad está perfectamente admitida, aunque no se refiera a un contexto como el que examinamos⁶⁷⁹.

b) El supuesto de la ocupación y situaciones asimiladas

Ya se ha examinado con cierta profundidad el tema de la ocupación, aunque conviene destacar ahora algo a lo que hemos hecho referencia un poco de pasada, y es la posible aplicación del marco jurídico de la ocupación –el

interpretación de los mismos por el tribunal constitucional. Es algo único en Europa, que debe interpretarse, como tantas otras cosas, como una consecuencia de la reacción ante el régimen nacionalsocialista. OEHMICHEN, Anna y SAUX, Soledad (2009), “La guerra y la paz: la situación del terrorismo internacional”, pp. 647-674, *El derecho penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 662-663.

⁶⁷⁶ DAHL, A.W. (2007), “Military assistance to the police ... op.cit., p. 1.

⁶⁷⁷ En el caso de España, por ejemplo, la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, en su artículo 16, “Tipos de operaciones”, incluye “ ... c) El apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo y a las instituciones y organismos responsables de los servicios de rescate terrestre, marítimo y aéreo, en las tareas de búsqueda y salvamento. d) La respuesta militar contra agresiones que se realicen utilizando aeronaves con fines terroristas que pongan en peligro la vida de la población y sus intereses. A estos efectos, el Gobierno designará la Autoridad nacional responsable y las Fuerzas Armadas establecerán los procedimientos operativos pertinentes. e) La colaboración con las diferentes Administraciones públicas en los supuestos de grave riesgo, catástrofe, calamidad u otras necesidades públicas, conforme a lo establecido en la legislación vigente. f) La participación con otros organismos nacionales e internacionales para preservar la seguridad y el bienestar de los ciudadanos españoles en el extranjero, de conformidad con los criterios de coordinación y de asignación de responsabilidades que se establezcan.” Ley Orgánica de la Defensa Nacional.”

⁶⁷⁸ RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (1991), “Derechos Humanos y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ... op.cit. p. 24.

⁶⁷⁹ Artículo 1, comentario b): “En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad de Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios”.

Reglamento anejo al IV Convenio de la Haya, la IV Convención de Ginebra y el Protocolo I- a situaciones que no son propiamente las supuestas por los redactores de los instrumentos citados, tales como las operaciones de *peace enforcement*, las OMP en las que la situación de hecho es parecida a la ocupación, las administraciones interinas de un territorio, etc., sea porque no era posible establecer un estatuto de la fuerza pactado, al ser el gobierno del lugar el problema a resolver, o porque, una vez expulsado, las autoridades interinas o transitorias no han tenido tiempo de determinar dicho estatuto. En cualquier caso, tal aplicabilidad es cuestión controvertida, con sus pros y sus contras⁶⁸⁰. Lo que ahora cabe recordar del régimen de la ocupación es que, de entrada, el ejercicio de las funciones policiales en territorio ocupado corresponde a las fuerzas policiales del Estado ocupado⁶⁸¹ aunque el ocupante tiene la obligación de mantener el orden público. Es muy probable que la fuerza multinacional desplegada se vea, por ejecución del mandato o simplemente de hecho, en la obligación de realizar dicha función⁶⁸².

Está claro que el debate acerca, más que de la aplicabilidad, de la conveniencia de acudir al DIH para resolver los problemas que plantean las situaciones descritas, tiene lugar ante la evidencia de áreas no cubiertas por el marco habitual de las operaciones de paz y en particular de las OMP. En principio, ya lo hemos dicho, la ocupación se basa en el control efectivo de un territorio, y en el ejercicio de autoridad de hecho sobre el mismo. En tales casos, el régimen de ocupación entra a jugar automáticamente, y el exceso de celo al comparar situaciones, o en calibrar la inadecuación de una

⁶⁸⁰ SASSÒLI, Marco (2005), "Legislation and Maintenance of Public Order ...op.cit. p. 686 y ss.

⁶⁸¹ Debe recordarse lo que a este respecto establece la "Declaración sobre la Policía" de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a la que ya antes nos hemos referido, en el apartado c) de su anexo: Guerra y otras situaciones de excepción-ocupación por una potencia extranjera. 1. En el 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. En no debe, pues, tener el status de "combatiente" y las disposiciones de la Tercera Convención de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativas al tratamiento de prisioneros de guerra, no le son aplicables; 2. Las disposiciones de la Cuarta Convención de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativas a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, son aplicables a la Policía civil; 3. La potencia ocupante no debe ordenar a los funcionarios de Policía que cumplan misiones distintas de aquellas mencionadas en el artículo 1º del presente capítulo (...).

⁶⁸² Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces. ... cit., p. 210.

nomenclatura de 1899 (“enemigo”), puede hacer que se pierda de vista que no existe otro régimen preestablecido para tal tipo de situaciones⁶⁸³. En resumen parece que la tendencia es a admitir la aplicación *de facto* del régimen de la ocupación –el cual entra en vigor independientemente de la legalidad de la intervención- aceptando que el Consejo de Seguridad, a través del artículo 103 de la Carta puede modificar las partes de dicho régimen que tenga por conveniente para adaptarlo a una situación concreta⁶⁸⁴.

El Derecho Internacional Humanitario también recogía la posibilidad de ejercer una función policial, por así decirlo, propia, en relación con los posibles delitos o crímenes de los que una potencia ocupante pudiera ser víctima. En dicho marco, recordemoslo, ello incluiría la investigación criminal y el castigo de posibles hechos delictivos por referencia a leyes y con competencia de tribunales de la propia potencia ocupante⁶⁸⁵. Esto difícilmente podría imaginarse en una situación de OMP, salvo que considerásemos la ocupación de Irak en 2003-2004 como una “típica” operación de paz, cuestión demasiado complicada para emprenderla aquí. Al considerar la posible aplicación del régimen de ocupación a las fuerzas bajo mandato de Naciones Unidas todos parecen convenir en que aunque el enfoque puede ser útil, no cubre todas las situaciones imaginables con el suficiente detalle, y algunas no están cubiertas en absoluto.⁶⁸⁶

Sin embargo, otro enfoque es el de acudir a los instrumentos que determinan la competencia jurisdiccional, en materia de protección del personal que participa en ciertas misiones, en concreto la Convención de 1994 sobre la

⁶⁸³ International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts. Document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 26–30 November 2007. IRRIC, Volume 89 Number 867 September 2007, PP. 719-757. p. 752.

⁶⁸⁴ Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces. ...cit., p. 209-210. También FERRARO, Tristan (2008), “The applicability of the law of occupation to peace forces”, pp. 133-156, y ZWANENBURG, Marten (2008), “Substantial relevance of the law of occupation for peace operations”, pp. 157-167, ambos en *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*, International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.).

⁶⁸⁵ Artículos 65 a 68 G IV.

⁶⁸⁶ BELLINGER, John B. y PADMANABHAN, Vijay M. (2011), “Detention Operations in Contemporary Conflicts... op.cit, Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces. ... op.cit., p. 210.

seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado⁶⁸⁷. Esta convención es aplicable a “las personas contratadas o desplegadas por el Secretario General de las Naciones Unidas como miembros de los componentes militares, de policía o civiles de una operación de las Naciones Unidas”⁶⁸⁸. En ella se establecen ciertas obligaciones para sus miembros, entre otras la de perseguir penalmente una serie de actos⁶⁸⁹, y ciertas reglas para determinar la competencia jurisdiccional sobre tales hechos⁶⁹⁰. Sin ser tan amplios como los conceptos del “sabotaje” u otros previstos en los artículos 64, 68 o 78 del IV Convenio de Ginebra, si que se puede aseverar que los actos

⁶⁸⁷ A/RES/49/59 17 de febrero de 1995, Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/49/742). Un análisis en ENGDAHL, Ola (2008), “The legal status of United Nations and associated personnel in peace operations and the legal regime protecting them”. *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 126-131.

⁶⁸⁸ Art. 1.a).i) de la Convención.

⁶⁸⁹ Artículo 9. “Delitos contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado. 1. La comisión intencional de: a) Un homicidio, secuestro u otro ataque contra la integridad física o la libertad de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o el personal asociado; b) Un ataque violento contra los locales oficiales, la residencia privada o los medios de transporte de cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas o del personal asociado, que pueda poner en peligro su integridad física o su libertad; c) Una amenaza de tal ataque con el objetivo de obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto; d) Una tentativa de cometer tal ataque, y e) Un acto que constituya la participación como cómplice en tal ataque o tentativa de ataque o que suponga organizar u ordenar a terceros la comisión de tal ataque, será considerado delito por cada Estado Parte en su legislación nacional. 2. Los Estados Partes sancionarán los delitos enumerados en el párrafo 1 con penas adecuadas que tengan en cuenta su gravedad.”

⁶⁹⁰ Artículo 10. “Establecimiento de jurisdicción. 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo 9 en los casos siguientes: a) Cuando el delito se haya cometido en el territorio de ese Estado o a bordo de un buque o aeronave matriculado en ese Estado; b) Cuando el presunto culpable sea nacional de ese Estado. 2. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando: a) Sea cometido por una persona apátrida cuya residencia habitual se halle en ese Estado, o b) Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o c) Sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar algún acto. 3. Todo Estado Parte que haya establecido la jurisdicción indicada en el párrafo 2 lo notificará al Secretario General de las Naciones Unidas. Si ese Estado Parte deroga posteriormente tal jurisdicción lo notificará al Secretario General de las Naciones Unidas. 4. Cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos definidos en el artículo 9 en el caso de que el presunto culpable se encuentre en su territorio y de que ese Estado no conceda su extradición, conforme al artículo 15, a alguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1 ó 2. 5. La presente Convención no excluirá ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con la legislación nacional.”

tipificados en la Convención de 1994 tienen un aire de familia, en el sentido de ser atentados contra la seguridad de la Fuerza. Esta protección se extiende a otras fuerzas, *coalitions of the willing*, tropas bajo el mando y control de organizaciones regionales, etc., siempre que cumplan los requisitos del artículo 1 de la Convención⁶⁹¹.

A lo que no se aplica es a las operaciones bélicas autorizadas por el Consejo de Seguridad, en el que las tropas, directamente aportadas por los Estados, según los artículos 42 y 43 de la Carta, y conforme a distintas modalidades de organización, entran en combate en el marco del DIH⁶⁹², cuestión que ya hemos excluido de esta parte del trabajo.

La convención incluye una clara referencia al principio *aut dedere, aut judicare*. En la práctica, España y otros Estados suelen acudir, de entrada, a la vía nacional, en casos en los que las víctimas de atentados son nacionales propios, aunque se esté en el territorio sobre la base de un SOFA, e incluso cuando los procedimientos chocan con el habitual *Board of Inquiry* de las estructuras de Naciones Unidas. Esto determina la activación de la legislación nacional en materia de investigación criminal, en sus facetas policial y judicial⁶⁹³. Sin embargo, parece claro que, aunque la jurisdicción competente resultase ser la del Estado del que las víctimas eran nacionales, el ejercicio de la misma estaría sometido a la propia Convención y en su defecto, a los tratados de extradición y cooperación judicial aplicables al caso⁶⁹⁴. En todo

⁶⁹¹ Artículo 2.1: “La presente Convención se aplicará al personal de las Naciones Unidas y al personal asociado y a las operaciones de las Naciones Unidas, según se definen en el artículo 1.”

⁶⁹² Artículo 2.2: “La presente Convención no se aplicará a las operaciones de las Naciones Unidas autorizadas por el Consejo de Seguridad como medida coercitiva de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas en las que cualesquiera miembros del personal participen como combatientes contra fuerzas armadas organizadas, a las que se aplica el derecho relativo a los conflictos armados internacionales.”

⁶⁹³ MÉJEAN, Virgile (2007), *Ordre et sécurité au Kosovo 1999-2002. Les missions des forces terrestres*. CDEF, p. 45.

www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/cahiers_drex/cahier_recherche/securite_kosovo.pdf

⁶⁹⁴ Artículo 15. “1. Si los delitos enumerados en el artículo 9 no están enumerados entre los que dan lugar a extradición en un tratado de extradición vigente entre los Estados Partes, se considerarán incluidos como tales en esa disposición. Los Estados Partes se comprometen a incluir esos delitos, en todo tratado de extradición que concluyan entre sí, entre los que dan lugar a extradición. 2. Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe una petición de extradición de otro Estado Parte con el que no tenga tratado de extradición, podrá, a su discreción, considerar la presente Convención como la base jurídica

caso, la Convención exige explícitamente la cooperación judicial, incluso en defecto de tratados⁶⁹⁵.

c) Los supuestos distintos a la ocupación

(i) El estatuto de la fuerza

Sin teorizar más sobre la aplicación del régimen de ocupación a escenarios que no son propiamente ocupaciones -en el sentido de la utilidad de conceptos como “ejercito enemigo”, etc.-, lo cierto es que la mayor parte de las situaciones en las que se desenvuelven las operaciones de paz, pasado un primer momento, que no siempre se da, y que cuando se da es por lo general muy breve, se basan en la aceptación formal de la situación por parte del Estado en el que se desarrollan las actividades militares, por medio de un estatuto de las fuerzas o SOFA, que a veces da a la misión un aspecto muy parecido a la ocupación, sin serlo *de iure*. El objetivo fundamental es garantizar la efectividad del principio de bandera para las tropas desplegadas. Hasta el final de la Segunda Guerra Mundial la inmunidad de jurisdicción de las tropas acantonadas en territorio extranjero era una cuestión de Derecho consuetudinario⁶⁹⁶, aunque también existen antecedentes de acuerdos

necesaria para la extradición en lo que respecta a esos delitos. La extradición estará sometida a las condiciones establecidas por la legislación del Estado requerido. 3. Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán que esos delitos dan lugar a extradición entre ellos con sujeción a lo que dispone la legislación del Estado requerido. 4. A los efectos de la extradición entre Estados Partes, se considerará que esos delitos se han cometido no solamente en el lugar donde se perpetraron, sino también en el territorio de los Estados Partes a que se hace referencia en los párrafos 1 ó 2 del artículo 10.”

⁶⁹⁵ Artículo 16. “1. Los Estados Partes se prestarán toda la asistencia posible en relación con los procedimientos penales relativos a los delitos enumerados en el artículo 9, en particular asistencia para obtener todos los elementos de prueba de que dispongan que sean necesarios para tales actuaciones. En todos los casos se aplicará la legislación del Estado requerido. 2. Las disposiciones del párrafo 1 no afectarán a las obligaciones derivadas de cualquier otro tratado en lo relativo a la asistencia mutua en cuestiones penales.”

⁶⁹⁶ FOURNIER, Sylvain (2009), “NATO Military Interventions Abroad: How ROE are Adopted and Jurisdictional Rights Negotiated”. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009. pp. 113-122, p. 118.

bilaterales⁶⁹⁷. El estatuto de otros componentes no militares de la operación podría estar incluido en un SOMA o *Status of Mission Agreement*. La situación actual es bastante poliedrica, dado que no solo existen actuaciones de cascos azules, y de hecho entran a jugar, como estamos dando por sentado, organizaciones y estructuras de lo más variado, asociadas a diversas organizaciones regionales como la OTAN, la OSCE, la UE, la Unión Africana, el ECOWAS (Comunidad Económica de Estados de Africa Occidental), o la Unión de Estados Independientes⁶⁹⁸.

Conviene empezar por la práctica de Naciones Unidas. Ya hemos dicho que cada SOFA puede tener sus peculiaridades, aunque el marco de Naciones Unidas tiende a ser el más homogéneo. Así que, si bien no se puede decir que “el SOFA de la ONU” es un documento impuesto, sí podemos hacer referencia algunas constantes; existen tres instrumentos jurídicos básicos que suelen ser comunes a cualquier despliegue de cascos azules. El primero son 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 OMP⁶⁹⁹.

Por otro lado está 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 –o más exactamente de Naciones Unidas- en relación con dicho Estado: aspectos jurisdiccionales, privilegios e inmunidades, etc. El precedente de los SOFA que se suelen firmar en la actualidad se halla en el “Reglamento o Estatuto de las Fuerzas de Emergencia de las NU” dictado por el Secretario

⁶⁹⁷ PIERINI, Jean Paul (2009), “Rules of Engagement, Status of forces agreements and Criminal Law: different approaches as to the legal base of the use of force in military operations and conflicts of jurisdiction in respect of foreign friendly fire”, *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 123-162, p. 24 y 25.

⁶⁹⁸ United Nations Peacekeeping Operations Principles and Guidelines (2008). United Nations Department of Peacekeeping Operations, Department of Field Support Peacekeeping Best Practices, Section Division of Policy, Evaluation and Training. Department of Peacekeeping Operations. United Nations Secretariat. Approved by J.-M. Guéhenno, USG/DPKO on 18 January 2008. Review date: January 2010, p. 85. También ALÍA PLANA, Miguel (2003), “La regionalización de las operaciones de paz. ... op.cit..

⁶⁹⁹ Documento A/46/185.

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 acordados para distintas operaciones⁷⁰⁰.

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”⁷⁰¹, que tiene por objeto servir de base a este tipo de acuerdos, y actuar como régimen interino en su ausencia, siempre sujeto a las modificaciones que en cada caso se convengan entre las partes⁷⁰². 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 al margen por el hecho de participar en la misión, aunque se goce de algunos privilegios. Los observadores militares tienen un régimen particular en su calidad de expertos en misión, extremo que contempla el “modelo”, al igual que el personal del componente policial⁷⁰³. El personal militar integrado en contingentes, y también los observadores, tienen una serie de privilegios e inmunidades⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ MARTÍN RODRIGUEZ, P. (2008), “El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas ...op.cit. p. 71. Este autor destaca las dificultades que entrañaría el despliegue sin SOFA, y la posible aplicación 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.

⁷⁰¹ Documento A/45/594, de 9 de octubre de 1990.

⁷⁰² MARTÍN RODRIGUEZ, P. (2008), “El estatuto jurídico ... op.cit. p.69

⁷⁰³ OZAKI, Kuniko (2009), “Criminal Law Protection and Accountability of Participants in Peacekeeping Operations”. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 85-94.

⁷⁰⁴ Así, el personal militar estará 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 del presunto o presuntos responsables de un acto presuntamente punible. Con carácter general, 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 al que pertenezcan. Desde luego, y como es lógico, en caso de flagrante delito, el personal militar puede ser también detenido por las autoridades locales, pero su custodia debe ser inmediatamente transferida 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 militar, el Comandante en Jefe debe certificar si el acto que da origen al mismo tiene o no relación con el

Ni siquiera en el contexto de una operación clásica de cascos azules – consentimiento de la nación anfitriona, uso limitado de la fuerza, etc.- resulta fácil hablar de un estatuto típico. Es cierto que algunas cuestiones aparecen una y otra vez en los SOFA: jurisdicción, inmunidad frente a arresto o detención, exenciones fiscales, etc. Pero ni la negociación del SOFA es siempre la misma, ni la forma o instrumento utilizados coincide necesariamente⁷⁰⁵. El modelo de SOFA empleado por la OTAN no difiere

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.

⁷⁰⁵ Así, en Bosnia-Herzegovina, Croacia y Yugoslavia, el estatuto de IFOR-SFOR, es el que aparecía en Acuerdos de Dayton. En Kosovo, el Estatuto de las Fuerzas fue dado mediante la UNMIK Regulation 2000/47, en Afganistán aparece como Anexo al “Military Technical Agreement”, firmado el 4 de enero de 2002 entre el ministro del interior de la Autoridad Interina y el Comandante de ISAF, “en nombre de dicha fuerza”, etc. PIERINI sistematiza de la siguiente manera: “The following are a non exhaustive list of agreements/regulations that we can find in the practice of military operations: a) SOFA negotiated by NATO: SOFA applicable the (olim) SFOR and IFOR personnel was contained in an international treaty to which NATO was signatory (Dayton Agreement, appendix B, annex 1-A, art. 2 - 8), b) SOFA negotiated by the single mission (as an aggregation of States). Sometimes agreements has been negotiated in the form of a Military Technical Agreement by the Command of the Mission. c) SOFA adopted by the United Nations with States on whose territory a peace keeping mission is going to be deployed. The mission itself is qualified as a subsidiary organ of the United Nations. This status of forces agreements are integrated by Contribution Agreement signed by the United Nations and the Contributing Nation. In the absence of a formal adoption of such an agreement the UN Model Sofa is deemed to apply as customary international law. d) SOFA negotiated by the European Union. This agreement is adopted by the Council under art. 24 paragraph 1 of the Treaty on the European Union and are binding for the member States. The said agreement normally reproduces the dispositions of the 1961 Vienna Convention on Diplomatic Relations. Waiver of immunity can be granted by the head of the mission in agreement with the Sending State. e) SOFA negotiated by the Leading Nation. Sometimes status of forces agreements has been negotiated on behalf of the mission by the State in charge for the military command of the mission. An example is represented by the exchange of notes between the Australian and the Indonesian Government in respect of the status of the mission INTERFET (International Force in East Timor). This arrangement was integrated by an exchange of notes between the Australian Government and UNTAET (United Nations Temporary Administration East Timor), and by agreements with the States participating to the mission (to which the status of forces agreement) should extend) as well as by a Military technical agreement containing detailed regulation of certain aspects (e.g the treatment of detainees). f) Extension “inter partes” of the NATO Sofa. This extension is aimed at regulating the reciprocal relationship between the different Contributing States. In respect of the mission KFOR the NAC (North Atlantic Council) disposed the extension of the NATO Sofa. g) Disciplines on the status of forces contained directly in United Nations Security Council Resolutions. The United Nations Security Council recently has inserted in its resolutions regulations related to the status of forces provided by Contributing States granting exclusive jurisdiction to the said States over their troops. This regulations aren't strictly territorial and prevent exercise of jurisdiction by international

sustancialmente del de la ONU⁷⁰⁶, 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 nacionales⁷⁰⁷. Pero esto no es nuevo, y de hecho es poco relevante para el objeto de este trabajo, puesto que no es sino la aplicación extraterritorial de las leyes penales y disciplinarias de un Estado a sus propios ciudadanos o asimilados⁷⁰⁸.

jurisdictions and also by other States. h) Territorial legislations containing regulations as to the legal status of forces. In this category we can list the regulation adopted by UNMIK (United Nations Mission in Kosovo) in order to provide a legal discipline for the status of UNMIK itself and KFOR, and the “notorious” Regulation n. 17 adopted by the Coalition Provisional Authority in order to establish a legal framework for the status of the MNF (Multinational Force) in Iraq. These regulations are properly domestic regulations. PIERINI, Jean Paul (2009), “Rules of Engagement, Status of forces agreements and Criminal Law: different approaches as to the legal base of the use of force in military operations and conflicts of jurisdiction in respect of foreign friendly fire”, *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 123-162.

⁷⁰⁶ No obstante, de nuevo es importante destacar una diferencia esencial entre las operaciones de cascos azules y otras realizadas por organizaciones regionales o coaliciones, como la OTAN, y es que en las primeras la personalidad jurídica que se opone a la nación anfitriona es la de la ONU. De hecho, el uso de distintivos comunes, como las boinas y los cascos azules el color blanco de los vehículos, el hecho de que la única bandera visible desde fuera de las bases o posiciones no pueda ser otra que la de Naciones Unidas, etc. no es pura cuestión de *militaria*. En las operaciones de la OTAN, por ejemplo cualquier acto del Secretario General en nombre de la organización estará normalmente respaldado por el consentimiento unánime de los Estados miembros a través de sus representantes en el Consejo Atlántico. CACHO SÁNCHEZ, Yaelle (2007), “Responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por la actividad ilícita de sus fuerzas de mantenimiento de la paz”. *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 13.

⁷⁰⁷ En otra parte del trabajo se hace referencia al sistema español, basado en los artículos 115 y 116 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. Respecto a otras experiencias, una breve aproximación al modelo italiano en INTELISANO, Antonio (2009), “Italian Judicial Experiences on Peace Support Operations (PSO)”. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 205-209. En cuanto a la posible competencia del TPI, SCHÜLLER, Andreas (2009), “Can the International Criminal Court Prosecute Military Personnel of United Nations Peace Support Operations?” *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 163-182.

⁷⁰⁸ Lo que si parece nuevo es el evidente interés por parte de algunos miembros de la OTAN, de incluir en el lote, equiparados prácticamente en todo a los militares, a los contratistas civiles, entre otros. Está claro que en teoría, el SOFA es un acuerdo bilateral y que el Estado anfitrión podrá aceptar o rechazar las pretensiones de la otra parte, presiones políticas aparte.

En lo que se refiere a la Unión Europea, el mecanismo, a través de la negociación de SOFA y SOMA, difiere algo de lo hasta ahora expuesto y presenta algunos matices determinados por la compleja estructura de la UE, la toma de decisiones en materia de despliegues tanto civiles como militares, y en particular por la importancia que da a las misiones de tipo civil de gestión de crisis, donde uno de los aspectos clave es el policial. La base de las negociaciones son los modelos de SOFA y SOMA aprobados por el Consejo de la Unión en 2005⁷⁰⁹.

(ii) Las reglas de enfrentamiento

Lo que realmente importa, además de las inmunidades, es determinar qué limitaciones tendrá un contingente militar de las características expuestas en el uso de la fuerza, incluyendo la posibilidad de practicar detenciones y realizar otras funciones de corte policial (parapoliciales). Es decir, qué actividades, implicando uso de la fuerza, puede realizar ese contingente en el desempeño de su misión, y a qué marco jurídico estará sujeto. En cuanto a lo último, 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, en otros contextos, determinará la realización de funciones policiales relacionadas con dicho cumplimiento, y necesarias para el mismo, conforme a la fórmula de “todas las medidas necesarias”, como el control del tráfico, el uso de medios de control de masas, etc.

En cuanto al uso de la fuerza en sentido estricto, vendrá en la práctica determinada por las reglas de enfrentamiento autorizadas para la misión, lo que puede incluir abordajes, registros de instalaciones y de personas, incautación de material de guerra u otros, empleo de medios antidisturbios, incluido el empleo de gases de uso policial, acotamiento de determinadas áreas y sumisión a controles de carretera, etc. Y por supuesto la posibilidad de detener personas, con diversos fines. No vamos a entrar con profundidad en un tema específicamente militar, y cuya naturaleza jurídica es objeto de varias

⁷⁰⁹ SARI, Aurel (2008), “Status of Forces and Status of Mission Agreements Under the ESDP: The EU’s Evolving Practice”. *EJIL*, Vol. 19, Nº 1, pp. 67–100.

teorías⁷¹⁰. Baste decir que los documentos básicos, dejando aparte las legislaciones nacionales en la materia, son el MC 362/1 de la OTAN, ya mencionado, el *Use of Force Concept for EU-led Military Crisis Management Operations*⁷¹¹, y las *UN DPKO Guidelines for the Development of Rules of Engagement for Peace Keeping Operations*⁷¹². Hay otros documentos oficiosos⁷¹³, pero en general todos están cortados más o menos por el mismo patrón y hacen referencia a conceptos muy similares. Quizá el más perfeccionado sea el europeo, pero a diferencia de los otros está sujeto a clasificación. Por otro lado, en el fondo no presenta diferencias sustanciales con el documento de la OTAN.

Las reglas de enfrentamiento se pueden caracterizar de la siguiente manera:

“ROE are issued by competent authorities and assist in the delineation of the circumstances and limitations within which military forces may be employed to achieve their objectives. ROE appear in a variety of forms in national military doctrines, including execute orders, deployment orders, operational plans, or standing directives. Whatever their form, they provide authorisation for and/or limits on, among other things, the use of force, the positioning and posturing of forces, and the employment of certain specific capabilities. In some nations,

⁷¹⁰ 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 Generale 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 ajustadas a la legalidad, y solo su manifiesta ilegalidad, cosa improbable dada la redacción de las mismas, impediría al ejecutor de las ordenes ampararse en la ROE. PIERINI, “Rules of Engagement ...op. cit, por su parte, define “Rules of engagement are instructions issued to militaries in order to ensure compliance with political decisions as to the legitimate (under international law) use of force in military operations. Violation of rules of engagement may amount per se to a crime (e.g. disobedience).”

⁷¹¹ ESDP/PESD COSDP 342.

⁷¹² UN MD/FGS/0220.0001(2000).

⁷¹³ (2009) *RULES OF ENGAGEMENT HANDBOOK*. International Institute of Humanitarian Law. Drafting Team Commander Alan Cole, United Kingdom Royal Navy, Major Phillip Drew, Canadian Forces, Captain Rob McLaughlin, Royal Australian Navy, Professor Dennis Mandsager, Captain, JAGC, U.S. Navy (Retired), U.S. Naval War College. Sanremo, November 2009. <http://www.usnwc.edu/getattachment/7b0d0f70-bb07-48f2-af0a-7474e92d0bb0/Sanremo-ROE-Handbook>

*ROE have the status of guidance to military forces; in other nations, ROE are lawful commands. ROE are not used to assign missions or tasks nor are they used to give tactical instructions. Missions and tasks are assigned through Operations orders and other similar instruments of command and control.*⁷¹⁴

Cabe hacer un análisis vertical de las reglas de enfrentamiento, comparando las propias de las OMP frente a las de *peace enforcement*, pero para los efectos de este trabajo parece mas útil hacer una comparación horizontal respecto de las que se refieren a cuestiones como la detención o el uso de la fuerza susceptible de causar muerte, puesto que, en la práctica es posible encontrarlas en cualquier tipo de operación, dependiendo del mandato, conlleve o no la realización de operaciones militares mayores planeadas, incluso con carácter de ataque. En los documentos arriba citados se establecen las directrices para la redacción y tramitación de las ROE en una operación concreta, lo que corre parejo con el proceso de planeamiento de tal operación, es decir, la redacción y emisión del plan de operaciones (OPLAN), del que las ROE serán un anexo o un apéndice a uno de los anexos. En general, es el nivel político de los Estados y organizaciones el que autoriza las ROE para una operación concreta, pudiendo los mandos militares, a distintos niveles, y dentro de ese marco general, limitar aún más el uso de la fuerza. En ningún caso está limitada dicha apelación a la fuerza en situaciones de legítima defensa, y de hecho las ROE no regulan dicho supuesto, limitándose a reconocer su existencia⁷¹⁵.

⁷¹⁴ (2009) *RULES OF ENGAGEMENT HANDBOOK*, cit. pp. 1-2.

⁷¹⁵ Normalmente esto es una cuestión del Derecho penal de cada Estado, conforme al principio de Bandera. Por ejemplo en el caso de España la definición de la legítima defensa en la del artículo 20.4 del Código Penal, según el cual está exento de responsabilidad criminal “El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.”. En un plano internacional, el estatuto del TPI, 31.1.c exime también de responsabilidad penal a quien “actúe razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de

Se suele establecer una diferencia entre las ROE de conflicto armado y las propias de otras situaciones⁷¹⁶; las primeras estarían redactadas en términos de limitaciones o prohibiciones y las segundas como autorizaciones para el uso de la fuerza⁷¹⁷. Pero en esta materia no hay normas muy claras y resulta difícil hacer aseveraciones rotundas. Lo cierto es que cuando se intenta entrar en un análisis jurídico serio de esta herramienta, parece todo un poco inconsistente, salvo que aceptemos que de lo que se trata es de órdenes, en principio legítimas, que deben ser interpretadas de forma acorde con la ley, tanto nacional como internacional. Tampoco vamos, por otra parte, a analizar conceptos tales como los de *hostile act*, *hostile intent*, o en el marco de la ONU, *hostile activity*, puesto que resultan superfluos para nuestro estudio⁷¹⁸.

peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado”. Un análisis de este artículo en TONKIN, Hannah (2005), “Defensive Force Under the Rome Statute”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6.:

⁷¹⁶ PIERINI, Jean Paul (2009), “Rules of Engagement, Status of forces agreements ... op.cit. En la p. 123, este autor señala: “There is an established military doctrine distinguishing military operations into two main categories: “war operations” (including ideally collective self defense, art. 5 operations under the NATO treaty) and, on the other side crisis response operations or Military operations other than war. The last mentioned category should ideally encompass peace support operations, proper peace keeping, peace enforcement, conflict prevention, peace building, but also support to humanitarian operations, humanitarian assistance, support to and proper disaster relief operations, non combat evacuation operations, extraction operations and so on.”

⁷¹⁷ FOURNIER, Sylvain (2009), “NATO Military Interventions Abroad: How ROE are Adopted and Jurisdictional Rights Negotiated”, *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 113-122, p. 117.

⁷¹⁸ Sobre éstos conceptos es recomendable HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security ... op.cit.*, p. 94-96. Si que parece pertinente dar una opinión basada en la práctica: en una curiosa inversión de las causas y los efectos, a veces se atribuye el aparente fracaso de una operación a la debilidad de las ROE autorizadas para la misma. Olvida éste razonamiento que no son solo los requerimientos de la eficacia operativa militar los que se tienen en cuenta para tal autorización sino, conforme a los datos disponibles, toda una serie de consideraciones de tipo jurídico, por supuesto, pero sobre todo político y diplomático (FAIX, Martin (2010), “Rules of Engagement. Some Basic Questions and Current Issues”, *Czech Yearbook of International Law (CYIL)*, Vol. 1 pp. 133-145.). Es posible que todo este sistema sea un armatoste de una complicación innecesaria, aunque es lo que hay, y de lo que se trata es de perfeccionarlo. Pero es que, en el fondo, en tal tipo de razonamientos quejumbrosos (“mandan a nuestros soldados atados de pies y manos”), o agresivos (“así no se puede cumplir la misión”), lo que late es la añoranza de la inmunidad del combatiente, la posibilidad de matar, e incluso de causar una razonable cantidad de “daños colaterales”, con el único límite del

Uno de los problemas que plantean las ROE en su faceta de base habilitadora para el uso de la fuerza es su carácter, en general, clasificado, lo que hace difícil no solo que puedan ser citadas concretamente en un trabajo de investigación, sino invocadas –su quebrantamiento- por posibles víctimas de abusos⁷¹⁹. Por otro lado, uno de sus presupuestos básicos es que no se trata de normas jurídicas, y de hecho está asumido que en ningún caso pueden interpretarse en un sentido que violente la legalidad doméstica del Estado contribuyente con tropas a una determinada operación. De este modo, la legislación de cada Estado se convierte en el principal elemento de interpretación de las reglas de enfrentamiento. Si las posibles incongruencias son detectadas con antelación, los Estados normalmente las pondrán de manifiesto por medio de *caveats* o restricciones nacionales⁷²⁰, una especie de declaración interpretativa, salvando las distancias. En caso contrario, la primacía del Derecho nacional subsiste.

Para los efectos de nuestro trabajo, hay que decir, sin poder citar los documentos concretos, que es precisamente en cuestiones como la detención, el registro de viviendas o instalaciones, o el uso de la fuerza susceptible de causar muerte para impedir la huida de personas detenidas o para proteger propiedades, donde con más frecuencia se aportan tal tipo de restricciones, dada la impronta que los distintos derechos nacionales tienen en tales asuntos. Como hemos señalado, las ROE, una vez implantadas, están sujetas a clasificación, por lo que sólo podemos referirnos a su contenido genericamente, o por reflejo de ciertas publicaciones autorizadas.

El concepto o definición de fuerza mínima para la OTAN es *“force, up to and including deadly force, limited to the degree, intensity, and duration necessary to achieve the objective”*⁷²¹. Es importante este concepto puesto que determina, en buena medida las posibles detenciones e incluso puede llegar a

principio de proporcionalidad, sin que luego se puedan pedir cuentas a nadie, como solía ocurrir en las guerras.

⁷¹⁹ ROWE, Peter (2007), “The Rules of Engagement in Occupied Territory: Should They be Published?” *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8.

⁷²⁰ ALÍA PLANA, Miguel (2009), “Las reglas de enfrentamiento (ROE)”. Escuela Militar de Estudios Jurídicos. *Cuaderno práctico Nº 1*, pp. 28-38.

⁷²¹ Esta definición está tomada del AAP-6 (versión de 2012), 2-M-8. En francés “force minimale” se define como “Force, jusque et y compris la force létale, limitée au niveau, à l'intensité et à la durée nécessaires à la réalisation de l'objectif. 3-F-4.

justificar la muerte de la persona a detener si se dan las circunstancias que lo justifiquen. La detención por su parte se define cómo *“the act of holding in custody for lawful purpose such as prosecution, maintenance of public safety, or pursuant to legal order”*⁷²². Como vemos, se está haciendo referencia a la detención en el sentido de la palabra en lengua inglesa, tal y como hemos tenido ocasión de ver en el Capítulo I. Por lo tanto, al hablar de fuerza mínima en el contexto de la detención es evidente que se está refiriendo al arresto, como acto físico de aprehensión. De hecho, el modelo de ROE sobre detención del MC 362/1 distingue la autorización para detener (181) de la autorización a usar la fuerza para llevarla a cabo (183). En todo caso, vemos que el objeto de la detención, según la definición arriba dada, no es solo la persecución penal genérica, sino que admite la posibilidad de detención administrativa si hay razones de seguridad que la justifiquen.

Este sería, pues, el aspecto que tendrían unas ROE sobre arresto y detención en el anexo de un OPLAN. Como vemos, en su conjunto, el marco jurídico alternativo al régimen de ocupación, compuesto por el mandato, SOFA y ROE, y completado por los documentos operativos como el OPLAN, las SOP, etc. pueden llegar a cubrir mediante retales los mismos campos que el marco jurídico de aquel, por lo que cabe preguntarse sobre la necesidad de concurrencia de ambos regímenes.

3.2.D. Posibles escenarios para la actividad parapolicial de las fuerzas armadas

a. Contrainsurgencia

Una de las zonas fronterizas entre lo militar y lo policial que podría entrar en el concepto de actividad parapolicial es la lucha contra la insurgencia o, para emplear la denominación más popularizada, “contrainsurgencia” (COIN)⁷²³. La

⁷²² También recogida en el AAP-6, 2-D-6. La definición en francés, según el mismo documento “détention” es “Acte de retenir à des fins légales telles que poursuites judiciaires, maintien de la sécurité publique, ou en application d'une décision de justice.” 3-D-7.

⁷²³ 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 AJP 3.4.4, todos relativos a este asunto.

insurgencia se puede definir como el movimiento violento organizado que emprende una lucha prolongada con la finalidad de cambiar el orden político establecido⁷²⁴. Otra acepción es la que describe insurgencia y contrainsurgencia como la batalla por la población, por su apoyo y su consentimiento⁷²⁵. Hay, en realidad muchas definiciones con una serie de elementos en común⁷²⁶. 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 bandidaje o delincuencia organizada, y los límites a veces resultan muy difusos. 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 y más probablemente, del artículo 3 común a los mismos⁷²⁷. 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 difícilmente pueden considerarse incluidas entre los delitos tipificados en el Estatuto de Roma, o entre aquellos que pueden ser objeto de persecución universal, como son el narcotráfico o el robo. Esto se demuestra

⁷²⁴ 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 Contrainsurgencia.

⁷²⁵ 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.

⁷²⁶ La *U.S. Government Counterinsurgency Guide* (2009) (Bureau of Political-Military Affairs. 2009. www.state.gov/t/pm/ppa/pmppt define la insurgencia como (p. 12): "the organized use of subversion and violence to seize, nullify, or challenge political control of a region.' Insurgents seek to subvert or displace the government and completely or partially control the resources and population of a given territory. They do so through the use of force (including guerrilla warfare, terrorism and coercion/intimidation), propaganda, subversion and political mobilization. Insurgents fight government forces only to the extent needed to achieve their political aims: their main effort is not to kill counterinsurgents, but rather to establish a competitive system of control over the population, making it impossible for the government to administer its territory and people. Insurgent activity is therefore designed to weaken government control and legitimacy while increasing insurgent control and influence."

⁷²⁷ 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".

con dos ejemplos bien conocidos: Colombia y Afganistán⁷²⁸. 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 recogida en el AJP 3.4.4⁷²⁹.

Es denominador común de esta doctrina y de la de los Estados miembros de la Organización el ya expresado 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 militar⁷³⁰. De todos estos documentos se desprende el interés por deshacerse de cualquier obligación policial, y por tanto se hace hincapié en hacerlo todo de la mano con las fuerzas de seguridad locales.

La contrainsurgencia es, en cualquier caso, el escenario en el que más probablemente se van a desenvolver las futuras operaciones militares internacionales; tal vez un “efecto no deseado” del éxito del sistema de seguridad colectiva. Fuera de los conflictos armados entre Estados de la misma región, más ó menos similares en cuanto a potencia militar, en el plano de las operaciones de paz cabe imaginar períodos de “guerra caliente” convencional con Estados automarginados del sistema, pero estos serán probablemente de corta duración, seguidos por largos períodos (10 a 15 años)⁷³¹ de inestabilidad,

⁷²⁸ FELBAB-BROWN, Vanda (2009), *Narco-guerrilleros: ¿qué lecciones se pueden extraer de Colombia para Afganistán?* Real Instituto Elcano, Área: Seguridad y Defensa, Documento de Trabajo 55/2009 (traducido del inglés), 21/12/2009. www.realinstitutoelcano.org, Ver también por ejemplo, *Afghanistan: The Rise of the Narco-Taliban. Testimony of Congressman Mark Kirk before the House Foreign Affairs Committee Hearing on Afghanistan. February 15, 2007.*

⁷²⁹ AJP-3.4.4. ALLIED JOINT DOCTRINE FOR COUNTERINSURGENCY (COIN). <http://info.publicintelligence.net/NATO-Counterinsurgency.pdf>

⁷³⁰ U.S. Government Counterinsurgency Guide (2009) ... op. cit. p. 15: “Primacy of Non-Military Means. While the provision of security is a necessary activity in COIN, it will not defeat an insurgency on its own. When possible, civilian and military measures should be applied simultaneously to achieve success in an integrated strategy that delegitimizes and undermines the insurgency, builds government control and strengthens popular support. In counterinsurgency, military forces are, in a sense, an enabling system for civil administration; their role is to afford sufficient protection and stability to allow the government to work safely with its population, for economic revival, political reconciliation and external non-government assistance to be effective.”

⁷³¹ GARCÍA GUINDO, Miguel (2010), “Contraingurgencia en Afganistán: retos y desafíos de una estrategia común”, en *Terrorismo sin fronteras. Actores, escenarios y respuestas en un mundo global*. Aranzadi-Thomson reuters, pp. 109-120. En p. 117 hace referencia a los análisis de la RAND Corporation (LONG, A. *On the other War: Lessons from Five Decades of RAND*

guerrillas, terrorismo, y complicaciones añadidas cómo crimen organizado y narcotráfico. Irak y Afganistán-Pakistán son dos ejemplos de esto. No obstante éste trabajo no pretende ser un análisis de la situación en Afganistán o en Pakistán en su conjunto, análisis por otra parte innecesario dada la profundidad y calidad de algunos estudios sobre el particular⁷³².

Muchas de las cuestiones que entran en el concepto de la insurgencia están relacionadas, como decimos, con actividades criminales como el narcotráfico, que difícilmente se pueden considerar maduras para justificar por sí mismas la entrada en vigor del DIH. Pero no cabe descartar que en un futuro no muy lejano se plantee el tema en tales términos, como ya se ha hecho con el terrorismo. De momento tales planteamientos se hacen sólo en algunos contextos de conflicto armado –no internacional- cómo el que presuntamente tiene lugar en Afganistán⁷³³.

Ahora bién, cabe preguntarse si no estamos “reinventando la rueda”. En materia de doctrina militar, el enfoque norteamericano es hegemónico; no así en otras doctrinas que resultan extrañas al mundo anglosajón, cómo la gendármica. Cabe preguntarse también si un enfoque más dirigido a la creación de una fuerza de tal tipo –mixta entre lo policial y lo militar- no sería una solución plausible para Estados de gran extensión geográfica y de población básicamente rural. En el teatro afgano, lo cierto es que si, por un

Counterinsurgency Research), respecto a que el estudio de las campañas de contrainsurgencia desde el final de la Segunda Guerra mundial sugieren que para tener éxito deben prolongarse por encima de los quince años. También JONES, Seth G. (2008), *Counterinsurgency in Afghanistan*. Prepared for the Office of the Secretary of Defense. National Defense Research Institute Rand Counterinsurgency Study, Vol.4.

⁷³² Por ejemplo, en España el de POZO SERRANO, Pilar (2011), *La guerra de Af-Pakistán y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales*. Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, y (2010) “Los riesgos de utilizar el yihadismo como instrumento de política exterior: el caso de Pakistán”, en *Terrorismo sin fronteras. Actores, escenarios y respuestas en un mundo global*. Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 73-90, DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel y PARDO DE SANTAYANA Y GÓMEZ DE OLEA, José (2009), *El conflicto de Afganistán*, Colección “Conflictos internacionales contemporáneos” núm. 12, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos “Francisco de Vitoria” (Universidad Carlos III de Madrid), Escuela de Guerra del Ejército de Tierra y Ministerio de Defensa, Madrid. Más limitado en cuanto a sus pretensiones 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

⁷³³ LINNEWBER, Edward C. (2011), “To Target or not to Target: Why ’tis Nobler to Thwart the Afghan Narcotics Trade with Nonlethal Means”. *Military Law Review*, Vol. 207, pp. 155-202.

lado, se habla de ciertos éxitos en el adiestramiento del ejército nacional (ANA), se constata, por el momento, una sensación de fracaso en relación con la policía (ANP)⁷³⁴.

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, conflicto armado, o ninguna de las dos anteriores. En éste último caso, y sin perjuicio de aplicar *de facto* la parte del DIH que se estime pertinente, será el mandato, las directrices sobre el uso de la fuerza y la legislación de la nación anfitriona las que juegan un papel esencial. Dicho sea esto sin excluir la legislación del Estado del que las tropas implicadas sean nacionales, según el principio de bandera o el estatuto de la fuerza, pero no tanto para afirmar la legalidad o ilegalidad de una concreta actuación en Derecho internacional, como para excluir la ilegalidad y la relevancia penal de determinadas acciones en el plano interno.

Con todas las matizaciones que estamos haciendo en relación con la utilidad de régimen de ocupación en situaciones que no son propiamente ocupaciones, 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 de dichas fuerzas vendrá determinada de nuevo por el mandato, las órdenes recibidas, las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales de los distintos contingentes y el apoyo requerido por la nación anfitriona en ejercicio de su soberanía⁷³⁵.

⁷³⁴ DEFLEM, Mathieu (2011), "Policing Afghanistan: Civilian Police Reform and the Resurgence of the Taliban." Pp. 114-124 in *The Routledge Handbook of War and Society: Iraq and Afghanistan*, Steven Carlton-Ford & Morten G. Ender (Eds.). Routledge, Londres.

⁷³⁵ 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

No obstante, en la práctica hay algunas actividades de tipo policial, aparte de la detención, que son práctica más o menos corriente en las diversas operaciones multinacionales, sean de mantenimiento o de imposición de la paz, y que merecen algo más que una mención. También pueden implicar incidentalmente la detención de personas. 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 (PDSS, PRDSS)⁷³⁶, la posibilidad de entrar en propiedades privadas o domicilios para efectuar registros, y el empleo de medios de control de masas o antidisturbios. En principio nada en el Derecho internacional impide la ejecución de tales actividades por parte de fuerzas militares. Los límites vendrán impuestos, mas probablemente, por los marcos jurídicos nacionales⁷³⁷, pero cabe afirmar que tales actuaciones tal y como se vienen planteando en la práctica traen causa, o bien del cumplimiento del mandato (*framework operations*)⁷³⁸, o bien de las necesidades determinadas por la protección de la propia fuerza. 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 en modo alguno una patente de corso, si permite, dentro

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.

⁷³⁶ Persons and Property with Designated Special Status. HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security ...* op.cit. p.120-121.

⁷³⁷ 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 más.

⁷³⁸ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security ...* op.cit. p. 111.

de la legalidad doméstica e internacional, admitir como legales algunas acciones que en otro contexto tendrían muy difícil justificación⁷³⁹.

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 ineludible⁷⁴⁰. Normalmente el ejercicio de tal potestad debe estar reflejada en los planes de operaciones y en las correspondientes reglas de enfrentamiento, y debe ir acompañada de procedimientos debidamente difundidos por la cadena de mando, que pormenoricen cuando y como debe actuarse. Esto vale también para el uso de técnicas y medios de control de masas (*Crowd Riot Control* o CRC), incluido el uso de gases para uso policial⁷⁴¹. 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 compensada 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 casos mencionados, los estándares de actuación deberían ser los estándares de actuación policial ya examinados⁷⁴², salvo que nos encontremos con base

⁷³⁹ 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/>

⁷⁴⁰ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security*. ...op.cit. p. 112-113.

⁷⁴¹ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security*. ...op.cit. p. 114-115.

⁷⁴² 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 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.), 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

suficiente para entender aplicable el Derecho de los Conflictos Armados, y aún así habría que valorar hasta que punto deben dejar de aplicarse estándares propios de la actuación policial, por ejemplo en el régimen de la ocupación.

Cuestión distinta es la de la conveniencia de realizar todo este tipo de acciones en íntima colaboración con fuerzas de policía locales. La razón parece patente; se trata de dar continuidad a una acción que, por sus perfiles policiales, puede determinar la persecución penal o administrativa de algunas personas, y eso salvo en el caso de la ocupación -y con muchos matices que hemos visto- corresponde a las autoridades locales. Por otro lado, 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, normalmente, 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

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)”.

principio, y de pormenorizar esa colaboración mediante los correspondientes memorandos de entendimiento o acuerdos técnicos⁷⁴³.

Sin embargo, el caso de las medidas de protección de la fuerza es distinto. Si bien la cooperación de las autoridades locales es tan conveniente, o más, 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 -qué hacer con unos detenidos o las pruebas de un posible delito- 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 decisión⁷⁴⁴. En última instancia la legalidad o ilegalidad de las medidas tipo *checkpoint*, con cacheos y registro de vehículos, o de uso de medios antidisturbios para protección de la fuerza vendrá determinada por los conceptos de orden legítima, obediencia debida y legítima defensa en sus distintas modalidades nacionales, y desde un punto de vista jurídico deberá ser controlada judicialmente en el ámbito doméstico⁷⁴⁵.

⁷⁴³ 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 of 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 both 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."

⁷⁴⁴ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing ...* op.cit. p.111.

⁷⁴⁵ 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.

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 personas, normalmente nacionales del Estado que actúa o asimilados⁷⁴⁶. Por supuesto, se trata de una actividad cuyos precedentes más sonados se han llevado a cabo al margen de las operaciones de paz, pero también puede producirse durante y en el marco de una de ellas. A pesar de sus aspectos militares, normalmente el papel principal va a corresponder a algún diplomático sobre el terreno, salvo que la situación lo haga imposible. En la doctrina de todos los Estados occidentales, así como en la de la OTAN⁷⁴⁷ está incluida la eventualidad de tener que lanzar una operación de rescate de nacionales, o asimilados, localizados en un Estado en crisis⁷⁴⁸. Entendidas como una justificación para el uso de la fuerza, su fundamento no puede encontrarse en la Carta de Naciones Unidas, y a lo sumo podríamos hablar de una costumbre *in statu nascendi*⁷⁴⁹. Las posibilidades de actuación están directamente

⁷⁴⁶ 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”.

⁷⁴⁷ La doctrina de la OTAN en la materia está recogida en el AJP-3.4.2 “Allied Joint Doctrine for Non-Combatant Evacuation Operations” <http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/AJP-3.4.2.pdf>. Además, el MC 477, que recoge el concepto de la OTAN en materia de Fuerza de Respuesta (NRF), incluye las NEO entre sus misiones. La doctrina norteamericana está recogida en la Joint Publication 3-68 y la británica en la Joint Warfare Publication 3-51 http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/95CD1C65-5C59-4F25-A37B-615ED5A43AD0/0/jwp3_51.pdf. La doctrina española muy parecida a la de la OTAN ya la hemos mencionado.

⁷⁴⁸ La Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional establece en su artículo 15. 4. “ Las Fuerzas Armadas pueden, asimismo, llevar a cabo misiones de evacuación de los residentes españoles en el extranjero, cuando circunstancias de inestabilidad en un país pongan en grave riesgo su vida o sus intereses.”

⁷⁴⁹ NATO LEGAL DESKBOOK. Second Edition (2010). https://transnet.act.nato.int/WISE/Library/Legal/LEGALDESKB/file/_WFS/LEGAL%20DESKBOOK%FINAL%20version%20-2%2002%20SEPT%202010.pdf, p. 235-236. Como ejemplos, el Deskbook menciona el envío de tropas por Bélgica y EEUU al Congo, con el permiso del

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 tolerancia⁷⁵⁰. 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 en cuyo territorio se encuentran, si éste se muestra incapaz de hacer frente a la situación⁷⁵¹. En cualquier caso, la cooperación plena del Estado en el que se desarrolla la operación determinaría la práctica 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.

El caso mas 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, fue 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

gobierno de este Estado, para rescatar a nacionales propios retenidos por fuerzas rebeldes, el rescate de un carguero norteamericano retenido por Camboya en 1975, el caso de Entebbe, que veremos con más detalle, y la invasión de Granada (1984) y Panamá (1989) –subrayando la posible falta de proporcionalidad en estos casos-.

⁷⁵⁰ El citado manual DO1-001 clasifica las operaciones NEO, según el grado de riesgo, en permisivas (sin amenaza probable), inciertas (semipermisivas 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).

⁷⁵¹ 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.

de Naciones Unidas no se pronunció⁷⁵², desviando la atención hacia la cooperación contra el terrorismo internacional.

⁷⁵² Contrasta el lenguaje y los términos empleados por la OUA (actual UA) y los empleados por el Consejo de Seguridad de la ONU. 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; (...)” 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 agresion’ 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 agresion’ 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 delagations 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. (...). 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

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 fundamental 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 puede evitar, *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; o, cómo mínimo, una violación de la soberanía⁷⁵³. En cualquier caso, el supuesto de una operación de rescate de nacionales propios en contra de la voluntad de las autoridades legítimas de otro en cuyo territorio aquellos se encuentran, implicaría claramente una situación límite a la que el Derecho internacional puede dar difícil respuesta. Parece

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 United Nations and international law; and enjoin the international community to give the highest priority to the consideration of further means of assuring tyhe 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 grondwork 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 taht 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.

⁷⁵³ Como se demuestra en otros casos no estrictamente relacionados, como la detención de Eichmann en Argentina, que veremos más adelante, o cómo el del estrecho de Corfú. KRITSIOTIS, Dino, (2009), “Close Encounters of a Sovereign Kind”. *EJIL*, Vol. 20, Nº 2, pp. 299 – 330.

claro que en su actuación, el Estado que intervenga atenderá, casi en exclusiva, a criterios de legalidad interna⁷⁵⁴, aunque cabe preguntarse acerca del estatuto, siquiera momentáneo, de las personas detenidas para la ejecución de la misión y otras cuestiones parecidas⁷⁵⁵. En definitiva, lo extremo de la situación –que no su inverosimilitud, ya que se han dado varios casos con mayor o menor éxito- sitúa esta cuestión, a pesar de su claro aire policial, en el ámbito de lo político, más que en el de lo jurídico, y por tanto la inclusión en este trabajo es solo a efectos de una más perfecta catalogación de las que hemos llamado actuaciones parapoliciales.

⁷⁵⁴ El JP 3-68 pasa de largo sobre las justificaciones legales y sólo recoge un deber de respetar la soberanía de terceros Estados. El JWP 4A1, por su parte señala: "The conduct of all military operations including NEOs is circumscribed by the provisions of national and international law. National law includes both the criminal law of the UK, to which UK forces are always subject wherever they may be serving and the law of the particular country to which a force may be deployed, subject to any immunity granted by a Status of Forces Agreement (SOFA) or Memorandum of Understanding (MOU). 4A2. The legal justification for UK forces to enter another state to rescue UK Entitled Persons (UKEP) may arise in different ways. a. Explicit permission to enter for extraction purposes may be given by the receiving state authorities and in certain circumstances a SOFA may even be concluded. b. Where there has been a breakdown in law and order and there no longer exists a coherent government, or where such government exists but it is unable or unwilling to protect UK nationals, intervention to protect UK nationals may be justified on grounds of self-defence (Article 51 of the UN Charter). 4A3. Under both of the above, the use of force will be limited to that which is necessary and proportional for mission accomplishment and the defence of UK forces and evacuees and Rules of Engagement (ROE) will be drafted accordingly."

⁷⁵⁵ JP 3-68 p. B-2 " ...As stated in CJCSI 3110.07B, Nuclear, Biological, and Chemical Defense; Riot Control Agents; and Herbicides, the use of RCAs is restricted to US bases, posts, or US controlled portions of foreign installations where the authority to approve peacetime employment of RCAs resides with the CCDR. Use of RCAs outside of these parameters requires SecDef approval. Additionally, authority for the use of RCA may be obtained pursuant to Enclosure I to CJCSI 3121.01B, Standing Rules of Engagement/Standing Rules for the Use of Force for US Forces". En cuanto a detenidos, p. B-2: "d. Detainee Treatment. The embassy should determine the disposition of a detainee in advance of the JTF deployment. In the absence of this determination, it is US policy to treat all detainees humanely and IAW US law, including the law of war, and applicable US policy. Anyone detained by US forces in an attempt to deter or in response to hostile action will be provided with the protections of the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 1949, until some other legal status is determined by competent authority. The embassy, with the HN, will negotiate the disposition of the detainee." El JWP británico (op. cit.), recoge entre el modelo de ROE que propone para éste tipo de operaciones: "SIX EIGHTY BRAVO. TEMPORARY DETENTION OF PERSONNEL PREVENTING THE CONDUCT OF THE NEO IS PERMITTED. NOTE: PERIOD OF DETENTION IS TO BE AS SHORT AS POSSIBLE. WHILST DETAINED ORANGE PERSONNEL ARE TO BE TREATED COURTEOUSLY." (p. 4A2-3).

3.2.E. Fuerzas armadas en funciones policiales y policía militar.

Adentrándonos un poco más en el núcleo de éste 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 operación de paz. Conviene de entrada hacer algunas precisiones. Al hablar de ejércitos (o de fuerzas armadas, entendida la expresión como sinónimo), no podemos hacer distinción entre los componentes de dichos contingentes según provengan de las fuerzas armadas propiamente dichas o de cuerpos policiales de naturaleza militar, como la Guardia Civil. Es claro que, formando parte de contingentes militares españoles, para ceñirnos a la práctica contemporánea, los componentes de la Guardia Civil no constituyen otra cosa que policía militar⁷⁵⁶, y a casi 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 malentendidos⁷⁵⁷. En definitiva, cualquier actuación de corte policial hacia el

⁷⁵⁶ 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. GARCÍA, J. (1992) *La Guardia Civil en al División Azul*, García Hispán, Alicante.

⁷⁵⁷ MARTINEZ GUILLEM, Ramón (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. 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 ..."

exterior⁷⁵⁸, 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 que examinaremos mas adelante. Cuestión distinta es que como unidades especializadas tengan una doctrina diferenciada, a la que nos hemos referido 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 española⁷⁵⁹.

El concepto de policía militar tiene matices distintos –a veces muy acusados -según los Estados. Una labor de comparación nos lleva a concluir que los modelos de policía militar⁷⁶⁰ participan *grosso modo* de las características genéricas de los respectivos modelos policiales nacionales, que aunque agrupables en familias⁷⁶¹, son tan diferentes entre sí como los Estados⁷⁶².

⁷⁵⁸ 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.

⁷⁵⁹ 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.

⁷⁶⁰ Como veremos, en España la policía militar no es un cuerpo, pero sí lo es, por ejemplo, en el Reino Unido (tres cuerpos en realidad, Royal Military Police, Military Provost Staff y Military Provost Guard Service), en Alemania (Feldjäger) o en EEUU, donde además existen agencias federales de investigación criminal civiles vinculadas a los ejércitos, tales como el CID (US Army Criminal Investigation Division), NCIS (Naval Criminal Investigative Service) o el AFOSI (US Air Force Office of Special Investigations). En Italia, por otro lado, la policía militar, incluso en territorio nacional la ejerce el Cuerpo de Carabineros, etc.

⁷⁶¹ Por ejemplo el modelo latino, de coexistencia de cuerpos civiles y militares (Gendarmería, Carabineros, Guardia Nacional Republicana, Guardia Civil, etc.) y el anglosajón, descentralizado y sin cuerpos de naturaleza militar.

⁷⁶² La policía militar en España no es un cuerpo -no aparece recogida como tal en la Ley 30/2007 de la carrera militar- ni es una especialidad fundamental en ninguno de los tres ejércitos ni en los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas. Aunque parezca obvio, hay que decir también que no es un cuerpo o fuerza de seguridad en el sentido de la Ley Orgánica 2/86, de 13 de marzo, puesto que no se la menciona en absoluto en dicho texto. Se trata de una función diferenciada en el marco de los cometidos correspondientes a las FAS, que presenta bastantes aspectos policiales, básicamente como policía de seguridad y administrativa. Dicha función se lleva a cabo, normalmente, por personal encuadrado en unidades de policía militar, naval o aérea, conforme a la Ley de la carrera militar y el Real Decreto 194/2010. La regulación de la policía militar (significativamente con minúsculas) es tan escasa que difícilmente se puede sostener que posea un estatuto. La función policial en el seno de las Fuerzas Armadas está escasamente institucionalizada y es muy difusa, dadas las peculiaridades del grupo en el que se desarrolla, donde el control social es sensiblemente mayor que en el conjunto de la

Sentado esto, y aunque pueda parecer contradictorio con el razonamiento anterior, se puede sostener 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 funciones⁷⁶³. 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 en varias ocasiones. No obstante, 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

sociedad. Esto se debe a la estructura jerárquica y al encuadramiento del personal militar. Buena parte de la función preventiva o de vigilancia que en la sociedad civil llevan a cabo cuerpos policiales, es ejercida en el seno de los ejércitos por los mandos o compañeros, sometidos a un régimen de obligaciones más estricto. Los que desempeñen tareas de policía militar, en el ejercicio de dichas funciones tienen carácter de agentes de la autoridad. Si bien no es nuevo –ya lo recogía, por ejemplo, el art. 408 (derogado) de las RROO del ET- ahora aparece expresamente recogido en la disposición adicional tercera de la Ley 30/2007, de la carrera militar, y en el artículo 29.2 del Real Decreto 194/2010. En cuanto a sus cometidos propiamente dichos, aparecen enumerados en el artículo 30 del Real Decreto 194/2010: a) Realizar la vigilancia, custodia, escolta y regulación de transportes y convoyes militares, así como la protección de miembros de las Fuerzas Armadas. b) Identificación de personal y vehículos en los recintos militares. c) Velar por el orden, comportamiento y uniformidad del personal militar, dentro de los recintos militares y fuera cuando así se autorice. d) Tener a su cargo el control de la circulación dentro del recinto militar y otros análogos que se les encomienden. Fuera del recinto militar podrán controlar el tráfico, en ausencia de agentes de la circulación o en auxilio de éstos, tras haber obtenido autorización del organismo responsable y haber coordinado su actuación con dichos agentes. e) Custodiar y conducir presos y arrestados de establecimientos penitenciarios y disciplinarios militares así como desempeñar cometidos de seguridad y mantenimiento del orden en dichos establecimientos. f) Actuar en auxilio de los órganos y fiscales de la jurisdicción militar cuando sean requeridos para ello. g) Realizar informes en beneficio de la seguridad en su ámbito específico de actuación. No se recoge expresamente la posibilidad de actuar como policía judicial, ni siquiera limitándose a la jurisdicción militar. Lo de “actuar en auxilio de los órganos y fiscales de la jurisdicción militar” se limita a reproducir la dicción del artículo 85 de la Ley Orgánica de Competencia y organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM). Por otro lado, mientras que la policía militar aparece en el capítulo referente al personal auxiliar de los órganos judiciales militares, la policía judicial aparece recogida en capítulo distinto (artículo 86) del mismo texto legal. Además, salvo en situaciones muy extremas -en las que cabría invocar los artículos 115 y 116 de la LOCOJM- no se aprecia la necesidad de apelar a la policía militar como policía judicial en territorio nacional.

⁷⁶³ Como ya hemos subrayado en varias ocasiones el “Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, aunque no explícitamente incluye a los militares que realicen tales funciones, como recoge su comentario al artículo 1: “b) En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad de Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.”

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 ⁷⁶⁴.

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 intervención 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 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 nacional⁷⁶⁵. Es decir, el modelo policial-judicial. 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 custodia⁷⁶⁶.

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

⁷⁶⁴ OSWALD, B, (2006), “Adressing the institutional ... op.cit, p. 3 a 6.

⁷⁶⁵ OSWALD, B, (2006), “Adressing the institutional ... op.cit. p. 10-11

⁷⁶⁶ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing* ... op.cit, p.113.

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 contraproducente⁷⁶⁷. 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 caben pocas dudas de que el marco jurídico aplicable, salvo el caso de ocupación o de conflicto armado, 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 internacionales⁷⁶⁸. No hay muchos más puntos de referencia. 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 concreto⁷⁶⁹. Además todo este tipo de documentos debe ser interpretado con mucha precaución y siempre a la luz de una legalidad multiforme, 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 Europea 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 vistos⁷⁷⁰. En éste sentido quizá sea la OSCE la organización que

⁷⁶⁷ OSWALD, B, (2006), "Adressing the institutional ... op.cit. p. 14-15.

⁷⁶⁸ OSWALD, B, (2006), "Adressing ... op.cit. p. 9.

⁷⁶⁹ 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*.

⁷⁷⁰ GIUDICELLI-DELAGE, Genevieve (2009), « Fonctions de police judiciaire des forces armées a l'étranger ». *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 95-112, p.100-101: "Même les Guidelines de 2002 (Draft Guidelines for Criminal Procedure in Crisis Management Operations, malgré un intitulé prometteur (il y est question de procédure pénale) ne sont guère plus satisfaisantes, puisqu'elles ne constituent qu'une suite de références à des principes consacrés par les conventions internationales relatives à la protection des libertés fondamentales au respect desquelles les membres des forces extérieures sont déjà tenus. Même les dispositions spéciales, celles des actes régissant les missions, confirment cette insuffisance, qu'elles soient

más se ha preocupado del asunto, como demuestra por ejemplo su *Guide to criminal procedure* de 2007⁷⁷¹.

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 seguridad⁷⁷². Entre éstas últimas y por lo tanto no estrictamente policiales estarían algunas actividades familiares que ya hemos mencionado: control de movimientos mediante *checkpoints*, escoltas armadas, operaciones de cordón y búsqueda, control de masas y confiscación de armas. El enfoque más 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 militares⁷⁷³. Es en este sentido como debemos entender el concepto que se ha empleado desde el principio de actividades parapoliciales.

3.3. Aspectos policiales de las OMP

3.3.A. Comparación entre dos instituciones

Los Estados, por lo general, tienen dos herramientas para hacer uso de la fuerza: Las fuerzas armadas y la policía⁷⁷⁴. La existencia de cuerpos

muettes sur les opérations de police, qu'elles visent ces opérations, mais sans en préciser le contenu (sauf dans les deux dernières opérations, signe, peut-être, d'une leçon tirée des expériences du passé). Insuffisance que confirment encore les accords avec les pays hôtes, qui renvoient, dans leurs préambules, à la définition des missions proposées dans les décisions instituant les opérations. Restent peut-être les règles d'engagement, encore que l'on puisse douter qu'elles contiennent des précisions de nature procédurale; mais, du fait de leur caractère stratégique, elles sont couvertes par le secret et, à ce titre, inaccessibles. Cette insuffisance normative emportait donc le risque d'une incomplétude procédurale ... “.

⁷⁷¹ Guide to criminal procedure, Vienna, 2007. <http://www.osce.org/policing> Website: <http://polis.osce.org>

⁷⁷² 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/>

⁷⁷³ OSWALD, B. (2006), “Addressing ... op.cit. p. 12.

⁷⁷⁴ 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.

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 policial en el sentido aquí expresado⁷⁷⁵. Por otro lado, toda fuerza policial, incluso no uniformada, tiene ciertas características que la identifican. Aunque algunos de las ideas que veremos a continuación ya han sido expuestas de otra manera en partes anteriores del trabajo, ahora el enfoque es comparativo⁷⁷⁶.

En principio la función policial es una función pública. Sin embargo, en la tradición anglosajona estos conceptos no son tan fácilmente traducibles, y de hecho el ejercicio de tal función ha tenido en muchos contextos ciertos aspectos de actividad privada⁷⁷⁷. Es cierto que en nuestro sistema se ha

⁷⁷⁵ El Código Europeo de Etica Policial señala: “Considering that police activities to a large extent are performed in close contact with the public and that police efficiency is dependent on public support ...”, etc. 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.

⁷⁷⁶ Comentarios al Código Europeo de Etica Policial (op. cit. pp. 39-40): “It should be recalled that the scope of the present code is limited to police work in civil society. The judicial side of police work – that is the police being a component of the criminal justice system – and the public order side of the police, as well as the public service dimension of police work, and the integration of the police into civil society, are all elements that are different from military functions and objectives. Moreover, the legal basis and powers of the police in a rule of law society, where the focus is on the respect for civil and political rights of individuals, are also different from those of the military. Although there are some similarities between police and military functions and performances, the aforementioned special characteristics of the police are so important in a democratic society governed by the rule of law that they should be supported by all means available. Organisational responsibility is one of the best means in this respect. A police organisation under civilian responsibility is likely to best cultivate police professionalism suitable for civil society. The organisational police structures – civil or military – differ very much in Europe. In western and northern Europe the police are primarily civilian. In central and eastern Europe, several police organisations have a military structure ; whereas in southern Europe, both models exist, sometimes side by side in the same country. Moves towards community orientation of the police is under way in several member states. These processes often contain elements of organisational reform. In central and eastern Europe, this is part of an overall transition processes into systems of democracy and the rule of law. However, this trend is also going on in parts of Europe with longstanding democratic systems. In the prevailing circumstances and, with full respect to the history and traditions in member states, paragraph 13 does not go any further than to state that police functions performed in civil society – whether carried out by civilian or militarily organised police – should ultimately be under the responsibility of civilian authorities.”

⁷⁷⁷ Cuando no existía una auténtica estructura policial federal, el gobierno de EEUU acudió a la Agencia de detectives Pinkerton -creada en 1850 por Allan Pinkerton- para realizar todo tipo de

aceptado como una necesidad la privatización, dentro de ciertos límites, de actividades que encajan con la función de policía de seguridad⁷⁷⁸. Sea como sea, se puede entender a la policía como una de las formas de control social, si bien 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 privadas⁷⁷⁹. 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 mismo⁷⁸⁰.

En su actividad, la policía puede hacer uso legítimo de la fuerza física, no solo con carácter defensivo, como todo el mundo, sino también preventivo, o incluso para la imposición coactiva de decisiones judiciales, gubernativas o políticas. Esta es una característica esencial de la función policial⁷⁸¹, si bien no hemos de entender que sea su única finalidad. Aquí hay que tener en cuenta que el “uso de la fuerza” incluye la posibilidad de apelar a aquella susceptible de producir la muerte de personas, si concurren los requisitos legales para ello. Este es un tema importante a la hora de comparar actuaciones policiales, y las militares en el contexto de un conflicto armado internacional o situación equiparable. La fuerza policial, como veremos está limitada por unas leyes cuyo punto de referencia internacional es el marco de los derechos humanos y no el el DIH. En este mismo sentido, la policía normalmente tiene carácter de

actividades policiales, incluida la escolta del propio Presidente Lincoln, que por cierto fue asesinado cuando se encontraba escoltado por el ejército.

⁷⁷⁸ Como demuestra en España, por ejemplo la ley 23/1992 de seguridad privada. En otros ámbitos más relacionados con nuestro trabajo, SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel (2012), “Piratería marítima, fuerza armada y seguridad privada”. *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 23.

⁷⁷⁹ LOUBET, *La policía* op. cit. pp. 10-12.

⁷⁸⁰ El Código Europeo de Ética Policial incluye una referencia a la responsabilidad: “VI. Accountability and control of the police 59. The police shall be accountable to the state, the citizens and their representatives. They shall be subject to efficient external control. 60. State control of the police shall be divided between the legislative, the executive and the judicial powers. 61. Public authorities shall ensure effective and impartial procedures for complaints against the police. 62. Accountability mechanisms, based on communication and mutual understanding between the public and the police, shall be promoted. 63. Codes of ethics of the police, based on the principles set out in the present recommendation, shall be developed in member states and overseen by appropriate bodies.”

⁷⁸¹ LOUBET, *La policía*, op. cit. pp. 12-13

instituto u organización armada⁷⁸², y frecuente, pero no necesariamente, usará uniforme⁷⁸³. Toda organización entraña más o menos jerarquía, pero en las organizaciones policiales es más rígida⁷⁸⁴, con rangos, con distintivos, manifestada con frecuencia en órdenes verbales que deben ser inmediatamente ejecutadas. También normalmente tendrá regímenes disciplinarios específicos, con exigencia, por lo general, de un *plus* de moralidad para sus miembros⁷⁸⁵.

Los cuerpos policiales están pensados para fines internos del Estado, 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 naturalezas⁷⁸⁶. En todo caso su actuación tiene en común, como es obvio, la sumisión a las leyes, ya que puede depender de la autoridad

⁷⁸² 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.

⁷⁸³ Cómo dice el Código Europeo de Ética Policial, “14. The police and its personnel in uniform shall normally be easily recognisable”. El Comentario sobre ésta norma dice “Paragraph 14 contains a principle of crucial importance for the traditional police in a democratic society governed by the rule of law ; it should be easy for the general public to recognise police stations and the uniformed police. This also covers equipment used (cars etc.). The paragraph indicates that, unless there are special reasons, such as the proper exercise of police functions, the police should be distinctively recognisable from other bodies. This forms part of the general requirement of openness and transparency of police organisation, however, it also serves the purpose of easy access to the police in emergency situations”. 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. En todo caso, y también conforme al Código Ético “45. Police personnel shall, during intervention, normally be in a position to give evidence of their police status and professional identity”.

⁷⁸⁴ 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 más bien de una tendencia a la centralización detectable en gran parte de los modelos policiales.

⁷⁸⁵ Ese plus de moralidad, en textos internacionales aparece recogido, como hemos visto en la Declaración del Consejo de Europa, en el Código Ético y en la Resolución de las Naciones Unidas.

⁷⁸⁶ 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.

administrativa –a distinto nivel- o judicial. Puede haber, y de hecho hay en casi todos los Estados, varios cuerpos policiales, con distintas organizaciones, carreras administrativas, etc., sin relación entre ellos mas que en el marco de la Ley. Carecen, en general, de poderes de resolución sea judicial o administrativa⁷⁸⁷, por lo que cumplen una función adjetiva o auxiliar de los poderes públicos⁷⁸⁸. La policía no debe ser 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 ley.⁷⁸⁹

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, como hemos visto, existen 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, momento del nacimiento del mundo moderno⁷⁹⁰, 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 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 moderna⁷⁹¹, 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

⁷⁸⁷ Esta última con matices.

⁷⁸⁸ Conforme al Código Europeo de Etica Policial, “8. The police shall, as a general rule, have no judicial functions. Any delegation of judicial powers to the police shall be limited and in accordance with the law. It must always be possible to challenge any act, decision or omission affecting individual rights by the police before the judicial authorities.”

⁷⁸⁹ 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. En ausencia de un marco legal concreto y suficientemente desarrollado, la policía tenderá a inhibirse.

⁷⁹⁰ Esta expresión se toma prestada de JOHNSON, Paul (2000) *El nacimiento del mundo moderno*, Javier Vergara, Barcelona. Se refiere el autor al período que media entre la batalla de Waterloo y la revolución de 1830.

⁷⁹¹ La cual se produjo a finales del siglo XVIII, sobre algunas estructuras previas, durante el período revolucionario.

diferenciación clara de funciones, ni orgánica dentro de la administración pública⁷⁹². También hemos visto que 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 policiales⁷⁹³. 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 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. Las ciudades europeas eran el equivalente a pueblos grandes de hoy, unidos por carreteras donde la inseguridad era frecuente, siendo campo abonado para la aparición del bandolerismo. Por otro lado ni la investigación criminal ni la información precisaban de técnicas sofisticadas⁷⁹⁴.

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 sobre lo que sea es la coordinación, la cual resulta sumamente sencilla en el caso de los ejércitos. En primer lugar un ejército es, en el concepto westfaliano del Estado-nación, una herramienta para ejecutar cara al exterior la voluntad de un Estado cuando los medios pacíficos no se estiman suficientes, o simplemente convenientes. Independientemente de la organización política de tales Estados, el ejército 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 racionalizados⁷⁹⁵. Además, por

⁷⁹² LOUBET, *La policía*, op.cit. p. 18.

⁷⁹³ Es el caso de la participación del ejército británico en el conflicto irlandés, decimos paradójicamente por que, salvando las distancias, no dejaba de ser curioso que en un Estado europeo, las calles de una parte de su territorio tuvieran el aspecto de un país en el que se acabara de producir un golpe de estado.

⁷⁹⁴ GARCÍA FRAILE- GASCÓN, (1992), “Apuntes sobre política contra la criminalidad”. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil* nº 7, pp. 129-145, p. 140.

⁷⁹⁵ GARCÍA FRAILE-GASCÓN, A., “Apuntes ... op.cit., p. 134.

su propia estructura 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 reducido⁷⁹⁶. La coordinación deviene, a veces, 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 se puede afirmar sin titubeos que la coexistencia de ambos tipos de cuerpos –civiles y militares- tiene ventajas e inconvenientes⁷⁹⁷; pero que 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 públicos⁷⁹⁸. Por el contrario, los de naturaleza militar presentan una mayor tendencia a la rigidez, lo que tiene un efecto beneficioso, en el sentido de que resultan menos manipulables políticamente⁷⁹⁹. Además, actúan como último bastión del orden público en caso de disturbios de extrema gravedad, por su equipamiento, adiestramiento y estructura, evitando así un

⁷⁹⁶ JAR COUSELO, G, (2000), *Modelos comparados ... op.cit.*

⁷⁹⁷ 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.

⁷⁹⁸ 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 ellos no estaban adiestrados ni equipados para tales funciones. JAR COUSELO, "Reflexiones... op. cit. p. 178.

⁷⁹⁹ Prueba de ello es la permanencia casi inalterada 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.

empleo prematuro del ejército, que casi siempre tiene efectos no deseados⁸⁰⁰ - no está concebido para dichas misiones-. Probablemente, el uso de unidades militares para funciones policiales en el Ulster ha contribuido no poco a perpetuar un estado de tensión permanente⁸⁰¹.

3.3.B. 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, entre otras. Sin embargo, la policía desarrolla sus funciones principalmente 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 que se mueve en un terreno muy relevante para los derechos humanos. Complicación añadida para la comprensión del problema es la de la ejecución 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 EEUU⁸⁰². Se trata de la aparición de nuevas formas de criminalidad que parecen llamar a la búsqueda de también nuevas soluciones. Se trataría sobre todo de la proliferación de armas de destrucción masiva, el terrorismo internacional asociado al uso de dichas armas⁸⁰³, y el

⁸⁰⁰ COSIDÓ GUTIÉRREZ, I., (2002), "Fuerzas Armadas y terrorismo". *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 26, pp. 65-69, p. 69.

⁸⁰¹ 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.

⁸⁰² 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.

⁸⁰³ Una preocupación concreta es la determinada por el bioterrorismo, al tratarse de un arma de relativamente fácil acceso. Sobre esto, MATAMOROS MARTINEZ, Rafael (2004), "El marco jurídico del bioterrorismo". *Anuario jurídico y económico escurialense*, XXXVII, pp. 17-46 y PEREZ SALOM, Roberto (2002), "Derecho internacional, armas biológicas y verificación". El

crimen organizado, en particular el narcotráfico. Muchas de esas formas de criminalidad existen desde hace mucho tiempo, pero nunca como ahora han amenazado la seguridad internacional⁸⁰⁴. En este contexto, parece claro a muchos que las simples soluciones policiales ya no son suficientes. Como señalaba Ignacio Cosidó en 1999,

“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 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”.⁸⁰⁵,

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 policial⁸⁰⁶. Es importante recordar que todo esto se estaba gestando bastante antes del 11 de septiembre de 2001.

Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados. Consuelo Ramón (Coord.). Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 199-236, en particular p. 230-233.

⁸⁰⁴ 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.

⁸⁰⁵ COSIDÓ GUTIÉRREZ, I. (1999), “Seguridad nacional, seguridad internacional. Nuevos elementos de cooperación”. Revista *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 21, pp. 21-30.

⁸⁰⁶ 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.

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. Por ejemplo, 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 hacia dicha Organización en relación con las posibles infiltraciones de elementos indeseables y escapes de información, ahora menos evidentes, pero inevitables en una organización de composición tan amplia⁸⁰⁷. 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 –cuando tal concepto estaba en vigor- tenía su propia estructura policial⁸⁰⁸. Pero el caso es que incluso la colaboración entre Europol y la PESD,

⁸⁰⁷ ANDERSON, M. (1989), *Policing the World*, Clarendon Press, Oxford, 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 misma situación de guerra fría, 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 probable 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.

⁸⁰⁸ GIUDICELLI-DELAGE, G. (2004), “Missions Abroad and Police Cooperation”. *European Common Defence and Criminal Judicial Area*, Conseil de la Magistrature, Commission Européenne, 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, aunque con competencias muy limitadas), el Segundo las fuerzas policiales para las misiones exteriores, de carácter civil, a las que haremos alguna referencia, y el Tercer Pilar a Europol.

se ha estudiado desde el punto de vista de la colaboración con las misiones civiles de la PESD⁸⁰⁹.

3.3.C. 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 comunmente 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 interna⁸¹⁰.

La primera vez en la que miembros de cuerpos propiamente policiales intervinieron en una operación de mantenimiento de la paz tuvo lugar en 1960 en el Congo (ONUC)⁸¹¹, siendo en 1964 cuando se desplegó el primer “componente” policial en Chipre con UNFICYP⁸¹². En 1978, con el GANUPT o UNTAG⁸¹³ (Grupo de Asistencia de Naciones Unidas a la Transición en Namibia), creado mediante Resolución 435 del Consejo de Seguridad, fue cuando por primera vez un número significativo de miembros de cuerpos policiales participaron con fines concretos, como la supervisión de los cuerpos

⁸⁰⁹ P. ej. Ver las Conclusiones del Consejo de la UE (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>.

⁸¹⁰ 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, p 60. También hace referencia a un antecedente de las OMP, cuando se creó una fuerza multinacional en 1927, para intervenir en Shanghai.

⁸¹¹ DWAN, Renata (Ed.) (2002), *Executive Policing ...op.cit.* p. 3.

⁸¹² <http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/history.shtml>

⁸¹³ Bastantes de las operaciones a las que nos vamos a referir han finalizado, se han transformado, o han recibido relevo de otras organizaciones internacionales. No obstante se puede encontrar bastante información sobre ellas en

<http://www.un.org/Spanish/Depts/dpko/dpko/pastops/shtml>. Utilizaremos indistintamente la abreviatura correspondiente a la expresión inglesa o a la española, según la que más se haya popularizado.

policiales locales⁸¹⁴, llegando a implicar a 1500 observadores policiales⁸¹⁵. El componente policial ha ido cobrando cada vez una mayor relevancia⁸¹⁶. 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 que es conveniente mencionar algunos jalones en la evolución de este aspecto de las operaciones de paz⁸¹⁷. Son de destacar estas misiones por la importancia del componente policial, hasta el punto de haber constituido elemento esencial de la correspondiente operación.

Podemos comenzar por ONUSAL o Misión de observadores de Naciones Unidas en El Salvador, creada mediante Resolución 693 (1991), del Consejo de Seguridad. En su primera fase tal misión incluía un contingente policial con fines de supervisión o monitorización de fuerzas policiales locales. Con la Resolución 729 (1992) 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 representaba un aspecto novedoso en la actuación de Naciones Unidas, llegando a implicar a varios cientos de observadores policiales, más del doble que los militares⁸¹⁸. 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

⁸¹⁴ 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* Nº 8, pp. 67 y ss.

⁸¹⁵ El contingente policial se fue aumentando progresivamente, mientras se requería la reducción de los cuerpos policiales pro-sudafricanos presentes en el territorio (la South West Africa Police). Así la Resolución 640 mostraba su preocupación por las actividades de estos solicitando un incremento de monitores policiales, volviendo a requerir la cooperación con la policía del GANUPT en la Resolución 643.

⁸¹⁶ BENNER, T., MERGENTHALER, S. y ROTMANN, P., (2008) "Doctrine Development in the UN Peacebuilding Apparatus ...", op.cit. p.1.

⁸¹⁷ Por ejemplo en UNAMIR (Ruanda), ONUSOM (Somalia), etc. había componentes policiales, pero la situación requería ante todo un enfoque militar.

⁸¹⁸ http://www.un.org/spanish/Depts/dpko/dpko/co_mission/onusal.htm

informe a la Organización de Naciones Unidas en cuanto a las materias objeto de su competencia⁸¹⁹.

En el caso de Angola se sucedieron 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 desplegaron tanto tropas como observadores militares y monitores policiales, con el fin de verificar y monitorizar la neutralidad de la Policía Nacional angoleña, tras la guerra civil.

Lo lógico, siguiendo consideraciones cronológicas, sería hablar ahora de UNTAC (UN Transitional Authority in Cambodia). El componente policial de UNTAC, con cerca de 3500 policías de Naciones Unidas⁸²⁰, es uno de los más grandes jamás desplegados, pero parece mas adecuado hablar de UNTAC cuando nos refiramos a otras administraciones interinas (UNMIK y UNTAET), a pesar de que la policía de UNTAC no tenía poderes ejecutivos, salvo con algunos matices.

El caso de Haití es quizá uno de los más significativos. A partir de 1993 se sucedieron varias misiones de Naciones Unidas entre ellas UNMIH, o Misión de Naciones Unidas en Haití, creada por la Resolución 867 (1993) del Consejo 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. Con la Resolución 1141 de 1997, se llegó a la hasta ese momento mas perfeccionada intervención policial en el curso de una OMP,

⁸¹⁹ 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.

⁸²⁰ <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/untacfacts.html>

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 haitiana⁸²¹.

Otra misión con un considerable contingente policial fue la desplegada en Mozambique (ONUMOZ)⁸²². 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

⁸²¹ La resolución 1141 señala, entre otras cosas: "... Noting the key role played to date by the United Nations Civilian Police, the International Civilian Mission in Haiti and United Nations Development Programme technical assistance in helping to establish a fully functioning Haitian national police force of adequate size and structure as an integral element of the consolidation of democracy and the revitalization of Haiti's system of justice and, in this context, welcoming continued progress towards professionalization of the Haitian national police and towards fulfilment of the May 1997 "Haitian national police development plan for 1997-2001 (...) 1. Affirms the importance of a professional, self-sustaining, fully functioning national police of adequate size and structure, able to conduct the full spectrum of police functions, to the consolidation of democracy and the revitalization of Haiti's system of justice and encourages Haiti to pursue its plans in these respects; 2. Decides further to paragraph 1 above, and at the request of the President of the Republic of Haiti, to establish until 30 November 1998 a United Nations Civilian Police Mission in Haiti (MIPONUH), composed of up to 300 civilian police, with a mandate limited to a single one-year period ending on 30 November 1998 in order to continue to assist the Government of Haiti by supporting and contributing to the professionalization of the Haitian national police in accordance with the arrangements, including mentoring Haitian national police field performance, set out in paragraphs 39-40 of the report of the Secretary-General of 31 October 1997 and paragraphs 2-12 of the addendum to this report; (...) 4. Affirms also that all special arrangements accorded to MIPONUH will not constitute precedents for other operations of the same nature that include civilian police personnel; (...) 6. Requests all States to provide appropriate support for the actions undertaken by the United Nations and by Member States pursuant to this and other relevant resolutions in order to carry out the provisions of the mandate as set out in paragraph 2 above; ..."

⁸²² Resolución 898: "... Taking note of the request by the Government of Mozambique and RENAMO concerning the monitoring of all police activities and additional tasks set out in the agreements of 3 September 1993 (S/26432), and of the agreement of both parties to the general concept for the ONUMOZ police contingent, (...) Noting with appreciation in this context that the Secretary-General, in proposing the establishment of a police component as an integral part of ONUMOZ, has at the same time stated his intention to present specific proposals for the phased reduction of the military component of ONUMOZ, without prejudice to the effective discharge of its mandate, in particular the tasks of its military component, (...) 2. Authorizes the establishment of a United Nations police component of up to 1,144 personnel as an integral part of ONUMOZ with the mandate and deployment described in paragraphs 9 to 18 of document S/1994/89/Add.1; 3. Requests the Secretary-General, as the police contingent is being deployed, to begin immediately preparing specific proposals for the drawdown of an appropriate number of military personnel with the objective of ensuring there is no increase in the cost of ONUMOZ without prejudice to the effective discharge of its mandate;..."

balcánica⁸²³, 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 desplazadas⁸²⁴.

El caso de la IPTF merece ser destacado. Aunque arriba solo se han mencionado los mas 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. Mediante la Resolución 743 (1992), se crea UNPROFOR, con una clásica 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 14 de diciembre de 1995 se firmaron los Acuerdos de Dayton, 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 mas 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 1031 (1995), de 15 de diciembre autorizó a los Estados miembros a desplegar

⁸²³ Aparte de la citada, en el marco balcánico se desarrollaron -además de UNPROFOR, UNMIBH y UNMIK- UNTAES (UN Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium), UNPREDEP (UN Preventive Deployment Force), UNCRO (UN Confidence Restoration in Croatia), todas con su componente policial.

<http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/history.shtml>

⁸²⁴ Resolución 1145: “... 13. Decides to establish, with effect from 16 January 1998, a support group of 180 civilian police monitors, for a single period of up to nine months as recommended by the Secretary-General, to continue to monitor the performance of the Croatian police in the Danube region, particularly in connection with the return of displaced persons, in accordance with the recommendations contained in paragraphs 38 and 39 of the report of the Secretary-General and in response to the request by the Government of the Republic of Croatia; ...)

una fuerza militar internacional (IFOR), bajo el liderazgo de la OTAN, sin perjuicio de la participación en ella de fuerzas de Estados ajenos a ésta última organización⁸²⁵. El Alto Representante, comisionado de las partes en los acuerdos de Dayton, 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. En su artículo 1.2 se establecía 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. Por lo tanto, aunque era en teoría una creación de las partes en dichos acuerdos, y no de la ONU, su materialización se llevo a cabo a través de la Resolución 1035 (1995) de 25 de diciembre⁸²⁶, renovándose luego su mandato en sucesivas resoluciones, como la 1088, 1144, etc., siempre enmarcada en UNMIBH. En realidad, UNMIBH se creó como una misión civil y policial, al encargarse los aspectos militares a la IFOR-SFOR, llegando a implicar a cerca de 2000 policías de 45 Estados en 1999⁸²⁷. La estructura y despliegue inicial se

⁸²⁵ Resolución 1031: "... 12. Welcomes the willingness of the Member States acting through or in cooperation with the organization referred to in Annex 1-A of the Peace Agreement to assist the parties to the Peace Agreement by deploying a multinational implementation force; (...) 14. Authorizes the Member States acting through or in cooperation with the organization referred to in Annex 1-A of the Peace Agreement to establish a multinational implementation force (IFOR) under unified command and control in order to fulfil the role specified in Annex 1-A and Annex 2 of the Peace Agreement;..."

⁸²⁶ Resolución 1035: "... 2. Decides to establish, for a period of one year from the transfer of authority from the United Nations Protection Force to the multinational implementation force (IFOR), a United Nations civilian police force to be known as the International Police Task Force (IPTF) to be entrusted with the tasks set out in Annex 11 of the Peace Agreement and a United Nations civilian office with the responsibilities set out in the report of the Secretary-General, and to that end endorses the arrangements set out in the report of the Secretary-General; 3. Notes with satisfaction that the IPTF and the United Nations civilian office will be under the authority of the Secretary-General and subject to coordination and guidance as appropriate by the High Representative, welcomes the Secretary-General's intention to appoint a United Nations Coordinator, and requests the Secretary-General to submit to the Council, at least every three months, reports about the work of the IPTF and of the civilian office accordingly; ..."

⁸²⁷ http://www.un.org/Depts/DPKO/Missions/unmibh_p.htm

hicieron sobre la base de las recomendaciones del Secretario General de Naciones Unidas en su informe S/1995/1031⁸²⁸

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 Comisionado⁸²⁹. Sus miembros, locales, archivos y otros bienes, gozaban de los privilegios e inmunidades propios de los “expertos en misión”, y recogidos

⁸²⁸ Informe del Secretario General, doc. S/1995/1031: “... 24. On the basis of the above assessment, and bearing in mind the nature of the tasks to be performed, I recommend that the International Police Task Force be structured as follows: (a) A main headquarters in Sarajevo, headed by a Police Commissioner who will report to the United Nations Coordinator; (b) Five regional headquarters located in Sarajevo, Banja Luka, Gornji Vakuf, Mostar and Tuzla; (c) Seventeen central police districts; (d) One hundred nine police stations. 25. The central headquarters and regional headquarters should, where possible, be colocated with IFOR headquarters. The locations of the regional headquarters and district offices correspond with the central headquarters of the local police authorities and with the locations of other law enforcement bodies. The location of the International Police Task Force stations will similarly correspond with that of local police stations in the municipalities, subject to possible change after further reconnaissance by the Task Force Commissioner. 26. This structure would permit the monitoring, observing and inspecting of law enforcement activities and facilities throughout Bosnia and Herzegovina. On the basis of a ratio of 1 monitor to 30 local police officers and taking into account the need to monitor parts of the judicial and prison systems, the recommended civilian police structure, including supervisory personnel at all locations, would require a total of 1,721 police monitors. It may be possible to reduce the ratio if there is an early return to prewar conditions. The number of monitors required would also fall if there was a post-war reduction in the number of local police officers. ...”.

⁸²⁹ DWAN, Renata (Ed.) (2002), *Executive Policing*. ...op.cit p. 3. 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 (training), de las fuerzas policiales locales. Como se puede ver, las misiones de IPTF, según el Anexo 11 responden a estos conceptos. Tb. 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.

en los artículos II y III de la Convención de 1946 (artículo II.7 del Anexo 11). Mientras fuera compatible con sus funciones, debían respetar las leyes y costumbres del país anfitrión (artículo II, punto 5 del Anexo 11), etc. 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 caracterizan estos últimos. 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 ejecutivamente, ni, en consecuencia, detener⁸³⁰. 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 más que la forma mas perfeccionada hasta ese momento de la clásica actuación de contingentes policiales en una OMP. La IPTF fue sustituida por la EUPM de la Unión Europea en enero de 2003⁸³¹.

Precisamente esto nos permite enlazar con otras iniciativas no directamente controladas por la ONU; como hemos visto, la Unión Europea se

⁸³⁰ En línea con las recomendaciones iniciales del Secretario General de NU en su informe S/1995/1031: “ ... 27. While International Police Task Force monitors may be involved in local mediation if conflicts arise as a result of actions by local police, the Task Force will not exercise any executive law enforcement functions. Its effectiveness will depend, to an important extent, on the willingness of the parties to cooperate with it in accordance with article IV of annex 11 to the Peace Agreement. 28. Given the widespread availability to the population of long arms and even heavier weapons, I have given consideration to the possibility of arming the International Police Task Force monitors. The traditional side-arms carried by police officers would, however, be no match for the type of weapons likely to be at the disposal of those who might threaten the monitors. The security of the Task Force must flow from the authority granted to it by all parties under the Agreement and from the fact that its personnel represent no threat to any armed element in that area of operation. I strongly recommend, therefore, that the Task Force monitors should not be armed...”

⁸³¹ 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 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).

muestra particularmente activa en cuestiones relacionadas con los aspectos policiales del peace-building, con misiones en África y Asia. Otra estructura es la EUROGENDFOR, o Fuerza de Gendarmería Europea, que aunque puesta principalmente a disposición de la Unión Europea, de hecho desarrolla misiones con la OTAN –en Afganistán, por ejemplo- y Naciones Unidas, sin descartar otras organizaciones internacionales o coaliciones *ad hoc*.⁸³²

3.4. Administraciones interinas: UNMIK, UNTAET, sus fuerzas policiales, y el ejercicio de dichas funciones transitoriamente por fuerzas militares

3.4.A. Planteamiento del problema: territorios necesitados de una administración interina

Actualmente no existen territorios en lo que no haya una administración de hecho o de derecho, aceptando el estatuto *sui generis* de la Antártida. Al

⁸³² El Tratado entre el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, el Reino de los Países Bajos y la República Portuguesa por el que se crea la Fuerza de Gendarmería Europea, EUROGENDFOR, ha sido ratificado por España el 13 de febrero de 2009 (BOE Nº 131 de 1 de junio de 2012). Se trata de una fuerza policial de reacción rápida establecida entre cinco estados europeos con la finalidad (art.1 del Tratado) de “la creación de una Fuerza de Gendarmería Europea, que deberá ser de carácter operativo, preestructurada, robusta y con capacidad de reacción rápida, integrada exclusivamente por miembros de las fuerzas policiales con estatuto militar de las Partes, con el fin de llevar a cabo todas las actuaciones policiales en el marco de operaciones de gestión de crisis.” Según su artículo 4 sus Misiones y tareas son “1. Con arreglo al mandato de cada una de las operaciones y actuando de forma independiente o conjuntamente con otras fuerzas, EUROGENDFOR deberá ser capaz de cubrir todo el espectro de las misiones policiales, mediante sustitución o refuerzo, durante todas las fases de una operación de gestión de crisis. 2. Las Fuerzas FGE podrán actuar bajo los órdenes de una autoridad civil o bajo el mando militar. 3. EUROGENDFOR podrá utilizarse para: a. realizar misiones de seguridad y orden público; b. controlar, asesorar, orientar y supervisar a la policía local en su trabajo cotidiano, incluidas las labores de investigación criminal; c. llevar a cabo tareas de vigilancia en lugares públicos, regulación del tráfico, control de fronteras e inteligencia general; d. realizar labores de investigación criminal, entre ellas la investigación de delitos, averiguación del paradero de delincuentes y su puesta a disposición de las autoridades judiciales competentes; e. protección de personas y bienes y mantenimiento del orden público en caso de alteraciones del mismo; f. formación de agentes de policía de acuerdo con los estándares internacionales; g. formación de instructores, en particular a través de programas de cooperación.”, en cuanto al marco de las misiones, el art. 5 establece que “EUROGENDFOR podrá ponerse a disposición de la Unión Europea (UE) y también de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Organización del Tratado del Atlántico Norte y otras organizaciones internacionales o bien de una coalición específica.”

crearse la ONU se incluyó entre sus órganos principales al Consejo de Administración Fiduciaria, para controlar los territorios que se encontraban en tal situación, como herencia de la Sociedad de Naciones, y con la excepción de Somalia, colocada bajo administración italiana. Con la independencia de Palau en 1994, tales territorios dejaron de existir y el Consejo ha entrado en una especie de hibernación⁸³³.

Sin embargo, hay quien ha abogado por la recuperación del Consejo ante los acontecimientos que han tenido lugar desde entonces⁸³⁴. Debe tenerse en cuenta que no existe, como el régimen de ocupación en el DIH, una estructura o marco legal preestablecido para las administraciones interinas de territorios cuando estas se hacen necesarias. Y el talón de Aquiles de este tipo de administraciones es el de la responsabilidad y el control de la gestión, aparte de unos vacíos procedimentales que, en lo que se refiere a la detención y procedimiento criminal, son muy peligrosos⁸³⁵. Los casos de Kosovo (UNMIK) y Timor son los más citados, pero hubo algunos precedentes, como el de UNTAES (*UN Transitional Administration for Eastern Slavonia, Baranja and Western Sirmium*), aunque de corta duración y limitado alcance⁸³⁶, y sobre todo el caso de UNTAC al que ya hemos hecho una breve referencia.

UNTAC constituye quizá el primer ensayo, imperfecto, de lo que luego serían las administraciones internacionales de territorios ("ITA") en Kosovo y Timor Oriental, y se consideró en su momento la forma más perfeccionada, y

⁸³³ El consejo ya no se reúne periódicamente. <http://www.un.org/en/mainbodies/trusteeship/>

⁸³⁴ WILDE, Ralph (2008), "Understanding the international territorial administration accountability deficit: Trusteeship and the legitimacy of international organizations". *INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW HUMAN RIGHTS AND PEACE OPERATIONS*. INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008, Dr. Gian Luca Beruto (ed.). Pp. 175-194.

⁸³⁵ Ya hemos hecho referencia a este problema al hablar de la actuación policial de fuerzas militares, así como de la labor de la OSCE. Existen diversas iniciativas, algunas privadas, pero el tema no está resuelto. O'CONNOR, Vivienne, (2005), "Model Codes for Post Conflict Criminal Justice: Overview". Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice Bangkok, Thailand, 18-25 April 2005, SMITH, Joshua G., HOLT, Victoria K. Y DURCH William J. (2010), "Enhancing United Nations Capacity to Support Post-conflict Policing and Rule of Law", William J. Durch & Madeline L. England, (eds), original report (november 2007). Project on rule of law in post-conflict settings, future of peace operations program. Stimson Center report N°. 63 rev. 1, august 2010. www.stimson.org.

⁸³⁶ Sobre el proceso desde la Yugoslavia de Tito hasta la situación actual, BERMEJO GARCIA, Romualdo (2007), *La disolución de Yugoslavia*, EUNSA, Pamplona.

hasta cierto punto satisfactoria, de intervención de las Naciones Unidas en un Estado en crisis de larga duración⁸³⁷. La Resolución 745 (1992) la estableció como autoridad transitoria con amplios poderes, pero no la dotó de una policía ejecutiva con la que hacer cumplir sus órdenes⁸³⁸, por lo que quedaba en manos de las distintas facciones implicadas el cumplir o no los mandatos, y ello a pesar de la indudable magnitud del esfuerzo que llegó a implicar a casi 16.000 militares y cerca de 3.500 policías⁸³⁹. Indudablemente esta experiencia hubo de pesar a la hora de diseñar las actuaciones en Kosovo y Timor en lo que se refiere a la atribución a la policía de Naciones Unidas de poderes ejecutivos.

3.4.B. El caso de Kosovo. La Directiva de COMKFOR en relación con las detenciones.

El caso de la policía de UNMIK es completamente distinto a los casos examinados antes. Entre marzo y junio de 1999 tuvo lugar la guerra entre los Estados miembros de la OTAN y la República Federativa de Yugoslavia. En este conflicto, la ONU actuó a remolque de los acontecimientos, ante una polémica actuación de la OTAN⁸⁴⁰. El letargo de Naciones Unidas pareció

⁸³⁷ FINDLAY, Trevor (1995), *Cambodia. The Legacy and Lessons of UNTAC*. SIPRI Research Report No. 9, OXFORD UNIVERSITY PRESS.

⁸³⁸ Un ejemplo de las limitaciones del concepto tradicional del componente policial de las operaciones se puede ver en UNTAC (UN Transitional Administration in Cambodia) en 1992–95. Citando a DWAN, Renata (Ed.) (2002), *Executive Policing*. ... op.cit. p.7 : “Although the UN was given substantial authority to supervise the implementation of the Cambodian peace settlement, the assumption was that it would carry out its tasks on the basis of consensus from the local parties. The international CivPol presence therefore did not assume responsibility for the maintenance of law and order. As the transition got under way, however, and preparations for national elections began, local police officials displayed little willingness to curb growing political violence or investigate abuses of human rights. UNTAC, and its 3600-strong CivPol component, took on increasing responsibility for providing security in the Cambodian elections, guarding polling stations and preventing the harassment of voters. The failure of the Cambodian judiciary to investigate human rights abuses led UNTAC to set up a Special UN Prosecutor under whom the UNTAC Police had the authority to arrest and detain suspects for charge.”

⁸³⁸ OSWALD, B, (2006), “Addressing the institutional ... op.cit, p. 3 a 6.

⁸³⁹ <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/untacfacts.html>

⁸⁴⁰ JOYNER, Daniel H. (2003), “The Kosovo Intervention: Legal Analysis and a More Persuasive Paradigm”. *EJIL*, Vol. 13, Nº 3, pp. 597-619. Otro análisis de dicha actuación y polémica, en REMIRO BROTONS, Antonio (2002), “Deslegitimación del Derecho Internacional: Kosovo”, en el libro *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*,

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.

Es claro que hoy, tras los acontecimientos posteriores, esta revolución puede parecer menos evidente, pero eso es solo una impresión pasajera. La ocupación de Irak cuatro años después, al fin y al cabo, no aportó gran cosa de nuevo a la práctica relevante en materia de administración de territorios tras un conflicto armado. La brutalidad de las imágenes, los coches bomba, los suicidas, etc. fueron simplemente un desolador panorama de fondo en una operación que no se apartó mucho de la ocupación de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, incluyendo la desnacificación (“des-baazificación”) de los aparatos del Estado. En el caso de Kosovo se crea una administración interina de carácter internacional, sin acudir a una estructura legal preestablecida –sea el régimen de ocupación explícitamente, o sea el de administración fiduciaria- para una situación aparentemente nueva. En principio, la resolución 1244 acordó el despliegue de una “presencia internacional de seguridad” en el territorio de Kosovo, léase una fuerza militar multinacional, que debía ser establecida por “*Member States and relevant international organizations*”. 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. Es notorio que la retirada de un territorio de toda fuerza coactiva desemboca un peligroso vacío de poder⁸⁴¹. Aunque nada se decía claramente sobre el particular -al fin y al cabo, en teoría 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, lo

Tirant lo Blanch, Valencia pp. 371-398. También RAMON CHORNET, Consuelo (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.

⁸⁴¹ OSWALD, B, (2006), “Adressing the Institutional ...op.cit., p.1.

que parecía implícito en los anexos 1 y 2 de la Resolución 1244⁸⁴². Por lo tanto, 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 gobierno⁸⁴³. 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 fuera sustituida por la “presencia civil internacional”, también prevista. Es decir, atribuía a las fuerzas militares competencias policiales ejecutivas⁸⁴⁴.

En cuanto a la presencia civil, los puntos 10 y 11.i) autorizaban al Secretario General de Naciones Unidas a establecerla⁸⁴⁵. Se trata de UNMIK

⁸⁴² S/1999/516 y S/1999/694.

⁸⁴³ 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”.

⁸⁴⁴ Resolución 1244: “...9. Decides that the responsibilities of the international security presence to be deployed and acting in Kosovo will include: (a) Deterring renewed hostilities, maintaining and where necessary enforcing a ceasefire, and ensuring the withdrawal and preventing the return into Kosovo of Federal and Republic military, police and paramilitary forces, except as provided in point 6 of annex 2; (b) Demilitarizing the Kosovo Liberation Army (KLA) and other armed Kosovo Albanian groups as required in paragraph 15 below; (c) Establishing a secure environment in which refugees and displaced persons can return home in safety, the international civil presence can operate, a transitional administration can be established, and humanitarian aid can be delivered; (d) Ensuring public safety and order until the international civil presence can take responsibility for this task; (e) Supervising demining until the international civil presence can, as appropriate, take over responsibility for this task; (f) Supporting, as appropriate, and coordinating closely with the work of the international civil presence; (g) Conducting border monitoring duties as required; (h) Ensuring the protection and freedom of movement of itself, the international civil presence, and other international organizations; ...”

⁸⁴⁵ Resolución 1244: “... 11. Decides that the main responsibilities of the international civil presence will include: (a) Promoting the establishment, pending a final settlement, of substantial autonomy and self-government in Kosovo, taking full account of annex 2 and of the Rambouillet accords (S/1999/648); (b) Performing basic civilian administrative functions where and as long as required; (c) Organizing and overseeing the development of provisional institutions for democratic and autonomous self-government pending a political settlement, including the holding of elections; (d) Transferring, as these institutions are established, its administrative responsibilities while overseeing and supporting the consolidation of Kosovo’s local provisional institutions and other peacebuilding activities; (e) Facilitating a political process designed to determine Kosovo’s future status, taking into account the Rambouillet accords (S/1999/648); (f) In a final stage, overseeing the transfer of authority from Kosovo’s provisional institutions to institutions established under a political settlement; (g) Supporting the reconstruction of key infrastructure and ther economic reconstruction; (h) Supporting, in coordination with international humanitarian organizations, humanitarian and disaster relief aid; (i) Maintaining civil law and order, including establishing local police forces and meanwhile through the

(*United Nations Interim Administration in Kosovo*), bajo la dirección de un Representante Especial del Secretario General. Entre sus misiones estaba 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 Unidas⁸⁴⁶, en el que se produce un despliegue de una fuerza policial ejecutiva responsable, al principio en exclusiva, de todos los cometidos que en la experiencia común corresponden a los cuerpos policiales⁸⁴⁷. Entre UNMIK y KFOR no existía relación jerárquica, desde la misma Resolución 1244, tan solo existía una obligación de coordinación entre ambas estructuras, a su vez complejas⁸⁴⁸. 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 del todo nuevo, como hemos visto. Lo realmente nuevo en la ejecutoria de Naciones Unidas era la creación de una policía internacional, concepto distinto al de los “cascos azules” como pseudopolicía, que tampoco era novedad.

Sin embargo, desde un primer momento se puso de manifiesto que la actuación policial en Kosovo presentaba algunas peculiaridades. La primera era la ausencia de una legislación claramente vigente, o, valga el matiz, interpretada como vigente en Kosovo⁸⁴⁹. Su lugar lo ocuparon poco a poco una

deployment of international police personnel to serve in Kosovo; (j) Protecting and promoting human rights; (k) Assuring the safe and unimpeded return of all refugees and displaced persons to their homes in Kosovo; ...”

⁸⁴⁶ No obstante, GREGORY, F. (1992), “Cooperación policial e integración en la Comunidad Europea: propuestas problemas y perspectivas”. *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*, nº 128, pp. 141-150, p. 142, destaca que hay antecedentes de “policías internacionales”, antes de la Segunda Guerra Mundial, en Shanghai o Tánger.

⁸⁴⁷ BENNER, T., MERGENTHALER, S. y ROTMANN, P., (2008) “Doctrine Development in the UN Peacebuilding Apparatus ... op.cit. pp. 11 y 12.

⁸⁴⁸ Resolución 1244: “... 6. Requests the Secretary-General to appoint, in consultation with the Security Council, a Special Representative to control the implementation of the international civil presence, and further requests the Secretary-General to instruct his Special Representative to coordinate closely with the international security presence to ensure that both presences operate towards the same goals and in a mutually supportive manner; ...”

⁸⁴⁹ Se trata de un problema común a todas las administraciones interinas, como veremos también al referirnos a Timor. TOLBERT, David y SOLOMON, Andrew, (2006), “United Nations Reform and Supporting the Rule of Law in Post-Conflict Societies”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 19, pp. 29-62, p. 42, DWAN, Renata (Ed.) (2002), *Executive Policing. ...op.cit., p. 14.*

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 albaneses⁸⁵⁰. Por otro lado, se detectaba 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 civil⁸⁵¹. 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 lastres: Intimidación de jueces y fiscales, reticencias de los testigos, prejuicios étnicos por parte del personal de justicia, etc⁸⁵².

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. 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 el judicial⁸⁵³. El estatuto de la fuerza (el equivalente al SOFA) lo estableció el propio Representante Especial⁸⁵⁴,

⁸⁵⁰ Así se disponía en el Reglamento de UNMIK N° 24 de 12 de diciembre de 1999, posteriormente enmendado mediante el Reglamento N° 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.

⁸⁵¹ A esta cuestión se han dedicado múltiples reglamentos, que han establecido, entre otras cuestiones, los requisitos de acceso a la judicatura.

⁸⁵² 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 serbios. Punto 57 del Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre UNMIK. Junio de 2000.

⁸⁵³ 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.

⁸⁵⁴ Esto contrasta 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.

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)⁸⁵⁵.

Una de las características del caso de Kosovo es que KFOR y UNMIK han continuado teniendo existencia paralela. KFOR, ya se ha dicho, tuvo que encargarse de mantener la seguridad y el orden público en una primera fase, pero de hecho, la Directiva Nº 42 del Jefe de KFOR (COMKFOR), relativa a las detenciones, es de 9 de octubre de 2001, es decir, más de dos años después de que KFOR iniciara su actividad, y en un momento en el que la policía de UNMIK ya estaba desplegada. Dicho documento no es accesible al público en general. Siguiendo los trabajos que se han ocupado del tema, se puede señalar que, con carácter previo a la emisión de la *COMKFOR Directive 42*, KFOR ya efectuó detenciones sobre la base de la Resolución 1244, en particular durante el período transitorio inicial, para autoprotección y la de UNMIK⁸⁵⁶. Según la directiva cabe la detención de personas si concurren los requisitos de que tales personas constituyan una amenaza para KFOR o la seguridad general, si las autoridades civiles no pueden o no quieren actuar, y si la mencionada amenaza no puede ser controlada de otra manera menos traumática, siempre como último recurso. Los jefes de las distintas brigadas multinacionales (MNB), podían mantener detenida a una persona bajo su propia autoridad por un máximo de 72 horas. COMKFOR podía autorizar la detención hasta 30 días, con posibilidad de prolongar la medida sin límite preciso. En la toma de decisiones COMKFOR actuaba asesorado por un *Detention Review Panel*, presidido por el Asesor Jurídico (LEGAD) de KFOR,

⁸⁵⁵ 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".

⁸⁵⁶ MÉJEAN, Virgile (2007), *Ordre et sécurité au Kosovo ...op.cit.*

cuyos miembros eran designados por el propio COMKFOR. El detenido era informado de las causas de su situación, y debía ser notificado por escrito de las vicisitudes que afectaran a su detención. No obstante no estaba prevista la revisión judicial de la medida.

En general, todo este régimen se parece mucho al de los artículos 42 y 78 del IV Convenio de Ginebra, sin ser mencionado expresamente, pero si en la mayoría de los casos el sistema establecido por la Directiva era más garantista que el de la Convención, no se puede decir lo mismo de las detenciones de larga duración. Esto provocó bastantes quejas acerca del procedimiento, no solo de ONG como Amnistía Internacional, sino también de la OSCE y el Consejo de Europa⁸⁵⁷, aparte del caso Saramati –previo a la Directiva examinada- ante el TEDH, que zanjó el tema, como sabemos, sobre la base de la atribución de actos⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ DEEKS, Ashley S. (2009), “Administrative Detention ...op.cit., p. 415-418.

⁸⁵⁸ De todas formas es interesante tener en cuenta los hechos que dieron lugar a la demanda, por ser ilustrativos acerca de una práctica, que en el fondo no se aparta mucho de la después analizada por el Tribunal en el caso Al-Jedda con resultado netamente distinto. La Decisión sobre inadmisión en los casos Behrami y Saramati cit. en sus párrafos 8-17 recoge: “8. On 24 April 2001 Mr Saramati was arrested by UNMIK police and brought before an investigating judge on suspicion of attempted murder and illegal possession of a weapon. On 25 April 2001 that judge ordered his pre-trial detention and an investigation into those and additional charges. On 23 May 2001 a prosecutor filed an indictment and on 24 May 2001 the District Court ordered his detention to be extended. On 4 June 2001 the Supreme Court allowed Mr Saramati’s appeal and he was released. 9. In early July 2001 UNMIK police informed him by telephone that he had to report to the police station to collect his money and belongings. The station was located in Prizren in the sector assigned to MNB Southeast, of which the lead nation was Germany. On 13 July 2001 he so reported and was arrested by UNMIK police officers by order of the Commander of KFOR (“COMKFOR”), who was a Norwegian officer at the time. 10. On 14 July 2001 detention was extended by COMKFOR for 30 days. 11. On 26 July 2001, and in response to a letter from Mr Saramati’s representatives taking issue with the legality of his detention, KFOR Legal Adviser advised that KFOR had the authority to detain under the UNSC Resolution 1244 as it was necessary “to maintain a safe and secure environment” and to protect KFOR troops. KFOR had information concerning Mr Saramati’s alleged involvement with armed groups operating in the border region between Kosovo and the Former Yugoslav Republic of Macedonia and was satisfied that Mr Saramati represented a threat to the security of KFOR and to those residing in Kosovo. 12. On 26 July 2001 the Russian representative in the UNSC referred to “the arrest of Major Saramati, the Commander of a Kosovo Protection Corps Brigade, accused of undertaking activities threatening the international presence in Kosovo”. 13. On 11 August 2001 Mr Saramati’s detention was again extended by order of COMKFOR. On 6 September 2001 his case was transferred to the District Court for trial, the indictment retaining charges of, inter alia, attempted murder and the illegal possession of weapons and explosives. By letter dated 20 September 2001, the decision of COMKFOR to prolong his detention was communicated to his representatives. 14. During each trial hearing from 17 September 2001 to

La policía de UNMIK, por su parte, se estructuró en principio en la unidad de Policía Regular, la Policía de Fronteras y las Unidades Especiales de Policía (SPU)⁸⁵⁹. El componente fundamental ha sido el de Policía Regular, formado por miembros de cuerpos policiales de diversos Estados. 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.) hizo necesario el despliegue de las Unidades Especiales de Policía, constituidas por unidades completas y estructuradas, puestas a disposición de las Naciones Unidas por varios Estados⁸⁶⁰. Desde el principio, la detención fue uno de los aspectos más complicados a los que hizo frente la administración interina, que debió emitir normas procedimentales, como la UNMIK/REG/2001/18, de 25 de agosto de 2001, relativa al establecimiento de una comisión de revisión de detenciones gubernativas (no judiciales), o como la UNMIK/REG/2001/28, de 11 de octubre de 2001⁸⁶¹. Es importante destacar las

23 January 2002 Mr Saramati's representatives requested his release and the trial court responded that, although the Supreme Court had so ruled in June 2001, his detention was entirely the responsibility of KFOR. 15. On 3 October 2001 a French General was appointed to the position of COMKFOR. 16. On 23 January 2002 Mr Saramati was convicted of attempted murder under Article 30 § 2(6) of the Criminal Code of Kosovo in conjunction with Article 19 of the Criminal Code of the FRY. He was acquitted on certain charges and certain charges were either rejected or dropped. Mr Saramati was transferred by KFOR to the UNMIK detention facilities in Prishtina. 17. On 9 October 2002 the Supreme Court of Kosovo quashed Mr Saramati's conviction and his case was sent for re-trial. His release from detention was ordered. A re-trial has yet to be fixed.”

⁸⁵⁹ Ver, por ejemplo, el informe de la policía de UNMIK de 2000, (Annual Report) p. 11.

<http://www.unmikonline.org/civpol/reports/report2000.pdf>

⁸⁶⁰ En concreto, en Junio de 2000 habían aportado tal tipo de unidades India, Jordania, Pakistán y España. En el caso de España se trataba de una unidad de la Guardia Civil (Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre UNMIK, junio de 2000, Anexo III)

⁸⁶¹ El Reglamento recoge derechos normalmente encontrados en todos los procedimientos penales: “Section 1. Definitions. For the purposes of the present regulation: (a) “Arrested person” means a person who has been taken into custody by law enforcement authorities pursuant to Articles 195 and 196 of the applicable law on criminal procedure; and (b) “Law enforcement authority” means the Civilian Police of the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo, also known as the United Nations International Police or as UNMIK Police, and the Kosovo Police Service. Section 2. Rights of an Arrested Person 2.1 An arrested person has the following rights: (a) To be informed about the reasons for the arrest in a language that he or she understands; 2 (b) To remain silent and not to answer any questions, except to give information about his or her identity; (c) To be given the free assistance of an interpreter if he or she cannot understand or speak the language of the law enforcement authorities; (d) To receive the assistance of defence counsel of his or her choice, and to have defence counsel provided if he or she cannot afford to pay for legal assistance; (e) To notify or to require the law enforcement authorities to notify a family member or another appropriate person of his or her

referencias del documento, ya que incluyen las usuales normas de “*soft law*”, aunque, por razones obvias, sin mencionar los convenios de Ginebra⁸⁶².

La situación ha evolucionado de forma previsible con la proclamación de independencia de Kosovo⁸⁶³. Según el informe al Consejo de Seguridad del Secretario General de Naciones Unidas de noviembre de 2008⁸⁶⁴ en esta fecha todavía había en Kosovo 1880 policías internacionales, frente a 7043 del Cuerpo de Protección de Kosovo. En diciembre de ese mismo año, EULEX asumió la responsabilidad en materia de justicia y policía, con el mismo marco determinado por la Resolución 1244 y bajo la suprema autoridad de Naciones

choice about the arrest; (f) If he or she is a foreigner, to communicate orally or in writing with a liaison office, consular post, the diplomatic mission of the State of which he or she is a national or with the representative of the competent international organization, if he or she is a refugee or is otherwise under the protection of an intergovernmental organization; and (g) To receive a medical examination or medical treatment”. También recogía el derecho a defensa letrada (artículo 3), a notificar a los familiares u otras personas (artículo 4), y al registro de la detención y del interrogatorio, (artículo 6): “6.1 The law enforcement authorities shall keep a written record of all actions taken with respect to an arrested person, including: (a) The reason for arrest; (b) Time and place of arrest; (c) The identity of the officials of the law enforcement authorities concerned; 5 (d) The oral and written notification to the arrested person of his or her rights, as set forth in section 2.2 of the present regulation; (e) The place of custody; (f) The provision of defence counsel, as set forth in section 3 of the present regulation, including attempts to contact the defense counsel or designated alternate as the case may be; (g) The notification of family or other appropriate persons, or any delays in notification, as set forth in section 4 of the present regulation; and (h) The conduct of a medical examination or the provision of medical treatment, as set forth in section 5 of the present regulation. 6.2 The law enforcement authorities shall keep a written record of any interview with the arrested person, including the start and end times of any interview of the arrested person, and the identity of the officials of the law enforcement authorities who conducted the interviews and any other persons present. If the defence counsel is not present, this shall be duly noted.”

⁸⁶² “Taking into account, inter alia, the International Covenant on Civil and Political Rights, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, the Convention on the Rights of the Child, the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Arrest and Detention and the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners,”

⁸⁶³ Aunque, en visión retrospectiva, podríamos decir que el tema estaba previsto desde casi el principio por algunos –seguramente aquellos que se apresuraron a reconocer el nuevo Estado– la solución de la independencia, además de poco satisfactoria, ha resultado traumática para algunos Estados, no solo Serbia o Rusia. Es el caso de España, cuya presencia en Kosovo a partir de entonces se volvió insostenible. Sobre todo el proceso de independencia BERMEJO GARCÍA, Romualdo y GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (2010), “De la opinión consultiva de las Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo”, Documento de Trabajo 35/2010 Real Instituto Elcano, (2008), “La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación”, Documento de Trabajo N° 7/2008 Real Instituto Elcano y (2008), “Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones”, Documento de Trabajo N° 41/2008 Real Instituto Elcano.

⁸⁶⁴ Documento S/2008/692.

Unidas, desplegando 1045 policías, mientras que la misión policial de Naciones Unidas quedaba reducida a una presencia testimonial y de enlace⁸⁶⁵.

3.4.C. Timor Oriental: El relevo de INTERFET por UNTAET, y su incidencia en materia de detenciones

Otra actuación de la ONU en esta materia fue el despliegue de fuerzas policiales en el territorio de Timor Oriental, mediante la Resolución 1272 (1999) del Consejo de Seguridad. La fuerza internacional desplegada en Timor Este, INTERFET, se vió obligada a mantener el orden público durante el período entre el fin de la administración indonesia y el despliegue eficaz de UNTAET⁸⁶⁶. La actuación de INTERFET en materia de detención es importante porque en realidad es lo que más se parece al concepto de “detención operativa” que estamos tratando de delimitar. La formación estuvo liderada por Australia en más de un sentido⁸⁶⁷, ya que el enfoque legal de la operación estuvo dominado por el marco jurídico australiano, es decir, el anglosajón.

En esta ocasión nos encontramos con un punto de partida similar al planteado en la provincia de Kosovo, si bien la situación no trae causa directa de un conflicto armado, sino de una consulta sobre autodeterminación. Los Acuerdos de Nueva York de 5 de mayo de 1999, entre Indonesia, Portugal y las Naciones Unidas pretendían poner fin a una situación de ilegal ocupación (y anexión), de Timor Oriental. Para llevar a cabo la consulta popular sobre la aceptación o no de un régimen de autonomía respecto de Indonesia, se creó, mediante la Resolución 1246 (1999) la misión de Naciones Unidas en Timor Este (UNAMET). La situación inicial fue confusa, al atribuirse a las propias autoridades indonesias la responsabilidad de mantener en orden durante una consulta cuyos resultados previsibles difícilmente podían satisfacer sus pretensiones. Tras algunos meses de tira y afloja, el resultado final fue la retirada de toda presencia oficial por parte de dicho Estado, haciéndose patente la necesidad de crear una administración interina. De nuevo se

⁸⁶⁵ Documento S/2009/149.

⁸⁶⁶ DEEKS, Ashley S. (2009), *Administrative Detention ...op.cit.* p 419.

⁸⁶⁷ INTERFET tuvo contribuciones de más de veinte Estados, algunos próximos a Timor, como Filipinas, y otros no tanto, como Noruega.

produjo, casi solapándose con la situación de Kosovo, el despliegue de una fuerza militar (INTERFET), autorizada mediante la Resolución 1264 del Consejo de Seguridad y aceptada formalmente por Indonesia, que adoptó la forma de una coalición *ad hoc* liderada por Australia, con la misión de restablecer la paz y seguridad en el territorio para que se pudiera llevar a cabo la consulta⁸⁶⁸. Con posterioridad se produjo el traspaso de responsabilidad de INTERFET a la administración interina propiamente dicha (UNTAET), en este caso establecida mediante la primera resolución mencionada, la 1272. Esta misión era un *peacekeeping* multidimensional que tenía como misión el hacerse cargo de la administración del territorio durante su transición a la independencia⁸⁶⁹. Porque en este caso estaba claro desde el principio que tal administración pretendía traspasar el testigo al gobierno de un entonces no nacido Estado de Timor-Leste, cuyo territorio, al fin y al cabo, fue ocupado ilegalmente por Indonesia cuando se encontraba formalmente bajo la

⁸⁶⁸ Resolución 1264: "...3. Authorizes the establishment of a multinational force under a unified command structure, pursuant to the request of the Government of Indonesia conveyed to the Secretary-General on 12 September 1999, with the following tasks: to restore peace and security in East Timor, to protect and support UNAMET in carrying out its tasks and, within force capabilities, to facilitate humanitarian assistance operations, and authorizes the States participating in the multinational force to take all necessary measures to fulfil this mandate; ..."

⁸⁶⁹ Resolución 1272: "...1. Decides to establish, in accordance with the report of the Secretary-General, a United Nations Transitional Administration in East Timor (UNTAET), which will be endowed with overall responsibility for the administration of East Timor and will be empowered to exercise all legislative and executive authority, including the administration of justice; 2. Decides also that the mandate of UNTAET shall consist of the following elements: (a) To provide security and maintain law and order throughout the territory of East Timor; (b) To establish an effective administration; (c) To assist in the development of civil and social services; (d) To ensure the coordination and delivery of humanitarian assistance, rehabilitation and development assistance; (e) To support capacity-building for self-government; (f) To assist in the establishment of conditions for sustainable development; 3. Decides further that UNTAET will have objectives and a structure along the lines set out in part IV of the report of the Secretary-General, and in particular that its main components will be: (a) A governance and public administration component, including an international police element with a strength of up to 1,640 officers; (b) A humanitarian assistance and emergency rehabilitation component; (c) A military component, with a strength of up to 8,950 troops and up to 200 military observers;..."

administración de Portugal⁸⁷⁰. No obstante, la legislación que se consideró en vigor en el territorio tras la intervención fue la indonesia⁸⁷¹.

La práctica de detenciones se reguló mediante una *Detainee Ordinance* dada por el Jefe de INTERFET (COMINTERFET), que incluía no solo la posibilidad de detener por motivos penales, sino también por razones de seguridad, es decir, detenciones administrativas. La reglamentación incluía una *Detention Management Unit* (DMU) para la revisión de cada caso. No se puede acceder a la mencionada *ordinance*, pero existen trabajos autorizados que la describen con suficiente detalle⁸⁷².

En lo que se refiere a las detenciones de seguridad, si estas se prolongaban más allá de las 96 horas requerían un certificado del COMINTERFET o su delegado, relativo a que la peligrosidad del detenido hacía necesario el mantenimiento de la medida. Un trámite de audiencia (*show cause*) permitía al detenido conocer las bases de su detención, y servía al

⁸⁷⁰ Es por tanto una situación muy distinta, en éste sentido, que la de Kosovo con su aire de “trágala”. En todo caso, una visión crítica de todo éste proceso en DREW, Catriona (2001), “The East Timor Story: International Law on Trial”. *EJIL*, Vol. 12, Nº 4, pp. 651-684.

⁸⁷¹ El Reglamento 1999/1 de UNTAET (doc. UNTAET/REG/1999/1, de 27 de noviembre), sobre la Autoridad de la Administración interina en Timor Este, establecía en su Sección 3: “Applicable law in East Timor. 3.1 Until replaced by UNTAET regulations or subsequent legislation of democratically established institutions of East Timor, the laws applied in East Timor prior to 25 October 1999 shall apply in East Timor insofar as they do not conflict with the standards referred to in section 2, the fulfillment of the mandate given to UNTAET under United Nations Security Council resolution 1272 (1999), or the present or any other regulation and directive issued by the Transitional Administrator. 3.2 Without prejudice to the review of other legislation, the following laws, which do not comply with the standards referred to in section 2 and 3 of the present regulation, as well as any subsequent amendments to these laws and their administrative regulations, shall no longer be applied in East Timor: Law on Anti-Subversion; Law on Social Organizations; Law on National Security; Law on National Protection and Defense; Law on Mobilization and Demobilization; Law on Defense and Security. 3.3 Capital punishment is abolished”.

<http://www.eastimorlawjournal.org/UNTAETLaw/Regulations/Reg1999-01.pdf>. Por su parte, STAHN, C. (2005), “Accountability And Legitimacy ...op.cit., 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.

⁸⁷² KELLY, Michael (2000), “INTERFET Detainee Management Unit in East Timor [http://www.jsmp.minihub.org/Resources/2000/INTERFET%20DETAINEE%20MANAGEMENT%20UNIT%20\(e\).pdf](http://www.jsmp.minihub.org/Resources/2000/INTERFET%20DETAINEE%20MANAGEMENT%20UNIT%20(e).pdf), OSWALD, Bruce (2000), “The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor. Yearbook of International Humanitarian Law, 2000; U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 166.

tiempo como cuerpo fundamental en el que COMINTERFET debía basar su decisión de continuar la medida o no. En todo caso, en el plazo máximo de 144 horas COMINTERFET debía comunicar por escrito las bases sobre las que el certificado iba a emitirse. A partir de ahí el detenido tenía un plazo de siete días para presentar sus alegaciones, pudiendo requerir asistencia de un *Defending Officer* de la *Detainee Management Unit*. La *Ordinance* no tenía prevista ninguna revisión judicial del caso. Las detenciones que se prolongaban más allá de las 96 horas eran comunicadas por INTERFET al CICR. En general todo el régimen expuesto estaba basado en la IV Convención de Ginebra.

La *Ordinance* establecía mas clases de detenidos, en concreto los relacionados con causas penales –que se regían básicamente por la ley procesal indonesia- y los que se sometían voluntariamente a la medida para salvaguardarse de posibles represalias. En cuanto a estos, el procedimiento establecía que debían ser llevados a un centro de detención (*Force Detention Centre*) localizado en Dili –la capital- en un plazo máximo de 24 horas, y en un máximo de 96 horas el detenido tenía que ser puesto en libertad o bien continuar detenido con cargos. El sistema preveía la figura del fiscal y del defensor, todos de la DMU. La medida podía prolongarse hasta un máximo de 90 días, y excepcionalmente mas, confiando en remitir todos los asuntos a la nueva organización judicial cuando esta fuera establecida.

Debe tenerse en cuenta que la actuación de INTERFET solo se prolongó durante algo más de tres meses (del 20 de septiembre de 1999 al 12 de enero de 2000), momento en el que todos los detenidos, con la documentación procedente, fueron transferidos a la nueva organización judicial establecida por UNTAET. Consecuentemente no hubo ningún caso de detención de larga duración que, de alguna manera empañara la actuación de INTERFET en la materia, como por el contrario sí ha ocurrido en el caso de KFOR⁸⁷³. En todo

⁸⁷³ Doc. A/54/660, 10-12-1999, Asamblea General de NU, "Situation of Human rights in East Timor", Agenda item 116(c), párrafo 64: As far as the question of treatment of detainees is concerned, the conduct of INTERFET has been exemplary. The delegation met with detainees in conditions in which it could be confident that the detainees would have no fear of speaking frankly of any complaints as to their treatment. There were none. ICRC, which has full access, confirmed that it too had received no complaints from any of the detainees. The tone was set by the Force Commander who, especially in the beginning, established the pattern by personally

caso, los australianos tomaron como referencia la IV Convención de Ginebra, interpretándola en el sentido más garantista posible, acaso por que, en el fondo, no hubo muchas razones, como las esgrimidas por EEUU y el Reino Unido por ejemplo en Irak, para actuar de otro modo. En cualquier caso, Australia solo aplicó tal régimen *de facto* puesto que en ningún momento estimó que hubiera un conflicto armado⁸⁷⁴.

Tan pronto como UNTAET tomó las riendas de la situación a partir de noviembre de 1999, comenzó a emitir disposiciones básicas que fueran sustituyendo la legislación indonesia allí donde fuera necesario, como por ejemplo el Reglamento (*Regulation*) 2000/11 de 6 de marzo de 2000, sobre organización judicial⁸⁷⁵, el Reglamento 2000/30 de 25 de septiembre sobre reglas transitorias de procedimiento criminal⁸⁷⁶, ambos posteriormente modificados por el Reglamento 2001/25 de 14 de septiembre de 2001⁸⁷⁷. El primero incluye una figura extraña para el mundo anglosajón, como es el juez de instrucción (*investigating judge*)⁸⁷⁸, que debe actuar a iniciativa del fiscal en cuestiones básicas como la detención por mandamiento (*warrant*). El segundo reglamento incluye con bastante detalle la cuestión de la detención⁸⁷⁹. Esta era

visiting the detention area. The establishment of the detention-management team also acts as a safeguard against abuse".

⁸⁷⁴ KELLY, Michael J., MCCORMACK, Timothy L. H. MUGGLETON, Paul, OSWALD, Bruce M. (2001), "Legal aspects of Australia's involvement in the international Force for East Timor". *IRRC*, Nº 841.

⁸⁷⁵ <http://www.eastimorlawjournal.org/UNTAETLaw/Regulations/Reg1999-11.pdf>

⁸⁷⁶ <http://www.eastimorlawjournal.org/UNTAETLaw/Regulations/Reg2000-30.pdf>

⁸⁷⁷ <http://www.eastimorlawjournal.org/UNTAETLaw/Regulations/Reg2001-25.pdf>

⁸⁷⁸ "Section 13. Investigating Judge. In criminal matters, there shall be at least one judge assigned as investigating judge at every District Court in East Timor."

⁸⁷⁹ "Section 19A. Arrest Warrant. 19A.1. If there are reasonable grounds to believe that a person has committed a crime, the public prosecutor may request the Investigating Judge to issue a warrant for the arrest of that person in accordance with the rules established in the present section. 19A.2. The arrest warrant shall contain the following: (a) the name of the suspect and any other identifying information; (a) identity of the alleged victims; (b) a summary of the facts which are alleged to constitute a crime and a specific reference to the crime for which the arrest of the suspect is sought, including a reference to the relevant legal provisions at issue; and (c) the name and signature of the Investigating Judge. 19A.3. Upon arrest, the suspect shall be informed of his or her rights, in accordance with Section 6 of the present regulation, and shall be given a copy of the warrant. 19A.4. The police may arrest a suspect without a warrant when, in the course of ordinary law enforcement activities, (a) the suspect is found in the act of committing a crime; or (b) there are reasonable grounds to believe that the suspect has committed a crime and that there is an immediate likelihood that before a warrant could be obtained the suspect will flee or destroy, falsify or taint evidence, or endanger public safety or

la normativa de referencia para UNPOL en Timor, así como para el Servicio de Policía de Timor Este, creado por UNTAET mediante el Reglamento 2001/22 de 10 de agosto⁸⁸⁰. Pero esto ya excede la cuestión de la detención operativa.

Aunque existan ciertas diferencias entre los casos de Kosovo y Timor, nos encontramos con una misma situación de hecho: vacío de poder, creación –o “convalidación” en el caso de Kosovo- de una fuerza militar para restablecer el orden, incluyendo funciones policiales ejecutivas, y posterior traspaso de dichos poderes policiales a la administración interina de Naciones Unidas. En el caso de Timor, el testigo pasó luego de UNTAET a UNMISSET, también una *peacekeeping* (Resolución 1410 de 2002)⁸⁸¹, y después a una misión ya de

the integrity of the victims or witnesses; or (c) the police are in hot pursuit of a suspect immediately after commission of a crime and evidence of the suspect's participation in the crime is found in the suspect's possession. 19A.5. In cases defined in Section 19A.4 of the present regulation, the police shall immediately inform the public prosecutor of all circumstances and the restrictive measures applied, and shall submit the report to the public prosecutor without undue delay. 19A.6. Upon receipt of the report pursuant to Section 19A.5 of the present regulation, the public prosecutor may: (a) request the issuance of the corresponding warrants from the Investigating Judge, in accordance with the rules provided in the present regulation; or (b) continue the investigation, but order the suspect to be released from custody; or (c) dismiss the case and order the suspect to be released from custody. 19A.7. Where a suspect is arrested and detained after a warrant has been issued, the public prosecutor may dismiss the case and request the Investigating Judge to order the release of the suspect in the following circumstances: (a) there is insufficient evidence that a crime has been committed; (b) the acts under investigation are found to be of non-criminal nature; (c) the period to investigate the crime (statute of limitation) has elapsed; (d) the suspect has already been tried by a court for the same offences and has been finally convicted or acquitted; or (e) there is sufficient evidence that a crime has been committed, but the evidence against the suspect is not sufficient and there is no reasonable possibility to bring additional evidence into the case. 19A.8. Where the case has been dismissed pursuant to Section 19A.6 or 19A.7 of the present regulation, the public prosecutor shall immediately notify the alleged victim of the dismissal of the case, in a manner meeting the requirements of Section 12.4 of the present regulation and that prevents undue danger to the safety, well-being and privacy of those who provided information to the prosecutor, so that the victim may exercise the rights defined in Section 25 of the present regulation. 19A.9. As soon as practicable after the time a suspect is placed in detention, the police shall notify the family of the suspect. Section 20. Review Hearing. 20.1 Within 72 hours of arrest, the Investigating Judge shall hold a hearing to review the lawfulness of the arrest and detention of the suspect. At this hearing the suspect must be present, along with his or her legal representative, if such a legal representative has been retained or appointed. ...”

⁸⁸⁰ <http://www.eastimorlawjournal.org/UNTAETLaw/Regulations/Reg2001-22.pdf>

⁸⁸¹ Resolución 1410: “... 2. Decides also that the mandate of UNMISSET shall consist of the following elements: (...) (b) To provide interim law enforcement and public security and to assist in the development of a new law enforcement agency in East Timor, the East Timor Police Service (ETPS); (...) 3. Decides that UNMISSET will be headed by a Special Representative of the Secretary-General and will consist of: (...) (b) A civilian police component initially comprised of 1,250 officers; ...”

carácter político, la UNOTIL. Sin embargo en junio de 2006, el presidente de Timor-Leste, el del parlamento y el primer ministro escribieron al Secretario General de Naciones Unidas requiriéndole para que propusiera al Consejo de Seguridad el establecimiento de una fuerza de policía de Naciones Unidas para mantener la ley y el orden hasta que la policía nacional pudiera reorganizarse. Así se dio lugar a la UNMIT (*UN Integrated Mission in Timor-Leste*), establecida por la Resolución 1704 de 2006⁸⁸², tratándose de una misión esencialmente policial y ejecutiva.

3.4.D. Evolución posterior: ¿Se han alcanzado los límites de la actuación policial ejecutiva en operaciones de paz?

Los casos de Kosovo y Timor Este plantearon en su momento, y siguen planteando, algunas cuestiones no del todo resueltas en relación con el ejercicio de funciones policiales ejecutivas y detenciones. Hay una diferencia digna de mención y es que, mientras que en Timor INTERFET y UNTAET se sucedieron en el tiempo, en Kosovo los mandatos de UNMIK y KFOR han discurrido paralelos, generando, en consecuencia, algunos análisis suplementarios, en relación con el marco legal aplicable a las fuerzas de KFOR, y en particular la aplicación del régimen de ocupación⁸⁸³.

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 paz, entendiendo por tal una cada vez mayor importancia del

⁸⁸² Resolución 1704: “...1. Decides to establish a follow-on mission in Timor-Leste, the United Nations Integrated Mission in Timor-Leste (UNMIT), for an initial period of six months, with the intention to renew for further periods, and further decides that UNMIT will consist of an appropriate civilian component, including up to 1,608 police personnel, and an initial component of up to 34 military liaison and staff officers; (...) 4. Decides further that UNMIT will have the following mandate: (...) (c) To ensure, through the presence of United Nations police, the restoration and maintenance of public security in Timor-Leste through the provision of support to the Timorese national police (PNTL), as outlined in the Secretary-General’s report, which includes interim law enforcement and public security until PNTL is reconstituted, and to assist with the further training, institutional development and strengthening of the PNTL as well as the Ministry of Interior, and also assist in the planning and preparing of electoral-related security arrangements to adequately prepare the national police for performing their roles and responsibilities during the conduct of the 2007 elections; ...”

⁸⁸³ CERONE, John (2001), “Minding the Gap: Outlining KFOR Accountability in Post-Conflict Kosovo”. *EJIL*, Vol. 12, Nº 3, pp. 469-488.

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 operaciones de paz 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. Las fuerzas multinacionales del tipo de los cascos azules en la práctica han dado magros resultados, dado lo limitado de su doctrina, por lo que se ha pasado, mediante la aplicación del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, a atribuir el peso de las operaciones militares a organismos regionales, mucho mas coordinados, como la OTAN. Ahora bien, no existe una OTAN policial⁸⁸⁴, 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 gran multiplicidad de modelos y usos policiales⁸⁸⁵. Tampoco ha habido hasta ahora una atribución explícita de poderes policiales ejecutivos a las coaliciones actuantes por mandato, más allá de la formula de las “medidas necesarias” para mantener el orden y la seguridad públicas, como aparece, por ejemplo en las resoluciones 1244 y 1264, que ya hemos visto, formula que, por cierto, parece tomada casi tal cual del artículo 42 del Reglamento Anejo a la II Convención de La Haya.

No obstante sí que parece subsistir una tendencia a la asunción, por parte de la ONU, de funciones policiales ejecutivas⁸⁸⁶, dentro de las medidas

⁸⁸⁴ Aunque, como hemos visto, por ejemplo en GIUDICELLI-DELAGE, G. (2004), “Missions Abroad and Police Cooperation, ... op.cit., en el ámbito de la PESC sí se puede hablar de algo parecido. Por otro lado ya hemos hecho referencia a EUROGENDFOR, que se parece bastante a una estructura policial permanente para fines de intervención internacional.

⁸⁸⁵ 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 especiales (MPSU).

⁸⁸⁶ BENNER, T., MERGENTHALER, S. y ROTMANN, P., (2008) “Doctrine Development in the UN Peacebuilding Apparatus ... op.cit., pp. 11 y 12.

de establecimiento de estados de derecho o de “*peace building*”, que no incluyen solo las policiales. No hay que olvidar que, con anterioridad 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 Sarre⁸⁸⁷. Como consecuencia del Informe Brahimi, el DPKO comenzó a hacer bastantes modificaciones. Ya se ha señalado que el departamento de CIVPOL pasó a llamarse División de Policía, con el acrónimo UNPOL, así como que se detecta una notoria voluntad de crear una especie de estructura policial estable por parte de Naciones Unidas. En este contexto se enmarca la creación de la OROLSI (*Office of Rule of Law and Security Institutions*) en 2007, con la finalidad de aportar ese “*holistic approach*” del que ya hemos hablado. Está incluida en el organigrama del DPKO y engloba a la División de Policía, el CLJAS (*Criminal Law and Judicial Advisory Service*), el UNMAS (*UN Mine Action Service*) la DDR (*Demobilization and Reintegration Section*) y la Unidad de Reforma del Sector de la Seguridad⁸⁸⁸.

Ya no se trata tan solo tener una mayor estructura de cara a una posible OMP, sino de colaborar también con el Departamento de Asuntos Políticos en otras iniciativas, básicamente de reforma de los institutos policiales, como ocurrió en su momento con MINUGUA, y ocurre en la actualidad con BINUB (*UN Integrated Office in Burundi*), UNIOGBIS (*UN Integrated Peacebuilding Office in Guinea-Bissau*), UNIPSIL (*UN Integrated Peacebuilding Office in Sierra Leone*) o UNPOS (*UN Political Office for Somalia*)⁸⁸⁹. En definitiva, está claro que UNPOL ha tomado un camino que conduce a la autoafirmación y a sacudirse el aspecto de fuerza auxiliar de un presunto esfuerzo principal que sería el militar, como en las OMP de primera generación⁸⁹⁰.

Pero la parte mas delicada sigue siendo la posibilidad de un despliegue de policía ejecutiva, y no meramente de observadores, monitores, etc. Es evidente que la idea no está abandonada si tenemos en cuenta el caso de

⁸⁸⁷ STAHN, C. op.cit p. 5

⁸⁸⁸ <http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/orolsi.shtml>

⁸⁸⁹ <http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/division.shtml>

⁸⁹⁰ Así se ve, por ejemplo, en el documento “Professionalising United Nations Police in Peacekeeping” (2010), de la Directora de la División de Policía, y “Police Adviser”, la sueca Ann-Marie Orler. http://www.un.org/en/peacekeeping/sites/police/documents/unpol_vision.pdf

UNMIT, en 2006, aunque sea en el contexto de Timor-Leste donde ya se había producido una intervención policial ejecutiva. La cuestión resulta compleja, por lo experimental. Los institutos policiales sanos, desde una perspectiva de ciencia política, deben ser una emanación de las sociedades pacíficamente constituidas, íntimamente unidas a sus tradiciones, idiosincrasia y necesidades⁸⁹¹. 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, el procedimiento de investigación criminal, el derecho a declarar ante un juez, etc. 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 plazo⁸⁹².

Por ello, la experiencia acumulada en Kosovo y Timor 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 reducen a una resolución del Consejo de Seguridad que autorice tal intervención, a una invitación por parte de un gobierno soberano⁸⁹³, o a ambas cosas. En definitiva, estamos hablando de una policía internacional. Sin embargo, no existen ni una

⁸⁹¹ STAHN, C. "Accountability And Legitimacy In Practice ... op.cit p. 19.

⁸⁹² OSWALD, Bruce, (2006), "Adressing the Institutional Law and Order Vacuum ... op.cit, 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 adress this significant problem outside the context of interim administration missions". También STAHN, C. "Accountability And Legitimacy In Practice ... op.cit p. 9 y 22.

⁸⁹³ De hecho, el ser una función íntimamente vinculada al ejercicio de la soberanía, hace muy difícil la aceptación de imposiciones. BIA, Maria Teresa (2009), "European Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters and the Crime of Genocide". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 431-450, p 431-433.

legislación penal ni procesal universales⁸⁹⁴, 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. La prueba de fuego es la total sumisión a las leyes de la sociedad a la que sirven⁸⁹⁵. Por otra parte, los estándares en la materia, que no pasan de lo meramente declarativo, por ahora, parecen también dar por supuesta esta obligación. Además, 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 general⁸⁹⁶. Hay que reconocer, no obstante, que los casos de Kosovo y Timor son bastante extremos. La duda estriba en determinar si estos dos experimentos, por lo demás subrayados hasta el aburrimiento por las páginas de Naciones Unidas, han servido para concretar una doctrina sólida en la materia o no.

A pesar de lo sugestivo del tema, en el fondo se aparta bastante de nuestro objeto de estudio. Incluso si hablásemos ya de una policía internacional, y si todos los problemas expuestos se hubieran solucionado, en

⁸⁹⁴ 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. "Accountability And Legitimacy In Practice ... op.cit, p. 20, y en lo referente a la detención.

⁸⁹⁵ Esto parece oponerse al "Código de Conducta" antes analizado. Por su parte los comentarios al Código Europeo de Etica (THE EUROPEAN CODE OF POLICE ETHICS Council of Europe, March 2002) policial lo dicen bien claro: "Above all, the rule of law requires that those who make, adjudicate and apply the law should be subject to that same law. In other words, the police should be subject to the self-same law that they apply and uphold. It is the mark of the police in a fully-fledged and mature democracy that they bind and subject themselves to the very law that they are pledged to uphold. The police role in upholding and safeguarding the rule of law is so important that the condition of a democracy can often be determined just by examining the conduct of its police". Lo que caracterizaba a cuerpos policiales como la KGB, o la extinta Guardia Nacional de Nicaragua era, precisamente, el no estar sometidos a la ley común.

⁸⁹⁶ 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".

el fondo la cuestión de la actuación policial es muy simple: Se trata de un peldaño más en lo que en inglés han llamado el *rule of law continuum*⁸⁹⁷, es decir, el proceso que empieza con la detención (o “arresto”), y termina con el encarcelamiento, pasando por un juzgado o tribunal sentenciador. Nadie ha tratado de establecer un sistema distinto en los casos de *executive policing* de Naciones Unidas. Simplemente uno de los actores es un invitado.

4. LA DETENCIÓN DE TERRORISTAS EN UN CONTEXTO INTERNACIONAL

4.1. Descripción de la amenaza

4.1.A. Doctrinas sobre el uso de la fuerza: El paradigma policial-judicial y el del conflicto armado

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 armado⁸⁹⁸. 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-

⁸⁹⁷ RAUSCH, Colette (2002), “The assumption of authority in Kosovo and East Timor: legal and practical implications”, en *Executive Policing. Enforcing the Law in Peace Operations*. SIPRI Research Report No. 16. OXFORD UNIVERSITY PRESS, p. 31

⁸⁹⁸ Sin embargo, la cuestión es más complicada si atendemos a posturas oficiosas del ejecutivo norteamericano de la época, como en BELLINGER, John B. (2007), “Remarks on the Military Commissions Act”. *Harvard International Law Journal Online* Vol. 48, January 19, 2007. Éste sostiene que el término “*global war on terror is not a legal term. It’s essentially a political term.*”. Esta postura es también criticada por 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 más ajustada a la realidad, que sería “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. Sobre los aspectos hiperbólicos de la expresión VORKINK, Mark W. & SCHEICK Erin M. (2006), “The “War on Terror” and the Erosion of the Rule of Law: The U.S. Hearings of the ICJ Eminent Jurist Panel”, *HRB*, Vol. 14, Issue 1, pp. 2 y ss.

Qaeda y sus ramificaciones, propias de una visión de la seguridad nacional que no admite límites precisos entre lo policial y lo militar⁸⁹⁹. Incluso los propios ciudadanos norteamericanos podrían ver sus comunicaciones intervenidas por la NSA, sin intervención judicial⁹⁰⁰. De este modo, ante una crisis motivada por el mayor atentado terrorista que se ha conocido, no sólo por el número de víctimas sino -acaso sobre todo- por su espectacularidad⁹⁰¹, se podría haber llegado a una síntesis de las dos perspectivas antes analizadas; la policial-judicial y la del Derecho de los Conflictos Armados. Aún es pronto para juzgar si se ha aprovechado o no la oportunidad.

⁸⁹⁹ Aunque volveremos sobre el tema, hay que hacer referencia a la “PATRIOT ACT” o PUBLIC LAW 107-56—OCT. 26, 2001, como señala el propio texto de la ley, su objeto es “To deter and punish terrorist acts in the United States and around the world, to enhance law enforcement investigatory tools, and for other purposes. This Act may be cited as the “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001”. Un análisis del enfoque de EEUU en COLANGELO, Anthony J. (2007), “Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law”. *HILJ* Vol. 48, N° 1, pp. 121-201.

⁹⁰⁰ Aunque en realidad otros Estados europeos, como el Reino Unido, han llegado más lejos en la práctica, la PATRIOT Act incluye “TITLE II—ENHANCED SURVEILLANCE PROCEDURES. Sec. 201. Authority to intercept wire, oral, and electronic communications relating to terrorism. Sec. 202. Authority to intercept wire, oral, and electronic communications relating to computer fraud and abuse offenses. Sec. 203. Authority to share criminal investigative information. Sec. 204. Clarification of intelligence exceptions from limitations on interception and disclosure of wire, oral, and electronic communications. Sec. 205. Employment of translators by the Federal Bureau of Investigation. Sec. 206. Roving surveillance authority under the Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978. Sec. 207. Duration of FISA surveillance of non-United States persons who are agents of a foreign power. Sec. 208. Designation of judges. Sec. 209. Seizure of voice-mail messages pursuant to warrants. Sec. 210. Scope of subpoenas for records of electronic communications. Sec. 211. Clarification of scope. Sec. 212. Emergency disclosure of electronic communications to protect life and limb. Sec. 213. Authority for delaying notice of the execution of a warrant. Sec. 214. Pen register and trap and trace authority under FISA. Sec. 215. Access to records and other items under the Foreign Intelligence Surveillance Act. Sec. 216. Modification of authorities relating to use of pen registers and trap and trace devices. Sec. 217. Interception of computer trespasser communications. Sec. 218. Foreign intelligence information. Sec. 219. Single-jurisdiction search warrants for terrorism. Sec. 220. Nationwide service of search warrants for electronic evidence. Sec. 221. Trade sanctions. Sec. 222. Assistance to law enforcement agencies. Sec. 223. Civil liability for certain unauthorized disclosures. Sec. 224. Sunset. Sec. 225. Immunity for compliance with FISA wiretap.

⁹⁰¹ No hay que subestimar el aspecto de orgullo nacional herido que la efectividad de tales ataques pueda haber desencadenado. No solo la prensa de EEUU, sino toda la prensa mundial destacó que se trataba del primer ataque en suelo norteamericano desde la guerra con el Reino Unido a principios del siglo XIX.

Desde una perspectiva no interferida por tales sucesos, el uso de la fuerza difiere en las actividades policiales y las militares⁹⁰². Al hablar de actividades militares hay que matizar, primero, que no todos los militares están dedicados principalmente a la guerra, como es el caso de la Guardia Civil o la Gendarmería. Segundo, que incluso los ejércitos pueden desempeñar circunstancialmente funciones policiales. En realidad nos estamos refiriendo a la aplicación del Derecho de los Conflictos Armados. En éste contexto, las reglas sobre uso de la fuerza van dirigidas a cumplir el primer propósito del enfrentamiento, que no es otro que la derrota del enemigo, al que se subordina toda otra consideración dentro de los límites permitidos por el DIH⁹⁰³, que como ya hemos sostenido son bastante más ámplios en materia de detención o de uso de la fuerza susceptible de causar la muerte⁹⁰⁴.

En el caso policial, como parte del sistema penal⁹⁰⁵, las reglas tienen como principal objeto la resolución de incidentes a ser posible sin la pérdida de vidas y sin lesionar a los implicados, incluidos los criminales, para su juicio y eventual castigo. Es la perspectiva policial-judicial, enmarcada en el DIDH. En el marco del CEDH, por ejemplo, la fuerza *leta* sólo puede ser utilizada cuando sea absolutamente necesaria en los casos previstos en su artículo 2.2⁹⁰⁶. 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– dentro de un equilibrio inestable, en el que se desarrolla nuestra vida en tiempo de paz, mientras que el concepto de derrota implica una visión con un fin concreto, a partir de cuya consecución, con el fin de las hostilidades, cesa la aplicación del marco jurídico excepcional del DIH⁹⁰⁷.

⁹⁰² DAHL, A.W. (2007), "Military assistance to the police op.cit. ..., p. 3-4.

⁹⁰³ STEPHENS, Dale and LEWIS, Michael W. (2005), "The Law of Armed Conflict — a Contemporary Critique". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6.

⁹⁰⁴ SCHABAS, William A. (2007), "Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, ... op.cit. p. 604-606.

⁹⁰⁵ Conforme al Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, cit.

⁹⁰⁶ "a. en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b. para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c. para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección."

⁹⁰⁷ "Unlike war, where the stakes are victory, [the maintenance of law and order] involves a form of violence directed towards the restoration of civil peace" Opinión de Antoine Garapon, "Que signifie maintenir l'ordre?", *Esprit*, No. 248 (December 1998), pp. 121–33., Cit por BRANCHE,

El uso de la fuerza por agentes encargados de hacer cumplir la ley está determinado por unos parámetros que, además de estar incluidos en las legislaciones internas⁹⁰⁸, y haberse ido concretando por vía jurisprudencial – jurisprudencia interna y de tribunales como del TEDH- se recogen en textos de “*soft law*” como los ya mencionados Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁹⁰⁹, y los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁹¹⁰.

Raphaëlle, (2007), “Torture of Terrorists?. Use of Torture in a “War Against Terrorism”: Justifications, Methods and Effects: The Case of France in Algeria, 1954–1962”. *IRRC*, Vol. 89, Nº 867, pp. 543-560., p. 551 n.

⁹⁰⁸ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En su Preambulo , apartado II, letra a) la Ley señala “Siguiendo las líneas marcadas por el Consejo de Europa, en su «Declaración» sobre la policía, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley», se establecen los principios básicos de actuación como un auténtico «Código Deontológico», que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales, imponiendo el respeto de la Constitución, el servicio permanente a la Comunidad, la adecuación entre fines y medios, como criterio orientativo de su actuación, el secreto profesional, el respeto al honor y dignidad de la persona, la subordinación a la autoridad y la responsabilidad en el ejercicio de la función” En su artículo 5, en relación con los “Principios básicos de actuación” señala “c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria, y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad- y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance. d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartadotado anterior.”

⁹⁰⁹ Por ejemplo en su artículo 3: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.” En el comentario sobre este artículo se dice que “c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.”

⁹¹⁰ Entre sus contenidos merece la pena destacar: “2. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible y dotarán a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes. Con el mismo objetivo, también debería permitirse que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cuenten con equipo autoprotector, por ejemplo, escudos, cascos, chalecos a prueba de balas y medios de transporte a prueba de balas a fin de disminuir la

En un conflicto armado, con la consiguiente aplicación del DIH, es no sólo legítimo, sino aceptable, el sacrificio de vidas –incluso de inocentes- en beneficio de un resultado deseado y necesario para fines militares, con el límite del principio de proporcionalidad⁹¹¹. Se puede matar al combatiente enemigo por el solo hecho de serlo⁹¹². Puede objetarse a estas reflexiones que no toman en consideración aspectos esenciales del enfoque jurídico del problema, como son las características, el mandato, de la misión desempeñada por tropas en el exterior – *peacekeeping*, *peace enforcement* etc-. Es, además, lo repetimos, un hecho reconocido que las fuerzas militares pueden desempeñar funciones policiales⁹¹³.

necesidad de armas de cualquier tipo. 3. Se hará una cuidadosa evaluación de la fabricación y distribución de armas no letales incapacitantes a fin de reducir al mínimo el riesgo de causar lesiones a personas ajenas a los hechos y se controlará con todo cuidado el uso de tales armas. 4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. 5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas; d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas. (...) 9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.”

⁹¹¹ SCHABAS, William A. (2007), “Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of jus ad bellum” *ISR. L. REV.* Vol. 40 Nº 2, pp. 592-613.604-606.

⁹¹² No es que haya que matarlo; incluso en situaciones de combate se aplican los principios de proporcionalidad, necesidad militar y humanidad. Esto se hace más patente en situaciones que no son estrictamente de combate. En WALZER, Michael (1977), *Just and Unjust Wars* (uso la edición española de 2001, Guerras justas e injustas, Paidós, Barcelona, se recogen varios ejemplos de situaciones que enfrentan a un dilema, y de la resistencia natural del hombre a matar. Por ejemplo (p. 197) cita a Robert Graves narrando cómo, siendo oficial en las trincheras occidentales durante la Primera Guerra Mundial, observó a un soldado alemán bañándose en la tercera fila de trincheras, y como eludió dispararle, aunque si lo hizo un sargento al que pasó el arma.

⁹¹³ De nuevo hay que citar el Código de conducta, comentario a su artículo 1º.

4.1.B.- El uso de la fuerza contra el terrorismo, condicionado por el contexto de guerra o de paz

Para empezar ésta exposición, 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, en principio y aisladamente considerados, 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. En lo que se refiere a los delitos objeto de persecución universal cabe hacer distinciones. En principio tales delitos están tasados, y normalmente sujetos al principio *aut dedere aut iudicare*. Entre ellos están algunas manifestaciones del fenómeno terrorista.

Tradicionalmente, el terrorismo ha sido un problema policial, entendiéndose 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 internacional⁹¹⁴.

Las dudas empiezan a plantearse ante dos fenómenos relativamente recientes e interrelacionados, como son el apoyo de determinados Estados a grupos terroristas que actúan fuera de sus fronteras, y la creciente magnitud de los actos terroristas, a lo que cabe referirse como “super-terrorismo”, “mega-

⁹¹⁴ HAKIMI, Monica (2009), “International Standards for Detaining Terrorism Suspects: Moving Beyond the Armed Conflict-Criminal Divide”. *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp.593-650, p. 607.

terrorismo” o hiper-terrorismo”, así cómo ante las lógicas vacilaciones acerca de cómo hacer frente a tal situación⁹¹⁵.

Como señalaba algún autor⁹¹⁶ –antes de que tal concepto hubiera cuajado- nunca se había investigado seriamente una alternativa al enfoque policial en relación con el terrorismo esponsorizado por Estados⁹¹⁷. No quiere decir esto que no existiera ya una corriente de opinión que lo estimaba una especie de la guerra, o del conflicto armado, que sobrepasaba la respuesta meramente policial⁹¹⁸. Hay pruebas de acciones ejecutivas muy anteriores a los atentados, poco compatibles con el DIDH⁹¹⁹. Además tanto el cine como la literatura popular habían difundido tal posibilidad en términos plásticos⁹²⁰.

⁹¹⁵ Entre otros,. MÉGRET, Frédéric (2003), “Justice in Times of Violence”, EJIL, Vol. 14, Nº2, pp. 327-345, STEPANOVA, Ekaterina (2003), “Anti-terrorism and Peace-building during and after Conflict”. *Stockholm International Peace Research Institute*, Stockholm. En todo caso, se trata de una evidente encrucijada de la historia, en la que confluyen una serie de marcos jurídicos. Sobre su interrelación SARKIN, Jeremy (2007), “The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and Public International Law and their Application from at least the Nineteenth Century”. Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 08-24 Hofstra University <http://ssrn.com/abstract=1304613>

⁹¹⁶ ERICKSON, R.J. (1989), *Legitimate Use of Military Force Against State-sponsored International Terrorism*, Air University Press, Maxwell Air Force Base, Alabama, p. 49

⁹¹⁷ 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.

⁹¹⁸ Por ejemplo la reacción norteamericana a los atentados contra sus embajadas en Nairobi y Dar-Es-Salam, en 1998, bajo el mandato de Bill Clinton, que recordaremos más adelante.

⁹¹⁹ Por ejemplo la Policy Directive de 1995, PDD 39. Presidential Decision Directive 39: U.S. Policy on Counterterrorism (June 21, 1995), <http://www.fas.org/irp/offdocs/pdd39.htm> heredada y vuelta a autorizar por el presidente Bill Clinton, en relación con las “entregas irregulares”. SADAT, Leila Nadya (2005), “Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition Under International Law”. *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 309-342, p. 316, n.

⁹²⁰ Por poner un ejemplo, como casi todos los que pondremos aquí, de cine popular, está la película “El pacificador” (“The Peacemaker” -por cierto el sobrenombre de un afamado revólver de la época del *far west*- DreamWorksSKG, 1997), dirigida por Mimi Leder y protagonizada por George Clooney y Nicole Kidman. En la trama, tras el robo de unas ojivas nucleares en Rusia, se ponen en marcha una serie de operaciones encubiertas por parte de EEUU. Encubiertas pero nada discretas: tiros y persecuciones en el territorio soberano de Austria –cuya policía no es informada de nada-, cruces ilegales de fronteras, ataques en el interior de Rusia, etc. Se involucra a toda la pandilla de *bad guys*: militares rusos, mafiosos, Irán, etc.). Puede que para

En el momento en el que el delito adquiere un carácter transnacional, la cooperación se convierte en la clave, pero lo cierto es que el terrorismo, o sus manifestaciones concretas, no estaba, hasta hace relativamente poco, considerado universalmente como delito. De hecho la propia Interpol lo excluía implícitamente de su ámbito de actuación. Relacionado con esto, el castigo penal del terrorismo exige la agilización de instrumentos como la extradición, que ha tropezado muchas veces con el mismo escollo político⁹²¹.

Lo cierto es que a día de hoy no existe en absoluto un consenso internacional acerca de la definición misma del terrorismo⁹²². 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 internacional⁹²³. Los diversos intentos han fracasado

compensar, Clooney haya participado en otras películas, como “Syriana” que dan una visión mucho más compleja, inquietante y perturbadora del terrorismo islámico y sus causas.

⁹²¹ La extradición se ha desarrollado mucho en los últimos años, e incluso se han eliminado requisitos tradicionales como el de la doble incriminación en el ámbito europeo, GRIFFITH, Gavan, and HARRIS, Claire (2005), “Recent Developments in the Law of Extradition”. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6. El caso Lockerbie, es el más significativo por lo rocambolesco de su solución: El atentado tuvo lugar en 1988, pero Abdelbaset al-Megrahi (miembro de los servicios de inteligencia libios) y Lamin Khalifah Fhimah, sus presuntos responsables, sólo fueron entregados en 1999 por Libia a la policía escocesa, en una base militar localizada en Holanda (Camp Zeist), tras una serie de sanciones de Naciones Unidas y negociaciones prolongadas con el Coronel Muammar Gaddafi. Finalmente Megrahi fue condenado a prisión perpetua, aunque en 2009 fue puesto en libertad por padecer un cancer terminal. Fhimah fue absuelto. Es posible –sólo es una impresión- que esta experiencia, entre otras, haya determinado a algunos a no acudir a la vía policial-judicial. También se podría citar el recurso a la vía de hecho por parte de España (GAL), cuando existían dificultades para la extradición de presuntos miembros de ETA desde el “santuario francés”. No obstante, el inicio de la colaboración policial-judicial con Francia, determinó, en buena medida, el fin de tales actividades ilegales por parte del Estado, y seguramente el principio del fin de ETA.

⁹²² Casi todos los artículos relativos al terrorismo dedican un espacio a su definición. Por citar un artículo relativo específicamente a dicha definición, YOUNG, Reuven (2006), “Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and Its Influence on Definitions in Domestic Legislation”. *Boston College International and Comparative Law Review* Vol. 29, Issue 1 Article 3. <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol29/iss1/3>.

⁹²³ Se sigue estudiando un proyecto de Convención Mundial sobre Terrorismo Internacional, que incluiría una definición general de terrorismo. Sobre la labor convencional de las Naciones Unidas, LOPEZ-JACOISTE, Eugenia (2010), “Instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo”. en *Terrorismo sin fronteras. Actores, escenarios y respuestas en un mundo global*. Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 153-174. p. 160-163. También en ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, José (2009), “Nuevos avances y retos en la lucha contra el terrorismo”. *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 17, p. 5-10.

por el componente político de la cuestión⁹²⁴, aunque cabe aproximarse al concepto a través de los distintos convenios internacionales que tratan de luchar contra distintas manifestaciones del fenómeno terrorista⁹²⁵. 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, si nos atenemos al modelo policial-judicial⁹²⁶. De ahí que resulte sugestivo, para quien disponga de las herramientas adecuadas⁹²⁷, acudir a la vía del conflicto armado, no sólo por que se trata de un marco jurídico presuntamente compartido, sino por que los mecanismos de la respuesta –los medios, doctrina y tácticas- se estiman, *prima*

⁹²⁴ P. ej. en 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.

⁹²⁵ 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.

⁹²⁶ DI FILIPPO, Marcello, (2008), “Terrorist Crimes and International Co-operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes”. *EJIL*, Vol. 19, Nº 3, 533–570. También HAKIMI, Monica (2009), “International Standards for Detaining Terrorism Suspects ... op.cit. , p. 610 y ss.

⁹²⁷ Aunque hemos tratado de encontrar la cita, no ha sido posible, pero en el recuerdo queda una declaración de la Secretaria de Estado de EEUU bajo la administración Clinton, Madeleine Albright, que venía a decir que disponían de unas fuerzas armadas carísimas, y que habría que utilizarlas.

facie, en general más expeditivos que los policiales, además de quedar simplificado el marco interno de toma de decisiones⁹²⁸.

Aunque, hasta ahora, se ha planteado el tema desde una perspectiva comparativa de doctrinas, está claro que el uso contra terroristas domésticos de fuerzas, medios y técnicas militares por parte de Estados soberanos, es una decisión sólo condicionada por los convenios o el Derecho internacional consuetudinario que limitan el uso de la fuerza o algunas prácticas –como la detención arbitraria o la tortura- incluso a efectos internos, vengan del ámbito del DIDH o del DIH. La combinación de ambas perspectivas podría ser posible en un plano técnico, pero a veces nos lleva a terrenos confusos⁹²⁹.

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*.⁹³⁰ Este autor recuerda, muy oportunamente 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 Glazier, *9/11 was simply better executed*⁹³¹. 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

⁹²⁸ Hay una tradición legislativa de EEUU que confiere poderes excepcionales al Presidente en caso de conflicto armado que comienza con la Alien Enemy Act a finales del siglo XVIII, y continúa en nuestros días. No es muy diferente en el fondo, a nuestro sistema diseñado por la Ley Orgánica 4/81, en particular en lo que se refiere al Estado de Sitio.

⁹²⁹ Por ejemplo, al hablar de las detenciones de terroristas, en muchas publicaciones se mezclan consciente o inconscientemente conceptos del DIH y del DIDH, sin que esto sea más que una consecuencia de lo confuso de la frontera entre el DIH y el DIDH, como hemos podido ver. Así, por ejemplo en BLUM, Stephanie Cooper (2008), "Preventive Detention in the War on Terror: A Comparison of How the United States, Britain, and Israel Detain and Incapacitate Terrorist Suspects". *HOMELAND SECURITY AFFAIRS*, Vol. IV, Nº. 3 WWW.HSAJ.ORG

⁹³⁰ GLAZIER, D.W. (2006), "Full and Fair by What Measure ... op`cit., p. 57.

⁹³¹ GLAZIER, D.W. "Full and Fair by What Measure ... op`cit., p.65.

de 2001 condujo a varios conflictos armados, y al enfoque básicamente excepcional propio del DIH en cuanto a la captura y castigo de los responsables⁹³², dicho sea esto *grosso modo*, puesto que no se han descartado las medidas policiales convencionales.⁹³³

Ahora bien, el DIH entra a jugar si existe realmente un conflicto armado, internacional o no⁹³⁴. Consecuentemente, adoptado el enfoque militar, la cuestión no se agota en la mera confrontación con los grupos terroristas, o en el armamento o técnicas utilizadas, o en si se aplica el DIH o el DIDH, sino que debe responderse a la pregunta de qué hacer tras la confrontación, puesto que ante el terrorismo existen, como estamos viendo, diversas reacciones posibles, también en lo que se refiere a la detención⁹³⁵.

⁹³² La “prueba del espejo” nos conduce a conclusiones confusas. En 1918, o en 1945, si un soldado se miraba en su espejo –su antagonista o enemigo- por lo general veía a otro soldado. Hoy, en el teatro bélico o pseudo-bélico –digamos militarizado- en el que se desenvuelve la OTAN en Afganistán, por poner un ejemplo, el reflejo no nos devuelve prácticamente nunca la imagen de un soldado; muchas veces nos devuelve la imagen de un delincuente. En 1918, en 1945, mucho antes, y hasta hoy, cuando un policía se miraba en el espejo de su enemigo, era precisamente un delincuente lo que encontraba reflejado. No puedo concretar la autoría de esta teoría o prueba; me la expuso un colega italiano a quien yo relevaba como Asesor Jurídico (LEGAD) de la Brigada Multinacional Sudeste de SFOR en Mostar (Bosnia-Herzegovina) en 2003. Me pareció –y me sigue pareciendo- una idea muy sugestiva y plástica.

⁹³³ Por ejemplo en la propia PATRIOT Act aparecen varias modificaciones legislativas dirigidas a reforzar poderes policiales: “TITLE V—REMOVING OBSTACLES TO INVESTIGATING TERRORISM. Sec. 501. Attorney General’s authority to pay rewards to combat terrorism. Sec. 502. Secretary of State’s authority to pay rewards. Sec. 503. DNA identification of terrorists and other violent offenders. Sec. 504. Coordination with law enforcement. Sec. 505. Miscellaneous national security authorities. Sec. 506. Extension of Secret Service jurisdiction. Sec. 507. Disclosure of educational records. Sec. 508. Disclosure of information from NCES surveys.”

⁹³⁴ OEHMICHEN, Anna y SAUX, Soledad (2009), “La guerra y la paz: la situación del terrorismo internacional”. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 647-674, p. 662. Significativamente las autoras titulan el apartado “¿Guerra o paz? Porque es importante saber.”

⁹³⁵ HAKIMI, Monica (2009), “International Standards for Detaining ... op.cit. Esta autora propone varios modelos, el del conflicto armado y el del DIDH, que a su vez divide en la detención de tipo criminal y la administrativa. Por otro lado la cuestión de la competencia está bastante regulado pero no deja de ser confuso, como demuestra, por ejemplo el Artículo 6 de Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 1998, “1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos a) En el territorio de ese Estado, o b) A bordo de un buque que enarbore el pabellón de ese Estado o de una aeronave matriculada de conformidad con la legislación de ese Estado en el momento de la comisión del delito, o c) Por un nacional de ese Estado. 2. Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos cuando: a) Sea cometido contra un nacional de ese Estado, o b) Sea cometido en o contra una

La opinión general, incluso en los años 80, era que cabía identificar algunos actos terroristas cómo actos de agresión -en el sentido de la resolución 3314 (XXIX)⁹³⁶ de la Asamblea General, pero manteniendo la cuestión en el plano interestatal, puesto que aquí los terroristas serían un vector para la acción de un Estado contra otro⁹³⁷. De hecho, casi nadie parece poner en duda

instalación gubernamental en el extranjero, inclusive una embajada u otro local diplomático o consular de ese Estado, o c) Sea cometido por un apátrida que tenga residencia habitual en el territorio de ese Estado, o d) Sea cometido con el propósito de obligar a ese Estado a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto, o e) Sea cometido a bordo de una aeronave que sea explotada por el gobierno de ese Estado. 3. Cada Estado Parte, al ratificar, aceptar o aprobar el Convenio o adherirse a él, notificará al Secretario General de las Naciones Unidas que ha establecido su jurisdicción con arreglo al párrafo 2 y de conformidad con su legislación nacional y notificará inmediatamente al Secretario General los cambios que se produzcan. 4. Cada Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición a ninguno de los Estados Partes que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 ó 2. 5. El presente Convenio no excluye el ejercicio de la jurisdicción penal establecida por un Estado Parte de conformidad con su legislación interna.” VALLES CAVIA, José Antonio (1999), “El Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas”. *REDI*, Vol. 51, Nº 1, pp. 269-276.

⁹³⁶ Por ejemplo el artículo 3 señala: “Con sujeción a las disposiciones del artículo 2 y de conformidad con ellas, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: (...) g) 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.” Debe recordarse que la agresión no está definida por ningún convenio vinculante jurídicamente. ZAPICO BARBEITO, Mónica (2009), “El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional”. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 623-644.

⁹³⁷ TAMS, Christian J. (2009), “The Use of Force against Terrorists”, *EJIL*, Vol. 20, Nº 2, pp. 359 – 397, p. 368-369, SPEROTTO, Federico, (2010), “The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams”, *EJIL*, Vol. 20, Nº 4, pp. 1043–1048, TRAPP, Kimberley N. (2009), “The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams”, *EJIL*, Vol. 20, Nº 4, pp. 1049–1055. Así se deduce también del análisis de la sentencia del TIJ en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua de 1986, párrafo 195: In the case of individual self-defence, the exercise of this right is subject to the State concerned having been the victim of an armed attack. Reliance on collective self-defence of course does not remove the need for this. There appears now to be general agreement on the nature of the acts which can be treated as constituting armed attacks. In particular, it may be considered to be agreed that an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed forces across an international border, but also “the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to” (inter alia) an actual armed attack conducted by regular forces, “or its substantial involvement therein”. This description, contained in Article 3, paragraph (g), of the Definition of Aggression annexed to General Assembly resolution 3314 (XXIX), may be taken to reflect customary international law. The Court sees no reason to deny that, in customary law,

la legitimidad inicial de la invasión de Afganistán por los EEUU. Al fin y al cabo, y aparte de los indicios graves de complicidad en los atentados del 11-S, se habían dado muchas oportunidades al gobierno de hecho de los talibanes para cooperar, habida cuenta de las contundentes pruebas de la implicación de bin Laden y Al-Qaeda en los ataques sufridos por los intereses y ciudadanos de EEUU desde al menos 1998⁹³⁸.

Las dudas giran en torno a la posibilidad de que actos terroristas no esponsorizados por Estados, es decir llevados a cabo por organizaciones delictivas no estatales, sean susceptibles de poner en marcha el mecanismo de la legítima defensa del artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas⁹³⁹, dado que dicho artículo habla de un ataque armado y no dice que tenga que ser un Estado el que lo perpetre⁹⁴⁰. El problema de fondo no declarado es el de los

the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces. But the Court does not believe that the concept of "armed attack" includes not only acts by armed bands where such acts occur on a significant scale but also assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support. Such assistance may be regarded as a threat or use of force, or amount to intervention in the internal or external affairs of other States. It is also clear that it is the State which is the victim of an armed attack which must form and declare the view that it has been so attacked. There is no rule in customary international law permitting another State to exercise the right of collective self-defence on the basis of its own assessment of the situation. Where collective self-defence is invoked, it is to be expected that the State for whose benefit this right is used will have declared itself to be the victim of an armed attack". Cuestión distinta es la legítima defensa colectiva, párrafo 199: "At all events, the Court finds that in customary international law, whether of a general kind or that particular to the inter-American legal system, there is no rule permitting the exercise of collective self-defence in the absence of a request by the State which regards itself as the victim of an armed attack. The Court concludes that the requirement of a request by the State which is the victim of the alleged attack is additional to the requirement that such a State should have declared itself to have been attacked."

⁹³⁸ BERMEJO GARCIA, Romualdo (2001) "El Derecho Internacional frente al terrorismo: ¿Nuevas perspectivas tras los atentados del 11 de septiembre", *Anuario de Derecho Internacional*, 2001, pp. 5-24, ROWE, Peter (2002), "Responses to Terror: The New 'War'", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 3. NYAMUYA MAOGOTO, Jackson (2003), "War on the Enemy: Self-defence and State-sponsored Terrorism", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4

⁹³⁹ "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"

⁹⁴⁰ 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? ... op.cit., p. 66,

“foreign fighters” musulmanes, esa especie de brigadas internacionales islámicas, que parecen moverse libremente por todo el oriente próximo y medio desde, al menos, los años ochenta⁹⁴¹. Aceptando esta perspectiva, resulta claro que la respuesta al terrorismo podría enfocarse, según las circunstancias, desde un punto de vista policial-judicial, o bien del Derecho de los Conflictos Armados⁹⁴². De hecho las resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad, ámbas de 2001, se acepta la posibilidad de una legítima defensa –uso de la fuerza militar- frente a los ataques de septiembre de ese año⁹⁴³. Esto representa un cambio sustancial en la práctica del Consejo de Seguridad, que en los años 80 había eludido pronunciarse sobre la actividad terrorista transnacional, y por el contrario había condenado en términos inequívocos algunas reacciones como el bombardeo israelí de la OLP en Túnez (1985), o las incursiones de las fuerzas armadas sudafricanas en Estados limítrofes, también en los años 80. El ataque de EEUU contra Libia en 1986 no fue, obviamente, condenado por el Consejo de Seguridad, pero sí por la Asamblea General⁹⁴⁴.

Ahora bien, que “legítima defensa” implique necesariamente conflicto armado, y aún más, conflicto armado internacional, no ya contra Estados, sino incluso contra entidades no estatales, ya es una cuestión más polémica. No se trata de negar el derecho a la legítima defensa, materializado en ataques –la

BOTHE, Michael (2003), “Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force”, *EJIL*, Vol. 14, N° 2, pp. 227-240, SOFAER, Abraham (2003), “On the Necessity of Pre-emption”. *EJIL*, Vol.14, N° 2, pp. 209-226.

⁹⁴¹ LI, Darryl (2010), “A Universal Enemy?: “Foreign Fighters” and Legal Regimes of Exclusion and Exemption under the “Global War on Terror”. *Columbia Human Rights Law Review* n° 41, pp. 355-427.

⁹⁴² BANKS, Michael D. (2009), “Addressing State (Ir-)Responsibility: The Use of Military Force as Self-Defense in International Counter-Terrorism Operations”. *Military Law Review*, Vol. 200, pp. 54 –107.

⁹⁴³ Así la Resolución 1368 expresa: “The Security Council, Reaffirming the principles and purposes of the Charter of the United Nations, Determined to combat by all means threats to international peace and security caused by terrorist acts, Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter, 1. Unequivocally condemns ... etc.” y la Resolución 1373, por su parte: “The Security Council, Reaffirming its resolutions 1269 (1999) of 19 October 1999 and 1368 (2001) of 12 September 2001, (...) Reaffirming further that such acts, like any act of international terrorism, constitute a threat to international peace and security, Reaffirming the inherent right of individual or collective self-defence as recognized by the Charter of the United Nations as reiterated in resolution 1368 (2001), ... etc.”

⁹⁴⁴ TAMS, Christian J. (2009), “The Use of Force against Terrorists ... op.cit., p. 367.

expresión inglesa *strike* es más ilustrativa- puntuales. Lo cierto es que, al tratarse de compartimentos separados –el DIH existe al margen del sistema de seguridad colectiva de la Carta de Naciones Unidas, aunque éste lo tenga en cuenta- no resulta fácil saber en qué estaban pensando los redactores de la Carta al hablar de legítima defensa, aunque lo más probable es que estuvieran pensando exclusivamente en la posibilidad de una agresión –“ataque armado”- de un Estado contra otro⁹⁴⁵. La posterior inclusión de las guerras de liberación nacional frente al colonialismo o la ocupación extranjera en el Protocolo I a los convenios de Ginebra tampoco nos dice nada; resulta arbitrario identificar tales guerras con el terrorismo⁹⁴⁶.

Para completar las distintas perspectivas que pueden ayudar a definir las vías de lucha contra el terrorismo, no podemos olvidar las medidas para cortar la financiación de tal actividad⁹⁴⁷, la más conspícua de las cuales es la famosa resolución 1373 del Consejo de Seguridad⁹⁴⁸, ni la posible inclusión de

⁹⁴⁵ Sobre esto vale la pena ver los análisis de RUYS, Tom (2008), “Quo vadit jus ad bellum?: A Legal Analysis of Turkey’s Military Operations Against the PKK in Northern Iraq”. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9 así como BARBOUR, Stephanie A. & SALZMAN, Zoe A. (2008), “The Tangled Web”: The Right of Selfdefense Against Non-state Actors in the Armed Activities Case”. *International Law and Politics*, vol. 40, pp. 53-106.

⁹⁴⁶ Aunque hay que reconocer que, en según que momentos, determinados tipos de lucha no necesariamente anticolonialista pero cercana, como por ejemplo la del pueblo palestino, ha estado capitalizada por actores cómo mínimo dudosos, tal como la OLP, creada en 1964, y sobre todo por algunos de los grupos que la componen como el FPLP del que deriva Septiembre Negro. Su vinculación con personajes cómo Ilich Ramírez Sanchez (a) “Carlos”, con sus secuestros de aviones, o secuestros y asesinatos como el de las olimpiadas de Munich en 1972, han dado sobrados argumentos para la asociación de ideas. De esto, entre otras cosas se ocupa brevemente SCHÖRLEMER, Sabine von (2003), “Human Rights: Substantive and Institutional Implications of the War against Terrorism”, *EJIL*, Vol.14, N° 2, pp. 265-282, p. 271-272, GASSER Hans-Peter, (2002), “Acts of terror, “terrorism” and international humanitarian law”, *IRRC*, Vol. 84, N° 847, pp. 547-570.

⁹⁴⁷ Entre otros muchos trabajos, O’LEARY, Robert E. (2010), “Improving the Terrorist Finance Sanctions Process”, *International Law and Politics*, vol. 42, pp. 549-590, ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, José (2009), “Nuevos avances y retos en la lucha contra el terrorismo”, *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 17, p. 10 y ss., HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. (2008), *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008, BIANCHI, Andrea (2006), “Assessing the Effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion”, *EJIL*, Vol. 17 No. 5, pp. 881–919, SOREL, Jean-Marc (2003), “Some Questions About the Definition of Terrorism and The Fight Against Its Financing”, *EJIL*, Vol. 14, N° 2, pp. 365-378.

⁹⁴⁸ En esta materia, la parte sustancial de la Resolución, aparte de crear el “Comité 1373” (punto 6) establece que el Consejo “1. Decides that all States shall: (a) Prevent and suppress the financing of terrorist acts; (b) Criminalize the wilful provision or collection, by any means, directly or indirectly, of funds by their nationals or in their territories with the intention that the

algunas manifestaciones del mismo en el concepto de crímenes de lesa humanidad del artículo 7 del Estatuto de Roma⁹⁴⁹.

funds should be used, or in the knowledge that they are to be used, in order to carry out terrorist acts; (c) Freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly or indirectly by such persons and associated persons and entities; (d) Prohibit their nationals or any persons and entities within their territories from making any funds, financial assets or economic resources or financial or other related services available, directly or indirectly, for the benefit of persons who commit or attempt to commit or facilitate or participate in the commission of terrorist acts, of entities owned or controlled, directly or indirectly, by such persons and of persons and entities acting on behalf of or at the direction of such persons;” Una derivación interesante, en la que no vamos a profundizar es la de las matizaciones llevadas a cabo por el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, respecto a la implantación de las resoluciones del Consejo de Seguridad, en definitiva de la relación entre las obligaciones derivadas de la Carta de NU y el Derecho comunitario. SANTOS VARA, Juan (2008), “El control judicial de la ejecución de las sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea”. Revista electrónica de estudios internacionales Nº 15. AUST, Helmut Philipp (2008), “Between Self-assertion and Deference: European Courts and Their Assessment of UN Security Council Resolutions”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 8, pp. 51-77. Las resoluciones son las Sentencias de 21 de septiembre de 2005, Ahmed Ali Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión (T-306/01, Rec. p. II-3533) y Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión (T- 315/01 Rec. p. II-3649); de 12 de julio de 2006, Chafiq Ayadi c. Consejo (T-253/02, Rec. p. II-2139); de 12 de julio de 2006, Faraj Hassan c. Consejo y Comisión (T-49/04, Rec. p. II-52; de 18 de noviembre de 2005, Selmani c. Consejo y Comisión, (T-299/04, Rec. 2005, p. II-20); de 12 de diciembre de 2006, Organización Mujahedin del Pueblo de Irán (OMPI) c. Consejo (T-228/02, Rec. p. II-4665); de 11 de julio de 2007, Stichsting Al-Aqsa c. Consejo (T-327/03, Rec. p. II-0000) y José María Sisón c. Consejo, T-47/03; y de 3 de abril de 2008, Kongra-Gel c. Consejo, T/253/04 y Osman Ocalan c. Consejo, T- 229/02.

⁹⁴⁹ 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. En suma, su conclusión 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

Y como un elemento más de valoración del problema, hay que destacar que en 2001 no estaban implantados –aunque sí firmados- algunos tratados (financiación del terrorismo, bombas, crimen organizado, entre otros), y que era difícil calibrar hasta que punto cabía confiar en los medios policiales.

En todo caso, y aún asimilando el reconocimiento del derecho a la legítima defensa con el *casus belli*, parece que la de carácter bélico puede aceptarse como respuesta inmediata y transitoria, pero no prolongarse indefinidamente⁹⁵⁰. Distinguiendo ISAF de *Enduring Freedom*, y aunque la administración Obama haya cambiado la denominación de la GWOT, lo cierto es que el problema de cerrar Guantanamo sigue vivo⁹⁵¹. De todas formas hay que hacer referencia separada al caso específico y ya parcialmente examinado de la GWOT, y de las recetas aplicadas por EEUU ante eventuales detenciones. Ya veremos cómo la teoría y práctica norteamericanas se apoyaron, en un primer momento, en el modelo bélico, es decir, regido por el DIH, aunque matizado por los hechos de que a ningún combatiente enemigo se le reconoce expresamente el estatuto de prisionero de guerra, y de que tal enfoque es compatible con un reforzamiento de los poderes policiales

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 sí 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. Por otro lado está el tema del bien jurídico protegido, dado que esto residenciaría preferentemente el tema en el ámbito doméstico o el internacional. Algunos autores lo identifican cómo la dignidad humana, AIRE DE SOUSA, Susana (2009), “The Legal Interest Protected in the Crimes Against Humanity”. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 451-467.

⁹⁵⁰ De hecho esto aparece implícito en el propio artículo 51 de la Carta, que si bien establece que sus disposiciones no menoscabarán el derecho a la legítima defensa, esto es hasta que “el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”.

⁹⁵¹ Como señalaba en 2010 Harold Koh Asesor jurídico del Departamento de Estado en su conferencia The Obama Administration and International Law, presentada ante la American Society of International Law “As you all know, also on his second full day in office, the President ordered Guantanamo closed, and his commitment to doing so has not wavered, even as closing Guantanamo has proven to be an arduous and painstaking process”.

<http://www.state.gov/s//releases/remarks/139119.htm>.

convencionales⁹⁵², aunque en un contexto de excepción determinado por una legislación – autorización para el uso de la fuerza militar, PATRIOT Act, etc.- que enmarca tales reacciones en el contexto bélico global⁹⁵³.

4.1.C. El Derecho penal del enemigo

Más interés desde una perspectiva jurídica presenta la idea del “derecho penal del enemigo” (*Feindstrafrecht*). La doctrina ha sido desarrollada básicamente en Alemania en el seno de la Escuela Funcionalista, siendo su formulador Günther Jakobs⁹⁵⁴. En suma consiste en encontrar una justificación para el recorte de derechos y garantías sobre la base de la existencia de una nueva amenaza determinada por un nuevo tipo de delitos, y de un “derecho a la seguridad” al que son acreedores las sociedades, los ciudadanos. De hecho, el concepto se opone al “derecho penal del ciudadano” (*Bürgerstrafrecht*). El enemigo no es un ciudadano, es alguien que elige deliberadamente vivir al margen de todas las reglas. Llevando la cuestión al límite, en algunos análisis se llega a hablar de “no-persona”. Alguien a quien, por lo tanto, no hay por qué reconocerle derechos equiparables a los de un ciudadano.

Recorriendo el camino contrario a la militarización de la lucha contra determinados crímenes, el derecho penal del enemigo no parece que pretenda sacar esa lucha del marco policial-judicial, aunque sus desarrollos han coincidido en el tiempo con los efectos que sobre el Derecho en general, y en

⁹⁵² MURPHY, Sean, (2003), “International Law, the United States, and the Non-Military ‘War’ against Terrorism”. EJIL, Vol, 14, Nº 2, pp. 347-364. Este autor destaca (p. 356) como en noviembre de 2001, varios Estados, entre ellos España habían detenido a al menos 360 sospechosos de estar vinculados con los atentados. En EEUU se suprimieron bastantes restricciones para compartir información entre agencias de inteligencia y policiales, y se aplicó la ley vigente para detener a mas de 1000 personas cómo implicados o testigos materiales, además de utilizar las leyes de inmigración.

⁹⁵³ ABRIL, Ruth (2005), “De Guantánamo, a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los “detenidos en la lucha contra el terrorismo”, Revista electrónica de estudios internacionales Nº 9, lo califica de “ambiente” marcadamente bélico.

⁹⁵⁴ La formulación parece que tuvo lugar en 1985, durante un congreso en Frankfurt dedicado a la criminalización en un estadio previo a la lesión del bien jurídico, aunque posteriormente fue perfeccionada. JAKOBS, G (2003), *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. Madrid, Cívitas, VÍQUEZ, Carolina (2007), “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”. *Polít. Crim.* nº 3, 2007, A2, p. 1-18. <http://www.politicacriminal.cl>

particular sobre el Derecho penal, han producido los atentados del 11-S. Se trata más bien de re-pensar el marco jurídico judicial-penal. Básicamente se va a centrar en lo que hemos percibido como el talón de Aquiles del enfoque no bélico, o policial-judicial, ante determinadas amenazas: la escasez de mecanismos para hacer frente al terrorismo, por ejemplo, en estadios previos a que se produzca un delito, un resultado o una lesión tangible⁹⁵⁵.

Con el concepto de “derecho penal del enemigo” se hace referencia a un nuevo contexto en el que la criminalidad organizada constituye una amenaza para la propia existencia del Estado. En ésta línea de pensamiento, los Estados emprenden una serie de modificaciones en sus tradicionales regímenes penal y procesal-penal, que incluyen medidas como la reducción de garantías procedimentales, desproporción de las penas⁹⁵⁶, penalización de actos preparatorios⁹⁵⁷, de la mera pertenencia a determinadas redes u organizaciones, el adiestramiento, etc. También la expansión de las medidas de vigilancia preventiva, con la consiguiente reducción de la privacidad de las personas y de sus garantías, la implicación de actores privados en estas actividades⁹⁵⁸, la creación de grupos de trabajo interdisciplinares e internacionales como parte de una nueva arquitectura de seguridad, y la

⁹⁵⁵ Y ahí es donde se han centrado las más acerbas críticas. RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. (2009), “Racionalización de la intervención penal vs. punitivismo. De Livorno a Guantánamo”. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 693-711, pp. 700-706. También GRACIA, M., L. (2005), *Bases para una crítica del “Derecho penal del enemigo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, CANCIO MELIÁ, Manuel, (2003). “¿Derecho penal del enemigo?” En *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, p. 61 y ss. o TONDINI, Matteo (2007), “Beyond the Law of the Enemy. Recovering from the Failures of the Global War on Terrorism through Law”. *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, III, 1

⁹⁵⁶ Debe tenerse en cuenta que esta característica es común a ciertos tipos penales ya completamente asumidos, como por ejemplo los que castigan la mera negación del Holocausto.

⁹⁵⁷ También han estado incluidos desde siempre, en muchos códigos penales, delitos como la tenencia ilícita de armas o explosivos o, en su momento, de útiles para el robo.

⁹⁵⁸ Por ejemplo, los bancos, empresas financieras o abogados, en relación con actividades como el blanqueo de dinero, etc. En otro sentido CHESTERMAN, Simon (2008), “We Can’t Spy ... If We Can’t Buy! : The Privatization of Intelligence and the Limits of Outsourcing ‘Inherently Governmental Functions’”. *EJIL*, Vol. 19, Nº 5, pp. 1055 – 1074.

introducción de medidas conducentes a limitar la libertad de personas presumiblemente peligrosas⁹⁵⁹.

Aún con estas modificaciones, cabe sostener que podemos mantenernos en el ámbito policial-judicial, acudiendo en todo caso a las posibles limitaciones del DIDH permitidas por el propio sistema, o a exploraciones de los distintos Estados, dentro de su Derecho interno, para tantear hasta donde se puede llegar en materias como la detención administrativa, las prácticas cercanas a la tortura⁹⁶⁰, la cooperación entre agencias de inteligencia, policiales, y las estructuras militares, en la persecución de este tipo de delitos⁹⁶¹.

Todo este constructo, en efecto, llega al extremo de desdibujar los límites entre el derecho penal y el derecho de la guerra, en afortunada

⁹⁵⁹ SIEBER, Ulrich (2009), "Blurring the Categories of Criminal Law and the Law of War – Efforts and Effects in the Pursuit of Internal and External Security –". pp. 35-79. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, p. 40-54.

⁹⁶⁰ Es significativa la siguiente cita (JAKOBS, Günther (2006), "¿Terroristas como personas en Derecho?", Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez [coord.], *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*, Vol. 2. Madrid: EDISOFER S.L. pp. 77-92): "Manteniéndose lejos de tales extremos, de lo que se trata es de lo alcanzable, de lo óptimo en la práctica, lo que significa que el Derecho penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario, y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores. Pero ¿qué es necesario? En primer lugar, hay que privar al terrorista precisamente de aquel derecho del que abusa para sus planes, es decir, en particular, el derecho a la libertad de conducta. En esta medida, la situación no es distinta de la de la custodia de seguridad, aunque en el ámbito de esta institución por regla general esta privación suele ser suficiente -cuando el autor de una serie de actos delictivos es custodiado de modo seguro, la serie se interrumpe-, mientras que, por un lado, seguramente es poco frecuente el autor terrorista aislado, y, por otro, la asociación terrorista (u otra organización criminal) precisamente no queda desbaratada cuando se neutraliza un miembro aislado. Por lo tanto, en el caso de la custodia de seguridad, es fácil limitarse a la privación de libertad, pues no hace falta nada más para alcanzar el fin perseguido. Pero en el caso del terrorista (u otro sujeto criminalmente organizado), esta limitación no es evidente, como puede mostrarse con el ejemplo que probablemente es el caso más delicado, el interrogatorio más allá de los límites establecidos en el § 136a StPO. El hecho de que este caso afecta a una problemática del derecho de policía no es óbice: es imposible excluir lo policial del Derecho penal del enemigo."

⁹⁶¹ RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. (2009), *Racionalización de la intervención penal vs. punitivismo*. ... op.cit., habla de "eficientismo punitivo" como sinónimo del Derecho penal del enemigo, y lo compara con otras aproximaciones, como el punitivismo o represivismo y el Derecho penal de la peligrosidad (en el sentido de nuestra añeja y ya derogada Ley de Vagos y Maleantes –según su original nombre debido a Jiménez de Asúa- o de Peligrosidad y Rehabilitación Social).

expresión de un autor⁹⁶², en particular cuando llegamos al tema del terrorismo. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que de la misma manera que el terrorismo, o un ataque terrorista, ha sido admitido por algunos como *casus belli*, sobre la base de dar lugar a la aplicación de la legítima defensa del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, no cabe descartar en el futuro que otras formas de delincuencia sean consideradas también asumibles dentro del marco del DIH. Nos referimos a cuestiones como el narcotráfico a gran escala o a la piratería, que en su momento ya lo estuvo.

¿Cuáles son las consecuencias de tal adscripción? Fundamentalmente, que todo el régimen en materia de detención y de uso de la fuerza susceptible de causar muerte del DIH entraría en aplicación. Ya hemos examinado la cuestión de la detención en el DIH y subrayado que en buena medida su enfoque es preventivo, de seguridad, y no punitivo. Normalmente, en el marco del DIDH las privaciones de libertad de carácter preventivo por razones de seguridad abstractas, suelen ir vinculadas a la existencia de epidemias o enfermedades mentales. Precisamente ésta ampliación preventiva del Derecho penal es lo que convierte en polémica toda la construcción⁹⁶³.

El lado polémico del Derecho penal de enemigo estriba, primero, en el establecimiento de categorías, volviendo en cierto modo al Derecho penal de autor, y eludiendo así un principio básico del Derecho penal moderno, que es el de la individualización de la responsabilidad⁹⁶⁴. Esta, la de la individualización, es quizá la pieza que no encaja con un fenómeno como el mega-terrorismo⁹⁶⁵. Así, esta idea puede servir para estructurar o dar armazón ideológico a

⁹⁶² SIEBER, Ulrich (2009), "Blurring the Categories of Criminal Law ... op.cit.

⁹⁶³ RIVERA LOAIZA, Julián (2010), "El derecho penal de enemigo y el corpus internacional de los derechos humanos. Análisis comparativo". *Pap. Polít.* Bogotá (Colombia), Vol. 15, Nº. 2, pp. 487-511, p. 496-500.

⁹⁶⁴ SPRICIGO, Biancamaria (2009), "Democracies Dealing with Suspected Terrorists". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 675-691, p. 684-687. Ésta autora habla de "law of fight", que no llegaría a las categorías del derecho penal del enemigo.

⁹⁶⁵ RODRIGO PAZ-MAHECHA, Gonzalo (2010), "¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?" *Pap. Polít.*, Vol. 15, Nº. 1, pp. 309-323, p. 318. También se detecta una influencia de la antropología filosófica y del clásico pesimismo alemán, DURÁN PUENTES, Julián Andrés (2010), "Acerca del derecho penal de enemigo como expresión jurídica de una civilidad denegada. Gunther Jakobs y el asalto al derecho penal". *Pap. Polít.*, Vol. 15, Nº. 2, pp. 513-535, 523-527

diversas respuestas a la delincuencia a gran escala, que entre otras irían desde la criminalización de las meras opiniones –apología de determinados delitos- o de actos previos al resultado, en su estado menor de desarrollo, hasta la calificación de la lucha contra dichas manifestaciones delictivas como conflicto armado y la activación de la *lex specialis* relativa al mismo, con la consiguiente desactivación, total o parcial, del régimen del DIDH, pero también de las protecciones propias del DIH, como se ha podido comprobar con el enfoque que del “*unlawful enemy combatant*” han realizado algunas administraciones de EEUU, sobre todo.

4.2. El enfoque policial de la lucha contra el terrorismo

4.2.A. Cooperación policial internacional: mecanismos e instrumentos

a. El terrorismo visto como delito y la respuesta procesal-penal

El terrorismo es básicamente un delito que, aunque adquiera significación transnacional o se manifieste en actos de gran envergadura, requiere en principio una respuesta policial-judicial⁹⁶⁶, salvo que el contexto en el que se manifieste alcance el umbral del conflicto armado⁹⁶⁷.

Casi todos los Estados tienen prevista la posibilidad de detenciones gubernativas, sin cargos concretos por motivos de peligrosidad en casos de estados excepcionales declarados según sus cauces legales internos, pero en general, en nuestro entorno, se han conformado con establecer una regulación especial en materia de detención sin salir, en apariencia, del marco de la paz, y con el requisito, en el orden internacional, de acudir al mecanismo de derogación temporal de las obligaciones derivadas del PIDCP o el TEDH. Tales legislaciones tienden a extender el plazo de la detención y a limitar, sin llegar a

⁹⁶⁶ “Terrorists are criminals, and therefore ordinary criminal justice and security provisions should, so far as possible, continue to be the preferred way of countering terrorism. Privy Counselor Review Committee, Anti-Terrorism, Crime and Security Act of 2001 Review: Report, 8 quoted in Donohue, “Britain’s Counterterrorism Policy,” 39. BLUM, Stephanie Cooper (2008), “Preventive Detention in the War on Terror: ... op.cit., p. 13.

⁹⁶⁷ Con todo es un sugestivo tema de debate. KLABBERS, Jan (2003), “Rebel with a Cause?. Terrorists and Humanitarian Law.” *EJIL*, Vol. 14, N° 2, pp. 299-312.

eliminarlos, los derechos recogidos en los convenios aplicables en materia de derechos humanos⁹⁶⁸.

En España, el terrorismo no comenzó a percibirse como seria amenaza, e incluso a denominarse con tal nombre, hasta los años setenta del siglo XX⁹⁶⁹, básicamente en relación con ETA, aunque también con otros grupos menores cómo el FRAP o el GRAPO. Hasta el cambio político de finales de los años setenta, la legislación se modificó para atribuir más competencias a la jurisdicción militar⁹⁷⁰, tendencia luego invertida. Actualmente la legislación antiterrorista es incluíble en el marco de la normalidad legal e institucional propia de las situaciones de paz⁹⁷¹. A raíz de los atentados de marzo de 2004

⁹⁶⁸ No se trata de simplificar. El terrorismo contemporáneo es muy complejo y el enfrentarlo con medios policiales-judiciales implica aceptar una legislación restrictiva de derechos. SANTOS ALONSO, Jesús (2005), "El fenómeno terrorista: particularidades de la instrucción judicial en relación con los diversos grupos criminales". *Estudios Jurídicos 2004*. Centro de Estudios Jurídicos, pp.1284-1326. En cuanto a las implicaciones en materia de derechos humanos en la lucha contra el terrorismo, WARBRICK, Colin, (2004), "The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights". *EJIL*, Vol. 15 N° 5, pp. 989–1018.

⁹⁶⁹ Aunque se suele citar como primera ley antiterrorista la de 10 de julio de 1894, "sobre atentados contra las personas o daño en las cosas cometido por medio de aparatos o sustancias explosivas". Por aquel entonces los terroristas solían ser personajes solitarios de ideología anarquista.

⁹⁷⁰ La Ley 42/1971 de 15 de noviembre de 1971, que modificaba la "Ley de Orden Público" de 1959, iba en ese sentido. Posteriormente, el Decreto-Ley 10/1975 de 26 de agosto, sobre medidas de seguridad ciudadana establecía más medidas de control, incluso de las publicaciones. El "Decreto-Ley sobre seguridad ciudadana" de junio 1978, anterior a la Constitución (conocido como "ley antiterrorista") fue convalidado en febrero de 1979 por la Diputación Permanente del Congreso con la oposición de socialistas, comunistas, minoría catalana y PNV que pidieron su derogación, por considerarlo anticonstitucional. El 20 de diciembre de 1979, el Pleno del Congreso convalidó, por un solo voto de diferencia, el anterior Decreto-ley que proroga la Ley Antiterrorista. Pero ninguna de éstas medidas convertía la cuestión en una guerra.

⁹⁷¹ La actual legislación procedimental no ha cambiado desde 1988, con las modificaciones que la Ley Orgánica 4/1988 –que se publicó junto con la 3/88, de reforma del Código Penal, también centrada en los delitos de terrorismo- introdujo en el articulado de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y que se referían tanto a la detención cómo a las intervenciones telefónicas. En relación con la primera el artículo 520 bis de dicho texto legal establece que " 1. Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes, Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada. 2. Detenida una persona por los motivos expresados en el número anterior, podrá solicitarse del Juez que decreta su incomunicación. El cual deberá pronunciarse

en Madrid, la reacción fue más bien política, dirigida a cohesionar la respuesta colectiva dentro del marco de la Unión Europea⁹⁷² y a mejorar las medidas policiales, sin cambios legislativos aparatosos⁹⁷³.

Más polémicas son algunas medidas adoptadas en otros Estados. En el Reino Unido, el impacto del 11-S –en el atentado murieron sesenta y siete súbditos británicos- y posteriormente el de los atentados de Londres el 7 de julio de 2005 –cincuenta y dos muertos- determinaron cambios en una legislación que ya tenía en cuenta el fenómeno terrorista desde décadas atrás. La detención preventiva de terroristas (*pre-charge detention*) está enmarcada en el marco de la justicia penal y va dirigida a aumentar el tiempo disponible para investigar un crimen potencial, antes de presentar cargos contra el detenido⁹⁷⁴. Dejando aparte las medidas excepcionales adoptadas durante la primera y segunda guerras mundiales⁹⁷⁵, la legislación británica sobre terrorismo ha estado normalmente vinculada a la situación en Irlanda del Norte⁹⁷⁶, hasta las modificaciones sustanciales realizadas a raíz de los

sobre la misma. en resolución motivada. en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación. el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste y de lo establecido en los artículos 520 y 527, hasta que el Juez hubiere dictado la resolución pertinente. 3. Durante la detención, el Juez podrá en todo momento requerir información y conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.”

⁹⁷² AIXALÀ, Albert (2007) “La estrategia de la UE ante el terrorismo internacional y la defensa de los derechos y libertades”. *Política exterior y parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*. Oficina del Parlamento Europeo en Barcelona, pp. 51-65.

⁹⁷³ La Ley Orgánica 5/2010, ha realizado una profunda modificación de los delitos de terrorismo, pero esto se refiere al aspecto penal del tema.

⁹⁷⁴ De aquí que la diferencia entre la “preventive detention” y la “pre-charge detention” no es una mera cuestión de nomenclatura; una detención preventiva no tiene como objetivo el reunir pruebas para una acusación. Por ello buena parte de las polémicas que vamos a ver se han producido en el Reino Unido están relacionadas con la sospecha de que con las sucesivas ampliaciones del plazo de la pre-charge detention, se está encubriendo una detención preventiva, no admitida por el CEDH, mas que por vía de derogación.

⁹⁷⁵ Regulations 14B, y 18B, que permitían la detención sin cargos, aunque fueron abolidas tras el fin de las hostilidades. BLUM, Stephanie Cooper (2008), “Preventive Detention in the War on Terror: ... op.cit., p. 14.

⁹⁷⁶ Entre la legislación anterior al 11-S, hay que destacar la Prevention of Violence Act (PVA) de 1939, que permitía al ministro del interior la detención de personas sin orden de arresto por un tiempo máximo de siete días. La ley, derogada de hecho en 1952, fue reintroducida en 1974 como Prevention of Terrorism Act (PTA), ante el recrudecimiento de la situación en el Ulster, con la posibilidad de detención incomunicada durante siete días. Fue modificada en 1976, 1984 y 1989. De 1974 a 1996 unas 27,000 personas fueron detenidas sobre esa base legal. En 1973 también se introdujo la Northern Ireland (Emergency provisions) Act, que permitía la detención

atentados de 2001⁹⁷⁷. En este tema debe señalarse que ante el sistema de legislación británico, con sus sucesivas “acts” que modifican parcialmente la ya de por sí dispersa legislación en materia policial y terrorista, resulta más práctico acudir a los análisis doctrinales⁹⁷⁸. Las normas de referencia incluyen la *Anti-Terrorism Crime and Security Act* (ATCSA) de 2001, que permitía la detención sin cargos hasta un máximo de siete días para los súbditos británicos y la detención por largos períodos de tiempo –hasta quince meses, salvo revalidación por el parlamento- para extranjeros si era con objeto de deportarlos⁹⁷⁹. En el supuesto de riesgo de torturas en caso de deportación, la ATCSA permitía la detención indefinida, salvo consentimiento del detenido y de un tercer Estado para la deportación a éste último. Tras los atentados de Londres en 2005, se intentó por el gobierno aumentar el período de detención hasta noventa días, sobre la base de una modificación de la *Terrorist Act* (TA) de 2000, modificada en 2003, pero el proyecto fue rechazado por la Cámara de los Comunes, en lo que se consideró la primera derrota parlamentaria del

por 72 horas sobre la base de la mera sospecha subjetiva (no “razonable”). Todas estas normas eran de carácter temporal. Fue en 2000 con la *Terrorism Act*, cuando se estableció una norma permanente, ya pensando en el terrorismo internacional. En su modificación de 2003, se aumentó el período de detención sin cargos de siete a catorce días. *Ibid*, p. 14-15.

⁹⁷⁷ Debe hacerse también referencia a la derogación de que fue objeto el artículo 5 del CEDH por el Reino Unido, a raíz de la sentencia en el caso *Brogan*, ya mencionado, para mantener las previsiones de la PTA, en 1988, que quedaron sin efecto al expirar la propia ley, de carácter temporal como las anteriores. “Pre-Charge Detention for Terrorist Suspects: United Kingdom”. http://www.loc.gov/law/help/uk-pre-charge-detention.php#skip_menu. Como este mismo artículo señala, “The resulting internment of almost 2,000 predominantly Catholic men was stated to lead to greater civil disturbances and a “diminished respect for the rule of law in Northern Ireland.” It was widely reported that the use of internment was “among the best recruiting tools the IRA (...) ever had.”

⁹⁷⁸ No obstante, resulta fácil encontrar las leyes que se mencionan en el texto en <http://www.legislation.gov.uk>.

⁹⁷⁹ Es el caso de los detenidos en la prisión de Belmarsh. A pesar de lo extremo de la medida hay que destacar que el Reino Unido empezó por notificar la derogación de los artículos correspondientes del TEDH, cómo ha hecho siempre que ha acudido a medidas excepcionales. Además, lo cierto es que la situación de los detenidos llegó en un plazo muy breve a la Cámara de los Lores. DUFFY, Helen (2008), “Human Rights Litigation and the ‘War on Terror’”. *IRRC*, Vol. 90, Nº 871, pp. 573-597, p. 579 y ss. También CHIRINOS, Alexandra (2005), “Finding the Balance Between Liberty and Security: the Lords’ Decision on Britain’s Anti-terrorism Act”. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 18, pp. 265-276. El gobierno hubo de rechazar las previsiones referidas a la detención indefinida tras un pronunciamiento del comité judicial de la Cámara de los Lores que las estimaba discriminatorias. Sobre la ATCSA, tb. WARBRICK, Colin, (2004), “The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights”. *EJIL*, Vol. 15 Nº 5, pp. 989–1018, pp. 1007-1015.

primer ministro Tony Blair. Sin embargo, la nueva TA de 2006 introdujo, como compromiso, la detención hasta un máximo de veintiocho días, lo que dio lugar a bastantes reacciones dentro del propio Reino Unido. La diferencia con la situación de los detenidos en Guantánamo es clara: este período estaba jalonado por diversas garantías, tales como que en un máximo de cuarenta y ocho horas la policía o el fiscal (*Crown Prosecutor*) debía solicitar de la autoridad judicial una extensión de la orden de detención por períodos de siete días hasta el máximo de catorce. De catorce a veintiocho debía ser autorizado ya por una *High Court*. En cada petición de extensión de la medida, el detenido podía estar representado por un letrado habilitado para acceder a documentación clasificada. Por otro lado, tales prórrogas debían ser necesarias para obtener pruebas relevantes mediante el interrogatorio del detenido, para salvaguardar pruebas, o para decidir si procedía la deportación del detenido⁹⁸⁰.

En 2008, el gobierno británico, entonces presidido por Gordon Brown, intentó de nuevo aumentar el período de detención, previa a presentar acusación, hasta un máximo de cuarenta y dos días, mediante una nueva norma temporal, la *Counter-Terrorism Bill*. Inicialmente rechazada por la Cámara de los Lores, finalmente pasó como plan de contingencia⁹⁸¹.

Independientemente de las reacciones de algunos sectores de la sociedad británica, que comparan el período de veintiocho días con los plazos del resto de Europa o los EEUU, mucho más cortos⁹⁸², lo cierto es que el sistema británico no establece ninguna ruptura con el marco judicial-policial; no se priva al detenido de defensa letrada ni de revisión judicial de la medida⁹⁸³, y cabe más bien enmarcarlo en el concepto del “derecho penal del enemigo”, al que ya nos hemos referido⁹⁸⁴.

⁹⁸⁰ Pre-Charge Detention for Terrorist Suspects: United Kingdom.

http://www.loc.gov/law/help/uk-pre-charge-detention.php#skip_menu.

⁹⁸¹ Pre-Charge Detention for Terrorist Suspects: United Kingdom.

http://www.loc.gov/law/help/uk-pre-charge-detention.php#skip_menu.

⁹⁸² FARTHING, Sophie and SANKEY, Isabella, eds. (2010), “Terrorism Pre-charge Detention Comparative Law Study. The National Council for Civil Liberties <http://www.liberty-human-rights.org.uk/policy/reports/comparative-law-study-2010-pre-charge-detention.pdf>.

⁹⁸³ BLUM, Stephanie Cooper (2008), “Preventive Detention in the War on Terror: ... op. cit., p.18.

⁹⁸⁴ Muchas de las medidas adoptadas son frontalmente opuestas al concepto del derecho penal británico y sólo se entienden en un contexto de excepción. MCGOLDRICK, Dominic (2009),

El caso de Israel, como casi siempre, resulta del mayor interés, por tratarse de un Estado sometido a un continuo acoso por parte de diversas organizaciones, algunas de ellas de carácter terrorista.- Su legislación sin embargo, no se aparta demasiado, en su territorio nacional –con muchos más matices en los territorios ocupados⁹⁸⁵- del modelo policial-judicial, aunque con un peso mayor de las detenciones administrativas –preventivas- que en otros sistemas⁹⁸⁶, además de otras medidas administrativas chocantes, como la demolición de las casas de los terroristas⁹⁸⁷. En realidad el modelo se puede considerar mixto, pero con intervención judicial a todos los niveles; una guerra dentro de la ley⁹⁸⁸.

En 1948, al crearse como Estado, Israel adoptó las normas preexistentes de la administración británica en materia de detención, las *Defense (Emergency) Regulations* de 1945, que permitían la detención administrativa por razones de seguridad pública o del Estado. En 1979, tales normas fueron reformadas en sentido más garantista por la Ley de Poderes de Emergencia, que establecía la obligación de presentar al detenido ante la autoridad judicial en un plazo de 48 horas, con posibilidad de apelación. Aunque sólo se aplica en estado de emergencia, debe recordarse que Israel se encuentra en tal estado desde su creación en 1948⁹⁸⁹.

Seguramente las medidas que mas polémicas levantan son las detenciones prolongadas de presuntos terroristas, actualmente regidas por la Ley 5762-2002, para el encarcelamiento de combatientes ilegales. Aunque tal

“Security Detention—United Kingdom Practice”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, pp. 507-530.

⁹⁸⁵ La detención en los territorios ocupados se rige por una serie de ordenanzas militares que han ido aproximando el régimen de detenciones al previsto en la IV Convención de Ginebra. En dichos territorios, y a diferencia del territorio israelí, se ha hecho amplio uso de la detención administrativa. DAVIDSON, Tyler & GIBSON, Kathleen (prep.) (2009), “Experts Meeting on Security Detention Report”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, pp. 323-381, pp. 358-359.

⁹⁸⁶ GUIORA, Amos N. (2009), “Not “by all Means Necessary”: A Comparative Framework for Post-9/11 Approaches to Counterterrorism”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp. 273-287.

⁹⁸⁷ MERSEL, Yigal (2005-2006), “Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: The Israeli Model for the Role of the Judiciary During the Terror Era”. *International Law and Politics*, vol. 38, pp. 67-120, p. 78-79.

⁹⁸⁸ MERSEL, Yigal (2005-2006), “Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: The Israeli Model ... op.cit. p. 90-110.

⁹⁸⁹ BLUM, Stephanie Cooper (2008), “Preventive Detention in the War ... op. cit., p. 6-7.

medida está adoptada por la autoridad militar⁹⁹⁰, y debe enmarcarse en el ámbito del conflicto armado, se somete a revisión judicial en plazos razonables –el detenido debe ser conducido ante la autoridad judicial civil inicialmente en un plazo no superior a catorce días- aunque permite, mediante sucesivas ampliaciones, la detención indefinida⁹⁹¹. El detenido puede ser asistido por un letrado⁹⁹². Este sistema, aparentemente muy asumible, tiene sus puntos flacos,

⁹⁹⁰ Conforme a la versión en inglés de la citada ley, “Incarceration of unlawful combatants. 3. (a) Where the Chief of General Staff has reasonable cause to believe that a person being held by the State authorities is an unlawful combatant and that his release will harm State security, he may issue an order under his hand, directing that such person be incarcerated at a place to be determined (hereinafter referred to as “an incarceration order”); an incarceration order shall include the grounds for incarceration, without prejudicing State security requirements. (b) An incarceration order may be granted in the absence of the person held by the State authorities. (c) An incarceration order shall be brought to the attention of the prisoner at the earliest possible date and he shall be given the opportunity to put his submissions in respect of the order before an officer of at least the rank of lieutenant-colonel to be appointed by the Chief of General Staff; the submissions of the prisoner shall be recorded by the officer and shall be brought before the Chief of General Staff; where the Chief of General Staff finds, after reviewing the submissions of the prisoner, that the conditions prescribed in subsection (a) have not been fulfilled, he shall quash the incarceration order. Quashing an incarceration order. 4. Where the Chief of General Staff is of the opinion, at any time after the grant of the incarceration order, that the conditions prescribed in section 3(a) have not been fulfilled, or there are special grounds justifying the release of the prisoner, he shall order the quashing of the incarceration order.” <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Politics/IncarcerationLaw.pdf>

⁹⁹¹ *Ibid.* “Judicial review. 5. (a) A prisoner shall be brought before a judge of the District Court no later than fourteen days after the date of granting the incarceration order; where the judge of the District Court finds that the conditions prescribed in section 3(a) have not been fulfilled he shall quash the incarceration order. (b) Where the prisoner is not brought before the District Court and where a hearing has not commenced before it within fourteen days of the date of granting the incarceration order, the prisoner shall be released, unless there exists another ground for his detention under the provisions of any law. (c) Once every six months from the date of issue of an order under section 3(a) the prisoner shall be brought before a judge of the District Court; where the Court finds that his release will not harm State security or that there are special grounds justifying his release, it shall quash the incarceration order. (d) A decision of the District Court under this section is subject to appeal within thirty days to the Supreme Court, a single judge of which shall hear the appeal; the Supreme Court shall have all the powers vested in the District Court under this Law. (e) It shall be permissible to depart from the laws of evidence in proceedings under this Law, for reasons to be recorded; the court may admit evidence, even in the absence of the prisoner or his legal representative, or not disclose such evidence to the aforesaid if, after having reviewed the evidence or heard the submissions, even in the absence of the prisoner or his legal representative, it is convinced that disclosure of the evidence to the prisoner or his legal representative is likely to harm State security or public security; this provision shall not derogate from any right not to give evidence under Chapter Three of the Evidence Ordinance [New Version], 5731-19711. (f) The hearing in proceedings under this Law shall be conducted in camera, unless the court has provided otherwise in this matter”.

⁹⁹² *Ibid.* “6. (a) The prisoner may meet with a lawyer at the earliest possible date on which such a meeting may be held without harming State security requirements, but no later than seven days

sobre todo, en su aplicación práctica: el abuso de la detención administrativa en los territorios ocupados y la propia legislación, que impide a la defensa acceso a información clasificada⁹⁹³.

Hemos puesto estos ejemplos por parecernos significativos⁹⁹⁴. El enfoque norteamericano debe ser materia de atención por separado. En todo caso nos hemos referido a legislación interna. Cuestión distinta es la de la dimensión transnacional de la lucha contra el terrorismo⁹⁹⁵, puesto que entrar en ello nos obliga a explorar los posibles mecanismos alternativos al enfoque del conflicto armado, en particular el de la cooperación, sobre la base de la voluntad política, en materia policial-judicial entre los Estados.

b. La cooperación policial con el terrorismo como motor

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. La primera organización internacional de policía data de 1851, en forma de unión policial de Estados alemanes, activa hasta 1866, que reunió a las policías de siete Estados soberanos de lengua alemana –incluyendo a Prusia y

prior to his being brought before a judge of the District Court, in accordance with the provisions of section 5(a). (b) The Minister of Justice may, by order, confine the right of representation in the proceedings under this Law to a person authorized to act as defence counsel in the military courts under an unrestricted authorization, pursuant to the provisions of section 318(c) of the Military Justice Law, 5715- 19552.”

⁹⁹³ DAVIDSON, Tyler & GIBSON, Kathleen (prep.) (2009), “Experts Meeting on Security Detention ... op.cit. p. 359-362.

⁹⁹⁴ Sobre el modelo canadiense DUFFY, Maureen T. & PROVOST, René (2009), “Constitutional Canaries and the Elusive Quest to Legitimize Security Detentions in Canada”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, pp. 531-560, FORCESE, Craig (2010), “Catch and Release: A Role for Preventive Detention without Charge in Canadian Anti-terrorism Law”. *IRPP Study*, No. 7, July 2010.. Una comparativa aún más amplia en ELIAS, Stella Burch (2009), “Rethinking “Preventive Detention” from a Comparative Perspective: Three Frameworks for Detaining Terrorist Suspects”. *Columbia Human Rights Law Review*, 41, pp. 99-210.

⁹⁹⁵ Es importante subrayar el concepto de “lucha” contra el terrorismo frente a la idea de “guerra” contra el mismo, ya que el primero encaja perfectamente con el paradigma policial-judicial. TAVERNIER, Paul (2010), “Consequences of the application of international humanitarian law in the struggle against terrorism”. *CYIL* 1, p. 67

Austria- con el fin de reprimir la oposición a los regímenes autocráticos⁹⁹⁶. En el siglo XIX se puso en evidencia de que una mayor libertad de movimientos 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 siglo XX, la mayor parte de los Estados europeos habían desarrollado unos complejos y más o menos eficaces aparatos policiales, pero sus competencias se circunscribían a los territorios bajo su soberanía. En 1920, Henri Donnedieu de Vabres afirmaba que “es urgente que, a la internacionalización del crimen se ponga la internacionalización de la represión”⁹⁹⁷.

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 *iuris gentium*, perseguibles según el principio de jurisdicción universal⁹⁹⁸.

Es importante destacar que una de las primeras materias objeto de la cooperación internacional fuera 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 fracasaron⁹⁹⁹. Tal tema ya

⁹⁹⁶ DEFLEM, Mathieu, y McDONOUGH, Shannon (2010), “International Law Enforcement Organizations”, capítulo 6 de *Comparative and International Policing, Justice, and Transnational Crime*, Sessa Kethineni (ed.), Carolina Academic Press, Durham North Carolina. Sobre la cooperación policial en general, su génesis, desarrollo y estructuración DEFLEM, Mathieu (2002), *Policing World Society. Historical Foundations of International Police Cooperation*. Oxford University Press.

⁹⁹⁷ 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.

⁹⁹⁸ GIL GIL, Alicia (1999), *Derecho Penal Internacional*, Técnos, Madrid, p. 49 n.

⁹⁹⁹ Sobre el particular, RAMON CHORNET, C. (1992), *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia. Esto puede parecer extraño hoy en día, con la proliferación de tribunales penales internacionales; cuestión distinta es que esto se perciba como algo eficaz. KOLLER, David S. (2008), “The Faith of the International Criminal Lawyer”, *International Law and Politics*, Vol. 40, pp. 1019-1069.

era objeto de preocupación a finales del siglo XIX, como lo demuestra la celebración de la Conferencia Internacional Anti-anarquista de 1898¹⁰⁰⁰. 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 relevante”¹⁰⁰¹. Hay que insistir en que éste es un punto importante: la primera cooperación policial en un plano internacional se centra en un tipo de delincuencia que durante largo tiempo, y por razones más políticas que jurídicas estuvo después excluida de la cooperación policial, cual es el de la delincuencia que se asociaba a motivos políticos, en la que se suele residenciar el terrorismo. También que tal cooperación iba dirigida fundamentalmente al intercambio de información, soslayando así un aspecto que hasta hoy es relevante. Se trataba de evitar en la medida de lo posible los procedimientos regulares, que pueden verse comprometidos por motivos jurídicos –fundamentalmente en las medidas preventivas- políticos, o de intereses inconfesables, aun cuando las medidas puramente policiales sean efectivas.

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 distinta¹⁰⁰², 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 política¹⁰⁰³. Pero a fines del siglo XIX, buena

¹⁰⁰⁰ DEFLEM, MATHIEU (2006), “Global Rule of Law or Global Rule of Law Enforcement? International Police Cooperation and Counterterrorism”. *THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY*, AAPSS, 603, pp. 240-251, p. 243.

¹⁰⁰¹ ANDREW. C. y GORDIEVSKY, O., (1991), *KGB*, Plaza y Janés, Barcelona, p. 53.

¹⁰⁰² IGLESIAS VELASCO, Alfonso (2002), “La respuesta internacional ante los ataques terroristas contra Estados Unidos”, *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 4, RAMON CHORNET, Consuelo (2001) “La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001”, *REDI*, Vol. 53, Nº 1, pp. 273-288. Desde una perspectiva policial, DEFELM, Mathieu (2010) “Police and counter-terrorism. A sociological theory of international cooperation”. *Emerging Transnational (In)security Governance. A statist-transnationalist approach*. Ersel Aydinli (Ed.), Routledge, London and New York, pp. 163-172, ECHEVARRIETA JESUS, C. (2002), “Las consecuencias del 11-S para la seguridad mundial”. *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 26, pp. 39 a 45..

¹⁰⁰³ RAMÓN CHORNET, C. *Terrorismo...*, op.cit., en particular pp. 74 y ss.

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 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 mundo¹⁰⁰⁴ y que sigue formando parte del acervo cultural occidental, al menos públicamente.¹⁰⁰⁵

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, han sido un hecho cotidiano¹⁰⁰⁶, si bien llevado con sigilo¹⁰⁰⁷. 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 gubernamental¹⁰⁰⁸.

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. El

¹⁰⁰⁴ GORTÁZAR ROTAECHE, C. (1996), *Derecho de asilo y no rechazo del refugiado*. Dykinson, Madrid, p. 57-58.

¹⁰⁰⁵ HAKIMI, Monica (2009), “International Standards for Detaining Terrorism Suspects ... op.cit., p. 628.

¹⁰⁰⁶ 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 radicales. ANDREW y GORDIEVSKY, *KGB*, op.cit. pp. 53-54

¹⁰⁰⁷ VAN OUIRIVE, L. (1995), “Schengen Europol y la colaboración policial internacional”. *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 14, pp. 179 y ss.

¹⁰⁰⁸ LEBRUN, Marc (1997) *Interpol*, Presses Universitaires de France, Paris, pp. 5-6.

interés demostrado por los Estados en aquella ocasión¹⁰⁰⁹, 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 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 iniciativas¹⁰¹⁰. En realidad, no existió nada parecido a una conferencia internacional sobre la materia de la que pudiera surgir un convenio.

Sin embargo, en 1923 se creó en Viena la Comisión Internacional de Policía Criminal (CIPC), aunque como una asociación semiprivada, informal, de policías, sufragada por el Estado austríaco. Dicha Organización recibió el espaldarazo en el Derecho internacional con el Convenio de Ginebra 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 Pompidou¹⁰¹¹, TREVI¹⁰¹², etc, hasta llegar a la creación de la Oficina Europea de Policía (Europol).

¹⁰⁰⁹ 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 de Derecho de París.

¹⁰¹⁰ LEBRUN, (1997), *Interpol*, op. cit., p. 6-7.

¹⁰¹¹ Creado en el seno del Consejo de Europa en 1971, el Grupo de Cooperación para Combatir el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas (Grupo Pompidou) es un foro de intercambio de información y opiniones de carácter multidisciplinar (reducción de la demanda y de la oferta de drogas) que propicia la cooperación a nivel gubernamental. www.coe.int/T/dg3/pompidou/default_en.asp.

¹⁰¹² El Grupo de Trevi fue creado tras una decisión adoptada en el Consejo Europeo de Roma de 1975, a iniciativa del Primer Ministro del Reino Unido. La idea era la creación de un grupo encargado de la cooperación contra el crimen y el terrorismo, y estaba formado por los ministros de interior, los de justicia, o ambos, si bien en principio tenía un carácter informal. Su origen remoto se puede fijar en el año 1968, en el que se funda el Club de Berna, formado por los entonces miembros de la CEE, mas el Reino Unido, Dinamarca y Suecia, con el fin de tratar los problemas derivados del terrorismo, al que posteriormente se adhirieron Estados Unidos, Israel, Noruega, España y Portugal. Trevi funcionó a dos niveles de trabajo, el político y el de altos funcionarios ministeriales, responsables de la estructura policial de seguridad. En un principio se crearon cinco grupos de trabajo, que a partir de 1978 se convirtieron en tres: I,

c. El objeto y las limitaciones de la cooperación y de la actuación policial en un plano internacional: La prevención como Talón de Aquiles del modelo policial y la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada.

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. El principal problema del enfoque policial en la lucha contra el terrorismo estriba no tanto en la probable eficacia de las medidas policiales después de cometido el hecho delictivo, sino en el difícil marco de cooperación internacional en las medidas preventivas¹⁰¹³, que implican la incriminación de actos preparatorios o de la mera pertenencia a grupos organizados con el fin de delinquir¹⁰¹⁴. Aún reconociendo el aspecto disuasorio de la eficacia policial-judicial posterior al delito, en el enfrentamiento al terrorismo de corte religioso o fanático, con amplios recursos económicos y logísticos¹⁰¹⁵, y con suicidas de por medio, tal

dedicado a la lucha contra el terrorismo y la seguridad de la aviación civil, II, dedicado a la formación y medios técnico-policiales e instalaciones nucleares y III, dedicado a los campos de la criminalidad organizada, violencia en general y tráfico de estupefacientes. Existía, además un sistema de comunicaciones, la Red Trevi, y las llamadas Oficinas de Enlace BOL, órganos nacionales encargados de mantener un enlace permanente con los Grupos antes mencionados. El sistema de Trevi tenía un alcance limitado, como lo demuestra el hecho de que careciera de estructura administrativa estable, y permanecía en todo caso en el ámbito de las relaciones interestatales, por mas que entre miembros de la Comunidad Económica Europea. Fue el Grupo III el antecedente mas claro del posterior desarrollo de Europol, y en concreto de la Unidad de Drogas de Europol. Respecto a la denominación del Grupo, hay diversas versiones. Una de ellas el nombre Terrorismo, Radicalismo, Extremismo, y Violencia Internacional. Pero también es cierto que su creación se acordó en el Palazzo Trevi de Roma.

¹⁰¹³ SPRICIGO, Biancamaria (2009), "Democracies Dealing with Suspected Terrorists. ... op.cit. p. 687-691. La autora, tomando cómo ejemplo la legislación italiana, analiza las dificultades prácticas para el uso de material proporcionado por los servicios de inteligencia en procesos normales, aunque tratando de encontrar una puerta para su utilización.

¹⁰¹⁴ El Derecho internacional penal está en continua tensión con el sistema de seguridad colectiva de la Carta de UN, pero parece sostenible que su perfeccionamiento podría evitar muchas Intervenciones militares. ANDERSON, Kenneth, (2009), "The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences". *EJIL*, Vol. 20, N° 2, pp. 331 – 358.

¹⁰¹⁵ MCLOUGHLIN, John P., NOONE, Gregory P. & NOONE, Diana C. (2009), Security Detention, Terrorism and the Prevention Imperative. *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 463-505. Respecto al enfoque policial-judicial, estos autores dicen (p.467): "This approach might be understandable in response to a brand of terrorism that: (1) involves sporadic attacks; (2) limits civilian casualties (through advance warnings and the like) to insulate political agendas

disuasión queda totalmente diluida. Es aquí donde realmente se debilitan los argumentos a favor de la opción policial-judicial, salvo modificaciones legislativas universales, realizadas, tal vez, a base de convenciones, y de hecho es el principal argumento esgrimido por el sector doctrinal partidario del enfoque de EEUU¹⁰¹⁶.

En este sentido, las convenciones sobre aspectos parciales del terrorismo hacen referencia a la prevención y la obligación de cooperar en ese ámbito: Artículo 12 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971¹⁰¹⁷, artículo 13 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 1988¹⁰¹⁸, artículo 4 de la Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes

(e.g. the Marxist and nationalist terror groups of the 1970s); (3) primarily targets property interests (for example, modern eco-terrorists); (4) is secularly inspired; and (5) is almost exclusively domestic. However, this historical brand of terrorism has been joined, and to some extent eclipsed, by a fundamentally different terrorist threat, namely one perpetrated by religiously inspired radical extremist groups such as al Qaeda and its associated organizations around the world. These modern terrorist groups employ a wide web of support for recruitment, procurement, logistics, and operational planning. They present a global terrorist threat interested in carrying out repetitive attacks involving indiscriminate mass casualties and severe damage to economic and social infrastructure (including critical systems such as energy, communications, and food and water supplies). These groups have a genuine interest in the use of chemical, biological, radiological, and nuclear weapons, and a willingness, if not a desire, to die (through suicide or otherwise) to achieve their mission.”

¹⁰¹⁶ Esta idea está implícita en muchos artículos norteamericanos favorables a la construcción post-11-, entre otros BELLINGER, John B. (2007), “Remarks on the Military Commissions Act”, *Harvard International Law Journal Online* Vol. 48, HUTSON, John (2005), “Why not the Courts?”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 365-369, SILLIMAN, Scott L. (2009), “Prosecuting Alleged Terrorists by Military Commission: a Prudent Option”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp. 289-297, NEWTON, Michael A. (2009), “Some Observations on the Future of U.S. Military Commissions”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp. 151-170, PETTY, Keith A. (2009), “Are you There, Geneva? It’s me, Guantánamo”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp. 171-186.

¹⁰¹⁷ “Todo Estado contratante que tenga razones para creer que se vaya a cometer un delito previsto en el artículo 1, suministrará, de acuerdo con su ley nacional, toda información pertinente de que disponga a los demás Estados que, en su opinión, sean los mencionados en el párrafo 1 del Artículo 5.”

¹⁰¹⁸ “Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos enunciados en el artículo 3, en particular: a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de dichos delitos, tanto dentro como fuera de ellos; b) intercambiando información, de conformidad con su legislación interna, y coordinando medidas administrativas y de otra índole adoptadas, según proceda, para impedir que se cometan los delitos enunciados en el artículo 3.”

diplomáticos de 1973¹⁰¹⁹, artículo 4 de la Convención internacional contra la toma de rehenes de 1979¹⁰²⁰, artículo 15 del Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 1997¹⁰²¹ y el artículo 18 del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999¹⁰²². Se observa que, a medida que se avanza en el tiempo,

¹⁰¹⁹ Resolución 3166 (XXVIII), de 1973: “Los Estados partes cooperarán en la prevención de los delitos vistos en el artículo 2, en particular: a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de su territorio; b) intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según convenga, para impedir que se cometan esos delitos”

¹⁰²⁰ Resolución 34/146 de 1979, abierta a la firma, ratificación y adhesión el 18 de diciembre de 1979: “Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1, en particular: a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de ellos, en particular medidas para prohibir en los mismos las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes; b) intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según proceda, para impedir que se cometan esos delitos.

¹⁰²¹ A/RES/52/164 de 1997 y abierta a la firma, ratificación y adhesión el 12 de enero de 1998: “Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos previstos en el artículo 2, en particular: a) Mediante la adopción de todas las medidas practicables, entre ellas, de ser necesario, la de adaptar su legislación nacional para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de dichos delitos tanto dentro como fuera de ellos y contrarrestar la preparación de dichos delitos, incluida la adopción de medidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas, grupos y organizaciones que promuevan, instiguen, organicen o financien a sabiendas los enunciados en el artículo 2 o participen en su preparación; b) Mediante el intercambio de información precisa y corroborada, de conformidad con su legislación interna, y la coordinación de medidas administrativas y de otra índole adoptadas, según proceda, para impedir que se cometan los delitos previstos en el artículo 2; c) Cuando proceda, mediante la investigación y el desarrollo relativos a métodos de detección de explosivos y otras sustancias nocivas que puedan provocar muertes o lesiones corporales; mediante la celebración de consultas acerca de la preparación de normas para marcar los explosivos con el objeto de identificar su origen al investigar explosiones, y mediante el intercambio de información sobre medidas preventivas, la cooperación y la transferencia de tecnología, equipo y materiales conexos”.

¹⁰²² A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999, abierta a la firma el 10 de enero de 2000: “Los Estados Partes cooperarán en la prevención de los delitos enunciados en el artículo 2, tomando todas las medidas practicables, entre otras, adaptando, de ser necesario, su legislación nacional para impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de esos delitos tanto dentro como fuera de ellos, incluidas: a) Medidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas y organizaciones que promuevan, instiguen, organicen o cometan a sabiendas los delitos enunciados en el artículo 2; b) Medidas que exijan que las instituciones financieras y otras profesiones que intervengan en las transacciones financieras utilicen las medidas más eficientes de que dispongan para la identificación de sus clientes habituales u ocasionales, así como de los clientes en cuyo interés se abran cuentas, y presten atención especial a transacciones inusuales o sospechosas y reporten transacciones que se sospeche provengan de una actividad delictiva. A tales efectos, los Estados Partes

las regulaciones sobre medidas preventivas son más detalladas, y en la Convención sobre la financiación del terrorismo, ya se menciona explícitamente a la OIPC-INTERPOL, como herramienta de intercambio de información.

Por su estrecha relación con el terrorismo, hay que hacer además referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada¹⁰²³, aprobada mediante resolución 55/25 de la

considerarán: i) Adoptar reglamentaciones que prohíban la apertura de cuentas cuyos titulares o beneficiarios no estén ni puedan ser identificados, así como medidas para velar por que esas instituciones verifiquen la identidad de los titulares reales de esas transacciones; ii) Con respecto a la identificación de personas jurídicas, exigir a las instituciones financieras que, cuando sea necesario, adopten medidas para verificar la existencia jurídica y la estructura del cliente mediante la obtención, de un registro público, del cliente o de ambos, de prueba de la constitución de la sociedad, incluida información sobre el nombre del cliente, su forma jurídica, su domicilio, sus directores y las disposiciones relativas a la facultad de la persona jurídica para contraer obligaciones; iii) Adoptar reglamentaciones que impongan a las instituciones financieras la obligación de reportar con prontitud a las autoridades competentes toda transacción compleja, de magnitud inusual y todas las pautas inusuales de transacciones que no tengan, al parecer, una finalidad económica u obviamente lícita, sin temor de asumir responsabilidad penal o civil por quebrantar alguna restricción en materia de divulgación de información, si reportan sus sospechas de buena fe; iv) Exigir a las instituciones financieras que conserven, por lo menos durante cinco años, todos los documentos necesarios sobre las transacciones efectuadas, tanto nacionales como internacionales. 2. Los Estados Partes cooperarán además en la prevención de los delitos enunciados en el artículo 2 considerando: a) Adoptar medidas de supervisión, que incluyan, por ejemplo el establecimiento de un sistema de licencias para todas las agencias de transferencia de dinero; b) Aplicar medidas viables a fin de descubrir o vigilar el transporte transfronterizo físico de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, sujetas a salvaguardias estrictas que garanticen una utilización adecuada de la información y sin que ello obstaculice en modo alguno la libre circulación de capitales. 3. Los Estados Partes reforzarán su cooperación en la prevención de los delitos enunciados en el artículo 2 mediante el intercambio de información precisa y corroborada, de conformidad con las disposiciones de su legislación nacional, y la coordinación de medidas administrativas y de otra índole adoptadas, según proceda, para impedir que se cometan los delitos enunciados en el artículo 2, especialmente para: a) Establecer y mantener vías de comunicación entre sus organismos y servicios competentes a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos enunciados en el artículo 2; b) Cooperar en la investigación de los delitos enunciados en el artículo 2 en lo que respecta a: i) La identidad, el paradero y las actividades de las personas con respecto a las cuales existen sospechas razonables de que participan en dichos delitos; ii) El movimiento de fondos relacionados con la comisión de tales delitos. 4. Los Estados Partes podrán intercambiar información por intermedio de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol).

¹⁰²³ La propia denominación “delincuencia transnacional”, parece residenciar el tema en un ámbito distinto al Derecho internacional, al tratarse de una denominación más bien cultural o política. BOISTER, Neil (2003), “Transnational Criminal Law?”. *EJIL*, Vol.14, Nº 5, pp. 953–976. Un estudio a fondo de la convención –no muy frecuentes– en McCLEAN, David (2007), *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*. Oxford University Press.

Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁰²⁴, de 15 de noviembre de 2000. Es dudoso que la convención sea directamente aplicable al terrorismo, aún cuando éste participa de muchas características de la delincuencia organizada salvo, pretendidamente, el móvil de lucro¹⁰²⁵. Sin embargo, sabemos que existe una clara relación de convivencia o simbiosis entre ambos fenómenos¹⁰²⁶. Parece claro que el terrorismo podría difícilmente sobrevivir sin determinados tipos de delincuencia organizada, como el tráfico ilegal de narcóticos, de armas o de documentación falsa, o el blanqueo de capitales. Lo importante es que la convención se refiere, entre otras cosas, a la perseguibilidad de la mera pertenencia consciente a organizaciones con fines criminales¹⁰²⁷.

¹⁰²⁴ La iniciativa en este caso correspondió a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y al Consejo 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. De hecho la convención 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.

¹⁰²⁵ No obstante la La estrategia mundial de las Naciones Unidas contra el terrorismo (A/60/L.62), incluye entre las “Medidas para prevenir y combatir el terrorismo” “6. Considerar la posibilidad de adherirse sin demora a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y a los tres protocolos que la complementan, y de aplicarlos”.

¹⁰²⁶ De hecho la Resolución 55/25 de la AGNU reconoce estos vínculos como fundamento de la Convención: “Observando con profunda preocupación los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo y teniendo presente la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones pertinentes de la Asamblea General” (...) “Firmemente convencida de que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional constituirá un instrumento eficaz y el marco jurídico necesario para la cooperación internacional con miras a combatir, entre otras cosas, actividades delictivas como (...) los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo ...”

¹⁰²⁷ “Artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado. 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva: i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado; ii) La conducta de toda persona que, a

El texto hace referencia, entre muchas otras cosas, a la cooperación policial de forma directa, al menos en su artículo 27. La soberanía de los Estados aparece totalmente salvaguardada por la disposición del artículo 4¹⁰²⁸. En ninguna parte del articulado se recogen figuras como el derecho de persecución en caliente 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 policial¹⁰²⁹. También 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 iudicare*¹⁰³⁰. Todas estas medidas, si bien van a implicar casi siempre a cuerpos policiales o con cometidos policiales, entran fundamentalmente dentro del concepto de la cooperación judicial. 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”¹⁰³¹. En el

sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita; b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado. 2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.”

¹⁰²⁸ 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.

¹⁰²⁹ “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”

¹⁰³⁰ Artículo 16.10.

¹⁰³¹ 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

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.

En este sentido, 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 tipo¹⁰³². La Convención, como es lógico, no establece obligaciones o derechos directamente dirigidos a fuerzas policiales, sino a los Estados, y ni siquiera tiene un carácter conminatorio. En el plano de las obligaciones para los Estados, o lo que podríamos denominar “obligación de cooperación” o “medidas indirectas de cooperación”, la Convención es muy comedida¹⁰³³.

En lo que se refiere a la cooperación policial en sentido estricto, se recoge, 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 a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención.”¹⁰³⁴ El punto 3 del artículo

penales, devolución de vehículos sustraídos o repartición del producto del delito o bienes decomisados. Los textos aparecen en

http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es.pdf.

¹⁰³² P. ej. MORENO CATENA, V. Y CASTILLEJO MANZANARES, R. (1999) *La persecución de los delitos* ... op.cit, 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.

¹⁰³³ 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.

¹⁰³⁴ Tal y como se definen en el artículo 3: “Artículo 3. Ámbito de aplicación. 1. A menos que contenga una disposición en contrario, la presente Convención se aplicará a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de: a) Los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención; y b) Los delitos graves que se definen en el artículo 2 de la presente Convención; cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. 2. A los efectos del párrafo 1 del presente artículo, el delito será de carácter transnacional si: a) Se comete en más de un Estado; b) Se

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”.

En general, esta colaboración se configura como algo voluntario -los Estados simplemente “considerarán la posibilidad” de celebrar acuerdos o arreglos- pero parece referirse a una colaboración horizontal entre organismos

comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) Se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) Se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado. 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 bilaterales. En cualquier caso, la previsión más claramente relativa a la cooperación policial es la recogida en el punto 2 del artículo 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”.

encargados de hacer cumplir la ley. En definitiva, la Convención no establece - ni parece el medio mas 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 europeo¹⁰³⁵.

d. Herramientas de cooperación policial en la lucha contra el terrorismo

(i) La OIPC-INTERPOL y su implantación universal

Sigue siendo la principal herramienta de cooperación policial¹⁰³⁶ 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, algo relevante para la posible interoperabilidad entre ejército y policía. Los Estatutos – o “constitución”- de 1956 definen a Interpol como una organización de cooperación entre policías y no entre gobiernos¹⁰³⁷. Para la consecución de sus fines, la organización, con sede en Francia, facilita el intercambio de información sobre personas buscadas o sospechosas, personas desaparecidas, objetos robados, presta asistencia técnica, promueve

¹⁰³⁵ La evidencia de que las fronteras ya no eran un obstáculo para la delincuencia se manifestó en el ámbito de la Unión Europea con la entrada en vigor del Acta Única, e hicieron 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- 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 enlace.

¹⁰³⁶ Sobre el tema, SAVINO, Mario (2011), “Global Administrative Law Meets “Soft” Powers: The Uncomfortable Case of Interpol Red Notices”, *International Law and Politics*, vol. 43, pp. 263-336, 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”, *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y Cooperación Jurídica Internacional*, Madrid, y VALLEIX, C. (1984), “INTERPOL” *Revue Générale de Droit International Public*, tomo LXXXVIII, pp. 621-652.

¹⁰³⁷ 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”.

reuniones, cursos y seminarios, pone a disposición de sus miembros los ficheros de los que dispone, etc.

Pero, en realidad, y por eso emprendemos aquí este breve examen, “el gran campo de acción de Interpol, en el que tiene iniciativa, es el de la detención preventiva a fines de extradición”¹⁰³⁸. Interpol es el medio más ágil a disposición de las autoridades policiales y 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 cumplimiento simultáneo de los trámites de extradición, siempre más lentos, se produce una inmediata detención del presunto delincuente¹⁰³⁹.

Como señala algún autor, la descripción de la CIPC-OIPC como un “club de policías” es una simplificación, pero bastante apropiada para describir los primeros veinticinco años de la postguerra¹⁰⁴⁰. En 1956 se celebró la 25ª Asamblea General, en Viena. Se produjo una importante modificación de los estatutos y se cambió la denominación, pasando a asumir la actual: Organización Internacional de Policía Criminal¹⁰⁴¹. Actualmente, reúne a casi todos los Estados, siendo por ello una de las organizaciones internacionales de

¹⁰³⁸ MURILLO Y GARCÍA ATANCE, M. (1994), “La cooperación jurídica internacional, ...op.cit., p. 415.

¹⁰³⁹ A veces, de hecho, demasiado eficaz. En el verano de 1999, Interpol lanzó una “red notice” para la detención del antiguo primer ministro de Kazakstán, Kazhegeldin, aparentemente por evasión de impuestos, blanqueo de dinero etc. Evidentemente se trataba de una medida política al ser el mencionado uno de los líderes de la oposición contra el régimen represivo de Nazaebayev. Lo cierto es que Kazhegeldin fue detenido en Rusia, aunque luego fue puesto en libertad al interpretar el juez que la detención no tenía base alguna. Lo curioso es que una nueva red notice a instancias de las autoridades kazajas se mantuvo, y meses después, Kazhegeldin fue nuevamente detenido –y puesto en libertad- en Italia. Otro caso más reciente es el del atentado contra la Asociación Mutual Israelita de Argentina (AMIA), en Buenos Aires, en 1994. En 2003, el juez de instrucción argentino acusó al gobierno de Iran de dirigir el atentado y en agosto de ese año dictó una orden de busca y captura contra el embajador iraní en Argentina en el momento de los hechos, Hadi Soleimanpour, el cual fue detenido en el Reino Unido y permaneció en prisión más de un mes, al no estimarse la prueba presentada como suficiente para sustentar una demanda de extradición. SAVINO, Mario (2011), “Global Administrative Law Meets “Soft” Powers...op.cit. La eficacia de este sistema también pudo 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.

¹⁰⁴⁰ ANDERSON, *Policing ...*, op.cit, p. 42.

¹⁰⁴¹ 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.

mayor implantación¹⁰⁴². Sin embargo, existen dudas sobre su naturaleza jurídica¹⁰⁴³. Muchos indicios apuntan a que se trata de una organización no gubernamental¹⁰⁴⁴. A pesar de todo, buena parte de los autores que han estudiado el tema coinciden en considerar a Interpol como organización intergubernamental¹⁰⁴⁵. 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”¹⁰⁴⁶, poco técnica en términos de Derecho internacional¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴² <http://www.interpol.int/Public/icpo/default.asp>. 188 Estados en 2010.

¹⁰⁴³ 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. De entrada 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.

¹⁰⁴⁴ DEFLEM, Mathieu (2009), “Interpol”, en *The Sage Dictionary of Policing*. Alison Wakefield y Jerrt Fleming (eds.), Sage Publications, Londres, p. 179. Una opinión más matizada en SAVINO, Mario (2011), *Global Administrative Law Meets “Soft” Powers ... op.cit.*, p. 271.

¹⁰⁴⁵ Así lo hace Valleix, que es quien mas a fondo a estudiado la naturaleza jurídica de la OIPC, Anderson, Murillo, Lebrun, etc. 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.

¹⁰⁴⁶ 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.

¹⁰⁴⁷ (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 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).

Los problemas planteados por la inconsistencia del régimen legal de Interpol se resolvieron parcialmente con los estatutos de 1956, modificados en varias ocasiones¹⁰⁴⁸. Uno de los resultados no deseados de tal inconsistencia era que ni la Organización ni sus funcionarios estaban amparados por inmunidad de ningún tipo¹⁰⁴⁹. Esto se resolvió en parte con la modificación del acuerdo de sede entre la República Francesa e Interpol¹⁰⁵⁰. En cuanto a los EEUU, unilateralmente y al amparo de la *International Organisations Act* de 1945, garantizaron la inmunidad de Interpol en 1983, por orden presidencial, a instancias del Departamento de Justicia¹⁰⁵¹.

En 1929, la Convención multilateral para la represión de la falsificación de moneda, ya 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.¹⁰⁵² Pero en definitiva, el más importante de los

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.

¹⁰⁴⁸ 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”. Actas de la Asamblea General de Estambul, sesión de 5 de septiembre de 1955. Citado por VALLEIX, op. cit. p. 627.

¹⁰⁴⁹ ANDERSON, *Policing* ... op.cit. p. 62 y ss. y VALLEIX op.cit p. 643. 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.

¹⁰⁵⁰ 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 Francia, 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 términos. ANDERSON, *Policing* ... op.cit. p. 64.

¹⁰⁵¹ ANDERSON, *Policing* ... op.cit. p. 63.

¹⁰⁵² 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

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 año¹⁰⁵³. Obtuvo, sin embargo el estatuto consultivo B de las organizaciones no gubernamentales, en 1949¹⁰⁵⁴. 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 intergubernamental¹⁰⁵⁵. Cabe preguntarse si, en realidad, los Estados quieren reconocer expresamente la existencia de Interpol como organización intergubernamental¹⁰⁵⁶, ya que con su estatus actual, la

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 canje 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.

¹⁰⁵³ 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.

¹⁰⁵⁴ 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.

¹⁰⁵⁵ Ahora bien, la duda estriba en si es de derecho una organización intergubernamental. Aquí el terreno es más resbaladizo. Como señala Valleix (op. cit.), la personalidad jurídica de Interpol no se puede oponer a los sujetos de derecho internacional que no la reconocen, aunque esto tiene una importancia insignificante puesto que INTERPOL es una de las organizaciones con mayor número de miembros.

¹⁰⁵⁶ Tal cosa sería sumamente sencilla en teoría; 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 Euro-pol. 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 convocatoria 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

organización da buenos resultados e impone escasas obligaciones a sus miembros¹⁰⁵⁷.

El régimen jurídico de Interpol deriva en primer lugar de su propio Estatuto¹⁰⁵⁸, ya que el resto de normas que la regulan internamente están generadas por la propia Organización, y de los Acuerdos de Sede¹⁰⁵⁹. Además, la Organización tiene suscritos acuerdos con la ONU¹⁰⁶⁰ y con una larga serie de organizaciones internacionales¹⁰⁶¹. La tendencia de Interpol apunta en los

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.

¹⁰⁵⁷ Si analizamos, a través de las normas que regulan la Organización, aquellas que más o menos imponen obligaciones, veremos que están redactadas según la formula 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 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.

¹⁰⁵⁸ 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 divisiones (Esta información de detalle esta extraída de <http://www.interpol.int/Public/icpo/default.asp>, actualizada a enero de 2009).

¹⁰⁵⁹ 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. Todos los textos en

<http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/constitution/Default.asp>.

¹⁰⁶⁰ El acuerdo básico de cooperación actualmente en vigor se firmó el 8 de julio de 1997, y ha sido complementado mediante dos canjes de cartas en 2005-2006, y existe además un borrador para un nuevo acuerdo de cooperación, aprobado mediante AG-2009-RES-15.

¹⁰⁶¹ Las más significativas son el Consejo de Europa (1960), 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. Todos los textos en <http://www.interpol.int/Public/ICPO/LegalMaterials/cooperation/Default.asp>.

últimos años a la desconcentración, o descentralización, atribuyendo un mayor peso a las operaciones regionales¹⁰⁶².

Sin duda, la clave de todo el sistema son las Oficinas Centrales Nacionales. No existen “agentes de Interpol” operativos, como una especie de policía internacional. 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 del mismo, y servidos por funcionarios nacionales, sin relación jerárquica con el Secretario General. En principio debe existir una en cada Estado miembro¹⁰⁶³. 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 nacionales¹⁰⁶⁴. La regulación de las OCN aparece recogida en los artículos 31 a 33 del Estatuto¹⁰⁶⁵. Las funciones que desempeñan en general las OCN

¹⁰⁶² 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 Africa Occidental, en Abiyán, y la Oficina Subregional para Africa del Sur, con sede en Harare, etc.

¹⁰⁶³ 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. Los fundadores de la CIPC solventaron el problema a través de la institución de la Oficinas Centrales Nacionales

¹⁰⁶⁴ Pero solo fue en 1956, con el nuevo Estatuto, cuando la creación de tales organismos se convirtió en obligatoria. 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.

¹⁰⁶⁵ 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 Nacional. Este organismo se

incluirían varios planos de actividad. La fundamental sería 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. Por otro lado incluirían el 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

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, muestra de la importancia que la Organización da a tales Oficinas. MURILLO, op.cit. p. 413. 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.

OCN, así como recibir las solicitudes de información, de verificaciones, etc., transmitidas por las otras OCN y enviar las respuestas a la OCN interesada. Recíprocamente, también tiene como cometido 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. Además, por lo general, 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.

En definitiva, Interpol es una red policial autogestionada bastante eficaz, que además posee unos fondos de información, realmente importantes, a disposición de sus miembros¹⁰⁶⁶. De ahí la necesidad de un órgano fiscalizador del uso y conservación de datos tan sensibles, para ello existe una Comisión de Control de los ficheros¹⁰⁶⁷.

Cabe por tanto preguntarse si tal herramienta está siendo adecuadamente utilizada en la lucha contra el terrorismo en tiempos recientes o no. Hay que reconocer que la historia de la organización ha sido azarosa¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁶ DEFLEM, Mathieu (2006), "Global Rule of Law or Global Rule of Law Enforcement? ... op.cit., p. 245.

¹⁰⁶⁷ La antigua denominación fue modificada en la 77ª Sesión de la Asamblea General de 2008. 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.

¹⁰⁶⁸ 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

y que durante muchas épocas, y aún hoy, levanta algunas suspicacias¹⁰⁶⁹. El artículo 3 del Estatuto prohíbe, rigurosamente, toda actividad o intervención de

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 Austrohúngaro (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. 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 la capital austriaca. 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 austriaco. 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). 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 Organización (ANDERSON, op.cit pp. 39-42, y LEBRUN, op.cit. pp. 15-23). No toda. De hecho, que personajes como Reinhard Heydrich o Ernst Kaltenbrunner fueran presidentes de la CIPC no ayudó mucho a la organización. 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 clásica (VALLEIX, C. op.cit., p.627). De 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.

¹⁰⁶⁹ Durante la época de la guerra fría los Estados del bloque comunista no abundaron entre los miembros de Interpol, quebrándose la unanimidad en los casos de Yugoslavia y Rumania (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, reingresando posteriormente los dos mencionados. Como decimos, los Estados Unidos también plantearon problemas durante ese período. Uno de los problemas que plantea el sistema policial norteamericano es la falta de correspondencia de sus cuerpos de índole policial con los cuerpos de policía propios del sistema continental europeo. 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 relativo al secuestro de un avión, hecho 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 se produjo un caso en el que 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 que era competencia de la

la Organización en cuestiones o asuntos de carácter político, militar, religioso o racial¹⁰⁷⁰. Lo cierto es que hasta los años 70, la actitud de la organización hacia

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). 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. Hay que señalar que hoy en día es uno de los miembros más activos de la Organización, y de hecho uno de los pocos Estados que han reconocido explícitamente a la Organización Internacional de Policía Criminal como organización intergubernamental. Por ejemplo en la actualidad, el Secretario General de la Organización -por lo tanto quien ostenta el poder ejecutivo- Ronald K. Noble, es un norteamericano.

¹⁰⁷⁰ Quizá este haya sido el motivo de la amplia implantación de la organización y, al mismo tiempo, su talón de Aquiles en tiempos recientes, en relación con el terrorismo, como trataremos de explicar, ya que como señala BASSIOUNI, Cherif (2002), "Legal Control of International Terrorism: A Policy Oriented Assessment", *Harvard International Law Journal* 43, 83-103, p. 93, INTERPOL no es siempre una organización particularmente eficaz porque "major powers, like the United States, do not fully trust it". En cuanto a esto la propia OIPC hizo una interpretación mediante la Resolución N° AGN/53/RES/7: "Application of Article 3 of the Constitution. TAKING INTO ACCOUNT Article 3 of the Organization's Constitution, The ICP0-INTERPOL General Assembly, meeting in Luxembourg from 4th to 11th September 1984 at its 53rd session: RECOMMENDS THAT, in order to facilitate the interpretation of Article 3, the principles listed below should be circulated to all departments responsible for crime prevention and law enforcement, and that they should be applied by both the NCBs and the General Secretariat.//I. RULES OF PROCEDURE- 1. Under Article 3 of the Constitution, the Organization is strictly forbidden" to undertake any intervention or activities of a political, military, religious or racial character". 2. A resolution adopted by the General Assembly in 1951 makes it clear that the scope of the Article covers "offences of a predominantly political, racial or religious character even if - in the requesting country - the facts amount to an offence against the ordinary law". 3. It is impossible to give a more precise definition of a political, military, religious or racial case. Each case has to be examined separately, with due consideration for the specific context 4. (...) II. ANALYSIS OF POSITIONS ADOPTED IN SPECIFIC INSTANCES. 1. Some of the acts included as offences in various national penal codes are by their very nature political, military, religious or racial (e.g. membership of a prohibited organization, the expression of certain prohibited opinions, offences involving the press, insulting the authorities, offences against the internal or external security of the State, desertion from the armed forces, treason, espionage, practising a prohibited religion, recruitment or propaganda for particular religions, membership of a racial association). Such acts come within the scope of Article 3. 2. Article 3 also covers any acts committed by politicians in connection with their political activities, even if those concerned are prosecuted after their fall from power and, in some cases, after they have fled abroad. The situation is different in the case of an offence committed by a politician acting as a private individual. 3. When offences are committed by persons with definite political motives but when the offences committed have no direct connection with the political life of the offenders' country or the cause for which they are fighting, the crime may no longer be deemed to come within the scope of Article 3. This is particularly true when offences are committed in countries which are not directly involved (i.e. outside the

el terrorismo era ambigua¹⁰⁷¹, aunque tal actitud debe ser contextualizada en un momento en el que el terrorismo no tenía, ni mucho menos, la significación actual, y en la que incluso la imagen cinematográfica del mismo era favorable, según los casos¹⁰⁷². Además no debe olvidarse que se trata de una organización de policía criminal, es decir, en principio volcada en la persecución de delitos ya cometidos.

"conflict area") and when the offences constitute a serious threat to personal freedom, life or property. Examples are cases in which: - police officers are killed or hostages are taken outside the conflict area, with a view to obtaining the release of an accomplice; - there is an attack on members of the general public outside the conflict area (for instance by leaving a bomb in a bank or throwing a grenade into a café). 4. Offences committed outside the conflict area in order to draw attention to a particular cause (aircraft hijackings, the taking of hostages, kidnappings) do not come within the scope of Article 3. 5. Generally speaking, a valid criterion is whether or not there is anything to connect the victims directly or indirectly with the aims or objectives pursued by the offenders, and with the countries in the conflict area or with the relevant political situation. 6. When assessing a particular case in the light of the provisions of Article 3 of the Constitution, the type of co-operation requested by the NCB concerned also has to be considered. When prevention is involved there is nothing to hinder the circulation of technical information, even if this has been obtained in connection with politically motivated cases. Similarly it must be possible to circulate information about potential aircraft hijackers or offenders likely to take hostages, provided that such circulars are not based solely on the fact that the person in question belongs to a particular political movement."

¹⁰⁷¹ Por ejemplo la resolución adoptada por su Asamblea General en 1951: "Request for international inquiries. The International Criminal Police Commission, meeting at its General Assembly in Lisbon, from June 10th to 15th, 1951; (...) RECOMMENDS to its members and to the Heads of the National Central Bureaus to see that no request for information, notice of persons wanted and, above all, no request for provisional arrest for offences of a predominantly political, racial or religious character, is ever sent to the International Bureau or to the National Central Bureaus, even if - in the requesting country - the facts amount to an offence against the ordinary law; DECIDES, in order to comply as nearly as possible with the provisions of article 1 of the Statutes, that in case of doubt with regard to the political, racial or religious character of a request, the Chief of the International Bureau, in agreement with the Secretary-General of the I.C.P.C., be authorized to suspend the circulation of any request for information or notice of persons wanted emanating from a National Central Bureau or any other police authority; the Secretary-General will get in touch with the requesting police authority in order to ask for such information as may be necessary to enable him to appreciate the exact nature of the acts and the true situation of the delinquents; (...)"

¹⁰⁷² En la película *Exodo* ("Exodus", United Artists, 1960), dirigida por Otto Preminger, con guión de Dalton Trumbo (sobre una novela de Leon Uris), y protagonizada por Paul Newman, las actividades del *Irgoun* (entre otras la voladura del Hotel Rey David), dirigidas por un tío del protagonista (Akiva) no dejan de estar justificadas, incluso por un discurso racional. Mucho más tarde en "Michael Collins" (1996, Geffen Pictures) dirigida por Neil Jordan y protagonizada por Liam Neeson, sobre el famoso terrorista del IRA y posterior jefe del ejército irlandés, ocurre más o menos lo mismo. Son "terroristas buenos".

La política de INTERPOL en relación con el terrorismo, ya activa en los años 70¹⁰⁷³, quedó totalmente revisada en los 80, debido a una serie de factores¹⁰⁷⁴. Sin embargo, tal evolución no es ni más ni menos rápida que la del Derecho internacional, con la entrada en vigor de una serie de convenciones relativas a aspectos parciales del fenómeno terrorista, tales como las convenciones sobre la seguridad de la aviación civil. La actitud de INTERPOL fue modificándose *pari passu* con la entrada en vigor de nuevo Derecho

¹⁰⁷³ Así, con diversas perífrasis, la organización empezó a referirse al terrorismo, a medida que éste adoptaba formas concretas: Resolution No. AGN/41/RES/7. Hostages and Blackmail CONSIDERING that certain aspects of modern international criminality, such as the holding of hostages with the intention of perpetrating blackmail or other forms of extortion, have developed to the extent of constituting a severe menace to the life and safety of persons as well as the security of property, The ICPO- INTERPOL General Assembly, meeting in Frankfurt from 19th to 26th September 1972 at its 41st session: RECOMMENDS that member countries take appropriate measures in order to prevent or suppress these forms of criminality, and co-operate among themselves utilising the existing machinery and services of INTERPOL, within the limits of Articles 2 and 3 of the Constitution of the Organization. También la Resolution No AGN/48/RES/8. Acts of Violence Committed by Organised Groups, MINDFUL of Article 3 of the Organization's Constitution, NOTING that in various countries organised groups, sometimes claiming to be ideologically motivated, commit acts of violence such as murder, wounding, kidnapping, hostage-taking, unlawful interference with civil aviation, arson and bombing, CONSIDERING that such acts of violence seriously jeopardise general public safety, NOTING that the operations of any one of these organised groups may affect several different countries (commission or preparation of offences, escape of the offenders), (...), THE ICPO-INTERPOL General Assembly, meeting in Nairobi from 4th to 11th September 1979 at its 48th session: RECOMMENDS that NCBs bring this to the attention of the appropriate authorities in their countries in order that: 1. All relevant measures may be taken to ensure the effective enforcement of the legal provisions intended to prevent and combat this form of criminal activity; 2. Existing legal provisions may be strengthened where necessary to meet general public safety requirements; 3. The Tokyo (1963), The Hague (1970) and the Montreal (1971) Conventions on civil aviation security may be ratified (where this has not already been done) and effectively enforced; RECOMMENDS that National Central Bureaus draw the attention of the appropriate authorities in their countries to the importance of adopting international conventions aimed at improved prevention and law enforcement in regard to acts of violence committed by organised groups; RECOMMENDS that international co-operation, within the framework provided by the ICPO-INTERPOL, in searching for members of organised groups responsible for serious crimes of violence and their accomplices, be developed as far as possible."

¹⁰⁷⁴ Entre los que cabe destacar la presión de los EEUU y el miedo a que la propia organización quedara marginada. DEFLEM, Mathieu, y MAYBIN, Lindsay C. (2005), "Interpol and the policing of International Terrorism: Developments and Dynamics Since September 11". *Terrorism: Research, Readings and Realities*. Lynne L. Snowden y Bradley C. Whitsel (eds.) Pearson, Upper Saddle River, New Jersey, 2005, p. 185

internacional en la materia¹⁰⁷⁵. Una actitud muy policial, por otra parte, según el principio de habilitación legal.

A raíz de los atentados de septiembre de 2001, la reacción de la Organización fue casi inmediata, adoptándose la Resolución AG-2001-RES-05¹⁰⁷⁶, y lanzando cincuenta y cinco notificaciones rojas y diecinueve azules¹⁰⁷⁷

¹⁰⁷⁵ Así aparece recogido en las resoluciones números AGN/50/RES/2, adoptada en Niza en 1981 (Tagging of Explosives), AGN/52/RES/9, Cannes 1983 (Terrorism), AGN/54/RES/1 Washington 1985 (International Terrorism and Unlawful interference with civil aviation), AGN/55/RES/3, Belgrado 1986 (Co-operation in terrorist cases), destacando la Resolución N° AGN/53/RES/6. Violent Crime Commonly Referred to as Terrorism, que por su interés reproducimos: "TAKING INTO ACCOUNT Article 3 of the Organization's Constitution, TAKING INTO ACCOUNT the Resolutions already adopted by the General Assembly and entitled: Requests for international enquiries (Resolution No. 14, Lisbon, 1951), Unlawful acts against international civil aviation (Resolution No. 3, Brussels, 1970), Hostages and blackmail (Resolution No. 7, Frankfurt, 1972), Unlawful acts of international concern (Resolution No. 6, Vienna, 1973), Safeguarding of international civil aviation (Resolution No. 3, Cannes, 1974), Acts of violence committed by organized groups (Resolution No. 8, Nairobi, 1979), CONSIDERING THAT: (a) in many countries there are organized groups engaging in violent criminal activities designed, by spreading terror or fear, to enable them to attain allegedly political objectives, (b) such activities are commonly covered by the term "terrorism,", that they constitute an international phenomenon and that they are connected with other forms of crime, (c) the types of crime committed in the context of terrorism include, in particular, attacks on human life and physical integrity, kidnapping, hostage-taking, unlawful interference with civil aviation and serious attacks on public or private property, AWARE THAT several international conventions covering such matters (the European Convention on the suppression of terrorism, the Organization of American States' Convention to prevent and punish acts of terrorism, the League of Arab States' Extradition Convention) do not admit exceptions for political reasons in extradition cases where certain serious crimes have been committed in the context of terrorism, ACKNOWLEDGING THAT: (a) by virtue of the principle of national sovereignty, the political character of any offence can only be determined by national legislation, (b) it is nonetheless essential to combat this type of crime which causes considerable damage in Member States, The ICPO-INTERPOL General Assembly, meeting in Luxembourg from 4th to 11th September 1984 at its 53rd session: ASKS the NCBs, while respecting the provisions of Article 3 of the Organization's Constitution, to co-operate as fully as possible to combat terrorism as far as their national laws permit."

¹⁰⁷⁶ Terrorist attack of 11 September 2001. The Interpol General Assembly, meeting in Budapest from 24 to 28 September 2001 at its 70th session: RECALLING the murderous attacks perpetrated against the world's citizens in the United States of America on 11 September 2001, SHOCKED by the loss of and injury to thousands of innocent lives from over 80 countries, including scores of police officers, firefighters and other public servants called to the scene to aid those in need, DETERMINED that this abhorrent violation of law and of the standards of human decency must be condemned by every civilized person, CONSCIOUS of our special responsibility as upholders of the laws of almost every nation of the world, BEARING IN MIND the consistent record of Interpol at past General Assembly sessions in opposing all acts of terrorism, most recently at the 67th session in Cairo (1998) and the 68th session in Seoul (1999), CONDEMNNS these attacks as cold-blooded mass murder; CONSIDERS that they constitute a crime against humanity; COMMENDS the General Secretariat for its swift and decisive response to the 11 September tragedy in establishing an

relativas a personas relacionadas con los atentados, entre otras medidas, tales como acuerdos con Europol en noviembre de 2001, o con el Consejo de ministros del interior árabes en marzo de 2002, para facilitar el intercambio de información con la comunidad policial árabe. Además hubo una serie de reorganizaciones estructurales¹⁰⁷⁸.

immediate and permanent 24-hour capability to respond to all Interpol member countries' needs; HONOURS the memory of the law enforcement officers, firefighters, emergency workers and private citizens who selflessly gave their lives to save others; SHARES in the grief of all those who have been touched by this tragedy and other tragedies caused by terrorism; REITERATES its unwavering commitment to the "Cairo Declaration against Terrorism" (AGN/67/RES/12) and calls for enhanced international police and judicial collaboration to tackle terrorism and organized crime more effectively, for example by exploring all opportunities to co-ordinate legal, judicial and operational approaches; EMPHASIZES the importance of making full use of the services available through Interpol to secure the arrest of fugitive offenders, to improve information sharing between member countries, to develop analysis of the threat more effectively and to facilitate the timely sharing of good practice; REQUESTS that the General Secretariat afford the highest priority to the issuance of Interpol Red Notices for terrorist offenders whose arrest is sought by member countries and to accelerate the creation of an international database of counterfeit, forged and stolen identity documents; URGES member countries to develop robust systems for the monitoring of suspicious financial transactions linked to terrorist activities in order to improve the ability of competent authorities to freeze such assets and so disrupt the funding of terrorism; SOLEMNLY PLEDGES that the Organization and each of its Members endorsing the present resolution will collaborate without reservation, to the fullest extent permitted by law, in identifying every individual who assisted in committing these acts and bringing those who were responsible for them to justice.

¹⁰⁷⁷ Interpol utiliza un sistema de notificaciones ("notices") con un código de colores para el intercambio de información relevante. Son las siguientes: La notificación roja (red notice) solicita la detención con miras a la extradición de una persona buscada, y se basa en una orden de detención. La notificación amarilla solicita localizar a personas desaparecidas, especialmente menores, o para descubrir la identidad de personas que son incapaces de identificarse a sí mismas. La notificación azul sirve para conseguir más información sobre la identidad de una persona o sus actividades delictivas en el marco de un asunto penal. La notificación negra se utiliza para descubrir la verdadera identidad de cadáveres sin identificar. La notificación naranja alerta a la policía, a los organismos públicos y a las demás organizaciones internacionales sobre materiales peligrosos, actos delictivos o hechos que representan un peligro potencial para la seguridad pública. Y la notificación verde advierte y facilita información sobre una persona que ha cometido delitos en un país y es probable que vuelva a cometerlos en otros países. Hay que destacar por último la que, a efectos de nuestro trabajo, resulta más significativa y que fue incorporada a raíz del 11-S: se trata de la notificación INTERPOL-ONU, que se utiliza para alertar a la policía sobre grupos y personas que son objeto de las sanciones impuestas por la ONU a Al Qaeda y los talibanes. Este sistema no es utilizado sólo por los Estados; como vemos es una herramienta fundamental para la ONU, y también para el TPI y los tribunales penales para la exYugoslavia y Ruanda, entre otros.

¹⁰⁷⁸ DEFLEM, Mathieu (2006), "Global Rule of Law or Global Rule of Law Enforcement? ...op.cit., p. 247.

Sobre todo, hay que destacar el papel que a la OIPC-INTERPOL le asigna la ONU en la lucha contra el terrorismo, en particular en la Resolución 60/288 de la Asamblea General sobre “Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo”, adoptada en 2006. En el anexo sobre el plan de acción contra el terrorismo, la Asamblea General anima en repetidas ocasiones a hacer uso de la OIPC como una de las herramientas fundamentales de la lucha contra tal fenómeno, colocándola a la altura de la UNODC, el FMI, el Banco Mundial, etc.¹⁰⁷⁹

¹⁰⁷⁹ “II. Medidas para prevenir y combatir el terrorismo (...) 8. Alentar a las organizaciones regionales y subregionales competentes a establecer o reforzar mecanismos o centros de lucha contra el terrorismo. En caso de que necesiten cooperación y asistencia a esos efectos, alentamos al Comité contra el Terrorismo y a su Dirección Ejecutiva y, cuando sea compatible con los mandatos existentes, a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y a la Organización Internacional de Policía Criminal, a facilitar dicha cooperación y la prestación de dicha asistencia. (...)11. Invitar al sistema de las Naciones Unidas a que, junto con los Estados Miembros, elabore una base de datos única y omnicompreensiva sobre incidentes biológicos, asegurándose de que complementa la base de datos sobre delitos biológicos prevista por la Organización Internacional de Policía Criminal. (...)14. Alentar (...) a seguir colaborando con los Estados, a petición de éstos, para facilitar la adopción de leyes y medidas (...) relativas al desplazamiento de terroristas, y determinar las mejores prácticas en esa materia, aprovechando, siempre que sea posible, las adoptadas por organizaciones técnicas internacionales, como la Organización de Aviación Civil Internacional, la Organización Mundial de Aduanas y la Organización Internacional de Policía Criminal; 15. Alentar al Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1267 (1999) a seguir trabajando para aumentar la eficacia de la prohibición de los viajes con arreglo al régimen de sanciones de las Naciones Unidas contra Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas (...). A ese respecto, alentamos a los Estados a divulgar información, incluso mediante una distribución amplia de las notificaciones especiales de la Organización Internacional de Policía Criminal y las Naciones Unidas sobre las personas que sean objeto de ese régimen de sanciones; 16. Intensificar las actividades y la cooperación a todos los niveles, según proceda, para mejorar la seguridad de la fabricación y expedición de documentos de identidad y de viaje, y prevenir y detectar su alteración o uso fraudulento, (...) A este respecto, invitamos a la Organización Internacional de Policía Criminal a mejorar su base de datos sobre documentos de viaje robados o extraviados y trataremos de usar plenamente ese instrumento, cuando proceda, en particular mediante el intercambio de la información pertinente; (...)III. Medidas destinadas a aumentar la capacidad de los Estados para prevenir el terrorismo y luchar contra él, y a fortalecer el papel del sistema de las Naciones Unidas a ese respecto (...) 8. Alentar al Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Organización Internacional de Policía Criminal a aumentar la colaboración con los Estados para ayudarlos a dar pleno cumplimiento a las normas y las obligaciones internacionales relativas a la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; (...) 13. Alentar (...) determinar y dar a conocer las mejores prácticas de prevención de los atentados terroristas contra objetivos especialmente vulnerables. Invitamos a la Organización Internacional de Policía Criminal a colaborar con el Secretario General para que pueda presentar propuestas a ese respecto....”

(ii). *Herramientas de ámbito regional*

Las iniciativas regionales de índole más o menos política en relación con el terrorismo han proliferado desde el 11-S, mediante tratados, declaraciones conjuntas, resoluciones no vinculantes, etc. ya en parte examinadas¹⁰⁸⁰. Dado por sentado que, al menos públicamente, y con escasas excepciones, la abrumadora mayoría de los Estados han manifestado su voluntad de cooperar contra el terrorismo, en este apartado seguimos refiriéndonos a las herramientas de índole policial-judicial. Hoy por hoy, el principal 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, lo limitado de su ámbito y lo excepcional que resulta en comparación, parecen aconsejar no extenderse demasiado. 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 peligros¹⁰⁸¹.

¹⁰⁸⁰ ODELLO, Marco (2010), "Organizaciones regionales y lucha contra el terrorismo". *Terrorismo sin fronteras. Actores escenarios y respuestas en un mundo global*. Carlos Ochoa Mateo (ed.). Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 175-193.

¹⁰⁸¹ 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 Autònoms. 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

- El marco europeo

En éste contexto operan, principalmente, tres organizaciones regionales: La Union Europea, el Consejo de Europa y la OSCE¹⁰⁸². Aunque las dos últimas se ocupan de la materia de la gobernabilidad y la formación de estructuras policiales democráticas, a lo que ya nos hemos referido, la única de éstas organizaciones que tiene una estructura policial estable es la UE. Es un hecho que el único ámbito en el que la cooperación policial institucionalizada se ha desarrollado más allá del punto de partida representado por Interpol es el europeo, a través del sistema de Schengen¹⁰⁸³, Eurojust¹⁰⁸⁴ y la Oficina Europea de Policía (Europol)¹⁰⁸⁵. Cuenta además con un mecanismo

relativas al derecho a la intimidad y que exista cierto control sobre el flujo de información por parte de las autoridades judiciales.”

¹⁰⁸² No está en el origen de la OSCE –como CSCE- la voluntad de crear organismos subordinados, sino el favorecimiento de la cooperación política ATHANASIOU, Emmanouil, (2004), «La dimension humaine de l’OSCE et la lutte contre le terrorisme». *Droits Fondamentaux*, n° 4, pp. 25-45.

¹⁰⁸³ Uno de los desarrollos de Schengen es su sistema integrado de intercambio de información (SIRENE), que en el ámbito europeo se superpone a la red de INTERPOL en ciertos aspectos.

¹⁰⁸⁴ Eurojust, cómo la Euroorden, procede de las conclusiones adoptadas por el Consejo de Ministros de la Unión los días 15 y 16 de octubre de 1999 en la cumbre celebrada en Tampere (Finlandia), (apartados B y C del documento final): 1. Reconocimiento mutuo de las sentencias y otras resoluciones judiciales como piedra angular de la cooperación judicial en el ámbito de la Unión 6. 2. Supresión del mecanismo de la extradición para las personas condenadas por sentencia firme y su sustitución por el simple traslado de dichas personas. 3. Creación de equipos conjuntos de investigación en la lucha contra el tráfico de drogas, la trata de seres humanos y el terrorismo. 4. Creación de una Unidad (EUROJUST) integrada por fiscales, magistrados o agentes de policía de competencia equivalente para facilitar la coordinación de las autoridades nacionales, apoyar las investigaciones penales en los casos de delincuencia organizada y simplificar la ejecución de comisiones rogatorias en estrecha cooperación con la Red Judicial Europea.

¹⁰⁸⁵ Desde la aprobación del Acta Única, con la prevista caída de las fronteras, la idea de una estructura policial europea de carácter permanente no solo fue comúnmente aceptada, sino que determinó la pronta adopción de medidas. La opinión generalmente compartida de que Interpol atravesaba una crisis, en la que se puso en duda su eficacia, no es ajeno a este planteamiento. En 1988 John Alderson, un ex jefe de policía británico aportó el nombre de Europol -cuyo parecido con Interpol no debe ser casual- como denominación de esa estructura europea. También es británica la idea de que sea la lucha contra el tráfico ilícito de drogas el sector inicial sobre el que se monte la estructura en cuestión. (Cfr. GREGORY, F.E.C. (1992): “Cooperación policial e integración en la Comunidad Europea: propuestas, problemas y perspectivas”. Boletín de Documentación del Ministerio del Interior, N° 128. Abril-junio 1992). En 1989 el Ministro del Interior británico, Douglas Hurd, propuso que los Estados de la CEE desarrollaran una “unidad de información sobre drogas”, con base en la experiencia constituida

extraordinariamente eficaz, que es la Euroorden, que ha determinado la desaparición, a escala europea, del requisito de la doble incriminación, en beneficio de un “reconocimiento” o confianza mutuos entre Estados¹⁰⁸⁶. Además, tras los atentados del 11-S se ha ido desarrollando a grandes pasos lo que podíamos llamar el modelo europeo de lucha contra el terrorismo¹⁰⁸⁷, preexistente en sus líneas maestras a los atentados, y que, a pesar de sus imperfecciones y de la actitud un tanto cínica de algunos Estados del viejo continente, se caracteriza por haber apostado por la profundización en el marco policial-judicial; de hecho la Euroorden se ha definido cómo una “hija prematura del 11-S”, en algunas críticas¹⁰⁸⁸.

por la Unidad de Información Nacional sobre Drogas de propio Reino Unido. El tema se planteó en la cumbre de TREVÍ de Dublin en 1990, aunque sin mucho éxito, ya que los Estados solo se comprometieron a estudiar la cuestión. No obstante, la UDE, fue precisamente eso. El proceso oficial se inició en el seno de Trevi, con la constitución de un grupo *ad hoc*, que elaboró el documento de trabajo sobre el que se basa el artículo K1, punto 9, del Tratado de Maastrich, que implica el nacimiento de Europol al mundo del Derecho. Dentro del llamado Tercer Pilar se constituyó el Grupo de Trabajo de Europol. El Consejo de 26 y 27 de junio de 1992 en Lisboa instó la elaboración del correspondiente convenio para la creación de Europol. En la reunión de ministros de justicia e interior de 18 de septiembre de 1992, se fijó como objetivo el poner en funcionamiento la estructura policial europea en enero de 1993. Sin embargo, las negociaciones del convenio encontraron ciertas resistencias, por lo que el 2 de junio de 1993 se firmó en Copenhague un acuerdo ministerial -en el marco del Consejo de ministros- para el establecimiento de la Unidad de Drogas de Europol. La sede se fijó en la Haya por el Consejo Europeo de Estrasburgo en 1993, iniciando las operaciones el 3 de enero de 1994. CORTES MARQUEZ, (2003), “Europol: presente y futuro”, *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 28, pp.11-18.

¹⁰⁸⁶ SÁNCHEZ LEGIDO, Angel (2007), “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”. *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 14, CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús (2007), “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea”. *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº14. URREA CORRES, Mariola (2001), “La Orden europea de detención, captura y entrega”, *REDI*, Vol. 53, Nº 1, pp. 707-711.

¹⁰⁸⁷ RAMON CHORNET, Consuelo (2010) “Sobre las exigencias del respeto a los derechos y libertades en la estrategia antiterrorista de la UE. Hacia un modelo europeo de lucha contra el terrorismo”. *Terrorismo sin fronteras. Actores escenarios y respuestas en un mundo global*. Carlos Ochoa Mateo (ed.). Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 195-212. También BENÍTEZ, Rafael A. (2003), “Un nuevo convenio anti-terrorista para Europa”. *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 7.

¹⁰⁸⁸ SÁNCHEZ LEGIDO, Angel (2007), “La euro-orden, el principio de doble incriminación ... op.cit. p. 4-5. Sin embargo, desde una perspectiva distinta ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto, (2005), “Nuevos instrumentos de cooperación judicial: la orden europea de detención”, *Estudios Jurídicos 2004*, Centro de Estudios Jurídicos, pp. 1441-1464, como fiscal, celebra la Euroorden cómo una magnífica herramienta. La Euroorden se aprobó durante la presidencia española mediante Decisión Marco de 13 de junio de 2002, y éste último autor destaca sus características más acusadas: “a) Cooperación judicial directa entre autoridades judiciales: se

Europol, por su parte, se diferencia de INTERPOL sobre todo por ser una organización basada en un convenio internacional¹⁰⁸⁹, aunque sus funciones básicas de cooperación policial –que incluye sin reservas la lucha contra el terrorismo- no difieren globalmente de las de Interpol¹⁰⁹⁰.

- Otros marcos regionales

El ámbito americano es quizá el que más posibilidades tendría para que cuajara una estructura de cooperación policial continental; hay una serie de aspectos culturales e históricos que lo convierten en un marco muy homogéneo. Hay además una especial incidencia de un tipo de delincuencia típicamente regional¹⁰⁹¹. No obstante, es evidente la desconfianza de EEUU hacia tal tipo de estructuras, como hemos tenido ocasión de ver en el breve

sustituye el lento procedimiento de la extradición mediante la supresión de la intervención gubernativa, innecesaria como consecuencia del principio de confianza, y la agilización del procedimiento judicial. b) Amplia supresión del principio de la doble incriminación y reducción al mínimo de los motivos de denegación. c) Creación de un documento único, sencillo y breve, que conlleva una reducción de trámites y de documentación a remitir. d) Reducción de los plazos sobre la tramitación y decisión de la entrega del reclamado. e) Inclusión de mecanismos que, como la entrega temporal, permiten la agilización de la cooperación judicial y la acción de la justicia.”

¹⁰⁸⁹ El texto fundamental por el que se rige Europol es su tratado constitutivo de 26 de julio de 1995. Se trata de un tratado internacional intergubernamental, formalmente clásico, aunque celebrado en aplicación del artículo K.3 del tratado de Maastrich. El Consejo, a través de un Acto, El 95/C 316/01 de esa fecha, hizo tal recomendación. No obstante, así como Interpol parece poseer casi todas las características de una organización internacional intergubernamental, en el caso de Europol nos encontramos con otro tipo de problema, ya que no tiene una entidad diferenciable de la Unión Europea.

¹⁰⁹⁰ En cuanto a una comparativa entre INTERPOL y Europol respecto de la respuesta al terrorismo, en DEFLEM Mathieu (2007) “International Police Cooperation against Terrorism: Interpol and Europol in Comparison”. *Understanding and Responding to Terrorism*, H. Durmaz et Al. (Eds.), IOS Press, pp. 17-24. El artículo 2 del Tratado EUROPOL, en su punto 1, fijaba como objetivo general el “mejorar, en el marco de la cooperación entre los Estados miembros, de conformidad con el punto K.9 del Tratado de la unión Europea, por medio de las actividades que se enumeran en el presente Convenio, la eficacia de los servicios competentes de los Estados miembros y la cooperación entre los mismos”, y como fines específicos “la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de estupefacientes y otras formas graves de delincuencia internacional”, pero “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, de tal modo que, debido al alcance, gravedad y consecuencias de los actos delictivos, se requiera una actuación común de los Estados miembros”.

¹⁰⁹¹ DÍAZ BARRADO, Cástor Miguel (2010), “La lucha contra delincuencia organizada en el espacio iberoamericano”. *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 20.

examen sobre INTERPOL. No quiere esto decir que los EEUU quieran el aislamiento, pero sí hay una evidente voluntad de liderazgo en la cooperación, no aceptado por la mayoría de los Estados. De ahí que los EEUU hayan tendido más a la cooperación de tipo bilateral, no sólo en el continente americano¹⁰⁹². Esto, cómo es lógico, condiciona todo lo demás, puesto que lo que determina el éxito de la cooperación policial es la reciprocidad. El marco institucional en el continente es pues escaso, y mayoritariamente vinculado a la Organización de Estados Americanos¹⁰⁹³. Con todo, la iniciativa representada por AMERIPOL¹⁰⁹⁴, indica que el ejemplo europeo ha marcado un camino mucho más asumible. La Comunidad de Policías de América (AMERIPOL), no obstante, tiene su campo de acción natural en la lucha contra el narcotráfico o el narcoterrorismo, el verdadero problema del subcontinente, no ya en términos

¹⁰⁹² DEFLEM, Mathieu (2005), "International Policing: Role of the US". *Enciclopedia of Criminology*, Routledge, Nueva York, pp. 808-812, p.809. (2004), "The Boundaries of International Cooperation: problems and Prospects of US-Mexican Police Relations". *Police Corruption: Challenges for Developed Countries. Comparative Issues and Comissions of Inquiry*. M. Amir y S. Einstein (eds.), Huntsville. Pp. 93-122, (2001), "International Police Cooperation in North America: a Review of Practices, strategies and Goals in the United States Mexico and Canada". *International Police Cooperation. A World Perspective*". Daniel J. Koenig y Dilip K. Das, (Eds.) Lexinton Books, New York, Oxford., pp. 71-97.

¹⁰⁹³ ZAGARIS, Bruce (2010) "International Enforcement Law Trends for 2010 and Beyond: Can the Cops keep up with the Criminals?" *Suffolk Transnational Law Review* Vol. 34, Book 1, p. 27: "However, the real problem is the absence of strong regional frameworks and institutions for criminal justice and law enforcement. The U.S. government has never prioritized working with, or creating, multilateral institutions. Instead, it has created ad hoc bilateral law enforcement working groups without their own resources". Entre las iniciativas y estructuras de la OEA está la Reunión Extraordinaria de Ministros de Justicia de las Américas (REMJA), el CICAD o el CICTE.

¹⁰⁹⁴ La Comunidad de Policías de América (AMERIPOL), la cual nace durante el III Encuentro de Directores, Comandantes y Jefes de Policías de Latinoamérica y El Caribe, desarrollado en Bogotá D.C., del 12 al 15 de noviembre del año 2007. Es un claro instrumento de cooperación policial regional, al que se han sumado los cuerpos policiales de casi todos los Estados de America –incluyendo la policía cubana–, con excepciones como la de los EEUU. Sólo la DEA tiene estatuto de observador permanente.

http://www.ameripol.org/portalAmeripol/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_pageLabel=portal_portal_page_m2p1p2&content_id=20088&folderNode=26017&folderNode1=26028

Estatuto de AMERIPOL en

http://oasportal.policia.gov.col/portal/page/portal/SERVICIOS_AL_CIUDADANO/Enlaces_interes/AMERI-

de salud pública, sino como evidente factor de desestabilización de gobiernos¹⁰⁹⁵.

En el marco subregional de la ASEAN¹⁰⁹⁶ existe una iniciativa parecida, ASEANAPOL, aunque no parece pasar de ser, por el momento, más que una conferencia periódica de jefes de policía, con una estructura administrativa (secretariado) permanente, pero rudimentaria¹⁰⁹⁷, y en realidad muy dependiente de la estructura regional de INTERPOL, una de las más antiguas. La ASEAN, sin embargo parece muy preocupada por el problema del terrorismo, dado que, a diferencia de América, el narcotráfico parece ir en buena medida en apoyo de aquel, y no al revés¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁵ El 27 de agosto de 2009, se celebró en Brasil la II Cumbre de la Comunidad de Policías de América (AMERIPOL), en el marco de dicha reunión, Jefes policiales de América Latina se reunieron para discutir el combate conjunto del crimen organizado transfronterizo.

¹⁰⁹⁶ La ASEAN, nacida en el contexto de la Guerra Fría, se ha ampliado incluyendo a estados como Vietnam, pero sigue siendo en muchos aspectos una estructura débil por la heterogeneidad de sus miembros. LEVITER, Lee (2010), "The ASEAN Charter: ASEAN Failure or Member Failure?" *International Law and Politics*, vol. 43, pp. 159-210.

¹⁰⁹⁷ No se encuentra mucha información respecto a ASEANAPOL, 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, y en otras anteriores. En todas ellas hay una especial referencia a la cooperación antiterrorista regional, como por ejemplo la del la mencionada 28ª Conferencia: "8.2. Terrorism. 8.2.1. To reinforce and further forge cooperation amongst member countries in preventing and suppressing terrorist activities; 8.2.2. To continue developing capabilities amongst all member countries through focused training, sharing of experiences and best practices; 8.2.3. To strengthen and implement strategies for the detection, deterrence, rehabilitation, de-radicalisation and community engagement in tackling terrorism in ASEAN countries; 8.2.4. To proactively continue to enhance timely and accurate exchange of information on terrorists, terrorist organisations, their modus operandi and activities; 8.2.5. To strengthen the commitment amongst member countries in the timely provision of assistance including tracing, freezing and confiscating assets related to financing of terrorism, in accordance with the laws of each respective country; 8.2.6. To note the importance of ASEANAPOL member countries support and assistance in the event of dealing with the aftermath of terrorists attacks; 8.2.7. To note the report of the 1st Working Group Meeting on ASEANAPOL Communication and Coordination Protocol for Crisis Management held in Singapore in March 2008; 8.2.8. To direct the Working Group to continue and complete its deliberation on the protocol with view to engage and enhance cooperation with INTERPOL through coherent channel of coordination and communication to strengthen the support and assistance needed from ASEANAPOL member countries".

¹⁰⁹⁸ Ejemplos de ello en <http://www.aseansec.org/5620.htm>, 2001 ASEAN Declaration on Joint Action to Counter Terrorism, en el mismo sentido, el documento ASEAN Efforts to Counter Terrorism <http://www.aseansec.org/14396.htm>, y la declaración conjunta de la ASEAN y la UE en su 14º reunión ministerial en Bruselas, (2003): que recogía, entre otros objetivos " ... Early conclusion and adoption of the Comprehensive Convention on International Terrorism and the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism; Early entry into force of the United Nations Convention against Trans-national Organised Crime and its protocols;

Este tipo de iniciativas 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 a día de hoy la única estructura que quizá mejora a INTERPOL en un ámbito regional es la de la UE, lo que no sirve de gran cosa a efectos globales más que como ejemplo a seguir.

4.3. El enfoque del Derecho de los Conflictos Armados

4.3.A. La lucha contra el terrorismo como conflicto armado.

a. Aplicabilidad del DIH a la lucha contra el terrorismo

Planteadas así las cosas, ¿cabe imaginar un escenario alternativo al policial-judicial para la lucha contra el terrorismo? La pregunta es retórica; no sólo cabe imaginarlo, sino que lo hemos estado viviendo¹⁰⁹⁹. La expresión de guerra al terrorismo aplicado a las acciones militares y de otra índole emprendidas sobre todo por los EEUU, no es un recurso retórico sino una descripción de la situación de hecho como un conflicto armado que implica a actores no estatales, y determina la automática aplicación del DIH, excluyendo, en la visión sostenida por los EEUU, la aplicación del DIDH fuera de sus fronteras, como hemos visto en otras partes del trabajo. Pero independientemente de la situación de hecho hay que preguntarse hasta que punto esto es sostenible jurídicamente. En principio, el artículo 51 de la Carta

Exchange of information on measures in the fight against terrorism, including on the development of more effective policies and legal, regulatory and administrative frameworks for the fight against terrorism; Strengthening links between Law Enforcement agencies of EU and ASEAN member states, as well as with EUROPOL and ASEANAPOL, to promote practical co-operation on counter terrorism and organised crime; ...” <http://www.aseansec.org/14030.htm>.

¹⁰⁹⁹ Hay quien sostiene que los EEUU se han visto obligados a acudir al paradigma bélico en su lucha contra Al-Qaeda, dadas las dimensiones de la amenaza: capacidad para acciones militares de mayor envergadura, capacidad logística, etc. NEUMAN, Gerald L., (2004), “Comment, Counter-terrorist Operations and the Rule of Law”. *EJIL*, Vol. 15, Nº 5, pp. 1019–1029. Por otro lado, el DIH es indiferente al *ius ad bellum*, y pretende regir el uso de la fuerza en el conflicto armado sin valorar si hay o no causa justa. SCHABAS, William A. (2007), “Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, ... op.cit. p. 606-613.

de las Naciones Unidas exige la existencia de un ataque armado para apreciar la situación que autoriza la legítima defensa, sin que incluya explícitamente la necesidad de que tal ataque sea perpetrado por un Estado. Hemos visto también la introducción de conceptos como los conflictos extraestatales, que plantean la cuestión de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra a situaciones en las que uno de los intervinientes no sea parte en ellos, llevando a un escenario en el que difícilmente se puede llegar a una conclusión definitiva.

Este punto de vista, de todas formas, no es del todo nuevo, y tiene su origen en la posibilidad de que grupos terroristas estuvieran apoyados y/o utilizados por actores estatales con lo que se convertirían en formas de agresión por parte de un Estado contra otro¹¹⁰⁰. Tampoco es nuevo el uso de fuerzas militares contra el terrorismo ni la implicación de las mismas en actividades de corte policial, no sólo contra el terrorismo sino contra otras formas de delincuencia a gran escala y componente transnacional tales como el tráfico de estupefacientes o la piratería. Lo que resultó hasta cierto punto nuevo es la calificación como guerra –conflicto armado- de tal escenario en sí mismo, no simplemente contextualizado en un conflicto armado simultáneo o preexistente¹¹⁰¹.

Por otro lado tampoco se pueden encontrar demasiados apoyos en las Resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al terrorismo posteriores a septiembre de 2001. En concreto, la Resolución 1368 se limitó a condenar los ataques terroristas contra los EEUU y a recordar los instrumentos ya existentes, aunque calificando tales hechos como una “amenaza a la paz”¹¹⁰².

¹¹⁰⁰ Conforme a la Resolución 3314 (XXIX) de la AGNU, ya mencionada.

¹¹⁰¹ Una vez más uno de los problemas estriba en las traducciones. “Use of force”, en el contexto de las resoluciones del Consejo de Seguridad significa uso de la fuerza militar; la autorización para adoptar las “medidas necesarias” incluye el uso de la fuerza, y se materializa a través de autorizaciones, no obligaciones. Por ello el establecer una identidad entre uso de la fuerza y conflicto armado es problemática, cómo mínimo, MRÁZEK, Josef (2010), “Armed Conflicts and the Use of Force”, *CYL* 1, pp. 87-109, TAVERNIER, Paul (2010), “Consequences of the Application of International Humanitarian Law in the Struggle against Terrorism”, *CYL* 1, pp. 65-72, ROBERTS, Adam (2002), “Counter-terrorism, Armed Force and the Laws of War ... op.cit.

¹¹⁰² Resolución 1368: “Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter, 1. Unequivocally condemns in the strongest terms the horrifying terrorist attacks which took place on 11 September 2001 in New York, Washington, D.C. and

La resolución 1373, por su parte estableció, bajo el paraguas del Capítulo VII de la carta una serie de medidas dirigidas a combatir el terrorismo, pero que podrían perfectamente ser interpretadas como medidas gubernativas, policiales y judiciales que no implican el reconocimiento de un conflicto armado¹¹⁰³.

Se ha acusado al Consejo de Seguridad de extralimitarse un tanto en estas medidas¹¹⁰⁴ -toda vez que no es necesario estar recordando continuamente la existencia de tratados y obligaciones a las partes obligadas por ellos- e incluso de estar ensayando las formas de un gobierno mundial¹¹⁰⁵. Sobre todo en lo que se refiere a las condenas de los sucesivos actos terroristas masivos como los de Bali, Moscú, Madrid y Londres, recordando cada vez su carácter de amenaza a la paz¹¹⁰⁶. Pero en cualquier caso, lo que no se puede encontrar es una explícita llamada a la adopción de medidas militares bajo el régimen del DIH, aunque estas tampoco queden

Pennsylvania and regards such acts, like any act of international terrorism, as a threat to international peace and security ...”

¹¹⁰³ Por ejemplo el punto 4 de la Resolución es de corte netamente policial-judicial: “4. Notes with concern the close connection between international terrorism and transnational organized crime, illicit drugs, money-laundering, illegal armstrafficking, and illegal movement of nuclear, chemical, biological and other potentially deadly materials, and in this regard emphasizes the need to enhance coordination of efforts on national, subregional, regional and international levels in order to strengthen a global response to this serious challenge and threat to international security;” También es interesante el análisis de FITZPATRICK, Regina (2003), “Speaking Law to Power: The War Against Terrorism and Human Rights”. *EJIL*, vol. 14. Nº 2, pp. 241-264, p.248.251.

¹¹⁰⁴ Dado que en realidad el marco jurídico ha cambiado muy poco, hay quien sostiene que el Consejo de Seguridad de ha “reinventado” y “ejercido sus poderes de una manera creativa”. TAMS, Christian J. (2009) “The Use of Force against Terrorists ... op.cit. p. 374.

¹¹⁰⁵ BIANCHI, Andrea (2006), “Assessing the Effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion”. *EJIL*, Vol. 17 No. 5, 881–919, p. 890.

¹¹⁰⁶ Resoluciones 1438 (2002), 1440 (2002), 1530 (2004) y 1611 (2005). Por todas, se puede citar la última ya que sus contenidos son prácticamente idénticos: “The Security Council, Reaffirming the purposes and principles of the Charter of the United Nations and its relevant resolutions, in particular its resolutions 1373 (2001) of 28 September 2001 and 1566 (2004) of 8 October 2004, Reaffirming the need to combat by all means, in accordance with the Charter of the United Nations, threats to international peace and security caused by terrorist acts, 1. Condemns without reservation the terrorist attacks in London on 7 July 2005, and regards any act of terrorism as a threat to peace and security; 2. Expresses its deepest sympathy and condolences to the victims of these terrorist attacks and their families, and to the people and Government of the United Kingdom; 3. Urges all States, in accordance with their obligations under resolution 1373 (2001), to cooperate actively in efforts to find and bring to justice the perpetrators, organizers and sponsors of these barbaric acts; 4. Expresses its utmost determination to combat terrorism, in accordance with its responsibilities under the Charter of the United Nations”. El punto 4 parece referirse a una acción de tipo policial-judicial.

descartadas¹¹⁰⁷. De hecho, la Asamblea General en su resolución 60/158 de 2009, sobre “Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo” hace repetidas menciones al DIH¹¹⁰⁸, como también veremos en el caso de las resoluciones sobre la piratería. Extraer la conclusión de que la mención al DIH convierte al fenómeno analizado en una guerra, es excesivo; parece que deba interpretarse más bien en el sentido de que se recuerda la obligación de respeto del DIH en aquellos casos en que este llegue a operar. La Resolución, desde su encabezamiento, enmarca básicamente la lucha contra el terrorismo en la cooperación a todos los niveles, incluido el policial-judicial, regido por el DIDH.

Las opiniones doctrinales posteriores al 11-S tienen la ventaja de haber podido examinar la cuestión sobre la base de la práctica. Así, según algunos sostienen, el verdadero elemento diferenciador 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-S¹¹⁰⁹, así

¹¹⁰⁷ LOPEZ-JACOISTE DIAZ, Eugenia (2010), “Instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo”. en *Terrorismo sin fronteras. Actores, escenarios y respuestas en un mundo global*. Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 153-174., p. 165. Recuerda ésta autora que aunque ha invocado el artículo VII de la Carta, el Consejo de Seguridad no ha autorizado el uso de la fuerza.

¹¹⁰⁸ Documento A/RES/60/158: “Reconociendo la importante contribución de las medidas adoptadas contra el terrorismo en todos los niveles, de conformidad con el derecho internacional, en particular las normas internacionales en materia de derechos humanos y refugiados y el derecho humanitario, al funcionamiento de las instituciones democráticas y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (...)1. Reafirma que los Estados deben cerciorarse de que las medidas que se adopten para combatir el terrorismo estén en consonancia con las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional, en particular las normas internacionales relativas a los derechos humanos y a los refugiados y el derecho humanitario;

¹¹⁰⁹ Por ejemplo es el caso del General de División (cuerpo jurídico) ALTENBURG, John D. (2009), “Just Three Mistakes!” *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, 2009, 11-19, p. 13: “The U.S. is at war with al-Qaeda and Taliban members who support it. When the war began is a point worth discussing. Some argue that it began in 1993 when al-Qaeda operatives bombed the World Trade Center in New York City. This event is now characterized as World Trade Center I. Others argue that it began in 1996 when Osama bin Laden declared war on the U.S. or in 1998 when he repeated the declaration and specified that his operatives should target and kill American civilians worldwide. Nearly all would agree that bombing two U.S. embassies in western Africa in 1998 or attacking a U.S. warship in 2000 qualify as wartime actions. There should be no doubt that the 2001 attacks on the World Trade Center in New York City and the Pentagon in Washington, D.C. ensured a state of war between al-Qaeda and the U.S. But there are some who claim that because al-Qaeda is a non-state actor all the events discussed above amount to mere criminal activity that should be prosecuted with the domestic criminal law

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 no estatales.

Hay quien, 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”¹¹¹⁰. 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 guerra¹¹¹¹. No se puede negar que la situación es muy compleja¹¹¹².

Lo que convierte en un tanto sospechosa la alternativa bélica es que calificar a una situación como conflicto armado puede implicar la entrada en juego del régimen excepcional del DIH, y hay que preguntarse si esto se hace por eludir un procedimiento ya establecido¹¹¹³. Lo cierto es que, en forma

system”. También 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.

¹¹¹⁰ MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing* ...op.cit., p. 266-267, lo caracteriza como una “campaña” que implica no sólo medios militares sino policiales, etc., algo que también sostenemos.

¹¹¹¹ 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.

¹¹¹² Sobre la complejidad y la imbricación del terrorismo en los conflictos modernos, desde una perspectiva ideológica, STEPANOVA, Ekaterina (2008), *Terrorism in Asymmetrical Conflict. Ideological and Structural Aspects*. SIPRI Research Report No. 23. OXFORD UNIVERSITY PRESS.

¹¹¹³ A/HRC/14/24/Add.6. (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado, punto 48: “Although the appeal of an armed conflict paradigm to address terrorism is obvious, so too is the significant potential for abuse. Internal unrest as a result of insurgency or other violence by non-state armed groups, and even terrorism, are common in many parts of the world. If States unilaterally extend the law of armed conflict to situations that are essentially matters of law enforcement that must, under international law, be dealt with under the framework of human

abrumadoramente mayoritaria, hasta los años ochenta del siglo XX, se entendía al terrorismo como una cuestión de carácter criminal¹¹¹⁴ que debía ser enfrentada con medios policiales y bajo el régimen del DIDH, con las derogaciones permitidas por los distintos convenios¹¹¹⁵, en particular en relación con la detención gubernativa. Que actos con la categoría de terroristas tengan lugar durante un conflicto armado no autoriza a extender el régimen del DIH a cualquier acto terrorista por muy grande que sea la escala en la que este se produce, ya que la elección de un régimen u otro por los Estados conduce, como ya hemos visto en otro momento, a la politización de los convenios, y sobre todo a proyectar sombras de duda sobre los verdaderos motivos.

b. La importancia del contexto en materia de detención

Lo que nos importa de todo esto es determinar que incidencia tendría la aplicación práctica de dicho punto de vista en materia de detención de personas¹¹¹⁶ e, incidentalmente, en otras acciones relacionadas con la

rights, they are not only effectively declaring war against a particular group, but eviscerating key and necessary distinctions between international law frameworks that restricts States' ability to kill arbitrarily."

¹¹¹⁴ TAMS, Christian J., (2009), "The Use of Force against Terrorists ... op.cit., p. 362-365.

¹¹¹⁵ Sobre el tema de las derogaciones, entre otras, conviene examinar la sentencia del TEDH en Ireland v. the United Kingdom (Application no. 5310/71), de 18 de enero de 1978. En sus párrafos 206 y ss. "206. The Contracting States may make use of their right of derogation only "to the extent strictly required by the exigencies of the situation". The Irish Government consider the "extent strictly required" to have been exceeded, whereas the British Government and the Commission assert the contrary. (...) 207. The limits on the Court's powers of review (...) are particularly apparent where Article 15 (...) is concerned. It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for "the life of [its] nation", to determine whether that life is threatened by a "public emergency" and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 para. 1 (...) leaves those authorities a wide margin of appreciation. Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect. The Court, which, with the Commission, is responsible for ensuring the observance of the States' engagements (...), is empowered to rule on whether the States have gone beyond the "extent strictly required by the exigencies" of the crisis (Lawless judgment of 1 July 1961, Series A no. 3, p. 55, para. 22, and pp. 57-59, paras. 36-38). The domestic margin of appreciation is thus accompanied by a European supervision."

¹¹¹⁶ Lo cierto es que si no se acepta, cómo en nuestro caso, la idea de la posibilidad de algo como el conflicto armado contra el terror, todo lo demás se cae por su base. De todas formas

detención, tales como el interrogatorio, o la muerte de presuntos terroristas como alternativa legítima a dicha detención. En este sentido y sin entrar aún en el fondo del problema, habría que eliminar algunos enfoques a veces encontrados incluso entre la doctrina especializada¹¹¹⁷.

El primero de estos enfoques es el que se refiere al estatuto de los terroristas capturados. El razonamiento usual 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 la doctrina sobre el Derecho de los Conflictos Armados distingue claramente entre aquellos combatientes legítimos, acreedores al estatuto de prisionero de guerra, y aquellos ilegítimos, por no reunir las condiciones del DIH, no acreedores a tal estatuto y a la inmunidad del combatiente, y sujetos por lo tanto a la persecución penal¹¹¹⁸. Atendiendo a la naturaleza de las acciones terroristas, caben pocas dudas de que quienes las ejecutan entrarían en ésta segunda categoría¹¹¹⁹.

El segundo enfoque consiste en olvidar que el Derecho de los Conflictos Armados, o para ser más exactos, su quiebra, da lugar a la persecución penal. La diferencia con respecto al enfoque policial-judicial clásico estriba en que, desmenuzando las acciones terroristas en quiebras individualizadas del Derecho de la Guerra, dicha persecución deja de estar ubicada exclusivamente en el ámbito doméstico y pasa al de la jurisdicción universal, como algunos otros¹¹²⁰. En este caso, y con matices, en principio

hay que analizarlo. Nuestra postura es que los detenidos en Afganistán en la primera fase de guerra internacional son o prisioneros de guerra o criminales que deben ser juzgados conforme a las legislaciones internas y el DIH que sí prevé el derecho a un juicio en un plazo razonable. MCDONALD, Avril (2002), "Defining the War on Terror and the Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich". *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften Heft 4*, pp. 206-209.

¹¹¹⁷ ERICKSON, R.J. (1989), *Legitimate Use of Military Force Against State-sponsored International Terrorism*, op.cit., p. 50.

¹¹¹⁸ ROBERTS, Adam (2002), "Counter-terrorism, Armed Force and the Laws of War". *Survival* (quarterly journal of IISS, London), vol. 44, Nº 1, pp. 7-32.

¹¹¹⁹ ALDRICH, George H. (2002), "The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants". *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften Heft 4*, pp. 202-206.

¹¹²⁰ En el caso Galic (5 de diciembre de 2003) el tribunal halló al acusado culpable de "acts of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population as set forth in Article 51 of the Additional Protocol as a violation of the laws or customs of war under

cualquier Estado está legitimado para ejercer la acción penal, además del TPI. Y esto ya estaba planteado así antes de la creación de los diferentes tribunales penales internacionales¹¹²¹.

Al estudiar el régimen de la detención en el marco del conflicto armado ya hemos visto y razonado las distintas categorías de detenidos y los distintos regímenes de protección, por lo que huelga repetir ahora el análisis. Lo mismo cabe decir en el marco del DIDH y el modelo policial-judicial. Es claro que el debate se plantea ahora en el campo del conflicto armado internacional, o en el de un nuevo concepto de conflicto no internacional sin un ámbito espacial concreto¹¹²², ya que el interno puro se regiría, para sus Estados partes, por el Protocolo II a los convenios de Ginebra, pero básicamente por el derecho interno del Estado afectado, con mayor o menor incidencia del DIDH. Ese nuevo tipo de conflicto no internacional se regiría básicamente por el artículo 3 común a los convenios de Ginebra, conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de los EEUU en el caso *Hamdan v. Rumsfeld*¹¹²³. Existe además una

Article 3 of the Statute of the Tribunal” ICTY, Prosecutor v. Stanislav Galic, Case No. IT-98-29-T, Judgement and Opinion.

¹¹²¹ Aunque últimamente se trata de poner coto, aparentemente, a la actuación de “jueces estrella” que abren diligencias sobre asuntos que difícilmente pueden llegar a nada. La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, (BOE de 4 de noviembre de 2009), añade al apartado 4 del artículo 23 la previsión de que “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 provisionalmente 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.”

¹¹²² Entre otros muchos MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing ...op.cit.*, p. 266. También MODIRZADEH, Naz K., LEWIS, Dustin A. y BRUDERLEIN, Claude (2011), “Humanitarian engagement under counter-terrorism: a conflict of norms and the emerging policy landscape”. *IRRC* Vol. 93 N° 883, pp, 623-647.

¹¹²³ (2011) “Targeting Operations with Drone Technology: Humanitarian Law Implications” Background Note for the American Society of International Law Annual Meeting Human Rights Institute, Columbia Law School March 25, p. 6 y ss. La propia sentencia del TS de EEUU en el caso *Hamdan* (548 U. S. (2006)) lo deja claro (VI.ii p. 67-68 del “syllabus”): “The Court of Appeals thought, and the Government asserts, that Common Article 3 does not apply to *Hamdan* because the conflict with al Qaeda, being “international in scope,” does not qualify as a “conflict not of an international character.” (...) That reasoning is erroneous. The term

corriente de opinión, cada vez más fuerte que, con base en el DIH consuetudinario, tiende a eliminar diferencias entre conflictos internacionales y no internacionales¹¹²⁴.

Baste decir por lo tanto que, aceptando que el conflicto con Al-Qaeda – por ejemplo- fuera un conflicto armado internacional, o al que se aplica *de facto* su régimen, las figuras de detención aplicables serían la del prisionero de guerra y la del internado o detenido por razón del conflicto, en todo caso con las garantías del artículo 75 del Protocolo II o, aún sin aceptar el carácter internacional del conflicto, las del artículo 3 común, como hemos repetido. Ahora bien, aún aceptando la aplicación del DIH *ratione temporis* y *ratione personae*, queda el escollo que parece insalvable en algunos casos de su aplicación *ratione loci*.¹¹²⁵

Nos referimos a las detenciones fuera del área de combate –el “campo de batalla”- e incluso a miles de kilómetros de él, aceptando cómo tal campo de

“conflict not of an international character” is used here in contradistinction to a conflict between nations. So much is demonstrated by the “fundamental logic [of] the Convention’s provisions on its application.” (...). Common Article 2 provides that “the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties.” (...). High Contracting Parties (signatories) also must abide by all terms of the Conventions vis-à-vis one another even if one party to the conflict is a nonsignatory “Power,” and must so abide vis-à-vis the nonsignatory if “the latter accepts and applies” those terms. (...). Common Article 3, by contrast, affords some minimal protection, falling short of full protection under the Conventions, to individuals associated with neither a signatory nor even a nonsignatory “Power” who are involved in a conflict “in the territory of” a signatory. The latter kind of conflict is distinguishable from the conflict described in Common Article 2 chiefly because it does not involve a clash between nations (whether signatories or not). In context, then, the phrase “not of an international character” bears its literal meaning (...) (using the term “international law” as a “new though not inexpressive appellation” meaning “between nation and nation”; defining “international” to include “mutual transactions between sovereigns as such”); Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions of 12 August 1949, p. 1351 (1987) (“[A] non-international armed conflict is distinct from an international armed conflict because of the legal status of the entities opposing each other”).

¹¹²⁴ SASSOLI, Marco y OLSON, Laura (2008), “The relationship between international humanitarian law and human rights law ... op.cit. p. 602, en relación con HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (Eds.), (2005) *CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW* ... op.cit.

¹¹²⁵ Algún autor ha explorado diversos escenarios de una hipotética guerra contra el terrorismo, pero desde una perspectiva realista, o en alta mar o en el territorio de un Estado que puede estar complicado o no. Pero no está prevista una guerra en todas partes. NEUMAN, Gerald L. (2003), “Humanitarian Law and Counterterrorist Force”. *EJIL*, Vol. 14 N° 2, pp. 283-298.

batalla el constituido por Afganistán, Pakistán, Irak, en su caso, etc.¹¹²⁶. Nunca se ha entendido muy bien cual es el área de operaciones de la Guerra contra el terrorismo; aceptar el mundo entero como tal es absurdo, y sin embargo, la administración Obama ha cambiado la referencia a la GWOT por la de “*conflict occurring in Afghanistan and elsewhere*”¹¹²⁷. Resulta patente que estirar hasta ciertos extremos el DIH para aplicarlo a operaciones de corte policial, tiene ciertos tintes de fraude de ley.

Como en otras partes del trabajo, parece difícil fundamentar rotundamente una postura a favor o en contra, aunque nos decantamos por la postura contraria a aceptar la extensión del DIH fuera de un área de operaciones concreta, si además sumamos a dicha circunstancia el tener enfrente a una entidad no estatal¹¹²⁸. Sin embargo, como hemos visto, la antigua GWOT entendía como campo de batalla el mundo entero y hacía una abusiva extensión del DIH a operaciones de detención llevadas a cabo en teatros de lo más variado, y con actores que en muchas ocasiones no eran militares.

Por otro lado, la aplicación del DIH implicaría, supuestamente, la entrada en vigor del principio de inmunidad del combatiente y por tanto la posibilidad de convertir en objetivos legítimos a los enemigos, incluso con la legitimación de los “daños colaterales”. Esto plantea la cuestión de los asesinatos selectivos o

¹¹²⁶ HAKIMI, Monica (2009), “International Standards for Detaining Terrorism Suspects: Moving Beyond the Armed Conflict-Criminal Divide”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, pp. 593-650.

¹¹²⁷ En Marzo de 2010, Harold Koh, Asesor Jurídico del Departamento de Estado describió el conflicto en conferencia dirigida a la American Society of International Law (ASIL): “As I have explained, as a matter of international law, the U.S. is in an armed conflict with al-Qaeda, as well as the Taliban and associated forces, in response to the horrific 9/11 attacks, and may use force consistent with its inherent right to self-defense under international law. As a matter of domestic law, Congress authorized the use of all necessary and appropriate force through the 2001 Authorization for Use of Military Force (AUMF). These domestic and international legal authorities continue to this day (...) In the conflict occurring in Afghanistan and elsewhere, we continue to fight the perpetrators of 9/11: a non-state actor, al-Qaeda (as well as the Taliban forces that harbored al- Qaeda.” <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>.

¹¹²⁸ A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum. Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, punto 53: “Taken cumulatively, these factors make it problematic for the US to show that –outside the context of the armed conflicts in Afghanistan or Iraq – it is in a transnational non-international armed conflict against “al Qaeda, the Taliban, and other associated forces” without further explanation of how those entities constitute a “party” under the IHL of non-international armed conflict, and whether and how any violence by any such group rises to the level necessary for an armed conflict to exist.”

“*targeted killings*” cómo alternativa válida a la detención en el caso del conflicto armado.

4.3.B. Los límites en el uso de la fuerza

a. Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales

En otro momento hemos señalado que si bien DIH y DIDH tienen una base común, que es la protección de la persona, y que no se podía asegurar con carácter general que un marco fuera más protector que el otro teniendo en cuenta las posibles vías de remedio ante quebrantamientos. Pero también que existen dos aspectos en los que el DIH se aparta sensiblemente del DIDH en cuanto a las posibilidades de limitar determinados derechos, que son los que se refieren a la libertad personal y al derecho a la vida¹¹²⁹. La diferencia fundamental entre ambos regímenes es que, mientras el DIDH opera en todo tiempo –y teóricamente en todo lugar, con los matices que hemos visto- el DIH solo entra a jugar cuando existe un conflicto armado, internacional o no, o una situación de ocupación, sin que esté demasiado claro cuando se llega al umbral de aplicación en lo que se refiere a los conflictos no internacionales.

El derecho a la vida, tal y como se recoge en los convenios en materia de derechos humanos no es un derecho absoluto¹¹³⁰, pero no es derogable en

¹¹²⁹ A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado: “47. On the other hand, both the US and Israel have invoked the existence of an armed conflict against alleged terrorists (“non-state armed groups”). The appeal is obvious: the IHL applicable in armed conflict arguably has more permissive rules for killing than does human rights law or a State’s domestic law, and generally provides immunity to State armed forces. Because the law of armed conflict has fewer due process safeguards, States also see a benefit to avoiding compliance with the more onerous requirements for capture, arrest, detention or extradition of an alleged terrorist in another State. IHL is not, in fact, more permissive than human rights law because of the strict IHL requirement that lethal force be necessary. But labeling a situation as an armed conflict might also serve to expand executive power both as a matter of domestic law and in terms of public support.”

¹¹³⁰ KORFF, Douwe (2006), *The right to life. A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbooks, No. 8. Directorate General of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, pp 23 y ss. La privación de la vida, como la de la libertad, solo está prohibida cuando es “arbitraria”. Naturalmente aquí no vamos a entrar en el análisis de la pena de muerte, como tampoco hemos entrado en las cuestiones del proceso justo y con garantías, o las penas en general.

tiempo de guerra, tan solo pasa a regirse en determinados casos por unas normas *sui generis* que determinan la licitud de ciertos actos que fuera de ese marco específico no son legales, tales como matar al combatiente enemigo por el mero hecho de serlo. Así lo dispone, por ejemplo, el artículo 15.2 del CEDH en forma explícita: “La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra”. La condición de combatiente legítimo, por lo tanto, determina un régimen de protección, unas inmunidades y también unas cargas como la de ser en todo momento un objetivo legítimo para la otra parte. En el caso de los combatientes ilegítimos, se mantiene la carga, pero no la protección, salvo la genérica.

El problema que trataremos de resumir no se presenta tanto en los conflictos armados internacionales como en otras situaciones tales como el conflicto interno o la ocupación, en las que, o bien el concepto de combatiente no está expresamente recogido¹¹³¹, o bien es irrelevante al haberse alcanzado una cierta estabilidad¹¹³². Y en particular se plantea en relación con personas que, aceptando el contexto de conflicto armado, entrarían en el concepto de combatientes ilegítimos, no protegidos, etc. al estar involucrados en actividades

¹¹³¹ A/HRC/14/24/Add.6. (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado, punto 58: “In international armed conflict, combatants may be targeted at any time and any place (subject to the other requirements of IHL). Under the IHL applicable to noninternational armed conflict, the rules are less clear. In non-international armed conflict, there is no such thing as a “combatant.” Instead – as in international armed conflict – States are permitted to directly attack only civilians who “directly participate in hostilities” (DPH). Because there is no commonly accepted definition of DPH, it has been left open to States’ own interpretation – which States have preferred not to make public – to determine what constitutes DPH.”

¹¹³² RUYSS, Tom (2005) “License to Kill? State-sponsored assassination under international law”. *Revue de Droit Militaire et Droit de la Guerre*, nº 44, Vol. 1-2, pp. 15 y ss, KRETZMER, David (2005), “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?”, *EJIL*, Vol. 16, Nº 2, pp. 171–212, DOSWALD-BECK, Louise (2006), “The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?”, *IRRC*, Vol. 88, Nº 864, pp. 881-904, FARIA CORACINI Celso Eduardo (2009), “Targeted Killing of Suspected Terrorists During Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process?”, *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009 pp.387-402, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis (2009), “Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados actuales”, *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. servicio de publicaciones universidad de castilla-la mancha 2009, pp. 335-385

terroristas. La situación de hecho clásica es aquella en la que, disponiendo de la información acerca de la ubicación de una persona involucrada en tales actividades, que en ese momento no se encuentre en una situación de combate, ni en la inminencia de un ataque, se decide matarlo en lugar de detenerlo para someterlo a juicio. Es lo que se llama “*targeted killing*”, expresión de difícil traducción. Esta dificultad de traducción no es una cuestión secundaria; parece ser demostrativa de una diferencia radical de mentalidades. En lengua inglesa existe el término *assassination*, pero no tiene los mismos matices que *killing*¹¹³³. *Targeted killing* es un término aceptado y con aires de legalidad, que la traducción usual de “asesinato selectivo” no tiene¹¹³⁴. Esta cuestión ha sido analizada en profundidad por el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos en materia de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, por ejemplo, en 2010¹¹³⁵, como iremos viendo a lo largo de la exposición. Por otro lado, debemos excluir *a priori* el análisis de los asesinatos políticos puros y duros propios de la práctica de la URSS, y al parecer heredados por Rusia y otros Estados de la ex Unión Soviética¹¹³⁶.

¹¹³³ MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing* ...op.cit., pp. 45-51. El término *assassination* se refiere a la muerte deliberada de personas determinadas, basada en motivos políticos, e ilegal. El origen de la prohibición de tales actos en el DIH consuetudinario se puede encontrar en el Código Lieber y tiene cierto peso en los estados de cultura anglosajona, donde se entiende que tales actos deben reunir formas traicioneras, como contratar a alguien para que lo haga o poner precio a la cabeza de alguien. Resulta, sin embargo, difícil aplicar tales teorías a algunas prácticas de las guerras mundiales y posteriores.

¹¹³⁴ A/HRC/14/24/Add.6. (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado, punto 10”: “Although in most circumstances targeted killings violate the right to life, in the exceptional circumstance of armed conflict, they may be legal. This is in contrast to other terms with which “targeted killing” has sometimes been interchangeably used, such as “extrajudicial execution”, “summary execution”, and “assassination”, all of which are, by definition, illegal” Según MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing* ... op. cit. p. 3 y ss., los elementos comunes de los TK serían (a) el uso de la fuerza susceptible de causar la muerte, (b) intención, premeditación y voluntad de matar, (c) determinación de personas individualizadas como objetivo, (d) inexistencia de custodia sobre tales personas, y (e) imputabilidad de tales hechos a sujetos de Derecho internacional, básicamente Estados, aunque cabe también que sean atribuibles a actores no estatales.

¹¹³⁵ A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum. Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado.

¹¹³⁶ Entre las operaciones más famosas de la policía política soviética podrían incluirse el asesinato de Lev Davidovich Bronstein (a) “Trotsky”, en México en 1940, o el del disidente búlgaro Gueorgui Markov en Londres en 1978. Aunque a veces es difícil, atendiendo a los medios empleados o el contexto en que se produce el asesinato, distinguir demasiado. Por ejemplo, en los últimos años se han incluido en el concepto de *targeted killing*, acciones de lo

La cuestión tiene mucho que ver con la detención o arresto; no es inusual, ni necesariamente ilegal, que se produzcan muertes al tratar de detener a una persona en tiempo de paz¹¹³⁷; sí lo es matar a un sospechoso de delitos –aunque estos sean flagrantes- solo por que resulte más cómodo que tratar de detenerlo, o incluso en los supuestos en los que el operativo policial no se ha preparado adecuadamente para evitar el resultado muerte¹¹³⁸. La interacción entre el régimen de los Derechos Humanos y el del Derecho Humanitario es en este campo más fuerte que en ningún otro aspecto de los que tratamos. Siendo el tema tan denso conviene entrar en ejemplos.

Desde 1999, Rusia está utilizando la técnica de los asesinatos selectivos como herramienta, por ejemplo, en la lucha contra los rebeldes chechenos, descrita como operación antiterrorista. Tales acciones tienen un carácter encubierto o secreto, a pesar de la aprobación de una ley en 2006 que permite tales acciones en el extranjero con autorización del presidente. El tradicional secretismo ruso impide acceder a más datos, aunque se tenga la fundada sospecha de la intervención de agentes del FSB¹¹³⁹.

más variado: “The April 2002 killing, allegedly by Russian armed forces, of “rebel warlord” Omar Ibn al Khattab in Chechnya. The November 2002 killing of alleged al Qaeda leader Ali Qaed Senyan al-Harithi and five other men in Yemen, reportedly by a CIA-operated Predator drone using a Hellfire missile. Killings in 2005 – 2008 by both Sri Lankan government forces and the opposition LTTE group of individuals identified by each side as collaborating with the other. The January 2010 killing, in an operation allegedly carried out by 18 Israeli Mossad intelligence agents, of Mahmoud al-Mahboub, a Hamas leader, at a Dubai hotel. According to Dubai officials, al-Mahboub was suffocated with a pillow; officials released videotapes of those responsible, whom they alleged to be Mossad agents”. Realmente, el uso de una almohada como arma, como en una película de gangsters, parece poco militar. Punto 7 del informe del relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales A/HRC/14/24/Add.6. (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado.

¹¹³⁷ Así lo recoge, por ejemplo, el artículo 2 del CEDH “La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: (...) b. para detener a una persona conforme a derecho ...”

¹¹³⁸ Es el llamado requisito de precaución, que puede determinar la ilegalidad de un resultado muerte dentro el marco policial-judicial. MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing ...* op. cit. pp. 235-239, hace un repaso de algunos casos prácticos, destacando la muerte del brasileño Jean Charles de Menezes a manos de policías británicos, debido al operativo, según todos los indicios, chapuceramente planeado. Esto mismo ocurrió en el caso McCann, que veremos con algún detalle.

¹¹³⁹ Puntos 23 a 26 del A/HRC/14/24/Add.6. (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado.

El ejecutivo de EEUU ha estado empleando de hecho desde 2002¹¹⁴⁰, y públicamente desde 2004, aviones no tripulados (UAV) para matar a presuntos miembros de redes terroristas. La administración Obama ha mantenido esta política y la ha fundamentado en el estado de guerra en la que se encuentran, por boca de Harold Koh, asesor jurídico del Departamento de Estado¹¹⁴¹. La mayor parte de estos ataques se están produciendo en Afganistán y Pakistán¹¹⁴², pero de hecho el problema es que existen dos programas de *targeting*, uno el públicamente declarado y que se lleva a cabo en el área expresada y otro encubierto y gestionado por la CIA sin límites geográficos¹¹⁴³. En un marco de conflicto armado, como hemos repetido, no existe inconveniente genérico para acudir a tales tácticas, y, aunque la cuestión del uso de *drone technology* nos parece irrelevante para los efectos de éste trabajo¹¹⁴⁴, hay que reconocer que la precisión de los medios utilizados y el hecho de que se trate de aparatos no tripulados son factores que minimizan las posibilidades de muertes incidentales y la sensación de violación de la soberanía cuando tales acciones se llevan a cabo en el territorio de otro

¹¹⁴⁰ En noviembre de 2002, un misil mató a seis personas que viajaban en automóvil por el norte del Yemen. Uno de ellos era Caed Salim Sinan al Harethi, miembro de Al Qaeda y cerebro del ataque contra el USS Cole en 2000. Aunque la acción se filtró oficiosamente, no ha habido reconocimiento oficial de la autoría, probablemente debida a la CIA. KRETZMER, David (2005), "Targeted Killing of Suspected Terrorists ... op.cit. p. 171.

¹¹⁴¹ The Obama Administration and International Law. Speech by Harold Koh, Legal Adviser, U.S. Department of State .. cit.

¹¹⁴² Y en lo que se refiere a Pakistán teóricamente sólo en la "Federally Administered Tribal Area" (FATA).

¹¹⁴³ ZAGARIS, Bruce (2010) "International Enforcement Law Trends for 2010 and Beyond ... op.cit. La CIA parece controlar los ataques en el noroeste de Pakistán, Yemen, y somalia, sin excluir Afganistán e Iraq.

¹¹⁴⁴ En realidad la cuestión esencialmente analizada aquí es la sustitución de la detención por la muerte. Da lo mismo que se haga mediante unidades de operaciones especiales instruidas para matar, con una almohada, o mediante un aparato que, en esencia, no difiere de un misil lanzado desde territorio controlado a territorio hostil, salvo quizá por su precisión y la posibilidad de abortar el ataque. A/HRC/14/24/Add.6. (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado, punto 27: "Drones were originally developed to gather intelligence and conduct surveillance and reconnaissance. More than 40 countries now have such technology. Some, including Israel, Russia, Turkey, China, India, Iran, the United Kingdom and France either have or are seeking drones that also have the capability to shoot laser-guided missiles ranging in weight from 35 pounds to more than 100 pounds. The appeal of armed drones is clear: especially in hostile terrain, they permit targeted killings at little to no risk to the State personnel carrying them out, and they can be operated remotely from the home State. It is also conceivable that non-state armed groups could obtain this technology".

Estado¹¹⁴⁵. Sin embargo, y quizá por ello se trata de una operación encubierta, no puede decirse lo mismo de los ataques que puedan perpetrarse en otras áreas alejadas del “campo de batalla”¹¹⁴⁶. Además está el tema de quien realiza los ataques, el estatuto de una agencia civil como la CIA en una supuesta guerra y *a fortiori*, el de los contratistas civiles que sin duda participan en tales operaciones¹¹⁴⁷. Siguiendo la lógica del propio discurso de EEUU, estarían exactamente en la misma situación que los *unlawful enemy combatants*. El tema es tan correoso que resulta difícil abarcarlo; si nos mantenemos en un plano teórico, aceptando que, cómo señala un profesor de

¹¹⁴⁵ POZO SERRANO, Pilar (2011), *La guerra de Af-Pakistán y el uso de la fuerza ...* op.cit. p. 244-245. El tema de la soberanía es esencial; cómo señala el tantas veces citado documento del Relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales A/HRC/14/24/Add.6, de 2010, punto 35: “Under the law of inter-state force: A targeted killing conducted by one State in the territory of a second State does not violate the second State’s sovereignty if either (a) the second State consents, or (b) the first, targeting, State has a right under international law to use force in self-defence under Article 51 of the UN Charter, because (i) the second State is responsible for an armed attack against the first State, or (ii) the second State is unwilling or unable to stop armed attacks against the first State launched from its territory. International law permits the use of lethal force in self-defence in response to an “armed attack” as long as that force is necessary and proportionate.”

¹¹⁴⁶ Hemos subrayado los serios reparos que existen para aceptar una guerra de tales caracteres, cuyo teatro de operaciones es, en principio, el mundo entero. Si se trata de operaciones policiales, es evidente que el razonamiento basado en el DIH no vale. ZAGARIS, Bruce (2010) “International Enforcement Law Trends ...” op.cit. señala que “International law requires that the U.S. government meet several requirements in order to legally target civilian terror suspects abroad. First, the United States must determine that the target is engaged in armed conflict against it. Second, the United States must gain permission for the targeted killing from the target’s host country. And, third, the use of deadly force must be a military necessity, meaning that there must be no reasonable alternative. The problem with Mr. Koh’s explanation is that the United States, in making reference to international law, could be applying either the law of armed conflict or the rules governing the right to selfdefense— and these rules are very different. Mr. Koh did not clarify this ambiguity in his statement”.

¹¹⁴⁷ (2011) Targeting Operations with Drone Technology: Humanitarian Law Implications. Background Note for the American Society of International Law Annual Meeting Human Rights Institute, Columbia Law School, March 25, 2011 HUMAN RIGHTS INSTITUTE, COLUMBIA LAW SCHOOL. p. 25-37. Así se recoge en el punto 20 del Informe del Relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales A/HRC/14/24/Add.6. varias veces citado: “The CIA reportedly controls its fleet of drones from its headquarters in Langley, Virginia, in coordination with pilots near hidden airfields in Afghanistan and Pakistan who handle takeoffs and landings. The CIA’s fleet is reportedly flown by civilians, including both intelligence officers and private contractors (often retired military personnel). According to media accounts, the head of the CIA’s clandestine services, or his deputy, generally gives the final approval for a strike. There is reportedly a list of targets approved by senior Government personnel, although the criteria for inclusion and all other aspects of the program are unknown. The CIA is not required to identify its target by name; rather, targeting decisions may be based on surveillance and “pattern of life” assessments”.

West Point, la clave de la aplicabilidad del DIH no es el lugar del ataque sino el estatus del atacante y del objetivo, cabría matar a un miembro de Al-Qaeda en la Costa Brava, durante unas vacaciones¹¹⁴⁸.

De nuevo el examen de la práctica de Israel nos lleva a terrenos más respirables. En 2000, el gobierno israelí comenzó a ejecutar, abiertamente y sin ocultaciones, una política de ataque sin previo aviso a individuos pertenecientes a grupos armados hostiles, básicamente en los territorios de Cisjordania e incluso de Gaza¹¹⁴⁹. Debe recordarse que tras los acuerdos de Oslo de 1993, Israel cedió la administración de algunos territorios ocupados a la Autoridad palestina. Posteriormente tal cesión fue revocada en algunos de ellos, no así en la franja de Gaza¹¹⁵⁰. En este proceso, se han producido varios cientos de muertos, la mayoría presumiblemente pertenecientes a grupos armados, pero con un número significativo de personas que simplemente pasaban por allí en el momento del ataque¹¹⁵¹. Esta política ha sido contestada por instituciones internacionales y organizaciones no gubernamentales y ha sido revisada por el Tribunal Supremo israelí, siendo ésta sentencia, hasta la fecha, el único pronunciamiento judicial al respecto de dicha práctica a nivel mundial, por lo que ha sido objeto de diversos análisis. Además, la posterior evolución de los acontecimientos mundiales tras septiembre de 2001, ha

¹¹⁴⁸ (2011) Targeting Operations with Drone Technology: Humanitarian Law Implications. Cit. p. 10

¹¹⁴⁹ Informe del Relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales A/HRC/14/24/Add.6. (2010) citado punto 14: "The majority of Israeli targeted killings have reportedly taken place in "Area A", a part of the West Bank under the control of the Palestinian Authority. The targets have included members of various groups, including Fatah, Hamas, and Islamic Jihad, who, Israeli authorities claimed, were involved in planning and carrying out attacks against Israeli civilians. Means used for targeted killings include drones, snipers, missiles shooting from helicopters, killings at close range, and artillery. One study by a human rights group found that between 2002 and May 2008 at least 387 Palestinians were killed as a result of targeted killing operations. Of these, 234 were the targets, while the remainder were collateral casualties". También GUIORA, Amos N. (2009) "Not "by all Means Necessary": A Comparative Framework for Post-9/11 Approaches to Counterterrorism". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 273-287, establece un paralelismo entre el enfoque norteamericano y el israelí. Anterior a la sentencia del TS de Israel GUIORA, Amos N. (2004) "Targeted Killing as Active Self-Defence". *Case W. Res. J. Int'l. L.* Vol. 36. pp. 319-334.

¹¹⁵⁰ Sobre todo éste proceso, BERMEJO GARCÍA, Romualdo, y POZO SERRANO, Pilar (2011), *Una tierra, dos Estados: Análisis jurídico-político del conflicto árabe israelí*. EUNSA, Pamplona.

¹¹⁵¹ MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing ...* op.cit. p. 405, n.

puesto sobre la mesa un debate sobre la legalidad de tal práctica con carácter general.

Entran aquí en juego los dos enfoques –modelos- posibles frente al terrorismo que ya hemos apuntado: el policial-judicial y el del conflicto armado. El terrorismo es un delito tanto en un conflicto armado como fuera de el, pero la situación del conflicto armado y la aplicación del DIH determinan teóricamente la posibilidad de acudir a vías más expeditivas que las de la simple detención¹¹⁵². Esto, como no podía ser de otra manera, inmediatamente evocó a muchos autores el problema de las ejecuciones extrajudiciales, los juicios *in absentia*, etc., sin que el debate subsiguiente se haya cerrado. Aunque se ha llegado a una serie de conclusiones parciales.

En el marco policial-judicial, y 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 al 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. En general el TEDH no pone objeciones al empleo de fuerzas militares, pero aporta algunas pistas acerca de los límites de dicho empleo desde una perspectiva estrictamente policial. Vamos a hacer referencia en este apartado y en el siguiente a unas sentencias muy sonadas que han afectado al Reino Unido. De hecho el Reino Unido es un campo de estudio importantísimo por su implicación en las operaciones militares internacionales. Además, se trata de un Estado de nuestro entorno con solidas credenciales democráticas y de *rule of law*. Por ello su experiencia nos enseña más que la de Turquía, por ejemplo. Las sentencias del TEDH no se refieren expresamente a los “*targeted killings*”, sino a la política del “*shoot to kill*” (preferir la muerte del objetivo a su detención) en operaciones policiales.

¹¹⁵² MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing* ...op.cit., p. 394 y ss. Sin embargo, el análisis de los requisitos (necesidad militar, distinción, proporcionalidad, precaución, prohibición de la negación de cuartel, de la perfidia y del uso de determinadas armas, hacen que el resultado final sea muy parecido al modelo policial-judicial.

La más citada de todas es la sentencia del caso McCann y otros contra el Reino Unido, de 27 de septiembre de 1995¹¹⁵³. Los hechos sobre los que esta se basa son muy parecidos a los de otra sentencia que examinaremos a continuación: En marzo de 1988, tres miembros del IRA, Daniel McCann, Sean Savage y Mairead Farrell, se trasladaron a Gibraltar, atravesando España, con objeto de llevar a cabo un atentado con explosivos en la colonia británica. Pero las autoridades locales tenían conocimiento previo y los tres terroristas fueron abatidos por miembros del SAS¹¹⁵⁴. El tribunal, por una ajustada mayoría de diez votos contra nueve, entendió que existió vulneración del artículo 2 del Convenio. 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”¹¹⁵⁵. En cualquier caso, no se interpretó por el Tribunal que hubiera un plan preconcebido ni por parte de las autoridades británicas, ni por parte de los soldados del SAS implicados, para

¹¹⁵³ Case of McCann and Others v. the United Kingdom, Application no. 18984/91.

¹¹⁵⁴ Las reglas de enfrentamiento dadas a los soldados aparecen recogidas en la sentencia: “16. The rules also specified the circumstances in which the use of force by the soldiers would be permissible as follows: "Use of force. 4. You and your men will not use force unless requested to do so by the senior police officer(s) designated by the Gibraltar Police Commissioner; or unless it is necessary to do so in order to protect life. You and your men are not then to use more force than is necessary in order to protect life ... Opening fire. 5. You and your men may only open fire against a person if you or they have reasonable grounds for believing that he/she is currently committing, or is about to commit, an action which is likely to endanger your or their lives, or the life of any other person, and if there is no other way to prevent this. Firing without warning. 6. You and your men may fire without warning if the giving of a warning or any delay in firing could lead to death or injury to you or them or any other person, or if the giving of a warning is clearly impracticable. Warning before firing. 7. If the circumstances in paragraph 6 do not apply, a warning is necessary before firing. The warning is to be as clear as possible and is to include a direction to surrender and a clear warning that fire will be opened if the direction is not obeyed."

¹¹⁵⁵ McCann, párrafos 148 y 149: “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:”

matar a los terroristas en lugar de detenerlos¹¹⁵⁶, ni se fijó indemnización en favor de los demandantes, toda vez que se considera probado que los

¹¹⁵⁶ McCann, párrafos 192-200, “192. In carrying out its examination under Article 2 (art. 2) of the Convention, the Court must bear in mind that the information that the United Kingdom authorities received that there would be a terrorist attack in Gibraltar presented them with a fundamental dilemma. (...) 193. Several other factors must also be taken into consideration. In the first place, the authorities were confronted by an active service unit of the IRA composed of persons who had been convicted of bombing offences and a known explosives expert. The IRA, judged by its actions in the past, had demonstrated a disregard for human life (...). Secondly, the authorities had had prior warning of the impending terrorist action and thus had ample opportunity to plan their reaction (...). Inevitably, however, the security authorities could not have been in possession of the full facts and were obliged to formulate their policies on the basis of incomplete hypotheses. 194. Against this background, in determining whether the force used was compatible with Article 2 (art. 2), the Court must carefully scrutinise (...) but also whether the anti-terrorist operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force. (...) 195. It is recalled that the soldiers who carried out the shooting (...) were informed by their superiors, in essence, that there was a car bomb in place which could be detonated by any of the three suspects by means of a radio-control device which might have been concealed on their persons; that the device could be activated by pressing a button; that they would be likely to detonate the bomb if challenged, thereby causing heavy loss of life and serious injuries, and were also likely to be armed and to resist arrest (...). 196. As regards the shooting of Mr McCann and Ms Farrell, the Court recalls the Commission’s finding that they were shot at close range after making what appeared to Soldiers A and B to be threatening movements with their hands as if they were going to detonate the bomb (...). The evidence indicated that they were shot as they fell to the ground but not as they lay on the ground (...). Four witnesses recalled hearing a warning shout (...). Officer P corroborated the soldiers’ evidence as to the hand movements (...) Officer Q and (...) also confirmed that Ms Farrell had made a sudden, suspicious move towards her handbag (...). 197. As regards the shooting of Mr Savage, (...) The Commission found that it was unlikely that Soldiers C and D witnessed the first shooting before pursuing Mr Savage (...) Soldier C opened fire because Mr Savage moved his right arm to the area of his jacket pocket, thereby giving rise to the fear that he was about to detonate the bomb. In addition, Soldier C had seen something bulky in his pocket which he believed to be a detonating transmitter. Soldier D also opened fire believing that the suspect was trying to detonate the supposed bomb. The soldiers’ version of events was corroborated in some respects by Witnesses (...). The Commission found that Mr Savage was shot at close range until he hit the ground and probably in the instant as or after he had hit the ground (...). 198. It was subsequently discovered that the suspects were unarmed, that they did not have a detonator device on their persons and that there was no bomb in the car (...). 199. All four soldiers admitted that they shot to kill. They considered that it was necessary to continue to fire at the suspects until they were rendered physically incapable of detonating a device (...). 200. The Court accepts that the soldiers honestly believed, in the light of the information that they had been given, (...), that it was necessary to shoot the suspects in order to prevent them from detonating a bomb and causing serious loss of life (...). The actions which they took (...), were thus perceived by them as absolutely necessary in order to safeguard innocent lives. It considers that the use of force by agents (...) may be justified under this provision (...) where it is based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and those of

fallecidos iban a perpetrar una atentado terrorista. No obstante sí que se estima por el Tribunal que el operativo estuvo pobremente planeado, dando así lugar a la violación del artículo 2 del Convenio¹¹⁵⁷. Este asunto tuvo una gran

others. It follows that, having regard to the dilemma confronting the authorities in the circumstances of the case, the actions of the soldiers do not, in themselves, give rise to a violation of this provision ...”

¹¹⁵⁷ 202. The Court first observes that, as appears from the operational order of the Commissioner, it had been the intention of the authorities to arrest the suspects at an appropriate stage. Indeed, evidence was given at the inquest that arrest procedures had been practised by the soldiers before 6 March and that efforts had been made to find a suitable place in Gibraltar to detain the suspects after their arrest (...) 203. It may be questioned why the three suspects were not arrested at the border immediately on their arrival in Gibraltar and why, as emerged from the evidence given by Inspector Ullger, the decision was taken not to prevent them from entering Gibraltar if they were believed to be on a bombing mission. Having had advance warning of the terrorists' intentions it would certainly have been possible for the authorities to have mounted an arrest operation (...). 205. The Court confines itself to observing in this respect that the danger to the population of Gibraltar (..) in not preventing their entry must be considered to outweigh the possible consequences of having insufficient evidence to warrant their detention and trial (...). As a result, the scene was set in which the fatal shooting, given the intelligence assessments which had been made, was a foreseeable possibility if not a likelihood. (...) 206. The Court notes that at the briefing on 5 March attended by Soldiers A, B, C, and D it was considered likely that the attack would be by way of a large car bomb. A number of key assessments were made. In particular, it was thought that the terrorists would not use a blocking car; that the bomb would be detonated by a radio-control device; that the detonation could be effected by the pressing of a button; that it was likely that the suspects would detonate the bomb if challenged; that they would be armed and would be likely to use their arms if confronted (...). 208. In fact, insufficient allowances appear to have been made for other assumptions. For example (...) there was equally the possibility that the three terrorists were on a reconnaissance mission. While this was a factor which was briefly considered, it does not appear to have been regarded as a serious possibility (...). Moreover, even if allowances are made for the technological skills of the IRA, the description of the detonation device as a "button job" without the qualifications subsequently described by the experts at the inquest (...), of which the competent authorities must have been aware, over-simplifies the true nature of these devices. 209. It is further disquieting in this context that the assessment made by Soldier G, after a cursory external examination of the car, that there was a "suspect car bomb" was conveyed to the soldiers, according to their own testimony, as a definite identification that there was such a bomb (...) while Soldier G had experience in car bombs, it transpired that he was not an expert in radio communications or explosives; and that his assessment that there was a suspect car bomb, based on his observation that the car aerial was out of place, was more in the nature of a report that a bomb could not be ruled out (...). 210. In the absence of sufficient allowances being made for alternative possibilities, and the definite reporting of the existence of a car bomb which, according to the assessments that had been made, could be detonated at the press of a button, a series of working hypotheses were conveyed to Soldiers A, B, C and D as certainties, thereby making the use of lethal force almost unavoidable. 211. However, the failure to make provision for a margin of error must also be considered in combination with the training of the soldiers to continue shooting once they opened fire until the suspect was dead. (...) Against this background, the authorities were bound by their obligation to respect the right to life of the suspects to exercise the greatest of care in evaluating the information at their disposal before transmitting it to soldiers whose use of firearms automatically involved shooting

repercusión pública en su día, y ha sido muchas veces esgrimido como ejemplo de política de mano dura contra el terrorismo, satisfactoriamente dirigida y ejecutada¹¹⁵⁸.

En principio, ya lo hemos dicho, el problema examinado no tiene tanta trascendencia en un supuesto de conflicto armado internacional, a la luz de la Convención de la Haya, el III Convenio de Ginebra y el Derecho consuetudinario. En tal supuesto hemos examinado los distintos tipos de combatientes desde la perspectiva de su adscripción a una u otra categoría de detenidos, pero también desde la perspectiva de la inmunidad del combatiente legítimo y las protecciones que el artículo 3 común o el artículo 75 del Protocolo I a los convenios ofrecen, como mínimo, a cualquier persona.

En definitiva, conforme al marco jurídico del DIH relativo al conflicto armado internacional, todos los miembros de las fuerzas armadas enemigas son también objetivos legítimos y pueden ser muertos por las fuerzas propias en casi cualquier circunstancia, sin que ello pueda acarrear ningún reproche penal. El “casi” se refiere a los supuestos en los que el combatiente enemigo se encuentre fuera de combate¹¹⁵⁹. No existe, sin embargo, ningún precepto en el

to kill. 212. Although detailed investigation at the inquest into the training received by the soldiers was prevented by the public interest certificates which had been issued (...), it is not clear whether they had been trained or instructed to assess whether the use of firearms to wound their targets may have been warranted by the specific circumstances that confronted them at the moment of arrest. Their reflex action in this vital respect lacks the degree of caution in the use of firearms to be expected from law enforcement personnel in a democratic society, even when dealing with dangerous terrorist suspects, and stands in marked contrast to the standard of care reflected in the instructions in the use of firearms by the police which had been drawn to their attention and which emphasised the legal responsibilities of the individual officer in the light of conditions prevailing at the moment of engagement (...). This failure by the authorities also suggests a lack of appropriate care in the control and organisation of the arrest operation. 213. In sum, having regard to the decision not to prevent the suspects from travelling into Gibraltar, to the failure of the authorities to make sufficient allowances for the possibility that their intelligence assessments might, in some respects at least, be erroneous and to the automatic recourse to lethal force when the soldiers opened fire, the Court is not persuaded that the killing of the three terrorists constituted the use of force which was no more than absolutely necessary in defence of persons from unlawful violence within the meaning of Article 2 para. 2 (a) (...) of the Convention. 214. Accordingly, the Court finds that there has been a breach of Article 2 (art. 2) of the Convention.”

¹¹⁵⁸ 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.

¹¹⁵⁹ Habría que encuadrar este supuesto, incluido el de la rendición, en la prohibición de negar cuartel, es decir, que no haya supervivientes en una operación concreta, conforme al artículo

DIH que obligue a intimar a la rendición con carácter previo a un ataque¹¹⁶⁰. Este régimen se extiende a cualquier combatiente enemigo, aunque no reúna las condiciones para ser considerado combatiente legítimo, conforme a los artículos 43 y 44 del Protocolo I. Parece también patente que debe existir un margen para aplicar el mismo principio a conflictos no internacionales cuando el control de la situación por las fuerzas estatales o asimiladas –incluidas fuerzas multinacionales– no es lo suficientemente sólida como para intentar la detención antes que la muerte¹¹⁶¹.

Debemos tener siempre presente que todo este régimen se refiere a situaciones de confrontación, es decir, a la conducción de operaciones militares en el “campo de batalla”. Si un terrorista, o mejor, si un combatiente enemigo que acude a medios prohibidos por el Derecho internacional, sea militar o no,

40 del I Protocolo a los Convenios de Ginebra. MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing ...* op.cit. p. 411-413.

¹¹⁶⁰ Lo que por el contrario sí se exige a los policías, por ejemplo en el principio 10 de los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”: “10. En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.” La sentencia del TEDH en el caso McCann, párrafo 139, recoge ésta regla.

¹¹⁶¹ LUBELL Noam (2005), *Challenges in applying human rights law to armed conflict ...* op.cit. p. 746-750, SCHABAS, William A. (2007), “Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, ...” op.cit. p. 604-606. También lo admite así el TEDH, por ejemplo en el caso ISAYEVA, YUSUPOVA y BAZAYEVA v. RUSSIA (Applications nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00), sentencia de 25 de febrero de 2005 Párrafos 181-182. “181. On the basis of the Government's submissions and admissions, the military were responsible for a military operation which resulted in the losses suffered by the applicants. The Government claim that the aim of the operation was to protect persons from unlawful violence within the meaning of Article 2 § 2 (a) of the Convention. In the absence of corroborated evidence that any unlawful violence was threatened or likely, the Court retains certain doubts as to whether the aim can at all be said to be applicable. However, given the context of the conflict in Chechnya at the relevant time, the Court will assume in the following paragraphs that the military reasonably considered that there was an attack or a risk of attack from illegal insurgents, and that the air strike was a legitimate response to that attack. 182. Thus, assuming that the use of force could be said to have pursued the purpose set out in paragraph 2 (a) of Article 2, the Court will consider whether such actions were no more than absolutely necessary for achieving that purpose. The Court will therefore proceed to examine, on the basis of the information submitted by the parties and in view of the above enumerated principles (...), whether the planning and conduct of the operation were consistent with Article 2 of the Convention.”

se encuentra en tal situación de combate es claramente un objetivo legítimo y puede ser muerto por medios legítimos sin ulteriores consecuencias¹¹⁶².

Por lo tanto el problema lo plantean otras situaciones, relativas al concepto de participación directa en las hostilidades conforme a lo dispuesto en el artículo 51.3 del Protocolo I¹¹⁶³ -pero también en el DIH consuetudinario aplicable a cualquier tipo de conflicto- puesto que en definitiva determinarían, aceptando la aplicación del DIH, quien puede ser atacado. Es verdad que la lectura del artículo puede llevar a pensar que la imagen de la puerta giratoria (*revolving door*) tiene bases sólidas, y que el excesivo proteccionismo hacia los civiles por el mero hecho de serlo conduce a situaciones aparentemente absurdas¹¹⁶⁴. Pero esto es un razonamiento en exceso simple. De la misma

¹¹⁶² Uno de los problemas que se han detectado en la práctica estatal de Colombia en su conflicto interno es el de los “falsos positivos”, es decir, asesinatos u homicidios desfrizados de confrontación justificadora de la muerte. En el ámbito policial sería “la pistola del muerto”. A/HRC/20/22/Add.2 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns. Addendum. Follow-up country recommendations: Colombia. 15 de mayo de 2012, punto 8. In the country visit report, the Special Rapporteur documented the phenomenon of so-called “falsos positivos” (“false positives”)—unlawful killings of civilians, staged by the security forces to look like lawful killings in combat of guerrillas or criminals. The existence of the falsos positivos was not in dispute; however the motivation behind the disturbing frequency of these occurrences between 2004 and 2008 was debatable. Some interlocutors contended that it was a State policy, the State on the other hand posited that many false allegations of falsos positivos were being made, when some of those killed were in fact guerrillas or criminals. The Government noted that the phenomenon was not widespread, and that where such unlawful killings occurred they were isolated instances.”

¹¹⁶³ (2008) Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009. IRRC; Vol. 90 N° 872 Diciembre 2008, pp.991-1047, BOOTHBY, Bill (2010), ““And for such Time as”: The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities”, *International Law and Politics*, vol. 42, pp.741-768, GOODMAN, Ryan & JINKS, Derek (2010), “The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law: An Introduction to the Forum”, *International Law and Politics*, vol. 42, pp. 637-640, HAYS PARKS, W. (2010), “Part IX of the ICRC “Direct Participation in Hostilities” Study: no Mandate, no Expertise, and Legally Incorrect”, *International Law and Politics*, vol. 42, pp. 769-830, MELZER, Nils (2010), “Keeping the Balance Between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC’s Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities”, *International Law and Politics*, Vol. 42, pp. 831-916, SCHMITT Michael N. (2010), “Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements”, *International Law and Politics*, vol. 42, pp. 697-739, WATKIN, Kenneth (2010), “Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC “Direct Participation in Hostilities” Interpretive Guidance”, *International Law and Politics*, vol. 42, pp. 641-695. (2011) Targeting Operations with Drone Technology: Humanitarian Law Implications, cit. p. 15-25.

¹¹⁶⁴ Conviene recordar el artículo 51.3 GP I: “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta sección, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal

manera que en tiempo de paz existe una presunción de inocencia que puede ser vencida mediante pruebas legítimamente obtenidas, en tiempo de guerra existe una presunción de que una persona es un no combatiente salvo que se encuentre –valga la expresión- con las manos en la masa. En caso contrario, incluso en el marco del conflicto –internacional o no- fuera de las situaciones de combate, y si es factible acudir a el, simplemente se impone el modelo policial-judicial, no la impunidad¹¹⁶⁵. Consecuentemente, el acudir directamente a la muerte de la persona convertida en objetivo, está limitado por los principios de absoluta necesidad¹¹⁶⁶. Sin embargo, se va imponiendo consuetudinariamente un régimen específico de las personas que asumen una función permanente de combate, encuadrados en grupos armados organizados no estatales, lo que les equipara a los miembros de las fuerzas armadas de los Estados¹¹⁶⁷. Es un razonable mecanismo corrector de la aparente *naïveté* de la norma general. No

participación”. Es decir, interpretado literalmente, durante el paréntesis en el que un civil toma un arma, se sube a la azotea de su casa, y dispara contra las fuerzas oponentes, no está protegido por el Protocolo. Deja el arma y baja al cuarto de estar de su casa donde se pone a leer el periódico y a tomar un aperitivo, y vuelve a estar protegido, en el sentido de que no se le puede atacar, sino sólo detener para su persecución penal como combatiente ilegítimo. De ahí la imagen de la puerta giratoria: estoy dentro, estoy fuera, estoy dentro otra vez, etc.

¹¹⁶⁵ Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, citado, Capítulo IV: “54. En la práctica, una persona civil participa directa o activamente en hostilidades cuando, individualmente o como miembro de un grupo, asume el papel de combatiente. Dichas personas civiles constituyen una amenaza inmediata de daño cuando se preparan, participan y retornan del combate. Como tales, quedan expuestas a ataque directo. Más aún, debido a sus actos hostiles, esas personas civiles pierden los beneficios de los que gozan los civiles pacíficos, de precaución al atacar y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados. 55. Es importante comprender que aun cuando estas personas pierden su inmunidad a ataques directos mientras participan en las hostilidades, retienen sin embargo su calidad de civiles. A diferencia de los combatientes comunes, una vez cesan sus actos hostiles, no pueden ser atacados, aunque pueden ser procesados y castigados por sus actos beligerantes.”

¹¹⁶⁶ MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing ...* op.cit. p. 227-232.

¹¹⁶⁷ (2008) Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities ... cit. p. 1006-1009. a este respecto, el mismo documento enumera los elementos constitutivos de la participación directa en hostilidades (p. 1016): “In order to qualify as direct participation in hostilities, a specific act must meet the following cumulative criteria: 1. the act must be likely to adversely affect the military operations or military capacity of a party to an armed conflict or, alternatively, to inflict death, injury, or destruction on persons or objects protected against direct attack (threshold of harm); 2. there must be a direct causal link between the act and the harm likely to result either from that act, or from a coordinated military operation of which that act constitutes an integral part (direct causation); 3. the act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in support of a party to the conflict and to the detriment of another (belligerent nexus)”.

obstante hay que tener cuidado de que tal corrección del sistema no derive en una carta blanca para convertir en objetivos legítimos a personas que no lo son¹¹⁶⁸.

Porque el primer problema que normalmente plantearían los terroristas a los que nos referimos en ésta parte del trabajo, es que probablemente se tratará de civiles –aunque pertenezcan a una organización armada- en territorio ocupado, asimilado a dicha situación en los términos que ya hemos visto respecto a las operaciones de paz, o en conflictos no internacionales. Consecuentemente, hay que, mediante cierta pirueta, trasladar el razonamiento acerca de los combatientes a unos contextos en los que estos teóricamente no

¹¹⁶⁸ A/HRC/14/24/Add.6. (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado, puntos 65-66: “65. Nevertheless, the ICRC’s Guidance raises concern from a human rights perspective because of the “continuous combat function” (CCF) category of armed group members who may be targeted anywhere, at any time. In its general approach to DPH, the ICRC is correct to focus on function (the kind of act) rather than status (combatant vs. Unprivileged belligerent), but the creation of CCF category is, de facto, a status determination that is questionable given the specific treaty language that limits direct participation to “for such time” as opposed to “all the time.” 66. Creation of the CCF category also raises the risk of erroneous targeting of someone who, for example, may have disengaged from their function. If States are to accept this category, the onus will be on them to show that the evidentiary basis is strong. In addition, States must adhere to the careful distinction the ICRC draws between continuous combatants who may always be subject to direct attack and civilians who (i) engage in sporadic or episodic direct participation (and may only be attacked during their participation), or (ii) have a general war support function (“recruiters, trainers, financiers and propagandists”) or form the political wing of an organized armed group (neither of which is a basis for attack)”. También, por ejemplo, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, citado, capítulo IV , punto 48. “El Ejército colombiano ha dejado en claro que considera como miembros de las filas de la guerrilla a muchas personas que deben ser tratadas como civiles de conformidad con el derecho internacional humanitario. La Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas reportó que miembros de la XX Brigada (unidad de inteligencia del Ejército que actualmente ha sido desmantelada) informaron a dicha Oficina que el 85% de las personas tratadas como subversivas participan solamente en la llamada "guerra política" y no han levantado armas. Algunos miembros del Ejército han expresado que esta "guerra política" está llevada a cabo por miembros de organizaciones no gubernamentales, sindicatos y partidos políticos de izquierda. Por ejemplo, el General Rito Alejo del Río, anteriormente comandante de la XVII Brigada y actualmente comandante de la XIII Brigada en Bogotá, presentó un informe a la Fiscalía Regional para Medellín en el cual declaró: 49. Como es conocido, la subversión cuenta con una parte armada y una parte política, que reúne a toda la izquierda y está apoyada por diferentes organismos que ellos controlan, especialmente en las áreas de influencia como son las oficinas de derechos humanos, las cuales tienen a su vez respaldo de las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales.”

existen, al menos en el sentido del conflicto internacional. El resultado final es el mismo: pérdida de protección¹¹⁶⁹.

Es generalmente aceptado que en situación de ocupación “tranquila”, el enfoque de la lucha antiterrorista debe ser el policial-judicial¹¹⁷⁰. El DIH solo entraría en juego cuando la resistencia sobrepasase unos límites similares a los que determinan la existencia de un conflicto interno, con lo que la ocupación deja de ser “tranquila”. Por lo tanto el régimen de aplicación es el de los derechos humanos: el objetivo no puede ser otro que la detención de los presuntos terroristas en primer lugar, respetando sus vidas salvo en las situaciones en las que en tiempo de paz se permite el uso de la fuerza susceptible de causar muerte. Todos aceptamos que el Estado puede matar gente si es el único medio –absolutamente necesario- para evitar un mal mayor, y el DIDH también¹¹⁷¹.

Sin embargo, las situaciones de hecho a las que nos enfrenta el combate actual, son muy turbias. El terrorista no viste uniforme, vive mezclado con los no combatientes y de vez en cuando sale de su escondite para perpetrar una acción traicionera o *pérfida*, subsumible en cualquier código penal¹¹⁷². Pero las posibilidades de captura a veces son remotas, cuando no

¹¹⁶⁹ Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999, citado, capítulo IV: “61. La Comisión señala que cuando asumen el papel de combatientes, los miembros de los grupos paramilitares claramente pierden la protección contra ataques directos hasta el momento en que cesen todos sus actos hostiles contra el adversario. Sin embargo, cuando la participación directa de tales personas en las hostilidades constituye su actividad cotidiana principal, surge el interrogante sobre si con ello se han despojado de su estatus civil y se han convertido en combatientes sujetos a ataque directo bajo las mismas condiciones aplicables a miembros de las Fuerzas Militares regulares. La Comisión señala más adelante en este Capítulo que es aceptado que ciertos de los grupos paramilitares, particularmente las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (“ACCU”), constituyen partes en el conflicto armado. Por lo tanto, sus miembros se consideran combatientes y no civiles. En este sentido, es crucial entender que nadie, durante las hostilidades, tiene simultáneamente el estatus de combatiente y civil. Y el derecho humanitario tampoco reconoce el derecho de cualquier persona a alternar a voluntad o por requerimiento el estatus civil y estatus de combatiente.”

¹¹⁷⁰ DOSWALD-BECK, Louise (2006), “The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?” *IRRC*, Vol. 88, N° 864, pp. 881-904, p. 892.

¹¹⁷¹ Ya lo hemos visto en la sentencia del caso McCann, interpretada a contrario. También en KORFF, Douwe (2006), *The right to life. ...op.cit.*, p. 25-27.

¹¹⁷² Ya nos hemos referido a la película “Michael Collins”, en la que el protagonista describe las acciones terroristas que realizarán diciendo, más o menos, “saldremos de la multitud, atacaremos y luego nos diluiremos en la multitud”. Otro ejemplo que ha entrado en la cultura

inexistentes. Así ocurre cuando el sujeto está en una zona no suficientemente controlada por el Estado actuante, lo que conlleva un riesgo concreto e inasumible para las propias fuerzas, que podrían sufrir bajas desproporcionadas, o difícilmente justificables ante la opinión pública en el supuesto concreto. O, sobre todo, en aquellos casos en que el objetivo se encuentra en otro Estado no colaborador, o simplemente fallido y sin posibilidad de ejercer autoridad sobre su propio territorio¹¹⁷³. Pero esto es una cuestión que puede afectar o no a la soberanía; lo importante para nuestro trabajo es en qué medida afecta a los derechos humanos; está claro que si hay consentimiento del Estado en el que se llevan a cabo las acciones, nada absuelve al Estado que apela a la fuerza de sus obligaciones vis-à-vis el DIDH, aunque sea a través del modelo personal de aplicación extraterritorial del mismo¹¹⁷⁴. Cuestión distinta es que el ataque se produzca sobre la base de la legítima defensa y sin el consentimiento del Estado en cuyo territorio tiene lugar, en particular por que implica muchas veces el concepto de la legítima defensa preventiva.

popular es el asesinato de oficiales “nazis”. Si son los malos, está justificado. En la película “La gran evasión”, (The Great Escape, MGM / UA, 1963), dirigida por John Sturges, hay una secuencia en la que uno de los huidos del campo de prisioneros de guerra (Sedgwick, James Coburn), asiste al asesinato, en un café, de varios oficiales alemanes francos de servicio por miembros la resistencia, que aparecen repentinamente en un vehículo civil, vestidos de paisano, ametrallan a los militares y se van. El problema surge cuando nosotros somos los malos de otros.

¹¹⁷³ A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur (...). Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado, punto 35: “Under the law of inter-state force: A targeted killing conducted by one State in the territory of a second State does not violate the second State’s sovereignty if either (a) the second State consents, or (b) the first, targeting, State has a right under international law to use force in self-defence under Article 51 of the UN Charter, because (i) the second State is responsible for an armed attack against the first State, or (ii) the second State is unwilling or unable to stop armed attacks against the first State launched from its territory. International law permits the use of lethal force in self-defence in response to an “armed attack” as long as that force is necessary and proportionate.”

¹¹⁷⁴ A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado, punto 37: “The proposition that a State may consent to the use of force on its territory by another State is not legally controversial. But while consent may permit the use of force, it does not absolve either of the concerned States from their obligations to abide by human rights law and IHL with respect to the use of lethal force against a specific person. The consenting State’s responsibility to protect those on its territory from arbitrary deprivation of the right to life applies at all times. A consenting State may only lawfully authorize a killing by the targeting State to the extent that the killing is carried out in accordance with applicable IHL or human rights law.”.

Por otro lado, el Derecho consuetudinario siempre ha tenido serios reparos en admitir el ataque –en el sentido de causar la muerte- contra individuos determinados; hay un matiz de diferencia entre el ataque a objetos y el ataque a personas, aunque la tendencia es a aceptar su legalidad si no se emplean métodos traicioneros¹¹⁷⁵. El asesinato, en particular de civiles, sigue prohibido por el DIH¹¹⁷⁶. Hay que reconocer que el tema plantea cuestiones que exceden de las pretensiones de este trabajo, y por eso no vamos a entrar en ellas. Nos vamos a limitar a examinar las conclusiones del Tribunal Supremo de Israel y de otros tribunales en lo que se refiere al uso de la fuerza, por ser funcionales para los efectos que pretendemos¹¹⁷⁷.

En su sentencia de 14 de diciembre de 2006¹¹⁷⁸, el Tribunal Supremo israelí sostiene que el marco jurídico aplicable a la situación es el del conflicto armado internacional¹¹⁷⁹, teniendo en cuenta el contexto en el que se desenvuelve la actividad de los grupos armados. Ya hemos visto las dificultades que todo esto entraña cuando se trata de conflicto entre un Estado y entes no estatales, pero es el pronunciamiento del tribunal¹¹⁸⁰. Una vez

¹¹⁷⁵ RUYS, Tom (2005) "License to Kill? State-sponsored assassination ... op.cit. p. 23-24

¹¹⁷⁶ HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (Eds.), (2005) CUSTOMARY INTERNATIONAL ... VOLUME I. Cit. p. 311-314, "Rule 89. Murder is prohibited", KRETZMER, David (2005), "Targeted Killing of Suspected Terrorists, ...op.cit., DOSWALD-BECK, Louise (2006), "The right to life in armed conflict: ...op.cit., FARIA CORACINI Celso Eduardo (2009), "Targeted Killing of Suspected Terrorists ...op.cit.

¹¹⁷⁷ Aunque poner a Israel como ejemplo ya entraña una cierta falsificación, puesto que, en realidad su situación no es equiparable a la de ningún Estado occidental, en el sentido de su lucha por la supervivencia.

¹¹⁷⁸ Entre otros análisis específicos, MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing in International Law*, ... op.cit. pp. 32-36, LESH, Michelle (2007), Case notes: "The Public Committee against Torture in Israel v. the Government of Israel. The Israeli High Court of Justice Targeted Killing Decision". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8.

¹¹⁷⁹ Lo que contrasta con la postura reciente de la administración de EEUU que, como veremos, asume ahora que la lucha contra Al-Qaeda es un conflicto no internacional.

¹¹⁸⁰ "21. Our starting point is that the law that applies to the armed conflict between Israel and the terrorist organizations in the area is the international law dealing with armed conflicts. So this Court has viewed the character of the conflict in the past, and so we continue to view it in the petition before us. According to that view, the fact that the terrorist organizations and their members do not act in the name of a state does not turn the struggle against them into a purely internal state conflict (...). Indeed, in today's reality, a terrorist organization is likely to have considerable military capabilities. At times they have military capabilities that exceed those of states. Confrontation with those dangers cannot be restricted within the state and its penal law. Confronting the dangers of terrorism constitutes a part of the international law dealing with armed conflicts of international character. A number of other possibilities have been raised in

determinado el marco jurídico, el tribunal estima posible el ataque contra individuos si se dan cuatro requisitos.

En primer lugar, el Estado debe poseer sólidas pruebas de que el objetivo potencial no está protegido por el estatuto de civil, conforme al DIH. Aunque Israel no es parte en el I Protocolo, debe tenerse en cuenta el artículo 51.3 de éste último y el concepto de la directa participación en las hostilidades, ya que el propio Tribunal lo considera Derecho consuetudinario que obliga a Israel¹¹⁸¹. Hay además algunos aspectos prácticos del análisis que tienen difícil solución. Si la necesidad es inmediata, difícilmente podrá ser un órgano judicial quien la examine, debiendo ser uno ejecutivo¹¹⁸². Además la decisión será tomada muy probablemente sobre la base de información clasificada.

the legal literature (...). According to the approach of Professor Kretzmer, that armed conflict should be categorized as a conflict which is not of purely internal national character, but also not of international character, rather is of a mixed character, to which both international human rights law and international humanitarian law apply (...); Respondents' counsel presented those possibilities to us, and pointed out their problems, without taking any stance on the issue. As stated, for years the starting point of the Supreme Court – and also of the State's counsel before the Supreme Court – is that the armed conflict is of an international character. In this judgment we continue to rule on the basis of that view. It should be noted that even those who are of the opinion that the armed conflict between Israel and the terrorist organizations is not of international character, think that international humanitarian or international human rights law applies to it (...).”

¹¹⁸¹ “ 30. (...) As is well known, Israel is not party to The First Protocol. Thus, it clearly was not enacted in domestic Israeli legislation. Does the basic principle express customary international law? The position of The Red Cross is that it is a principle of customary international law (...). That position is acceptable to us. (...) Therefore, according to the position of the State, the non-customary part of article 51(3) of The First Protocol is the part which determines that civilians do not enjoy protection from attack "for such time" as they are taking a direct part in hostilities. As mentioned, our position is that all of the parts of article 51(3) of The First Protocol express customary international law.”

¹¹⁸² “57. On the other end of the spectrum of possibilities is the decision, made on the basis of the knowledge of the military profession, to perform a preventative act which causes the deaths of terrorists in the area. That decision is the responsibility of the executive branch. It has the professional-security expertise to make that decision. The Court will ask itself if a reasonable military commander could have made the decision which was made. The question is whether the decision of the military commander falls within the zone of reasonable activity on the part of the military commander. If the answer is yes, the Court will not exchange the military commander's security discretion with the security discretion of the Court (...). As seen, judicial review regarding the military means to be taken is regular review of reasonableness. True, "military discretion" and "state security" are not magic words which prevent judicial review. However, the question is not what I would decide in the given circumstances, rather whether the decision which the military commander made is a decision that a reasonable military commander was permitted to make. On that subject, special weight is to be granted to the military opinion of the official who bears the responsibility for security (...).”

Segundo, si existe la posibilidad de neutralizar la amenaza por medios menos drásticos, como la detención o arresto, este es el medio que debe elegirse, salvo que tal opción implique un riesgo inaceptable para la vida de los soldados intervinientes¹¹⁸³. Tengamos en cuenta que, conforme al DIH, si un objetivo militar es legítimo, no existe obligación de acudir al arresto-detención, ni a realizar intimaciones previas a la acción. Por ello este requisito parece influido por el régimen de los derechos humanos y lo aproxima bastante al modelo policial-judicial¹¹⁸⁴. El régimen de ocupación, en particular el artículo 5 de la IV Convención de Ginebra, permite la detención de las personas que, sin estatuto de prisionero de guerra, representan una amenaza para las fuerzas ocupantes pero no el ataque contra sospechosos¹¹⁸⁵.

¹¹⁸³ 40. (...) Second, a civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, if a less harmful means can be employed. In our domestic law, that rule is called for by the principle of proportionality. Indeed, among the military means, one must choose the means whose harm to the human rights of the harmed person is smallest. Thus, if a terrorist taking a direct part in hostilities can be arrested, interrogated, and tried, those are the means which should be employed (...). Trial is preferable to use of force. A rule-of-law state employs, to the extent possible, procedures of law and not procedures of force. That question arose in *McCann v. United Kingdom*, (...). Arrest, investigation, and trial are not means which can always be used. At times the possibility does not exist whatsoever; at times it involves a risk so great to the lives of the soldiers, that it is not required (...). However, it is a possibility which should always be considered. It might actually be particularly practical under the conditions of belligerent occupation, in which the army controls the area in which the operation takes place, and in which arrest, investigation, and trial are at times realizable possibilities (...). Of course, given the circumstances of a certain case, that possibility might not exist. At times, its harm to nearby innocent civilians might be greater than that caused by refraining from it. In that state of affairs, it should not be used. Third, after an attack on a civilian suspected of taking an active part, at such time, in hostilities, a thorough investigation regarding the precision of the identification of the target and the circumstances of the attack upon him is to be performed (retroactively). That investigation must be independent ...”.

¹¹⁸⁴ Lo que contrasta con el modelo policial-judicial, como se ve por ejemplo en el punto 10 de los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley: “En las circunstancias previstas en el principio 9, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se identificarán como tales y darán una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego, con tiempo suficiente para que se tome en cuenta, salvo que al dar esa advertencia se pusiera indebidamente en peligro a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, se creara un riesgo de muerte o daños graves a otras personas, o resultara evidentemente inadecuada o inútil dadas las circunstancias del caso.”

¹¹⁸⁵ A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado, conclusiones y recomendaciones: “Targeted killings should never be based solely on “suspicious” conduct or unverified – or unverifiable – information. Intelligence gathering and sharing arrangements must include procedures for reliably vetting targets, and adequately verifying information.”

Tercero, inmediatamente después de la operación debe llevarse a cabo una investigación completa e independiente para determinar si el ataque estaba justificado. El Tribunal no entra en detalles al respecto¹¹⁸⁶; mas tarde veremos los requisitos que entre otros, exige al respecto el TEDH. En el caso israelí, en 2007, el Tribunal Supremo dio un plazo de 45 días al gobierno para establecer una comisión independiente que examinara las circunstancias de la muerte de Saleh Shehadeh, incluyendo la cuestión de si una encuesta criminal estaba o no justificada¹¹⁸⁷.

Por último, debe en todo caso respetarse el principio de proporcionalidad, en el sentido de evaluar con carácter previo si las previsibles bajas civiles están o no justificadas por la ventaja militar que se pretende obtener. Parece claro que cualquier operación en la que se produzca tan solo la muerte de una persona no relacionada va a desencadenar vivas polémicas. En el caso de los *targeted killings* es difícilísimo evaluar la ventaja militar en cuestión¹¹⁸⁸.

A esto hay que añadir la postura del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que, al revisar la política de Israel en la materia deja claro que las operaciones de este tipo no pueden ir dirigidas ni a castigar al potencial objetivo ni a provocar el escarmiento público, la disuasión de los demás¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁶ “59. The intensity of judicial review of military decisions to make a preventative strike causing the deaths of terrorists and innocent civilians is, by nature, low. The reason for that is twofold: first, judicial review cannot be performed in advance. Having determined in this judgment the provisions of customary international law on the issue before us, we naturally cannot examine its realization in advance. Judicial review on this issue will, by nature, be retrospective. Second, the principle examination must be performed by the examination committee, which according to international law must perform an objective retrospective examination. The review of this Court can, by nature, be directed only against the decisions of that committee, and only according to the accepted standards regarding such review.”

¹¹⁸⁷ LESH, Michelle (2007), “Case notes: The Public Committee against Torture in Israel ... op.cit.

¹¹⁸⁸ MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing* ... op.cit. p. 397-399.

¹¹⁸⁹ Informe de 21 de agosto de 2003, RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luís (2009), “Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales ... op.cit. p. 356-357, KRETZMER, David (2005), “Targeted Killing of Suspected Terrorists ...op.cit., p 180. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, (...) Study on targeted killings, 28 de mayo de 2010, citado, recomendaciones: “Ensure procedures are in place to verify that no targeted killing is taken in revenge, or primarily to cause terror or to intimidate, or to gain political advantage”. También ALSTON, Philip, MORGAN-FOSTER, Jason and ABRESCH, William (2008), “The Competence

Está claro que el principal problema que plantea la situación, es que los casos que examinamos y examinaremos no se producen en una “guerra” en el sentido convencional del término. A lo largo del presente trabajo, deliberadamente se han dejado traslucir las dudas que el actual teatro de operaciones nos debe plantear. La lucha contra la insurgencia y el terrorismo que ocupa principalmente a la OTAN en Afganistán, a veces, muchas, tiene perfiles policiales. El escenario en el que se desenvuelve Israel en Cisjordania y Gaza, por muy difícil que resulte, en condiciones normales sería gestionado acudiendo a la cooperación policial y judicial internacional, y parece notorio que el recurso al DIH es simplemente el corte del nudo gordiano. En definitiva lo complicado del asunto es que a la hora de la verdad, vista desde fuera y a distancia, una acción preventiva de defensa y una ejecución extrajudicial se parecen muchísimo¹¹⁹⁰. El marco del conflicto armado, por su parte, permite el ataque contra combatientes enemigos en cualquier momento¹¹⁹¹.

De ahí la importancia fundamental de la investigación posterior a los hechos. Aceptando que el supuesto de hecho previsible –la existencia de una amenaza inminente representada por un individuo que va a cometer un crimen (“*ticking bomb*”)- no permite un previo control exhaustivo de la acción por parte, pongamos, de un organo judicial, al menos la certeza de una investigación independiente posterior a los hechos, con la posibilidad de recomendar, o de iniciar incluso, acciones de tipo penal, debe disuadir al Estado o sus agentes de acudir a tales medios con frivolidad o ligereza.

of the UN Human Rights Council and its Special Procedures in Relation to Armed Conflicts: Extrajudicial Executions in the ‘War on Terror’”, *EJIL*, Vol. 19, Nº 1, pp. 183–209.

¹¹⁹⁰ FARIA, CORACINI Celso Eduardo (2009), “Targeted Killing of Suspected Terrorists ... op.cit.p. 401.

¹¹⁹¹ ROWE, Peter (2002), “Responses to Terror: The New ‘War’”. ... op.cit.

b. La investigación de operaciones estatales con resultado de muerte. Requisitos según la jurisprudencia del TEDH

(i) Requisitos generales de la investigación según los textos de “soft law”

La investigación posterior a los hechos se convierte así en el aspecto fundamental de toda la construcción jurisprudencial que examinamos. Para que surta su efecto debe reunir al menos tres condiciones: ser automática e ineludible, ser realmente independiente, y poder conducir a la persecución penal de aquellos actos no justificables. Podría añadirse una cuarta que es la de la reparación económica, pero esta parece secundaria.

El aspecto procedimental es muy importante; en última instancia es una responsabilidad de los Estados, pero no del todo libre. Existe un consenso universal sobre la necesidad de una investigación; el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en su Resolución 1989/65, “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, punto 9, establece la obligación de llevarla a cabo¹¹⁹². El Protocolo de Minnesota, adoptado por el mismo Consejo, establece una serie de contenidos mínimos de dicha investigación¹¹⁹³. Si bien estos documentos no son exactamente convenciones internacionales, han sido incluidos como fundamento jurídico en sentencias del TEDH y de la CIADH, por ejemplo¹¹⁹⁴. Por otro lado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre

¹¹⁹² Resolución 1989/65, punto 9. “Se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, incluidos aquéllos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas. Los gobiernos mantendrán órganos y procedimientos de investigación para realizar esas indagaciones. La investigación tendrá como objetivo determinar la causa, la forma y el momento de la muerte, la persona responsable y el procedimiento o práctica que pudiera haberla provocado. Durante la investigación se realizará una autopsia adecuada, y se recopilarán y analizarán todas las pruebas materiales y documentales y se recogerán las declaraciones de los testigos. La investigación distinguirá entre la muerte por causas naturales, la muerte por accidente, el suicidio y el homicidio.”

¹¹⁹³ Manual Sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas, Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

¹¹⁹⁴ McCann and Others v. Uk y Kelly and Others v. UK, por ejemplo, sentencias ambas a las que nos referiremos más adelante. En la CIADH, Caso de la “masacre de Mapiripán” vs. Colombia, Sentencia de 15 septiembre de 2005, párrafos 223- 224 “223. Tal como fue

ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias ha insistido en evitar la lenidad en cuanto a exigir responsabilidades de determinados funcionarios, en particular militares¹¹⁹⁵. Debe destacarse, no obstante, que ninguna convención en la materia recoge expresamente en su texto la obligación de investigar.

señalado, en casos de ejecuciones extrajudiciales, la jurisprudencia de este Tribunal es inequívoca: el Estado tiene el deber de iniciar ex officio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva (...), que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. 224. En este sentido, basado en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas, este Tribunal ha especificado los principios rectores que es preciso observar cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial. Las autoridades estatales que conducen una investigación deben intentar como mínimo, inter alia: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte; y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.”

¹¹⁹⁵ Aunque no necesariamente implica falta de seriedad en las investigaciones, es frecuente que sea la propia jurisdicción militar la que las realice, a pesar de las fuertes presiones para que sea llevada a cabo por cuerpos independientes. A/HRC/20/22/Add.2. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns. Addendum. Follow-up country recommendations: Colombia. 15 de mayo de 2012, puntos 33 y ss.: “33. In 2009, the Special Rapporteur noted the importance of the Technical Investigation Unit of the Attorney General’s Office (Cuerpo Técnico de Investigación, CTI), as external investigators reduce opportunities for the military to cover up unlawful killings and promote transparency. When a military unit reports a killing in combat, the initial inspection of the scene should be undertaken by the CTI; within 36 hours, CTI officials must report to the relevant prosecutor on their investigation.” También por ejemplo, en el informe Informe Anual 2011 de la CIDH <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>, punto 24 se recoge: “24. Las denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales perpetradas por miembros de la Fuerza Pública han sido materia de preocupación de la CIDH en sus informes anuales 2006-2010 . En esta ocasión, la CIDH coincide con la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en reconocer que ha disminuido la información recibida sobre nuevos “falsos positivos”. Sin embargo, durante el año 2011 ha recibido información consistente y reiterada sobre la falta de investigación e impunidad existente en relación con las ejecuciones extrajudiciales del pasado hasta el presente. Así, durante su 141º y 143º períodos de sesiones, la CIDH recibió información sobre impunidad en los casos de ejecuciones extrajudiciales, particularmente en relación con el escaso número de condenas a responsabilidades inferiores y mandos medios de la Fuerza Pública, la ausencia de condenas a altos mandos , y la utilización del fuero militar para juzgar la comisión de hechos que pudieran constituir violaciones a derechos humanos. También DOSWALD-BECK, Louise (2006), “The right to life in armed conflict ...op.cit., p. 889.

(ii) *La jurisprudencia del TEDH. Los casos Kelly y Al-Skeini (segunda parte)*

El CEDH, en su artículo 2, regula los perfiles del derecho a la vida. No incluye expresamente la obligación de encuesta posterior a los hechos pero una consolidada línea jurisprudencial la ha incluido como garantía procedimental del derecho a la vida, con unos significativos análisis acerca del contenido de la investigación¹¹⁹⁶. Se puede objetar que el CEDH se refiere claramente al derecho de paz, al modelo policial-judicial, pero ya hemos visto que este requisito procedimental está claramente extraído del marco de los derechos humanos. Por ello, parece aplicable al tipo de acción que estamos examinando, la situada en esa zona gris que no es exactamente el conflicto armado internacional, pero incluso se puede sostener su aplicación a este último tipo de conflicto, puesto que partimos de la base de que el DIDH sigue vigente durante el conflicto armado, y el derecho a la vida no es derogable en ningún caso, con la única excepción de los “legítimos actos de guerra”, conforme al artículo 15.2 del CEDH. Pero es que incluso el determinar si nos encontramos ante un legítimo acto de guerra requerirá la puesta en marcha de una investigación.¹¹⁹⁷

En todo caso, es en la jurisprudencia del TEDH donde podemos encontrar más referencias en cuanto a aspectos concretos de la investigación. Debe tenerse en cuenta que el quebrantamiento del artículo 2 del Convenio puede producirse bien por faltar contra el contenido sustantivo –hacer uso de la fuerza susceptible de causar muerte no siendo absolutamente necesario, o no adoptar las medidas pertinentes para evitar tal resultado- o el procedimental. Por lo tanto, en un mismo asunto pueden quebrantarse ambas obligaciones, solo una de ellas, o ninguna. La propia sentencia en el caso McCann, establecía que, aunque había habido un uso innecesario de la fuerza, la investigación posterior a los hechos se condujo de manera acorde con el Convenio¹¹⁹⁸. En el

¹¹⁹⁶ KORFF, Douwe (2006), *The right to life*. ...op.cit, p. 35-41. Veremos en particular la sentencia en el caso Kelly and Others v. UK.

¹¹⁹⁷ KORFF, Douwe (2006), *The right to life*. ...op.cit, p. 55-56.

¹¹⁹⁸ Sentencia McCann, párrafos 159-164: “159. For the Commission, the inquest subjected the actions of the State to extensive, independent and highly public scrutiny and thereby provided sufficient procedural safeguards for the purposes of Article 2 (...) of the Convention. 160. The Court considers that it is unnecessary to decide in the present case whether a right of access to

caso Kaya contra Turquía¹¹⁹⁹ se produjo el supuesto contrario, y en el caso Kilic contra Turquía¹²⁰⁰ se estimaron quebrantadas ambas obligaciones. En el

court to bring civil proceedings in connection with deprivation of life can be inferred from Article 2 para. 1 (...) since this is an issue which would be more appropriately considered under Articles 6 and 13 (...) of the Convention - provisions (...) that have not been invoked by the applicants. 161. The Court confines itself to noting, like the Commission, that a general legal prohibition of arbitrary killing by the agents of the State would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities. The obligation to protect the right to life under this provision (...), read in conjunction with the State's general duty under Article 1 (...) of the Convention to "secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State. 162. However, it is not necessary in the present case for the Court to decide what form such an investigation should take and under what conditions it should be conducted, since public inquest proceedings, at which the applicants were legally represented and which involved the hearing of seventy-nine witnesses, did in fact take place. Moreover, the proceedings lasted nineteen days and, as is evident from the inquest's voluminous transcript, involved a detailed review of the events surrounding the killings. Furthermore, it appears from the transcript, including the Coroner's summing-up to the jury, that the lawyers acting on behalf of the applicants were able to examine and cross-examine key witnesses, including the military and police personnel involved in the planning and conduct of the anti-terrorist operation, and to make the submissions they wished to make in the course of the proceedings. 163. In light of the above, the Court does not consider that the alleged various shortcomings in the inquest proceedings, to which reference has been made by both the applicants and the intervenors, substantially hampered the carrying out of a thorough, impartial and careful examination of the circumstances surrounding the killings. 164. It follows that there has been no breach of Article 2 para. 1 (...) of the Convention on this ground."

¹¹⁹⁹ Case of Mahmut Kaya v. Turkey (Application no. 22535/93), 28 de marzo de 2000. Párrafo 103. "In the present case, the investigation into the disappearance was conducted by the public prosecutor at Elazığ. It changed hands four times. The file was transferred to Tunceli when the bodies were discovered. The Tunceli public prosecutor ceded jurisdiction to the National Security Court at Kayseri considering the case to concern a terrorist crime. From Kayseri, the investigation was transferred to Erzincan National Security Court and finally to Malatya National Security Court, where it is still pending." Párrafo 104: "The investigation at the scene of discovery of the bodies involved two autopsies. The first was cursory and included the remarkable statement that there were no marks of ill-treatment on the bodies. The second autopsy was more detailed and did record marks on both bodies. It omitted, however, to provide explanations or conclusions regarding the ecchymoses on the nail bases and the knees and ankle or the scratches on the ankle, bruises on the right ear and head area were attributed to pressure on the body, without clear explanation as to what that might involve (...)" Párrafo 106: "The investigation was also dilatory. There were significant delays in seeking statements from witnesses: for example, it took from 17 November 1993 to April 1994 to obtain a fuller and more detailed statement from Hüseyin Kaykaç. There was no apparent activity between 5 May 1993 and September 1993 and no significant step taken from April 1994 until 13 March 1995."

¹²⁰⁰ Caso de Kilic v. Turkey, (Application no. 22492/93), 28 de marzo de 2000. Kemal Kilic era un periodista cuyo periódico (Özgür Gündem) estaba próximo a la comunidad kurda. A pesar de haber solicitado protección para sí y otras personas al gobernador de Şanlıurfa tal petición que fue rehusada. De hecho, con posterioridad Kilic fue detenido, en enero de 1993, por presuntos insultos al gobernador aunque fue puesto en libertad el mismo día. El 18 de febrero

ámbito de la CIADH se puede citar el caso Las Palmeras vs. Colombia, en la que también se estima quebrantado el derecho a las garantías jurisdiccionales y a la protección judicial de los familiares de los fallecidos en una operación conjunta de la policía y el ejército colombianos¹²⁰¹.

de 1993, Kilic fue asesinado a tiros. (párrafos 8 a 14 de la sentencia). Hubo una investigación llevada a cabo por la gendarmería, y de hecho una persona (Hüseyin Güney), fue condenada a prisión perpetua. (párrafos 15 a 27), pero no por la muerte de Kilic, sino por haber participado en otros delitos en los que al parecer se había utilizado la misma pistola. En definitiva, según el párrafo 77 de la sentencia, “ The Court concludes that in the circumstances of this case the authorities failed to take reasonable measures available to them to prevent a real and immediate risk to the life of Kemal Kılıç. There has, accordingly, been a violation of Article 2 of the Convention. En cuanto a la investigación de los hechos la sentencia señala sus principales defectos (párrafos 79 a 83): “79. The Court recalls that in the present case an investigation was carried out at the scene of the killing by the gendarmerie captain Kargılı, who also took steps to identify and interview potential witnesses and to obtain a ballistics examination of the cartridges found at the scene. 80. However, no investigative step was taken by Captain Kargılı after his letter of 15 March 1993 transmitting information and documents to the Şanlıurfa public prosecutor. Furthermore, although the indictment lodged against the suspect Hüseyin Güney arrested in Diyarbakır on 24 December 1993 listed the killing of Kemal Kılıç as one of the separatist offences committed by him as a Hizbullah member, there was no direct evidence linking him with that particular crime (...). The Diyarbakır National Security Court did not hear any witnesses concerning the Kılıç incident nor had Hüseyin Güney made any admissions as to his involvement. No steps had been taken to link Hüseyin Güney, who had previously lived in Batman, to the killing of Kemal Kılıç in Şanlıurfa. While the prosecution relied on a ballistics examination which showed that the gun allegedly used by Hüseyin Güney in an attack on a shop in Diyarbakır had also been used in fifteen other incidents, including the shooting of Kemal Kılıç, there was no evidence to show that it had been in his possession before the attack on the shop. This finding is confirmed by the decision of 29 March 1999 of the Diyarbakır National Security Court, which found that it was not proved that Hüseyin Güney had used the gun in any other incident (...) 82. The Court observes that the investigation by the gendarmes and the Şanlıurfa public prosecutor after the incident did not include any inquiries as to the possible targeting of Kemal Kılıç due to his job as an Özgür Gündem journalist. The fact that the case was transferred to the National Security Court prosecutor indicates that it was regarded as a separatist crime. There is no indication that any steps have been taken to investigate any collusion by security forces in the incident. 83. Having regard therefore to the limited scope and short duration of the investigation in this case, the Court finds that the authorities have failed to carry out an effective investigation into the circumstances surrounding Kemal Kılıç's death. It concludes that there has in this respect been a violation of Article 2 of the Convention.”

¹²⁰¹ Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Los hechos, consistentes en una operación llevada a cabo en 1991 en la localidad colombiana de Las Palmeras, causó la muerte de varias personas, varias de ellas ejecutadas extrajudicialmente por las fuerzas de la Policía Nacional. Según su punto 2, “La Policía detuvo en la escuela y en sus alrededores al maestro Cuarán Muchavisoy, a los trabajadores Cerón Gómez y Pantoja, a los hermanos Wilian Hamilton y Edebraes Cerón y a otra persona no identificada que podría ser Moisés Ojeda o Hernán Lizcano Jacanamejoy. La Policía Nacional ejecutó extrajudicialmente por lo menos a seis de estas personas.// Los miembros de la Policía Nacional y del Ejército realizaron numerosos esfuerzos para justificar su conducta. En este orden de ideas, vistieron con uniformes militares los cadáveres de algunas de las personas ejecutadas, quemaron sus ropas y amedrentaron a

Por eso es interesante examinar ahora la Sentencia de 4 de mayo de 2001 (Kelly y otros contra el Reino Unido)¹²⁰², puesto que, sin ser una

varios testigos del caso. Igualmente, la Policía Nacional presentó siete cadáveres como pertenecientes a subversivos muertos en un presunto enfrentamiento. Entre esos cadáveres se encontraban seis cuerpos de las personas detenidas por la Policía y un séptimo, cuyas circunstancias de muerte no han sido esclarecidas.// Como consecuencia de los hechos descritos, se iniciaron procesos de carácter disciplinario, administrativo y penal. El proceso disciplinario realizado por el Comandante de la Policía Nacional de Putumayo se falló en cinco días y se absolvió a todos los que participaron en los hechos de la localidad de Las Palmeras. Asimismo, se iniciaron dos procesos contencioso administrativos en los que se reconoció expresamente que las víctimas del operativo armado no pertenecían a ningún grupo armado y que el día de los hechos estaban realizando sus tareas habituales. Estos procesos permitieron comprobar que la Policía Nacional ejecutó extrajudicialmente a las víctimas cuando se encontraban en estado de indefensión. En cuanto al proceso penal militar, después de siete años aún se encontraba en la etapa de investigación y todavía no se había acusado formalmente a alguno de los responsables de los hechos". Colombia aceptó la responsabilidad de la muerte de las personas citadas en todos los casos menos en uno, el de Hernán Lizcano Jacanamejoy, sin que la CIADH pudiera establecer lo contrario. Sin embargo la Corte sí estimó, que se había quebrantado el aspecto procedimental ante la dilación injustificada y falta de eficacia de los procedimientos penales y disciplinarios. Puntos 63 a 66 de la sentencia: "63. La Corte ha establecido el criterio de que un período de cinco años transcurrido desde el momento del auto de apertura del proceso rebasaba los límites de la razonabilidad. Dicho criterio se aplica al presente caso. 64. Con fundamento en las consideraciones precedentes, es importante señalar que al hacer el estudio global del procedimiento en la jurisdicción penal interna, (...), este Tribunal advierte que, en conjunto, el proceso penal ha durado más diez años, por lo que este período excede los límites de razonabilidad previstos en el artículo 8.1 de la Convención. 65. En consecuencia, el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conexión con el artículo 25.1 de la misma, confiere a los familiares de las víctimas el derecho a que la muerte de estas últimas sea efectivamente investigada por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido. 66. Por las consideraciones aducidas este Tribunal declara que el Estado violó los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, en perjuicio de los familiares de (los fallecidos)".

¹²⁰² Demanda 300054/96, sentencia de 4 de mayo de 2001. En resumen, 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 comando del IRA, que empleó una furgoneta para el ataque, iba dotado de múltiples armas, algunos de sus miembros iban desarmados en el

resolución rompedora, plantea una serie de aspectos de particular interés para nuestro estudio, relacionados con la actuación y el uso de la fuerza con resultado de muerte por parte de fuerzas militares en funciones policiales antiterroristas, el deber de investigar, y el contenido de la encuesta, y merece por ello un estudio detenido, tanto en cuanto a los hechos que la motivaron, para entender el contexto, como en cuanto a sus conclusiones.

En relación con la presunta violación del artículo 2 del Convenio¹²⁰³, 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 (*shoot-to-kill*) practicada deliberadamente por el gobierno del Reino Unido en Irlanda del Norte¹²⁰⁴. Otro

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.

¹²⁰³ Cfr. párrafos 83 a 86 de la sentencia.

¹²⁰⁴ 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 de los hechos de que no se hiciera ningún intento por detener a los implicados antes del incidente, a pesar de contar con información

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, y que la investigación por parte del RUC (*Royal Ulster Constabulary*) fue inadecuada y carente de independencia, 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 letrada, 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 Convenio¹²⁰⁵, 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 detención¹²⁰⁶.

La línea de defensa del gobierno británico fue simple: consistió en negar las acusaciones que derivan de una interpretación de los datos objetivos, mediante un razonamiento paralelo¹²⁰⁷. No obstante, parece evidente que el gobierno británico temía un pronunciamiento que pusiera en cuestión su política antiterrorista en Irlanda del Norte¹²⁰⁸.

previa, y de que la operación fuera conducida como una emboscada. Hubo también una enorme intensidad de fuego por parte de los soldados (Se recogieron unos 600 casquillos disparados por ellos, pero hay motivos para pensar que hicieron más de 2500 disparos). 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.

¹²⁰⁵ Cfr. párrafo 141 de la sentencia.

¹²⁰⁶ 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.

¹²⁰⁷ Cfr. párrafos 87, 142, 147 y 152 de la sentencia.

¹²⁰⁸ En cuanto a los hechos 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. En cuanto al temor de una revisión de ciertas políticas, así se deduce por ejemplo de lo recogido en el párrafo 88 de la sentencia: "Insofar as the applicants invited the Court to find a practice of killing

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 excepciones¹²⁰⁹. En cuanto a la de carácter internacional, la Sala se refiere¹²¹⁰ a una serie de instrumentos ya mencionados, como 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, las Recomendaciones del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas sobre la eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, y el Protocolo de Minnesota, que como hemos visto recoge un modelo estandarizado de investigación de tales hechos. 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 conforme al artículo 15 del mismo.

- El artículo 2 debe ser interpretado de forma que sus garantías sean prácticas y efectivas¹²¹¹.

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. Como hemos ido viendo, 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, en materia de 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.

¹²⁰⁹ 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.

¹²¹⁰ Cfr. párrafos 75 a 81 de la sentencia.

¹²¹¹ 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.

- 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 autoridades¹²¹². 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 necesario.

- 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 I 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 oficio¹²¹³.

- 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 práctica¹²¹⁴.

- 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 emplearse¹²¹⁵.

- Hay implícita en esta obligación de investigar un requisito de razonable celeridad¹²¹⁶.

¹²¹² Cfr. párrafo 92 de la sentencia.

¹²¹³ Cfr. párrafo 94 de la sentencia.

¹²¹⁴ Cfr. párrafo 95 de la sentencia.

¹²¹⁵ Cfr. párrafo 96 de la sentencia.

¹²¹⁶ Cfr. párrafo 97 de la sentencia.

- 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 procedimiento¹²¹⁷.

En cuanto a la aplicación al caso examinado, el Tribunal cuida de distinguir la investigación policial, la participación del ministerio público, y la del *coroner*¹²¹⁸. En definitiva, y como consecuencia de los razonamientos arriba

¹²¹⁷ Cfr. párrafo 98 de la sentencia.

¹²¹⁸ 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 Loughgall. Tal razonamiento pone en cuestión no tanto la actuación del funcionario como el sistema en sí (párrafos 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 (párrafo 119). De nuevo, las reconvenciones 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 Convenio¹²¹⁸. 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

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 defectos¹²¹⁹:

- 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 ésta 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.

En fin, el Tribunal estimó que había existido un defecto en el cumplimiento de las obligaciones procedimentales derivadas del artículo 2 del Convenio y que había habido, a este respecto, una violación de dicho artículo¹²²⁰.

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.

¹²¹⁹ Cfr. párrafo 136 de la sentencia.

¹²²⁰ 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

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 modelo de investigación examinado resulta opaco¹²²¹. 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.

Aunque no se refiere a los casos de *targeted killings*, dado su contenido procedimental y su relación con el tipo de operaciones militares que estamos examinando en buena medida, ahora parece conveniente recuperar la sentencia en el caso Al-Skeini contra el Reino Unido de julio de 2011 que ya hemos examinado desde otra perspectiva, puesto que planteaba la cuestión del quebrantamiento de la obligación procedimental de investigar acciones con resultado muerte. Los hechos, recordémoslo, consistieron en la muerte de varios civiles durante el primer período de la ocupación británica de Basora en Irak. El procedimiento inicial en materia de investigación de este tipo de incidentes fue establecido el 21 de junio de 2003 por el jefe de la 19ª Brigada Mecanizada. Implicaba la obligación de informar de todos los incidentes con intercambio de fuego al *Divisional Provost Marshal*. Personal de la policía militar debía evaluar el incidente y determinar si estaba amparado por las reglas de enfrentamiento. En caso de que no lo estuviera, y hubiera

cumplimiento con la obligación de llevar a cabo una inmediata y efectiva investigación, 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.

¹²²¹ 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."

determinado un resultado de muerte o lesiones graves, la investigación debía transferirse al *Special Investigation Branch* de la policía militar. El procedimiento fue revisado el 28 de julio del mismo año y atribuyó la responsabilidad de investigar al jefe de compañía o unidad de superior entidad del personal implicado. Si este quedaba convencido de que el personal en cuestión había actuado legalmente y conforme a las reglas de enfrentamiento no había obligación de emprender una investigación ulterior. En caso de que no quedara satisfecho, debía iniciarse una investigación por la *Special Investigation Branch*. El 24 de abril de 2004, con la situación ya estabilizada, y ante la presión de los medios de comunicación y el parlamento británicos, el procedimiento se modificó de nuevo y cualquier incidente con resultado de muerte o heridas de civiles debía ser examinado por el citado cuerpo investigador, aunque en casos excepcionales el jefe de brigada podía decidir que tal investigación no era necesaria¹²²².

Hay que destacar que la *Royal Military Police* es un cuerpo del ejército de tierra británico que despliega con éste en las operaciones exteriores, pero conserva una cadena de mando propia. La *Special Investigation Branch* (SIB), por su parte, forma parte de la RMP, pero dado su carácter de cuerpo investigador de presuntos delitos cometidos por la propia fuerza –así cómo de los incidentes que implican muerte de civiles, entre otras cosas- tiene a su vez su propia cadena de mando encabezada por los *provost officers* desplegados a tal efecto. Debe recordarse la ausencia de juez instructor o figura parecida en el sistema británico, así como las peculiaridades de sus cuerpos policiales, incluidos los militares. Al producirse la muerte de casi todas las víctimas en el período entre julio y noviembre de 2003, tres de las investigaciones realizadas – las relativas a Hazim Al-Skeini, Muhammad Salim y Hannan Mahaibas Sadde Shmailawi- se ajustaron al segundo procedimiento expuesto¹²²³, con diferencia el más objetable de todos, ya que difícilmente se puede estimar que la valoración de los hechos por el jefe de los implicados sea una investigación independiente. En los otros tres casos hubo investigaciones más a fondo.

¹²²² Al- Skeini, párrafos 25 a 32 de la sentencia.

¹²²³ Al-Skeini, párrafos 34 a 46 de la sentencia.

En el caso de Waleed Sayay Muzban –muerto el 24 de agosto de 2003 por un cabo del ejército británico- la SIB comenzó una investigación, en la que se intentó incluso una exhumación del cadáver para practicar un reconocimiento *post-mortem*. No se tomó declaración al cabo, dado que, siguiendo el modelo anglosajón, tal medida no se adopta hasta que se reúnen pruebas suficientes para sustentar una acusación. En cualquier caso, la investigación fue interrumpida, tras un breve tira y afloja, por decisión del mando militar al estimar, al fin, que el hecho estaba amparado por las reglas de enfrentamiento. Con todo, la familia del fallecido recibió una compensación económica *ex gratia*. La investigación de la SIB fue reabierta en junio de 2004, ante el requerimiento del demandante –pariente del fallecido- de revisión judicial de los hechos, para finalizar en manos del *Attorney General*, quien no ejerció acusación¹²²⁴.

En el caso de Ahmed Jabbar Kareem Ali se llevó a cabo una completa investigación –después de unos comienzos nada prometedores, en los que el hermano de la víctima fue eludido por los británicos- que finalizó veintiocho meses después de los hechos (septiembre de 2005) en un consejo de guerra (“*court martial*”) en el Reino Unido, en el que los acusados fueron absueltos por falta de pruebas. Debe destacarse que, para entonces, de los siete soldados británicos implicados en lo que parecía el resultado de una paliza “para dar una lección”¹²²⁵ al fallecido, tres habían dejado el ejército y un cuarto estaba en situación de “*absent without leave*”, una figura parecida al abandono de destino o residencia, o a la desertión, del Derecho penal militar español. El demandante siguió entonces acciones civiles contra el ministerio de defensa británico, llegando éste a un acuerdo previo a la vista mediante el pago de 115.000 libras esterlinas en 2008, además de una disculpa oficial¹²²⁶.

Por último está el caso de Baha Mousa, quien murió bajo la custodia del ejército británico tres días después de haber sido arrestado por soldados de dicha nacionalidad en septiembre de 2003, y que por este motivo fue el único

¹²²⁴ Al-Skeini, párrafos 47 a 54 de la sentencia.

¹²²⁵ Una modalidad de tortura que no cabe descartar por su aparente falta de motivación seria. GUIORA Amos N., and PAGE Erin M. (2005), “The Unholy Trinity: Intelligence, Interrogation and Torture”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, 2005, pp. 427-447.

¹²²⁶ Al-Skeini, párrafos 55 a 62 de la sentencia.

de los fallecidos a los que la justicia británica admitió como amparado por el CEDH. Evidentemente, Mousa fue sometido a torturas y murió por asfixia. Siete soldados británicos fueron acusados y sufrieron consejo de guerra, en el que finalmente solo uno de ellos fue condenado a un año de prisión y a la expulsión del ejército. El demandante, padre del fallecido, siguió acciones civiles contra el ministerio de defensa que finalizaron con un reconocimiento de responsabilidad y el pago de 575.000 libras esterlinas¹²²⁷.

Es notorio que estos hechos no han sido tratados de forma frívola por el gobierno británico y que, producido el daño, no rehuyó sus responsabilidades de una manera escandalosa. Al contrario, además de las compensaciones económicas, los dos últimos casos examinados, junto con otros cuatro no relacionados con la sentencia fueron recogidos en un informe del Ministerio de Defensa llevado a cabo por el brigadier Robert Aitken (el “Informe Aitken”), y una comisión de investigación, todo ello en 2008¹²²⁸.

Ya hemos visto en otra parte del trabajo el curso de los procedimientos domésticos que tuvieron lugar en el Reino Unido al amparo de la *Human Rights Act*, y que en definitiva condujeron al TEDH, lo que no vamos a repetir ahora. Por tanto vamos a centrarnos en el aspecto procedimental del artículo 2 del CEDH. Recordemos que los demandantes no basaron su postura en la quiebra del aspecto sustantivo del mismo, sino en lo que ellos interpretaban como una quiebra del deber de llevar a cabo una investigación efectiva de las muertes. El gobierno británico aceptó que las investigaciones de los tres primeros casos no cumplían con el requisito de independencia de tales investigaciones al haber sido llevados a cabo por los jefes de unidad de los implicados. Sin embargo estimaba que en el resto de los casos las investigaciones si cumplían con tal requisito. Los investigadores de la *Royal Military Police* son –según el gobierno– institucionalmente independientes de las fuerzas armadas¹²²⁹. Naturalmente, los demandantes no aceptan este punto de vista, como tampoco lo hace el Tribunal, que subraya que, en realidad, quien decide remitir los hechos para su investigación a la RMP es el mando militar, que puede en última instancia

¹²²⁷ Al-Skeini, párrafos 63 a 71 de la sentencia.

¹²²⁸ Al-Skeini, párrafos 69 y 71 de la sentencia.

¹²²⁹ Al-Skeini párrafos 153 a 157 de la sentencia.

detener tal investigación, como se demuestra en el caso del cuarto fallecido, Waleed Sayay Muzban¹²³⁰. El contenido de la investigación debe incluir la declaración de testigos, la de los presuntos autores del hecho, pruebas forenses, e incluso una autopsia¹²³¹. Y por otro lado, esta el requisito de una razonable celeridad en la reacción¹²³².

El Tribunal reconoce las dificultades de los británicos en aquel momento, con una situación no del todo controlada, la dificultad de contar con médicos forenses, etc. Sin embargo determina que todo esto no excusa el deber de la

¹²³⁰ “172. As regards the other applicants, although there was an investigation by the Special Investigation Branch into the death of the fourth applicant's brother and the fifth applicant's son, the Court does not consider that this was sufficient to comply with the requirements of Article 2. It is true that the Royal Military Police, including its Special Investigation Branch, had a separate chain of command from the soldiers on combat duty whom it was required to investigate. However, (...), the Special Investigation Branch was not, during the relevant period, operationally independent from the military chain of command. It was generally for the Commanding Officer of the unit involved in the incident to decide whether the Special Investigation Branch should be called in. If the Special Investigation Branch decided on its own initiative to commence an investigation, this investigation could be closed at the request of the military chain of command, as demonstrated in the fourth applicant's case. On conclusion of a Special Investigation Branch investigation, the report was sent to the Commanding Officer, who was responsible for deciding whether or not the case should be referred to the prosecuting authority. The Court considers, (...), that the fact that the Special Investigation Branch was not “free to decide for itself when to start and cease an investigation” and did not report “in the first instance to the [Army Prosecuting Authority]” rather than to the military chain of command, meant that it could not be seen as sufficiently independent from the soldiers implicated in the events to satisfy the requirements of Article 2”.

¹²³¹ “166. As stated above, the investigation must be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the force used was or was not justified in the circumstances and to the identification and punishment of those responsible. This is not an obligation of result, but of means. The authorities must take the reasonable steps available to them to secure the evidence concerning the incident, including inter alia eye-witness testimony, forensic evidence and, where appropriate, an autopsy which provides a complete and accurate record of injury and an objective analysis of clinical findings, including the cause of death. Any deficiency in the investigation which undermines its ability to establish the cause of death or the person or persons responsible will risk falling foul of this standard (...).”

¹²³² Párrafo 167: “(...) A requirement of promptness and reasonable expedition is implicit in this context. While there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation, a prompt response by the authorities in investigating a use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts. For the same reasons, there must be a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results to secure accountability in practice as well as in theory. The degree of public scrutiny required may well vary from case to case. In all cases, however, the victim's next-of-kin must be involved in the procedure to the extent necessary to safeguard his or her legitimate interests (...).”

investigación posterior a los hechos que, de nuevo en esta sentencia, se considera un elemento esencial de control posterior al acto¹²³³.

No habiendo oposición en los casos primero, segundo y tercero, el análisis se centra en los otros tres, encontrando el Tribunal que se produjo una quiebra en los cinco primeros caso, pero no en el de Baha Moussa.

c. El interrogatorio y los límites de la tortura

En su momento habíamos aplazado el estudio del interrogatorio del detenido en el contexto del conflicto armado. Cabe estimar que éste es el momento oportuno, dado el componente criminal del terrorismo aún en dicho contexto. No pretendemos entrar en detalle en garantías procedimentales propias del ámbito penal; al fin y al cabo nadie niega que para una supuesta persecución penal de un hecho por parte de un órgano judicial, éste debe, en teoría, revisar la licitud de las pruebas obtenidas y su operatividad en el caso concreto, incluso aplicando los estándares internacionales en la materia que no se excepcionan en el marco del DIH, como demuestra palmariamente el artículo 75 del Protocolo I. Si no se hiciera así, sencillamente se estaría haciendo mal y daría en su caso lugar a responsabilidad, pero la materia parece absolutamente pacífica¹²³⁴.

¹²³³ Al-Skeini, párrafo 163: “The general legal prohibition of arbitrary killing by agents of the State would be ineffective in practice if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities. The obligation to protect the right to life under this provision, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention”, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State (...). The essential purpose of such an investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws safeguarding the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility (...). However, the investigation should also be broad enough to permit the investigating authorities to take into consideration not only the actions of the State agents who directly used lethal force but also all the surrounding circumstances, including such matters as the planning and control of the operations in question, where this is necessary in order to determine whether the State complied with its obligation under Article 2 to protect life (...).”

¹²³⁴ Sin embargo, uno de los argumentos más esgrimidos por los partidarios del sistema de las comisiones militares para el enjuiciamiento de presuntos terroristas en la GWOT, es que en ellas cabe admitir los testimonios de referencia (hearsay evidence) y ciertas declaraciones

En cualquier caso, entre los estándares internacionales que mencionamos destaca un texto de “*soft law*” ya citado, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, o Resolución 43/173 de la Asamblea General (anexo). Aquí se establecen algunas reglas relativas a los interrogatorios, dirigidas a evitar los abusos imaginables, que como todos los demás estándares en materia de prevención del delito y la justicia penal no son sino una sistematización de normas y práctica relevante. Así, se incluye la prohibición de abusar de la situación de detención para conseguir que una persona se autoincrimine o incrimine a terceros¹²³⁵, debiendo tenerse en cuenta el posible quebrantamiento de tales principios de cara a la admisión de tales declaraciones como prueba¹²³⁶. El interrogatorio debe quedar registrado en todos sus detalles¹²³⁷.

Esto es aplicable incluso en situaciones de concurrencia con el DIH. La idea según la cual el estatuto de prisionero de guerra impediría el interrogatorio por posibles causas penales es errónea. Ya hemos analizado brevemente el artículo 17 de la III Convención de Ginebra en otra parte del trabajo, y expuesto la opinión de que el objetivo de tal artículo es más el proteger las operaciones militares, que a las personas frente a su autoincriminación. No obstante, nada impide hacer cualquier pregunta al prisionero, o al detenido que reclama tal estatuto. Si tal interrogatorio fuera a ser ulteriormente utilizado en un procedimiento penal, sea por crímenes de guerra, por actos terroristas, o por lo que fuere, simplemente debería realizarse conforme a las normas de

obtenidas mediante métodos “rudos” de interrogatorio. BELLINGER, John B. (2007), “Remarks on the Military Commissions Act ...op.cit., HUTSON, John (2005), “Why not the Courts ... op.cit.
¹²³⁵ “Principio 21. 1. Estará prohibido abusar de la situación de una persona detenida o presa para obligarla a confesar o declarar contra sí misma o contra cualquier otra persona. 2. Ninguna persona detenida será sometida, durante su interrogatorio, a violencia, amenazas o cualquier otro método de interrogación que menoscabe su capacidad de decisión o su juicio.”

¹²³⁶ “Principio 27. La inobservancia de los presentes principios en la obtención de las pruebas se tendrá en cuenta al determinar la admisibilidad de tales pruebas contra una persona detenida o presa.”

¹²³⁷ “Principio 23. 1. La duración de todo interrogatorio a que se someta a una persona detenida o presa y la de los intervalos entre los interrogatorios, así como la identidad de los funcionarios que los hayan practicado y la de las demás personas presentes, serán consignadas en registros y certificadas en la forma prescrita por ley. 2. La persona detenida o presa, o su abogado, cuando lo disponga la ley, tendrá acceso a la información descrita en el párrafo 1 del presente principio.”

procedimiento criminal aplicables al caso¹²³⁸. Y, desde luego, tales normas excluyen absolutamente la tortura¹²³⁹.

La tortura está íntimamente relacionada con la detención, ya que normalmente se va a producir en situaciones de privación de libertad, como ya hemos sostenido¹²⁴⁰. Dejando a un lado el concepto técnico de tortura y sus

¹²³⁸ FARIA CORACINI, Celso Eduardo (2009), "Targeted Killing of Suspected Terrorists ... op.cit., p. 400. Ello implicaría la información sobre sus derechos a no confesarse culpable, etc. En la doctrina de EEUU se suelen referir a esto cómo los "Miranda warnings", sobre la base de la sentencia del tribunal supremo en el caso *Miranda v. Arizona* de 1966. KAGELEIRY, Peter (2007), "Psychological Police Interrogation Methods: Pseudoscience in the Interrogation Room Obscures Justice in the Courtroom", *Military Law Review*, Vol. 193, pp. 1-51.p. 15-17

¹²³⁹ En realidad todos los ejércitos tienen alguna referencia normativa, aunque sea prestada, para la práctica de interrogatorio. La del los EEUU es el *Army Field Manual 34-52 (FM 34-52)* www.fas.org/irp/doddir/army/fm34-52.pdf. al que se refiere expresamente la *Executive Order* del Presidente Obama de enero de 2009, a la que nos referiremos más adelante.

¹²⁴⁰ REIDY, Aisling (2002), *The prohibition of torture. Human rights handbooks, No. 6. A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*. Directorate General of Human Rights. Council of Europe. Strasbourg Cedex. Las sentencias del TEDH en relación con la tortura se inician con la llamada "the Greek case" de 1969 (Comisión) y se han desarrollado con posterioridad en casos cómo *Ireland v. UK* (1978), *Soering v. UK* (1989) *Tekin v. Turkey* (1998), etc. En la sentencia del caso *Öcalan v. Turkey* (Application no. 46221/99) de 12 de mayo de 2005, párrafos 179-183, encontramos: "179. Article 3 of the Convention enshrines one of the fundamental values of democratic societies (see *Soering*...). The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their populations from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible even under Article 15 of the Convention in time of war or other national emergency (...). 180. Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim (...). In assessing the evidence on which to base the decision whether there has been a violation of Article 3, the Court adopts the standard of proof "beyond reasonable doubt" but adds that such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact. In this context, the conduct of the parties when evidence is being obtained has to be taken into account (...). 181. Treatment will be considered to be "inhuman" within the meaning of Article 3 where, inter alia, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical or mental suffering (...). Furthermore, in considering whether a punishment or treatment is "degrading" within the meaning of Article 3, the Court will have regard to whether its object is to humiliate and debase the person concerned and whether, as far as the consequences are concerned, it adversely affected his or her personality in a manner incompatible with Article 3 (...). In order for an arrest or detention in connection with court proceedings to be degrading within the meaning of Article 3, the humiliation or debasement to which it gives rise must be of a special level and in any event different from the usual degree of humiliation inherent in arrest or detention (...). 182. Handcuffing, one of the forms of treatment complained of in the present case, does not normally give rise to an issue under Article 3 of the Convention where it has been imposed in connection

límites, que ahora veremos, casi nadie, hoy en día y en nuestro entorno cultural, defiende públicamente tal práctica como método de interrogatorio en relación con delitos comunes¹²⁴¹. Mucho menos la tortura de tipo sádico o punitivo, frecuente en los conflictos modernos¹²⁴².

Sin embargo, en la lucha contra el terrorismo –y en menor medida en los casos de delincuencia organizada- tal y como se ha planteado en algunos ámbitos, existe un elemento difuso, que es el estado pasional en el que se ha querido plantear el debate. La figura de la *ticking bomb*, tiene perfiles cinematográficos de *suspense*, colocando al espectador indefenso ante casos límite que normalmente no está capacitado para evaluar¹²⁴³. Las responsabilidades penales se refieren esencialmente a personas físicas, pero esto es un análisis de Derecho internacional y tal aspecto es secundario; que un funcionario acuda a la tortura en un determinado momento, que ese acto se juzgue luego comprensible dadas las circunstancias, determinando su absolución o su indulto¹²⁴⁴, no puede en ningún caso alterar el principio

with lawful arrest or detention and does not entail the use of force, or public exposure, exceeding what is reasonably considered necessary in the circumstances. In this regard, it is of importance for instance whether there is reason to believe that the person concerned would resist arrest or try to abscond or cause injury or damage. In addition, the public nature of the treatment or the mere fact that the victim is humiliated in his own eyes may be a relevant consideration (...). 183. Artificially depriving prisoners of their sight by blindfolding them for lengthy periods spread over several days may, when combined with other ill-treatment, subject them to strong psychological and physical pressure. The Court must examine the effect of such treatment in the special circumstances of each case (...).”

¹²⁴¹ Cuestión distinta es la de la tolerancia social ante los malos tratos a delincuentes habituales –bofetadas, rodillazos, “collejas”, etc- enfocados incluso de forma simpática en algunas películas. Por otra parte esto no implicaría tortura conforme a los estándares del TEDH.

¹²⁴² LORD, Rachel (2003), “The Liability of Non-state Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4, GUIORA, Amos N., and PAGE, Erin M. (2005), “The Unholy Trinity: Intelligence, Interrogation and Torture”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 427-447.

¹²⁴³ SHUE, Henry (2005), “Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 231-239.

¹²⁴⁴ La película “Tess y su guardaespaldas” (Guarding Tess, Columbia Pictures, TriStar/Channel Films, 1994) dirigida por Hugh Wilson, y protagonizada por Shirley MacLaine y Nicolas Cage, desarrolla la mayor parte de su metraje en un tono de comedia. Sin embargo plantea al público, en los últimos minutos de metraje, el siguiente dilema: Tess Carlyle (Shirley MacLaine, viuda de un presidente de EEUU) ha sido secuestrada. Su guardaespaldas del Servicio Secreto (Nicolas Cage), sabe que ha sido el chófer contratado por ella, pero no tiene más que pruebas circunstanciales. Por otro lado, si ella sabe que el chófer es el secuestrador, es evidente que los que la retienen no tienen intención de dejarla viva. En consecuencia, el guardaespaldas –

admitido generalmente de que la tortura como “instituto” o práctica procedimental para llevar a cabo interrogatorios –aunque se la llame de otra manera- está absolutamente prohibida por el Derecho internacional, constituyendo tal prohibición una norma de *ius cogens* inderogable cualesquiera que sean las circunstancias. Su quebrantamiento, normalmente constitutivo de delito conforme al artículo 4 de la Convención, esta sometido al principio de jurisdicción universal (*aut dedere aut iudicare*).¹²⁴⁵

delante de un superior que protesta verbalmente pero le deja hacer- tras preguntar infructuosamente al chófer acerca del paradero de Tess, le arranca un dedo del pie de un disparo con su revólver, y le amenaza con arrancarle el resto de los dedos. El chófer confiesa ser el autor del secuestro junto con unos parientes, así como el lugar en el que Tess se encuentra. Con ésta información Tess es salvada *in extremis* cuando está a punto de morir en un *zulo* a varios metros bajo tierra. En el desenlace de la película, Tess, que tiene un no explicado ascendiente moral sobre el presidente en ejercicio, fuerza a éste a prometer que concederá el perdón al guardaespaldas.

¹²⁴⁵ Los artículos 5 a 9 de la Convención de 1984 lo dejan bien claro. Artículo 5: “1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. 2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.(...)”. Artículo 6: “1. Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.(...)”. Artículo 7: 1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento (...)”. Artículo 8: “1. Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro. 2. Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. (...) 4. A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5.” Artículo 9: “1. Los Estados Partes se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a

Hay que tener en cuenta, además, que la nulidad de las pruebas obtenidas por medio de la tortura, incluso admitiendo que tales prácticas tuvieran siempre dicho efecto sobre las pruebas obtenidas por su mediación¹²⁴⁶, no resuelve más que una pequeña parte del problema en el contexto del conflicto armado, toda vez que la información que se pudiera obtener no necesariamente va a ir dirigida a fundamentar una acusación.

En dicho contexto de guerra –sobre todo si es contra el terrorismo- la información por si misma constituye un bien codiciado, y no se conoce aún el concepto de nulidad de operaciones militares¹²⁴⁷. El viejo aforismo ciceroniano *silent enim leges inter arma* sigue vigente en la mente de muchos.

¿Qué es la tortura? La definición dada por la Convención de 1984 es la contenida en su artículo 1.1

“A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”¹²⁴⁸

Tenemos además la definición incluida en el artículo 7.2.e) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, relativo a los crímenes de lesa humanidad:

los delitos previstos en el artículo 4, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder (...).”

¹²⁴⁶ THIENEL, Tobias (2006), “The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law”. *EJIL*, Vol. 17, Nº 2, pp. 349–367.

¹²⁴⁷ GUIORA, Amos N., and PAGE, Erin M. (2005), “The Unholy Trinity ...op.cit.

¹²⁴⁸ Texto en inglés “The term torture means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind ...”

“Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”

Habría que entrar en una casuística muy difícil de colmar, puesto que el sufrimiento es algo en buena medida subjetivo. No obstante, de la primera definición cabe extraer algunos requisitos para apreciar que existe tortura: Que se lleve a cabo por un funcionario público, o bajo su control¹²⁴⁹, que se causen sufrimientos físicos o mentales graves (“severe”), que se haga intencionadamente y que se haga con una finalidad tal como obtener información, castigar o intimidar. Estas definiciones son necesariamente incompletas¹²⁵⁰.

¹²⁴⁹ Cosa que no exige el estatuto del TPI, como hemos visto, ni la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. LORD, Rachel (2003), “The Liability of Non-state Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: ... op.cit.

¹²⁵⁰ SUSSMAN, David, (2005), “Defining Torture”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 225-230, y sobre todo, GUIORA Amos N., and PAGE Erin M. (2005), “The Unholy Trinity ... op.cit. Estos últimos incluyen otras definiciones, tales como la del Senado de los Estados Unidos al ratificar la Convención contra la Tortura: “[I]n order to constitute torture, an act must be specifically intended to in-flict severe physical or mental pain or suffering and that mental pain or suffering refers to prolonged mental harm caused by or resulting from: the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suf-fering; the administration or application, or threatened administration or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality; the threat of imminent death; or the threat that another person will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or applica-tion of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality”. También cabe destacar la definición dada por Israel (pressure that reaches the “level of physical torture or maltreatment of the suspect, or grievous harm to his honour, which deprives him of his human dignity.” Israel “has always maintained that the interrogation procedures used by the . . . [GSS], to prevent acts of terrorism in Israel, do not constitute torture as defined by Article 1” of the 1984 Convention Against Torture), o la del Reino Unido (intentional infliction of “severe pain or suffering on another at the instigation or with the consent or acquiescence—(i) of a public official; or (ii) of a person acting in an official capacity;” and the “official or other person is performing or purporting to perform his official duties when he instigates the commission of the of-fence or consents to or acquiesces in it.” De acuerdo con la ley británica, “it is immaterial whether the pain or suffering is physical or mental and whether it is caused by an act or an omission.” En el caso de España, el delito de tortura incluye en su tipo la condición de funcionario público del sujeto activo: “Artículo 174. 1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por

Aparecen aquí algunos resquicios que han bastado para que, algunos Estados, o casi todos en un momento dado¹²⁵¹, acudan a conceptos innovadores para encubrir el “tercer grado” tales como “*methods of harsh interrogation*”, incluyendo prácticas como el ruido, la privación de sueño, las posturas estresantes, la bipedestación prolongada, la desnudez, los empujones, la presencia de perros, etc.¹²⁵², todo ello dirigido a acrecentar la sensación de desamparo de la persona objeto de las mismas de cara a quebrar su resistencia frente al interrogatorio¹²⁵³.

cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.” En cuanto a un enfoque jurisprudencial –de resoluciones de tribunales internacionales, desde Nuremberg hasta Ruanda en SCHABAS, William A. (2005), “The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 349-364.

¹²⁵¹ PARRY, John T. (2005), “The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees”. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6.

¹²⁵² Entre las “técnicas” autorizadas expresamente por Donald Rumsfeld están las posturas estresantes o el uso de perros para el mismo fin. KU, Julian G. (2005), “Ali v. Rumsfeld: Challenging the President’s Authority to Interpret Customary International Law”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 371-387, en especial pp. 380-386, también, (2005) “APPENDIX: THE WHITE HOUSE TORTURE MEMORANDA”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 615-618,.

¹²⁵³ Esta es la idea general que se deduce de todos los trabajos consultados sobre el tema, entre ellos, ALVAREZ, José E. (2005), “Torturing the Law”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, 175-223, BASSIOUNI, Cherif (2005), “The Institutionalization of Torture Under the Bush Administration”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp.389-425, BRANCHE, Raphaëlle, (2007), “Torture of Terrorists?. Use of Torture in a “War Against Terrorism”: Justifications, Methods and Effects: The Case of France in Algeria, 1954–1962”, *IRRC*, Vol. 89, N° 867, pp. 543-560, DICKINSON, Laura A. (2005), “Torture and Contract”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 27, pp. 267-275, GOLDMAN, Robert K. (2004), “Trivializing Torture: The Office of Legal Counsel’s 2002 Opinion Letter and International Law Against Torture”, *HRB*, Vol.12, Issue 1, pp.1 y ss., GOLDSTONE, Richard (2005), “Combating Terrorism: Zero Tolerance for Torture”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 343-348, GUIORA Amos N., and PAGE Erin M. (2005), “The Unholy Trinity ... op.cit. LEBOWITZ, Michael J. (2010), “The Value of Claiming Torture: An Analysis of Al-Qaeda’s Tactical Lawfare Strategy and Efforts to Fight Back”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 43, pp. 357-392., MARTINEZ, Jenny S. (2007), “The Military Commissions Act and “Torture Lite”: Something for a Great Nation to Be Proud Of?” *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 48, 2007, MCMAHAN, Jeff (2005), “Torture, Morality, and Law”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 241-248, REIDY, Aisling (2002), *The prohibition of torture ...op.cit.* RAMON CHORNET, Consuelo: (2004), “Las prerrogativas de la CIA en la eliminación de presuntos terroristas y en la práctica de torturas”, *REDI*, Vol. 56, N°1, pp. 542-544, ROSS, James (2007), “Black letter abuse: the US legal response to torture since 9/11”, *IRRC*, Vol. 89, N° 867, pp. 561-590, SCHABAS, William A. (2005), “The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, 2005, pp. 349-364, SCHARF, Michael P. and HOOD, Rory T. (2005), “The Elephant in the Room: Foreword: Torture and the War on Terror”,

En definitiva, dado que la tortura esta absolutamente prohibida, se trata de argumentar que lo que se practica no es técnicamente tortura¹²⁵⁴. Lo cierto es que el debate sobre los límites de la tortura está claramente reabierto desde antes del 11-S, y desde luego, con posterioridad a esa fecha es incluso objeto de un análisis jurídico de nuevo cuño, por ejemplo en el marco del “derecho penal del enemigo”.

Todo esto establece una conexión entre la detención, el interrogatorio y la tortura; al fin y al cabo, si no se trata de perseguir penalmente ciertos actos calificables como terrorismo sino, simplemente derrotar al enemigo en un contexto bélico, el apelar o no a la tortura se convierte principalmente en un dilema moral, y no sólo jurídico¹²⁵⁵, puesto que la información que se obtenga mediante la tortura no iría destinada a fundamentar una acusación criminal.

Dentro de la lógica bélica, ya hay bastantes cuestiones interrelacionadas: la detención indefinida propia de los conflictos armados, el interrogatorio destinado a obtener información, y los métodos más o menos rudos para obtenerla¹²⁵⁶. Los argumentos son de índole práctica; mientras los terroristas no se sujetan a reglas, los Estados deben combatirlos “con una

CASE W. RES. J. INT'L L., Vol. 37, 2005, pp. 145-173, WET, Erika de (2004), “The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law”, *EJIL*, vol. 15, Nº 1, pp. 97-121, MELONI, Chantal (2009), “Superior Responsibility for Acts of Torture Committed by Subordinates Under International Criminal Law – The Case of U.S. Abuse Against Iraqi Prisoners”, pp. 575-599, *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, servicio de publicaciones Universidad de Castilla-la Mancha.

¹²⁵⁴ PALMER, Erin Louise (2006), “Reinterpreting Torture: Presidential Signing Statements and the Circumvention of U.S. and International Law”, *HRB*, Vol. 14, Issue 1, pp. 21 y ss.

¹²⁵⁵ Quizá el caso mas obvio sea el de Francia en Argelia, el cual ha dado lugar a muchas reflexiones, no sólo académicas sino en el ámbito de la literatura, con las novelas de Jean de Lartéguy, y el cine, que adaptó una de dichas obras, “Los Centuriones”, estrenada en España cómo “Mando Perdido” (Lost Command, Columbia Pictures, 1966, dirigida por Mark Robson y protagonizada por Anthony Quinn y Alain Delon). Pero sobre todo debe destacarse la que en opinión de muchos es la mejor película sobre el tema: “La Batalla de Argel” (La Battaglia di Algeri, co-producción italo-argelina, Igor Film / Casbah Films, 1966, con actores poco conicidos) dirigida por Gillo Pontecorvo. BRANCHE, Raphaëlle, (2007), “Torture of Terrorists?. Use of Torture in a “War Against Terrorism”: Justifications, Methods and Effects: The Case of France in Algeria, 1954–1962”. *IRRC*, Vol. 89, Nº 867, pp. 543-560. También MCMAHAN, Jeff (2005), “Torture, Morality, and Law”, *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 241-248.

¹²⁵⁶ GUIORA Amos N., and PAGE Erin M. (2005), “The Unholy Trinity: ... op.cit.

mano atada a la espalda”¹²⁵⁷, etc. En este contexto, las conclusiones del “Bybee Memorandum”¹²⁵⁸ parecen en ocasiones espeluznantes, pero leído fríamente se advierte que es su naturaleza de informe de alto nivel, y por lo tanto su su tono, al reducir la cuestión de la tortura a términos técnicos, triviales¹²⁵⁹, lo que le da un aspecto siniestro que si se tratara de un artículo en una revista de Derecho acaso no tendría¹²⁶⁰.

De hecho, el análisis del memorandum no se aparta demasiado de la jurisprudencia del TEDH, o de la práctica israelí¹²⁶¹; sí sus conclusiones. En su caso matriz *Ireland v. United Kingdom*, el TEDH distinguía entre “tratos inhumanos o degradantes” y tortura¹²⁶², haciendo referencia a las “cinco técnicas”¹²⁶³ que, si no alcanzan el umbral de la tortura, sí el de los tratos

¹²⁵⁷ En este Memorandum, dirigido al entonces Fiscal General de los Estados Unidos Alberto R. Gonzales, Jay Bybee, posteriormente juez de apelación, y en su momento ayudante del fiscal general, sostiene que para que un acto pueda ser calificado como tortura, la intención del interrogador debía ser el de causar un dolor prolongado en el tiempo al interrogado. GUIORA Amos N., and PAGE Erin M. (2005), “The Unholy Trinity...op.cit..

¹²⁵⁸ (2005) APPENDIX: THE WHITE HOUSE TORTURE MEMORANDA. *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp.615-618. En este interesante apéndice se hace un repaso, hasta 2005, de las diversas opiniones consultivas consideradas por el gobierno norteamericano. Las opiniones son de lo más variado; en general, los agentes policiales y los juristas independientes, entre los que cabe incluir a miembros de los cuerpos jurídicos militares, se muestran reacios a aceptar algunas de las técnicas de interrogatorio empleadas.

¹²⁵⁹ GOLDMAN, Robert K. (2004), “Trivializing Torture: The Office of Legal Counsel’s 2002 Opinion Letter and International Law Against Torture”. *HRB*, Vol.12, Issue 1, pp.1 y ss.

¹²⁶⁰ Es mucho más espeluznante el análisis del proceso político y mental que lleva a tal situación por ejemplo en MAYERFELD, Jamie (2007), “Playing by Our Own Rules: How U.S. Marginalization of International Human Rights Law Led to Torture”. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 20, pp. 89-140.

¹²⁶¹ En relación con la sentencia del tribunal supremo israelí de 1999 -HCJ 5100/94 (1999), *Public Committee Against Torture in Israel v. State of Israel*, 53(4) P.D. 817, -<http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/frameset Srch.html> . MERSEL, Yigal (2005-2006), “Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: The Israeli Model ...op.cit. p. 82-83. El tribunal estimó ilegales algunas prácticas, sin pronunciarse acerca de si constituían tortura, aunque abría la posibilidad de acogerse a un estado de necesidad. Este análisis jurídico de la tortura y sus límites comenzó mucho antes, con la creación de la Comisión Landau en 1987. NOWAK, Manfred (2006), “What Practices Constitute Torture? US and UN Standards”. *HRQ*, Vol. 28, Nº 4, pp. 809-841, p.824-825.

¹²⁶² No es el primer caso, ya que en el caso griego de 1969 (Greek Case, Comisión Report of 5 November 1969, Yearbook 12) ya se examinaron por la Comisión prácticas como la *falanga*, las palizas, las ejecuciones simuladas, etc., por parte de la junta militar griega que, de hecho suspendió el Convenio poco después. Sin embargo es en *Ireland v. UK* donde se exploran a fondo y esta vez por el Tribunal, los límites de la tortura.

¹²⁶³ *Ireland v. United Kingdom* (Application no. 5310/71), 18 de enero de 1978, párrafo 96: “Twelve persons arrested on 9 August 1971 and two persons arrested in October 1971 were

inhumanos o degradantes. Aunque tan terminantemente prohibidos están los unos como la otra, cabe apreciar la distinción en lo que se refiere al alcance de la persecución universal, conforme a la Convención contra la tortura¹²⁶⁴, o su criminalización como delito específico¹²⁶⁵. Por otro lado, mientras que la tortura está claramente vinculada a la detención, no ocurre lo mismo necesariamente con los tratos crueles inhumanos o degradantes¹²⁶⁶.

Por otro lado, la práctica de torturas ante situaciones presentadas como casos límite, de producirse, no puede en ningún caso legitimar la misma; podrá en algunos casos disculparse a los que la lleven a cabo. La prohibición es una norma de *ius cogens* sólo eludible, en cuanto a su significación penal, a través de institutos como el estado de necesidad o la legítima defensa¹²⁶⁷. La prohibición es absoluta tanto en el contexto del DIDH como del DIH.

singled out and taken to one or more unidentified centres. There, between 11 to 17 August and 11 to 18 October respectively, they were submitted to a form of "interrogation in depth" which involved the combined application of five particular techniques. These methods, sometimes termed "disorientation" or "sensory deprivation" techniques, were not used in any cases other than the fourteen so indicated above. It emerges from the Commission's establishment of the facts that the techniques consisted of: (a) wall-standing: forcing the detainees to remain for periods of some hours in a "stress position", described by those who underwent it as being "spread eagled against the wall, with their fingers put high above the head against the wall, the legs spread apart and the feet back, causing them to stand on their toes with the weight of the body mainly on the fingers"; (b) hooding: putting a black or navy coloured bag over the detainees' heads and, at least initially, keeping it there all the time except during interrogation; (c) subjection to noise: pending their interrogations, holding the detainees in a room where there was a continuous loud and hissing noise; (d) deprivation of sleep: pending their interrogations, depriving the detainees of sleep; (e) deprivation of food and drink: subjecting the detainees to a reduced diet during their stay at the centre and pending interrogations. The Commission's findings as to the manner and effects of the application of these techniques on two particular case-witnesses are referred to below at paragraph 104."

¹²⁶⁴ A diferencia de lo previsto para la tortura en los artículos 5 a 9 de la Convención, el artículo 16 establece que "1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes."

¹²⁶⁵ DROEGE, Cordula (2007), "“In Truth the Leitmotiv”: the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-Treatment in International Humanitarian Law". *IRRC*, Vol. 89, Nº 867, pp. 515-541.

¹²⁶⁶ NOWAK, Manfred (2006), "What Practices Constitute Torture? ... op.cit., p. 839-840.

¹²⁶⁷ GUIORA Amos N., and PAGE Erin M. (2005), "The Unholy Trinity ... op.cit.

En definitiva, la referencia a la tortura en el marco de este trabajo trae causa de dos evidencias: su práctica sistemática en situaciones de detención operativa por parte de algunos Estados¹²⁶⁸, y la sospecha de que la detención en muchos casos va dirigida expresamente a la obtención de información¹²⁶⁹, a través de técnicas de interrogatorio persuasivas, y no a la persecución penal de los detenidos o a su simple colocación fuera de combate en el sentido de la III Convención de Ginebra.

Partiendo de lo expuesto, cabe llegar a la conclusión de que existe un margen, con límites imprecisos, para practicar interrogatorios destinados a la obtención de información, que impliquen malos tratos que no llegan a colmar la definición de tortura. Entre estos podrían incluirse técnicas como las mencionadas por la sentencia *Ireland v. UK* o las presuntamente practicadas por Israel o EEUU¹²⁷⁰. No quiere decir esto que tales prácticas sean legales, sino que no constituirían tortura y que por lo tanto no cabría incluirlas en los tipos penales de los distintos Estados, o del TPI, específicamente relacionados con la tortura y por lo tanto entrarían en los conceptos de los tratos inhumanos o degradantes, las lesiones, injurias, etc. Además, si el interrogatorio va dirigido exclusivamente a la obtención de información, podría estimarse un precio razonable el soportar algún encausamiento por delitos o faltas de menor

¹²⁶⁸ ROSS, James (2007), "Black letter abuse: the US legal response to torture since 9/11", *IRRC*, Vol. 89, Nº 867, pp. 561-590, BASSIOUNI, Cherif (2005), "The Institutionalization of Torture Under the Bush Administration". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, 389-425.

¹²⁶⁹ GOODMAN, Ryan (2009), "Rationales for Detention: Security Threats and Intelligence Value", *The war in Afghanistan: A Legal Analysis*. Schmitt, M. (ed.), pp. 371-383, DAVIS, Morris D. (2009), "Historical Perspective on Guantánamo Bay: The Arrival of the High Value Detainees". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 115-124, HAKIMI, Monica (2009), "International Standards for Detaining Terrorism Suspects ...op.cit., p. 644. Como señala esta autora, "...in any event, a system of detention designed primarily to obtain intelligence would require a different balance between liberty and security than the balance achieved in a system designed to contain persons who themselves pose a threat." También BLUM, Stephanie Cooper (2008), "Preventive Detention in the War on Terror ...op.cit.

¹²⁷⁰ No se trata de dar a entender que la práctica de torturas sea una práctica generalizada. De hecho, cómo sabemos en España, la denuncia de torturas es una parte del protocolo de actuación en caso de captura en cualquier manual de adiestramiento de grupos terroristas. LEBOWITZ, Michael J. (2010), "The Value of Claiming Torture: An Analysis of Al-Qaeda's Tactical Lawfare Strategy and Efforts to Fight Back". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 43, pp. 357-392.

cuantía¹²⁷¹, que incluso podrían eludirse a través de figuras como el estado de necesidad o la legítima defensa. El *Bybee Memo* fundamenta la posible legitimación de ciertas prácticas precisamente en estas causas¹²⁷². Es esta redefinición de los límites de la tortura, lo que resulta más inquietante de todo el proceso¹²⁷³. El peligro estriba en enfocar la cuestión desde un punto de vista

¹²⁷¹ MELONI, Chantal (2009), "Superior Responsibility for Acts of Torture Committed by Subordinates Under International Criminal Law – The Case of U.S. Abuse Against Iraqi Prisoners". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 575-599. Esta autora relata el interrogatorio del general iraquí Abed Hamed Mowhoush, en la prisión de Abu Ghraib, en el que resulto muerto. El directamente responsable, el suboficial Lewis Welshofer, fue condenado por homicidio imprudente. Nadie más fue condenado. De hecho hay que destacar el bajo rango de los condenados por distintos casos de tortura. En el caso de Abu Ghraib ningún oficial ha sido condenado a pesar de los más de 330 casos de tortura o tratos inhumanos o degradantes más o menos acreditados. ROSS, James (2007), "Black letter abuse: the US legal response to torture ... op.cit. p. 566-567. Por otro lado está el tema del mal comportamiento o actos delictivos de los propios prisioneros hacia sus captores. En éste caso sí que se puede encontrar un detallado estudio en PFLAUM. Patrick D. (2007), "A Matter of Discipline and Security: Prosecuting Serious Criminal Offences Committed in U.S. Detention Facilities Abroad". *Military Law Review* Vol. 194, pp. 66-131.

¹²⁷² BYBEE, Jay S. Assistant Attorney General, (2002) "Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President. Re: Standards of conduct for Interrogation under 18 U.S.C. paras. 2340-2340A", pp. 39-46. "In the foregoing parts of this memorandum, we have demonstrated that the ban on torture in Section 2340A is limited to only the most extreme forms of physical and mental harm. We have also demonstrated that Section 2340A, as applied to interrogations of enemy combatants ordered by the President pursuant to his Commander-in-Chief power would be unconstitutional. Even if an interrogation method, however, might arguably cross the line drawn in Section 2340, and application of the statute was not held to be an unconstitutional infringement of the President's Commander-in-Chief authority, we believe that under the current circumstances certain justification defenses might be available that would potentially eliminate criminal liability. Standard criminal law defenses of necessity and self-defense could justify interrogation methods needed to elicit information to prevent a direct and imminent threat to the United States and its citizens."

<http://fl1.findlaw.com/news.findlaw.com/wp/docs/doj/bybee80102mem.pdf> . En todo caso, debe tenerse siempre presente la cuestión de la responsabilidad del mando, conforme, fundamentalmente, al estatuto del TPI. BONAFE, Beatrice I. (2007), "Finding a Proper Role for Command Responsibility". *Journal of International Criminal Justice*, 5, pp. 599-618. También MELONI, Chantal (2009), "Superior Responsibility for Acts of Torture ... op.cit.

¹²⁷³ ROSS, James (2007), "Black letter abuse: the US legal response to torture ... op.cit. p. 571: "As a result of this apparent relaxation of existing rules on interrogation and increasing demands for "actionable intelligence", the CIA asked the Department of Justice for guidance on permissible interrogation methods. According to John Yoo, then Deputy Assistant Attorney General, "The CIA wanted – needed – a definitive answer to the question: how far can we go? They had specifically requested a legal opinion. They had captured senior al-Qaeda operatives who were not responding to being asked questions politely. CIA officers needed to know what, legally, they were entitled to do to them to get them to talk. They knew these guys had information on what al-Qaeda was planning. If the CIA could get that information, they could save lives. But they also wanted to be sure they would not end up going to prison for doing so."

fríamente técnico, como si se tratara de una exención de impuestos. Es en la zona gris de los malos tratos que no implican contacto físico, que no dejan señales¹²⁷⁴, donde algunos están situando los límites; es la malsana combinación entre la detención, el interrogatorio, la obtención de información a cualquier precio sobre la base de argumentos como el del “*ticking bomb*”.

En estas condiciones, supondría un magro consuelo la posible contaminación de pruebas por la ilicitud de los medios empleados para obtenerlas, ya que en última instancia esto solo tendrá una repercusión teórica y no práctica, y aún esto en aquellos Estados que no hayan admitido abiertamente, e incluso ordenado, el uso de las tan mencionadas técnicas¹²⁷⁵.

4.3.C. La práctica norteamericana antes y después del 11 de septiembre de 2001

a) La “*excepcionalidad*” de las reacciones de EEUU ante el terrorismo

Cabe dudar de que este sea sitio adecuado para colocar la presente sección del trabajo. En última instancia, si se ubica aquí es porque un concepto cómo la GWOT sigue sin estar claramente residenciado en capítulos concretos del Derecho internacional. Al mismo tiempo participa de muchos aspectos tanto del enfoque del conflicto armado como del policial-judicial. Y por otro lado, en muchas de sus actuaciones, los EEUU no han funcionado de forma distinta que sus socios de coalición. Casi todos los Estados que han padecido el acoso del terrorismo han acudido a las vías de hecho -léase ilegales- para atajarlo (España, entre otros; Israel no lo ha hecho en mayor medida que otros, y desde luego con menos disimulo¹²⁷⁶), no solo en el ámbito interno, sino en ocasiones

¹²⁷⁴ BRANCHE, Raphaëlle, (2007), “Torture of Terrorists?. Use of Torture in a “War Against Terrorism”: Justifications, Methods and Effects: The Case of France in Algeria, 1954–1962”. *IRRC*, Vol. 89, Nº 867, pp. 543-560.

¹²⁷⁵ Precisamente, como veremos, uno de los argumentos más repetidos en favor de las comisiones militares cómo organos juzgadores preferibles para los “combatientes ilegales”, es la mayor flexibilidad a la hora de aceptar pruebas obtenidas mediante “harsh interrogation”.

¹²⁷⁶ La diferencia estriba, quizá, en que mientras en España se acudió a medios ilegales – delictivos- conforme al propio Derecho interno, en Israel ciertas prácticas podrán considerarse contrarias al Derecho internacional, pero no al interno. Es un matiz muy importante.

comprometiendo la soberanía de otros Estados. Es algo que debe tenerse en cuenta a la hora de valorar cabalmente el problema.

Los atentados contra el *World Trade Center* de Nueva York, el Pentágono y el acaecido en Pennsylvania, perpetrados el 11 de septiembre de 2001, por su espectacularidad y devastadores resultados, marcaron aparentemente un punto de inflexión en el enfoque del terrorismo, ya apuntado 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, que paradójicamente ha evolucionado muy poco¹²⁷⁷, al acudir algunos de los principales actores implicados a la vía de hecho¹²⁷⁸.

Quizá, lo que primero llama la atención es que el enfoque de EEUU hacia la cuestión es manifiestamente doméstico¹²⁷⁹. No podemos olvidar que la, tal vez, primera legislación sistematizada y escrita del derecho de los conflictos armados sea el Código de Lieber, emitido a instancias del Presidente Lincoln durante la Guerra de Secesión, anterior, por tanto al Manual de

¹²⁷⁷ QUÉNIVET, Noëlle (2005), "The World After September 11: Has It Really Changed?". *EJIL*, Vol. 16 Nº 3, pp. 561–577.

¹²⁷⁸ No parecen existir problemas con el grueso de los prisioneros capturados en el contexto del conflicto armado en Irak (más de 27.000) o Afganistán (unos 3000), conforme a los datos aportados por la Cruz Roja (www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/united-states-detention.htm); se trata de una cuestión bien desarrollada por el DIH. Pero en casos específicos, en el de aquellas personas consideradas *high-value detainees*, la tendencia ha sido a eludir la ley tanto nacional como internacional. Por ejemplo en la cuestión de los "vuelos de la CIA" o las entregas irregulares de detenidos. SADAT, Leila Nadya (2005), "Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition Under International Law". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, 2005, pp. 309-342. La situación de los detenidos en Guantánamo –pocos en comparación con las cifras antes citadas- estaría situada en algún lugar intermedio. Otras fuentes hablan de hasta 50.000 detenidos hasta 2005. PATEL, Priti (2005), "Ensuring Accountability: International Law and Post 9/11 U.S. Detention Policy". *HRB*, vol.12, issue 2, pp. 5 y ss., y 33.000 en 2008 sólo en Irak, además de 9500 bajo la responsabilidad de las autoridades iraquíes y 3000 bajo las del gobierno regional de Kurdistán, COLASEIS, Laurent, (2010), "The Role of the International Committee of the Red Cross in Stability Operations". *US Naval War College International Law Studies*, pp. 457-476, p. 459.

¹²⁷⁹ Incluyendo una peculiar visión del "uso de la fuerza". CARTY, Anthony (2006) "The Implosion of the Legal Subject and the Unraveling of the Law on the Use of Force: American Identity and New American Doctrines of Collective Security". *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 11.

Oxford¹²⁸⁰. Posteriormente, la implicación de los EEUU en diferentes guerras ha permitido el desarrollo de una práctica jalonada por sentencias de su Tribunal Supremo -buena parte de las cuales han sido traídas a colación tras el 11-S- y las políticas asumidas por el gobierno de EEUU en relación con la detención de personas en conflicto armado. En general los norteamericanos tienen una visión de su país como una potencia especialmente respetuosa de la ley internacional¹²⁸¹.

Una cuestión importante a destacar es que, dejando aparte el marco *sui generis* de las leyes de inmigración, y a diferencia, cómo hemos visto, del Reino Unido, Israel y otros Estados, en EEUU no existe la detención preventiva por motivos de seguridad general¹²⁸². La privación de libertad de personas en situación de normalidad, está sujeta a las limitaciones propias de cualquier Estado de Derecho; la detención policial previa a presentar cargos (*pre-charge detention*) no puede exceder de 48 horas¹²⁸³. Además hay problemas constitucionales difíciles de salvar¹²⁸⁴. De ahí que resulte casi ineludible acudir a los poderes especiales propios del estado de guerra para poder adoptar algunas medidas preventivas, y otras, cómo las detenciones gubernativas de larga duración¹²⁸⁵.

¹²⁸⁰ HART, Gideon M. (2010), "Military Commissions and the Lieber Code: Toward a New Understanding of the Jurisdictional Foundations of Military Commissions". *Military Law Review*, Vol. 203, pp. 1-77, pp. 3-5.

¹²⁸¹ Lo que, entrando en detalles, queda desmentido en un rápido repaso de su historia. MAYERFELD, Jamie (2007), "Playing by Our Own Rules: ... op.cit, todo el artículo pero en especial p. 90, STRASSFELD, Robert N. (2005), "American Innocence", *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 277-308.

¹²⁸² DASKAL, Jennifer, (2009), "A New System of Preventive Detention? Let's Take a Deep Breath". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 561-575, en particular pp. 565-567. COLE, David (2009), "Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War". *CALIFORNIA LAW REVIEW*, vol. 97, pp. 693-750, p.1., GUIORA, Amos N. (2009) "Not "by all Means Necessary": ...op.cit, p 274-280.

¹²⁸³ El límite procede de la Cuarta Enmienda a la Constitución. FARTHING, Sophie and SANKEY, Isabella, eds. (2010), *Terrorism Pre-charge Detention Comparative Law Study*. The National Council for Civil Liberties, citado.

¹²⁸⁴ SANDBERG-ZAKIAN, Eric (2011), "Beyond Guantánamo: Two Constitutional Objections to Non-military Preventive Detention". *Harvard National Security Journal*, Vol. 2, pp. 283-322. También CASSEL, Douglas (2009), "International Human Rights Law and Security Detention". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 383-401.

¹²⁸⁵ FORD, Christopher M. (2011), "From Nadir to Zenith: The Power to Detain in War", *Military Law Review*, Vol. 207, pp. 203-252., p. 210-214, También en KLEIN, Adam, and WITTES, Benjamin (2011), "Preventive Detention in American Theory and Practice", Harvard National

Por otro lado, en varios lugares del presente trabajo se ha hecho referencia a la inexistencia, en los principales Estados anglosajones, de un espacio intermedio entre la respuesta policial y la militar ante una amenaza grave al Estado, en el sentido de la fuerza gendármica, pero que va más allá, hasta una visión holística que en los Estados europeos –en el plano interno- no parece hacer necesaria la intervención militar más que en funciones auxiliares¹²⁸⁶. No es el caso de los EEUU, y todo parece indicar que ésta visión doméstica se ha trasladado al teatro internacional. Sea cómo fuere, la práctica de dicho Estado durante sus conflictos armados resulta muy explicativa; aunque se trataba de conflictos armados “reales”, y no de la GWOT.

La propia exposición del problema que vamos a examinar brevemente, es muy compleja¹²⁸⁷. Desde una perspectiva de DIH, las detenciones llevadas a cabo en Irak y Afganistán, al menos en los períodos de conflicto armado internacional, son relativamente fáciles de clasificar en teoría¹²⁸⁸. En principio, y conforme a las normas preexistentes al 11-S, los combatientes legítimos, acreedores al estatuto de prisionero de guerra y amparados por la inmunidad del combatiente, no deben someterse a “comisiones militares”, sino, en caso de violaciones del DIH, al mismo Código Uniforme de Justicia Militar (US UCMJ) y

Security Journal, Vol. 2, pp. 85-191, KNOWLES, Robert (2007), “Detainee Policy and the Rule of Law: A Response”, Harvard International Law Journal Online, Vol. 48, pp. 70-73. Más específico, LONDRAS, Fiona De (2011), “Can Counter-Terrorist Internment ever be Legitimate?” Human Rights Quarterly, Vol. 33, Nº 3, pp. 593-619.

¹²⁸⁶ No es que este razonamiento explique todo; la Guardia Civil es básicamente un cuerpo policial, aunque puede desempeñar, y de hecho desempeña, misiones militares. Pero es demostrativo de una cierta estructura mental; cosas que en España se atribuirían a la Guardia Civil, deben ser atribuidas a las fuerzas armadas en EEUU.

¹²⁸⁷ La OSCE no dudó en calificarlo de “embrollo legal”: “The fact remains that since our visit, the *legal imbroglio* started a few years ago seems to continue and could ultimately compromise the system established”. Report on Guantanamo by Mrs Anne-Marie Lizin, Vice-President of the OSCE Parliamentary Assembly, Special Representative of the President of the OSCE Parliamentary Assembly, Mr Göran Lennmarker 29 June 2008.

¹²⁸⁸ Una clasificación en ABRIL, Ruth (2005), “De Guantánamo, a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los “detenidos en la lucha contra el terrorismo”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 9. Desde casi el principio de la operación se realizaron análisis profundos del tema, sin que la evolución posterior haya desmentido las primeras conclusiones, entre estos, BERMEJO GARCIA, Romualdo (2004) “Cuestiones en torno al estatuto jurídico de los detenidos en Guantánamo”, *Los retos humanitarios del siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 43-65, y POZO SERRANO, M^a Pilar (2002), “El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado en Afganistán”, *Anuario de Derecho Internacional XVIII*, pp. 171-204.

a los mismos consejos de guerra (“*court martials*”) que los propios soldados estadounidenses.¹²⁸⁹ Por otro lado, respecto de los combatientes ilegítimos, la duda podría estribar en si procede someterlos a juicio ante la jurisdicción ordinaria o ante comisiones militares. Además está el tema de la adscripción del conflicto a alguna de las categorías clásicas; en principio parecía ser un conflicto armado internacional, pero, sobre la base de la sentencia del tribunal supremo de EEUU en el caso Hamdan v. Rumsfeld¹²⁹⁰, la actual administración norteamericana lo califica de conflicto no internacional regido por el artículo 3 común a los convenios de Ginebra, con el cambio de referencias que ello conlleva¹²⁹¹.

En realidad entender los argumentos de la jurisprudencia o la doctrina norteamericanas sobre el particular resulta a veces muy difícil, al estar centrados sus análisis en consideraciones de derecho interno, casi en exclusiva. Parece que el sistema judicial norteamericano presenta peculiaridades que lo hacen poco apto para tal tipo de persecución penal, además de tener reglas muy estrictas en lo que se refiere a la admisibilidad de ciertas pruebas, en particular los testimonios de referencia (*hearsay evidence*) y las declaraciones obtenidas mediante métodos “rudos” de interrogatorio¹²⁹².

En todo caso, el sistema de las comisiones militares¹²⁹³ es muy antiguo, y se ha venido utilizando por los EEUU con diversas formas desde la Guerra de

¹²⁸⁹ Cfr. al artículo 82 de G III. GREGORY, E. John (2010), “Trying Unlawful Combatants at General Courts-Martial: Amending the UCMJ in Light of the Military Commissions Experience”. *Military Law Review*, Vol. 203, pp. 150-188. No obstante, el caso fue planteado por la defensa del General Yamashita durante la Segunda Guerra Mundial, y el Supremo de EEUU estimó que tal cosa era aplicable sólo a delitos cometidos en cautividad. Yamashita fue condenado por una comisión militar y ahorcado. ELSEA, Jennifer (2001), “Terrorism and the Law of War: Trying Terrorists as War Criminals ... cit. p. 23-24.

¹²⁹⁰ 548 U. S. ____ (2006)

¹²⁹¹ DUXBURY, Alison (2007), “Drawing Lines in the Sand — Characterising Conflicts ... op.cit.

¹²⁹² Lo que no resulta muy comprensible es que tales dificultades –garantías de procedimiento– puedan sortearse a base de acudir al régimen de las comisiones militares, dentro del mismo sistema legal. En España, por ejemplo, las reglas de procedimiento penal –y por tanto las de prueba– son exactamente iguales en la jurisdicción ordinaria que en la militar, cuya cúspide se encuentra en el Tribunal Supremo (Sala 5ª).

¹²⁹³ Definidas como “courts usually set up by military commanders in the field to try persons accused of certain offenses during war”. ELSEA, Jennifer K. (2007), “The Military Commissions Act of 2006: Analysis of Procedural Rules and Comparison with Previous DOD Rules and the Uniform Code of Military Justice”, *CRS Report RL 33688*, HART, Gideon M. (2010), *Military Commissions and the Lieber Code ... op.cit.*

la Independencia¹²⁹⁴, aunque fue en la guerra contra México cuando realmente cuajaron, con la creación por el general Winfield Scott de tales comisiones para juzgar a civiles mejicanos por violaciones del Derecho de la Guerra¹²⁹⁵. Lo que quizá resulte chocante es que, mediante la autorización para el uso de la fuerza militar (AUMF), el legislativo dio al Presidente, aparentemente, el poder absoluto e incontestable de decidir quien era un combatiente ilegítimo¹²⁹⁶ que debía por tanto ser juzgado por tales comisiones y no por el sistema ordinario de las *courts martials* o los tribunales federales. Además, habría que destacar las propias contradicciones internas de toda la estructura de detención de los supuestos combatientes ilegítimos¹²⁹⁷.

¹²⁹⁴ La propia sentencia en el caso Hamdan resume la historia de las comisiones militares: “IV The military commission, a tribunal neither mentioned in the Constitution nor created by statute, was born of military necessity. (...). Though foreshadowed in some respects by earlier tribunals like the Board of General Officers that General Washington convened to try British Major John André for spying during the Revolutionary War, the commission “as such” was inaugurated in 1847. (...). As commander of occupied Mexican territory, and having available to him no other tribunal, General Winfield Scott that year ordered the establishment of both “military commissions” to try ordinary crimes committed in the occupied territory and a “council of war” to try offenses against the law of war”.

¹²⁹⁵ WILLIAMS, Frank J. (2009), “Third George S. Prugh Lecture in Military Legal History1: Abraham Lincoln in Law and Lore: The Lincoln Conspirators’ Trial by Military Commission”. *Military Law Review*, Vol. 202, pp. 258-282. También ELSEA, Jennifer (2001), “Terrorism and the Law of War: Trying Terrorists as War Criminals before Military Commissions. CRS Report RL31191, p. 18-19.

¹²⁹⁶ Debe recordarse que, en lo relativo a la concreción de las personas con derecho al estatuto de prisioneros de guerra, los EEUU sólo admiten aquellos contemplados en el artículo 4 GIII, ya que no son parte en el Protocolo I, ni admiten como derecho consuetudinario las partes del mismo que extienden el concepto de combatiente legítimo. De hecho la *Military Comissions Act* de 2006 establece que no están sometidos a la misma “(A) a member of the regular forces of a State party engaged in hostilities against the United States; (B) a member of a militia, volunteer corps, or organized resistance movement belonging to a State party engaged in such hostilities, which are under responsible command, wear a fixed distinctive sign recognizable at a distance, carry their arms openly, and abide by the law of war; or (C) a member of a regular armed force who professes allegiance to a government engaged in such hostilities, but not recognized by the United States.”

¹²⁹⁷ Así, por ejemplo, en el caso Hamdan (yemení, y chófer de Osama Ben Laden) se ha argumentado que no estaba protegido por la IV Convención de Ginebra dado que era nacional de un estado neutral con el que los EEUU tienen relaciones diplomáticas (art. 4). En realidad es el caso de la mayoría de los detenidos en Guantánamo. Primero, este enfoque se basa en la asunción de que el conflicto contra Al-Qaeda y los Talibanes es de naturaleza internacional, postura abandonada por el ejecutivo de los EEUU a raíz, precisamente, de la sentencia en el caso Hamdan v. Rumsfeld (aunque la jurisprudencia norteamericana ha tenido buen cuidado de referirse, casi en exclusiva, al teatro de Afganistán). Segundo, en tal caso de guerra contra el terror, ¿es serio hablar de neutralidad?. Tercero, desde una perspectiva policial-judicial no

Todo este asunto tiene un nombre propio: Guantánamo. En 2002, personas detenidas por los EEUU, y otras transferidas a dicho Estado en Afganistán –por ejemplo por la Alianza del Norte- comenzaron a ser trasladados a la base naval norteamericana de bahía de Guantánamo, situada en territorio cubano y de soberanía cubana (y a otros lugares secundarios, como la base aérea de Bagram en el propio Afganistán). Desde entonces, mas de ochocientas personas han pasado por allí en calidad de detenidos, no todos, ni mucho menos, capturados en Afganistán. La mayoría han estado sometidos a largas privaciones de libertad sin que se hayan presentado cargos concretos contra ellos. Y aún queda una parte residual de los mismos con los que, salvo excepciones, no se sabe muy bien que hacer, aparentemente.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que en la guerra contra el terror existen varios tipos de detenidos, según sean nacionales de los EEUU capturados en territorio de EEUU, nacionales capturados fuera, no nacionales capturados en el territorio de EEUU¹²⁹⁸ o no nacionales capturados en el extranjero¹²⁹⁹.

b) Breve perspectiva histórica

La jurisprudencia norteamericana ha distinguido siempre la detención de ciudadanos de EEUU, como posibles beligerantes enemigos, de otros supuestos, así cómo que las detenciones se produjeran en el territorio de

existe ningún inconveniente en extraditar a un criminal de nacionalidad distinta del Estado en el que se le captura para someterlo a juicio.

¹²⁹⁸ El único caso de un extranjero bajo detención administrativa militar en territorio de EEUU, es el de Ali Saleh Kahlah al-Marri, Al- Marri v. Spagone (2009, Tribunal Supremo) y Al-Marri v. Pucciarelli (2008 4ª Circuito), y ZAGARIS, Bruce (2010) “International Enforcement Law Trends for 2010 and Beyond: Can the Cops keep up with the Criminals? ... op.cit. ELSEA, Jennifer K. & GARCIA, Michael John (2011), “Judicial Activity Concerning Enemy Combatant Detainees: Major Court Rulings”. CRS R41156, p. 5 y 20.

¹²⁹⁹ ROBERTS, Anthea (2004), “Righting Wrongs or Wronging Rights? The United States and Human Rights Post-September 11”, *EJIL*, vol. 15, Nº 4, pp. 721-749, p 722-729. De hecho la nacionalidad de los detenidos es importante en un sentido más concreto para aquellos nacionales de EEUU o de sus aliados (cómo el Reino Unido). En el caso de nacionales de Estados indiferentes, opuestos a la política de EEUU o simplemente no relevantes, la situación de los detenidos es de total indefensión, acptando la postura de EEUU acerca del artículo 4 de G IV. HOOD, Rory T. (2005), “Guantanamo and Citizenship: An Unjust Ticket Home?”. *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 555-578.

EEUU, o no. Ya en 1798, en un período de tensiones con Francia, el Congreso de EEUU promulgó la *Alien Enemy Act* (AEA). Esta ley sigue en vigor, y básicamente permite, en caso de guerra declarada, la detención y otras medidas de seguridad contra nacionales de las partes enemigas, previa una proclamación pública del Presidente, cosa que se hizo por primera vez en la guerra de 1812 contra el Reino Unido.

Durante la Guerra Civil, el presidente Lincoln autorizó la suspensión del *habeas corpus* y la detención gubernativa de civiles. De este período es una de las sentencias más citadas hasta hoy en día, *Ex parte Milligan* (1866), en la que el alto tribunal admitía las comisiones militares, pero no en los casos de ciudadanos, cuando la autoridad del Estado y la administración de justicia ordinaria estaban en funcionamiento sin trabas¹³⁰⁰.

La *Alien Enemy Act* se utilizó también durante la Primera Guerra Mundial –guerra declarada por el Congreso y con proclamación del Presidente Wilson, en el sentido de la AEA- en diversas ocasiones¹³⁰¹. No obstante el Presidente no utilizó las comisiones militares por crímenes de guerra cometidos en el territorio de los EEUU¹³⁰².

Es en la Segunda Guerra mundial cuando surgen algunos problemas suplementarios, como el de la proliferación de agentes alemanes provenientes del exterior en connivencia con ciudadanos de EEUU de origen alemán. El

¹³⁰⁰ Los propios complicados en el asesinato de Lincoln (el autor material, John Wilkes Booth murió en un enfrentamiento con el ejército) fueron juzgados por una comisión militar, condenados a muerte y ejecutados en 1865. Debe recordarse que siempre han existido dudas acerca de la culpabilidad de algunos de ellos, en particular la señora Surratt. WILLIAMS, Frank J. (2009), "Third George S. Prugh Lecture in Military Legal History: Abraham Lincoln in Law and Lore: The Lincoln Conspirators' Trial by Military Commission". *Military Law Review*, Vol. 202, pp. 258-282. También ELSEA, Jennifer K. (2012) "Detention of U.S. Persons as Enemy Belligerents", *Congressional Research Service R42337*, p. 16, ELSEA, Jennifer (2001), "Terrorism and the Law of War: Trying Terrorists as War Criminals ... cit. p. 19-21

¹³⁰¹ Con todo, durante la corta duración de ésta guerra para los EEUU -1917-18- hubo bastantes contemplaciones, como demuestra el caso de Pablo Waberski. Este reconoció ser un espía al servicio de Alemania, aunque al final resultó ser un oficial en activo del ejército alemán llamado Lothar Witzke. El Fiscal General estimó que no procedía su enjuiciamiento por un tribunal militar, dado que, aun que Witzke había entrado ilegalmente desde México, no había violentado la seguridad de ninguna instalación militar. Finalmente fue sometido a un tribunal militar, aunque Wilson le perdonó la pena de cadena perpetua, seguramente debido a las dudas sobre la competencia de la jurisdicción militar. ELSEA, Jennifer K. (2012) "Detention of U.S. Persons as Enemy Belligerents", *Congressional Research Service R42337*, p. 16.

¹³⁰² ELSEA, Jennifer (2001), "Terrorism and the Law of War: Trying Terrorists as War Criminals ... cit. p. 21-23.

Presidente Roosevelt hizo bastantes proclamaciones, en el sentido de la AEA, para el internamiento de extranjeros estimados peligrosos, o potenciales espías. La sumisión a comisiones militares estaba basada en un quebrantamiento del Derecho de la Guerra por parte de civiles, conforme a la sentencia en *Ex parte Quirin* (1942), estableciendo así un principio aparentemente opuesto al del caso *Milligan*.¹³⁰³

Otra cuestión polémica ya mencionada es el internamiento, principalmente de norteamericanos de origen japonés, como consecuencia de la Orden Ejecutiva 9066 emitida por el presidente Roosevelt, aunque no sobre la base de de la *Alien Enemy Act*.¹³⁰⁴ Dicho de otra manera, hubo declaración de guerra, pero no proclamación del Presidente en lo que se refiere a éstos ciudadanos. De todas formas, la política de internamiento de ciudadanos de origen japonés -su constitucionalidad- no fue puesta en cuestión por el Tribunal Supremo, que si examinó aspectos parciales de dicha política –sobre todo la desobediencia a determinadas órdenes de traslado, prohibición de residir en determinadas áreas etc.- en los casos *Hirabayashi* (1943), *Korematsu* (1944) y *Ex parte Endo* (1944). Aunque la política de internamiento ha sido objeto de descrédito tras la Segunda Guerra Mundial, no ha habido pronunciamiento judicial sobre la inconstitucionalidad de la detención, incluso de propios nacionales, por motivos de seguridad en caso de conflicto armado. Sin embargo, en la Segunda Guerra Mundial, si bien los militares enemigos capturados en el territorio estadounidense fueron tratados como combatientes, los propios ciudadanos que les auxiliaron fueron juzgados ante tribunales federales por delitos comunes, cómo traición u otros¹³⁰⁵.

¹³⁰³ ELSEA, Jennifer K. (2012) "Detention of U.S. Persons as Enemy Belligerents", op.cit. p. 22-26. También ELSEA, Jennifer (2001), "Terrorism and the Law of War: Trying Terrorists as War Criminals ... cit. *Quirin* fue juzgado junto con otros alemanes, a pesar de su ciudadanía de EEUU, p. 24-25. Otro caso de la época es *In Re Territo* (1946), sobre un prisionero de guerra italiano que poseía la nacionalidad norteamericana. Este planteó un *habeas corpus* con base en su ciudadanía mientras era prisionero de guerra en EEUU. A pesar de su ciudadanía, el Tribunal lo consideró un beligerante enemigo. (Ibíd. p. 26-27).

¹³⁰⁴ Sin embargo, el Congreso aprobó el artículo 1383 del 18 U.S.C., que penaba los incumplimientos de las órdenes dadas al amparo de la mencionada orden ejecutiva.

¹³⁰⁵ Hubo bastantes casos, como los de Hans Haupt, Helmut Leitner, Anthony Cramer o Emil Krepper. En todo caso nunca se encontró un argumento para encarcelar a tal tipo de saboteadores o cooperadores como combatientes enemigos bajo el Derecho de la Guerra

La Guerra Fría y la guerra de Corea determinaron la promulgación de la *Internal Security Act* (ISA) y la *Emergency Detention Act* (EDA) –también llamada *Kilgore bill*– en 1950. La segunda ley permitía al Presidente, en determinadas condiciones, la adopción de un estado de emergencia, bajo el cual el Fiscal General podía ordenar el encarcelamiento (*incarceration*) de personas sospechosas de tener vínculos subversivos. Todo esto chocaba enormemente con principios fundamentales del Derecho de EEUU, y el Presidente Truman se opuso firmemente a ella, aunque al final ambas leyes fueron aprobadas por el Congreso a pesar del veto presidencial. En cualquier caso tales poderes nunca fueron ejercidos, y la EDA fue derogada por el Congreso en 1971 mediante una ley conocida popularmente como la *Non-Detention Act*, de tal manera que ningún norteamericano pudiera ser sometido a prisión por motivos de seguridad sin que una ley del Congreso lo apruebe, situación que persiste hoy en día, incluso teniendo en cuenta los acontecimientos posteriores¹³⁰⁶.

La Guerra de Vietnam, que planteó problemas jurídicos similares a los examinados contemporáneamente en relación con Afganistán¹³⁰⁷, determinó la puesta en marcha, en 1967, de un programa de la CIA llamado “*Phoenix*”, relativo a la investigación detención e interrogatorio de personas consideradas subversivas, en colaboración y en aplicación de leyes de la República de Vietnam del Sur. El *Phoenix Program* es, desde todos los puntos de vista, un precedente de actuaciones posteriores, en un contexto en el que determinadas elites de EEUU decidieron hacer tabla rasa de sus principios constitucionales por alegadas razones de seguridad¹³⁰⁸. En esta ocasión ya se sostuvo por

entonces vigente. ELSEA, Jennifer K. (2012) “Detention of U.S. Persons as Enemy Belligerents”, op.cit. p. 33-34.

¹³⁰⁶ ELSEA, Jennifer K. (2012) “Detention of U.S. Persons as Enemy Belligerents”, op.cit. p. 35-38, VAN BERGEN Jennifer, and VALENTINE Douglas (2005), “The Dangerous World of Indefinite Detentions: Vietnam to Abu Ghraib”. *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 449-508., p. 451

¹³⁰⁷ En realidad a la guerra entre Vietnam del Norte y Vietnam del Sur, se superpuso una guerra civil, con perfiles de guerra subversiva planteada por el Vietcong. Los norteamericanos siempre estuvieron en Vietnam, formalmente, a requerimiento de la República de Vietnam del Sur, sobre la base de acuerdos bilaterales.

¹³⁰⁸ VAN BERGEN Jennifer, and VALENTINE Douglas (2005), “The Dangerous World ... op.cit.: “The Phoenix Program was from the start an unlawful program. It began as a CIA covert operation, ultimately evolving into a program of de-tentions of dangerous persons, purportedly

algunos funcionarios norteamericanos que las convenciones de Ginebra, en particular la IV, no eran de aplicación a los detenidos por razones de seguridad¹³⁰⁹.

Con posterioridad al trauma de Vietnam -uno de los puntos de inflexión en la política norteamericana- las actitudes derivaron desde el humanitarismo un tanto flojo del presidente Carter¹³¹⁰, hasta el “rearme moral” de la era Reagan, continuado por su sucesor. Es evidente que la reacción norteamericana ante los atentados de Nairobi y Dar-Es-Salaam en 1998, bajo el mandato de Bill Clinton¹³¹¹, no difiere de los ataques realizados durante el mandato de Reagan sobre Libia en 1986¹³¹². De hecho, desde más o menos entonces es cuando empezó a hablarse seriamente de una respuesta militar al terrorismo, en el sentido de enfocarlo como un conflicto armado¹³¹³. Durante un cierto período de tiempo, las operaciones encubiertas parecieron servir para mantener un equilibrio. Sin embargo, todo parecía preparado para una nueva forma de enfrentarse al terrorismo tan pronto se produjera un desencadenante suficiente para justificar una respuesta de otro tipo¹³¹⁴.

run by the Vietnamese, but in fact always managed by Americans. Eventually, those in charge—an “old-boy network, a group of guys at highest level ... who thought they were Lawrence of Arabia”, p. 496-497

¹³⁰⁹ VAN BERGEN Jennifer, and VALENTINE Douglas (2005), “The Dangerous World ... op.cit. p. 497.

¹³¹⁰ Quizá representado gráficamente por los soldados norteamericanos muertos al intentar rescatar a los rehenes de la embajada de EEUU en Teherán en 1979.

¹³¹¹ La primera respuesta a los atentados de Nairobi y Dar-Es-Salaam, en agosto 1998, fue de carácter netamente militar, antes de que transcurriera un mes desde los hechos: La operación “Alcance Infinito” consistió en el bombardeo de una base de adiestramiento de Al-Qaeda en Afganistán y de una planta farmacéutica en Sudan. Es la aplicación de una “lógica de sustitución”, mediante la que, dado que no se puede -o se supone que no se puede- alcanzar un objetivo por medios policiales y judiciales clásicos en un breve plazo, se emplea una respuesta menos discriminatoria.

¹³¹² Tras una serie de incidentes con unidades navales norteamericanas en el Golfo de Sidra, que Libia siempre ha considerado como aguas territoriales, el 5 de abril de 1986 estalló una bomba en el night club “La Belle” de Berlín oeste, local frecuentado por militares norteamericanos, en el que resultaron 3 muertos y 230 heridos. Sobre la base de informaciones de la NSA, se determinó la implicación del gobierno libio en el atentado y los EEUU lanzaron la operación “El Dorado Canyon” el 15 de abril, en la que aviones norteamericanos que despegaron del Reino Unido atacaron Trípoli y Bengasi.

¹³¹³ Por ejemplo en el ya mencionado trabajo de ERICKSON, R.J. (1989), *Legitimate Use of Military Force Against State-sponsored International ...* op.cit.

¹³¹⁴ Hay una serie de desarrollos del Derecho internacional que evidentemente no gustan a algunos Estados; el Protocolo de Kioto, el Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra, el

c) Las fases de la práctica de EEUU en materia de detención tras el 11-S

Actualmente, en ciertos sectores profesionales y doctrinales de EEUU, se sostiene que la guerra contra Al-Qaeda comenzó en 1998 o antes¹³¹⁵. En todo caso, tras los atentados de 2001, se puede definir una, relativamente, nueva práctica¹³¹⁶.

En una primera fase, que podríamos caracterizar como de poderes ejecutivos sobredimensionados¹³¹⁷, tras la autorización parlamentaria pertinente conforme al derecho interno -la "*Authorization for Use of Military Force*" (AUMF)¹³¹⁸- y tras la promulgación de la "*PATRIOT Act*"¹³¹⁹, el

DIDH, el TPI, etc. Hay que valorar el hecho de que los EEUU fueron motor de muchas de dichas normas, pero a partir de un determinado momento comenzó una marcha atrás. El 11-S determinó aparentemente un punto de inflexión y una oportunidad para experimentar, pero todo parece volver a sus cauces naturales, después de un período de turbulencias. SANDS, Philippe (2005), "Lawless World: International Law after September 11, 2001 and Iraq", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6. Para entender el contexto y el interés en la zona del Golfo Pérsico, KLARE, Michael T. (2004), "Essay: The Bush/Cheney Energy Strategy: Implications for U.S. Foreign and Military Policy", *International Law and Politics*, vol. 36, pp. 395-423.

¹³¹⁵ Como ya hemos visto en ALTENBURG, John D. (2009), "Just Three Mistakes! ...op.cit.

¹³¹⁶ Todo, en el caso de EEUU, debe ser matizado con el adverbio "relativamente". Por ejemplo en *Moyer v. Peabody* (1909), el Tribunal Supremo se refirió a la detención gubernativa de carácter temporal durante una huelga de mineros en Colorado, que el Gobernador del estado calificó cómo insurrección, apelando a la milicia (Guardia Nacional). ELSEA, Jennifer K. (2012) "Detention of U.S. Persons as Enemy Belligerents", op.cit, p. 17-18.

¹³¹⁷ ROBERTS, Anthea (2004), "Righting Wrongs or Wronging Rights? ... op.cit, p. 735-737.

¹³¹⁸ "Public Law 107-40. 107th Congress. Joint Resolution. To authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States. Whereas, on September 11, 2001, acts of treacherous violence were committed against the United States and its citizens; and Whereas, such acts render it both necessary and appropriate that the United States exercise its rights to self-defense and to protect United States citizens both at home and abroad; and Whereas, in light of the threat to the national security and foreign policy of the United States posed by these grave acts of violence; and Whereas, such acts continue to pose an unusual and extraordinary threat to the national security and foreign policy of the United States; and Whereas, the President has authority under the Constitution to take action to deter and prevent acts of international terrorism against the United States: Now, therefore, be it Resolved by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, SECTION 1. SHORT TITLE. This joint resolution may be cited as the "Authorization for Use of Military Force". SEC. 2. AUTHORIZATION FOR USE OF UNITED STATES ARMED FORCES. (a) In General. That the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he 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. (b) War Powers Resolution Requirements. (1) Specific statutory authorization. Consistent with section 8(a)(1) of the War Powers Resolution, the

Presidente de los EEUU, en uso de las facultades excepcionales que le fueron concedidas, dictó la Orden Ejecutiva (*Military Order*) de 13 de noviembre de 2001, modificada posteriormente en varias ocasiones, que se refería 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 establecían las comisiones militares para el enjuiciamiento de ciertos detenidos definidos en el artículo 2 de dicha orden, así como su procedimiento¹³²⁰. Respecto a los detenidos, la propia orden establecía que se les debía tratar humanamente¹³²¹, pero con la intención de impedir que pudieran acudir a cualquier recurso ante tribunales, de EEUU u otros¹³²². Esta

Congress declares that this section is intended to constitute specific statutory authorization within the meaning of section 5(b) of the War Powers Resolution. (2) Applicability of other requirements. Nothing in this resolution supercedes any requirement of the War Powers Resolution. Approved September 18, 2001.

¹³¹⁹ PUBLIC LAW 107-56—OCT. 26, 2001, como señala el propio texto de la ley, su objeto es “To deter and punish terrorist acts in the United States and around the world, to enhance law enforcement investigatory tools, and for other purposes. This Act may be cited as the “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001”

¹³²⁰ 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.

¹³²¹ Sec. 3. “Detention Authority of the Secretary of Defense. Any individual subject to this order shall be— (a) detained at an appropriate location designated by the Secretary of Defense outside or within the United States; (b) treated humanely, without any adverse distinction based on race, color, religion, gender, birth, wealth, or any similar criteria; (c) afforded adequate food, drinking water, shelter, clothing, and medical treatment; (d) allowed the free exercise of religion consistent with the requirements of such detention; and (e) detained in accordance with such other conditions as the Secretary of Defense may prescribe”.

¹³²² Sec. 7. (b) “With respect to any individual subject to this order— (1) military tribunals shall have exclusive jurisdiction with respect to offenses by the individual; and (2) the individual shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding, directly or indirectly, or to have any such remedy or proceeding sought on the individual’s behalf, in (i) any court of the United States, or any State thereof, (ii) any court of any foreign nation, or (iii) any international tribunal. (c) This order is not intended to and does not create any right, benefit, or privilege, substantive or procedural, enforceable at law or equity by any party, against the United States, its departments, agencies, or other entities, its officers or employees, or any other person. (d) For purposes of this order, the term “State” includes any State, district, territory, or possession

orden fue complementada por la decisión del Presidente de 7 de febrero de 2002, de no aplicar los convenios de Ginebra a los detenidos en virtud de la orden. Adicionalmente, se impartieron una serie de instrucciones administrativas, a distintos niveles, relativas a la práctica de interrogatorios a dichos detenidos¹³²³, para lo que se recabaron una serie de informes jurídicos, entre los que destaca el redactado por Jay Bybee en 2002, pero que no es el único¹³²⁴.

Esta primera fase terminó en 2004, con la sentencia en el caso *Hamdi v. Rumsfeld*, que inició el rosario de pronunciamientos judiciales sobre la política de detenciones norteamericana¹³²⁵, y estableció –con los matices determinados por las distintas mayorías de magistrados en los distintos asuntos examinados– que los detenidos, sin lugar a dudas los de nacionalidad norteamericana, y probablemente todos, tenían derecho a que su detención fuera revisada por un órgano imparcial. Esta sentencia no ponía en duda el poder del Presidente, conforme a la AUMF, incluso el Derecho internacional consuetudinario, para

of the United States. (e) I reserve the authority to direct the Secretary of Defense, at any time hereafter, to transfer to a governmental authority control of any individual subject to this order. Nothing in this order shall be construed to limit the authority of any such governmental authority to prosecute any individual for whom control is transferred.”

¹³²³ Muy crítico ROBERTS, Adam (2007), “Torture and Incompetence in the ‘War on Terror’”. *Survival*, Vol. 49 N°1, pp. 199–212, en particular 204-205.

¹³²⁴ GREENBERG, Karen and DRATEL, Joshua, (Eds.) (2005), *The torture papers: the road to Abu Ghraib*, New York, US: Cambridge University Press, SANDS, Philippe (2008), “Torture Team: The Responsibility of Lawyers for Abusive Interrogation”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9, FRASER, Malcolm (2008), “Torture Team: Human Rights, Lawyers, Interrogations and the ‘War on Terror’ — A Response to Philippe Sands”. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9. Entre otros están los informes de la teniente coronel Diane Beaver en 2002, que ejercía de asesora jurídica en Guantánamo, pero los fundamentales son los elaborados por el equipo de Alberto Gonzáles en el Departamento de Justicia. Como se destaca en el primer libro citado p. xxi-xxii: The memoranda (...) follow a logical sequence: (1) find a location secure not only from attack and infiltration, but also, and perhaps more importantly (...) from intervention by the courts; (2) rescind the US’s agreement to abide by the proscriptions of the Geneva Convention [III] with respect to the treatment of persons captured during armed conflict; and (3) provide an interpretation of the law that protects policy makers and their instruments in the field from potential war crimes prosecution for their acts”. Respecto a la responsabilidad moral o incluso legal, como posibles cómplices, de estos juristas existe un auténtico debate en los EEUU. OHLIN, Jens David (2010), “The Torture Lawyers”, *Harvard International Law Journal* Vol. 51 N° 1, pp. 193-256, PARRY, John T. (2010), ““Do the ‘Torture Lawyers’ Have Guilty Minds?: A Response to Jens Ohlin. Responding to Jens Ohlin, The Torture Lawyers”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, pp 23-34.

¹³²⁵ DUFFY, Helen (2008), “Human Rights Litigation and the ‘War on Terror’”. ... op.cit., p. 575 y ss.

detener y mantener en detención a personas que lucharan contra las fuerzas norteamericanas en Afganistán, incluidos ciudadanos de EEUU, hasta el fin de las hostilidades¹³²⁶, ni el uso de principios de prueba inaceptables en los tribunales ordinarios¹³²⁷. En cualquier caso, la sentencia forzó que mediante una Orden Ejecutiva¹³²⁸, se regulasen los CSRT (*Combatant Status Review Tribunals*), órganos administrativos destinados a determinar si un detenido era o no combatiente enemigo.

En el mismo día de la sentencia Hamdi, el Tribunal supremo falló también el caso *Rumsfeld v. Padilla*. José Padilla, ciudadano de EEUU, fue detenido en suelo norteamericano como presunto miembro de un complot de Al-Qaeda para detonar una bomba sucia, y sometido a detención administrativa militar, ante lo que el interesado presentó un *habeas corpus*. Aunque el Tribunal no se pronunció sobre el fondo, la cuestión de la *Non-Detention Act* fue discutida¹³²⁹.

En el mismo año 2004, en la mucho más importante sentencia del caso *Rasul v. Bush*, el tribunal dictaminó que los detenidos en Guantánamo, u otras personas en su nombre, podían presentar peticiones de *habeas corpus* ante tribunales federales¹³³⁰. En la versión de algunos medios de comunicación se ha cargado toda la responsabilidad, en la materia examinada, sobre los hombros del Presidente Bush, el Vicepresidente Cheney, y el Secretario de Defensa Rumsfeld¹³³¹. Pero la evidencia demuestra que, durante algunos años

¹³²⁶ BARNSBY, Robert E. (2009), "Yes, we Can: The Authority to Detain as Customary International ... op.cit.p. 69-71. Sobre el derecho inherente a detener FORD, Christopher M. (2011), "From Nadir to Zenith: The Power to Detain in War". ...op.cit.

¹³²⁷ ELSEA, Jennifer K. & GARCIA, Michael John (2011), "Judicial Activity Concerning Enemy Combatant ... cit., p. 2.

¹³²⁸ Order Establishing Combatant Status Review Tribunal, 7 de julio de 2004, disponible en <http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf>.

¹³²⁹ Padilla presentó un nuevo recurso y finalmente la corte de apelaciones de la cuarta Circunscripción falló que su detención militar estaba justificada por el hecho de que había estado presente en Afganistán luchando contra los EEUU, revocando así la decisión de la Corte del Distrito de Carolina del Sur de que se le debía poner en libertad en tanto cabía la posibilidad de mantenerlo en prisión preventiva si se formulaban cargos contra él. ELSEA, Jennifer K. & GARCIA, Michael John (2011), "Judicial Activity Concerning Enemy Combatant ... op.cit., pp. 19-20.

¹³³⁰ ELSEA, Jennifer K. & GARCIA, Michael John (2011), "Judicial Activity Concerning Enemy Combatant ... cit., p.3

¹³³¹ No sólo en los medios de comunicación, como demuestran, por ejemplo, las denuncias presentadas por organizaciones de derechos humanos ante la fiscalía federal alemana en 2005

actuaron completamente respaldados por el legislativo, y los efectos de la sentencia en el caso Rasul, así lo demuestran. Aquí es donde se produce la primera intervención del legislativo en un sentido decisivo, al promulgar en 2005, la *Detainee Treatment Act* (DTA) que establecía entre otras cosas que

(e) Judicial Review of Detention of Enemy Combatants.-- (1) IN GENERAL.-- Section 2241 of title 28, United States Code, is amended by adding at the end the following: ``e) Except as provided in section 1005 of the Detainee Treatment Act of 2005, no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider-- ``(1) an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the Department of Defense at Guantanamo Bay, Cuba; or ``(2) any other action against the United States or its agents relating to any aspect of the detention by the Department of Defense of an alien at Guantanamo Bay, Cuba, who-- ``(A) is currently in military custody; or ``(B) has been determined by the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in accordance with the procedures set forth in section 1005(e) of the Detainee Treatment Act of 2005 to have been properly detained as an enemy combatant.".

Hasta éste momento, la cuestión del DIH no había sido objeto de particular estudio por el Tribunal, pero en 2006, en la sentencia *Hamdan v. Rumsfeld*¹³³², el tema quedó circunscrito, básicamente, a la aplicación del Derecho de la Guerra. El Tribunal resolvió que, cómo mínimo, el artículo 3 común a los convenios de Ginebra era aplicable a las personas capturadas en el conflicto con Al-Qaeda, y que las comisiones militares establecidas por la Orden Ejecutiva de 2001 no cumplían con los requisitos establecidos por el citado artículo 3¹³³³, fundamentalmente por haber sido creadas por el

y 2006, dirigidas contra Rumsfeld, George Tenet (exdirector de la CIA), John Yoo, Alberto Gonzales y Jay Bybee, y referidas básicamente al tratamiento de detenidos en Abu Ghraib. Ambas fueron desestimadas por la fiscalía. JESSBERGER, Florian (2009), "From «Abu Ghraib» to the «Rumsfeld Case»". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 423-430.

¹³³² Texto completo en <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>,

¹³³³ 548 U. S. - (2006), p. 69-72: "iii. Common Article 3, then, is applicable here and, as indicated above, requires that Hamdan be tried by a "regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples." (...). While the term

ejecutivo¹³³⁴. Aquí, por lo tanto, puede considerarse terminada la segunda fase de la práctica norteamericana reciente.

“regularly constituted court” is not specifically defined in either Common Article 3 or its accompanying commentary, other sources disclose its core meaning. The commentary accompanying a provision of the Fourth Geneva Convention, for example, defines “regularly constituted” tribunals to include “ordinary military courts” and “definitely exclud[e] all special tribunals.” GCIV Commentary 340 (defining the term “properly constituted” in Article 66, which the commentary treats as identical to “regularly constituted”); see also Yamashita, 327 U. S., at 44 (...) (describing military commission as a court “specially constituted for a particular trial”). And one of the Red Cross’ own treatises defines “regularly constituted court” as used in Common Article 3 to mean “established and organized in accordance with the laws and procedures already in force in a country.” (...).The Government offers only a cursory defense of Hamdan’s military commission in light of Common Article 3. (...). At a minimum, a military commission “can be ‘regularly constituted’ by the standards of our military justice system only if some practical need explains deviations from court-martial practice.” (...) As we have explained, (...) no such need has been demonstrated here. iv. Inextricably intertwined with the question of regular constitution is the evaluation of the procedures governing the tribunal and whether they afford “all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.” (...). Like the phrase “regularly constituted court,” this phrase is not defined in the text of the Geneva Conventions. But it must be understood to incorporate at least the barest of those trial protections that have been recognized by customary international law. Many of these are described in Article 75 of Protocol I to the Geneva Conventions of 1949, (...) We agree with JUSTICE KENNEDY that the procedures adopted to try Hamdan deviate from those governing courts-martial in ways not justified by any “evident practical need,” (...) and for that reason, at least, fail to afford the requisite guarantees. (...) We add only that (...) various provisions of Commission Order No. 1 dispense with the principles, articulated in Article 75 and indisputably part of the customary international law, that an accused must, absent disruptive conduct or consent, be present for his trial and must be privy to the evidence against him. (...) That the Government has a compelling interest in denying Hamdan access to certain sensitive information is not doubted. (...) But, at least absent express statutory provision to the contrary, information used to convict a person of a crime must be disclosed to him. v. Common Article 3 obviously tolerates a great degree of flexibility in trying individuals captured during armed conflict; its requirements are general ones, crafted to accommodate a wide variety of legal systems. But requirements they are nonetheless. The commission that the President has convened to try Hamdan does not meet those requirements.”

¹³³⁴ Quizá sea una de las la sentencias más analizada de todas las relativas a los detenidos en Guantánamo. Por citar solo los trabajos que se refieren específicamente a ella, incluiremos BOLLO AROCENA, M^a Dolores (2006) “Hamdan v. Rumsfeld. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 12, ELSEA, Jennifer K (2006), “Hamdan v. Rumsfeld: Military Commissions in the “Global War on Terrorism” *CRS Report RS22466*, FITZPATRICK, Regina, (2007), “Hamdan v. Rumsfeld: Implications for the Geneva Conventions”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 20, pp. 339-347, BALDRATE, Brian C. (2005), “The Supreme Court’s Role in Defining the Jurisdiction of Military Tribunals: a Study, Critique, & Proposal for Hamdan v. Rumsfeld”, *Military Law Review*, Vol. 186, pp. 1-115, etc. POWELL, Catherine (2008), “Tinkering with Torture in the Aftermath of Hamdan: Testing the Relationship Between Internationalism and Constitutionalism”, *International Law and Politics*, vol. 40, pp. 723-802, FINNIN, Sarah (2006), “Case note: Salim Ahmed Hamdan, petitioner v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense. Has the Bush Administration’s Experiment with Military Commissions

La tercera fase se iniciaría con la promulgación de la *Military Commissions Act* de 2006 -un acto del legislativo, una ley- que, una vez más, acude en apoyo del ejecutivo, intentando eliminar las posibilidades de revisión de las medidas de detención más allá de las permitidas en la DTA de 2005¹³³⁵. Sin embargo, en una nueva sentencia, *Boumediene v. Bush*¹³³⁶, de 2008, el Supremo determinó que el *habeas corpus* no podía ser limitado por la DTA, y que se extendía incluso a los no ciudadanos detenidos en Guantánamo¹³³⁷.

Come to an End?”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7, FORSYTHE, David (2006), “US Policy Toward Enemy Detainees in the “War on Terrorism””. *HRQ*, Vol. 28, Nº 2, MILANOVIC, Marko (2007), “Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and The Israeli Targeted Killing Case”, *IRRC*, Vol 89, Nº 866, pp. 373 y ss.

¹³³⁵ SULEMAN, Arsalan M. (2007), “Military Commissions Act of 2006”, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 20, pp. 325-337, BELLINGER, John B. (2007), “Remarks on the Military Commissions Act ... op.cit., MARTINEZ, Jenny S. (2007), “The Military Commissions Act and “Torture Lite ... op.cit., 8. KNOWLES, Robert (2007), “Detainee Policy and the Rule of Law: ...op.cit., NEUMAN, Gerald L. (2007), “The Military Commissions Act and the Detainee Debacle: ... op.cit. COSTAS TRASCASAS, Milena (2007), “La nueva ley estadounidense de comisiones militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del derecho internacional”. *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 14.

¹³³⁶ 553 U. S. ___ (2008). Páginas 41 y 42: “It is true that before today the Court has never held that noncitizens detained by our Government in territory over which another country maintains de jure sovereignty have any rights under our Constitution. But the cases before us lack any precise historical parallel. They involve individuals detained by executive order for the duration of a conflict that, if measured from September 11, 2001, to the present, is already among the longest wars in American history. (...). The detainees, moreover, are held in a territory that, while technically not part of the United States, is under the complete and total control of our Government. Under these circumstances the lack of a precedent on point is no barrier to our holding. We hold that Art. I, §9, cl. 2, of the Constitution has full effect at Guantanamo Bay. If the privilege of habeas corpus is to be denied to the detainees now before us, Congress must act in accordance with the requirements of the Suspension Clause. (...) (“[I]ndefinite imprisonment on reasonable suspicion is not an available option of treatment for those accused of aiding the enemy, absent a suspension of the writ”). This Court may not impose a de facto suspension by abstaining from these controversies. (...). The MCA does not purport to be a formal suspension of the writ; and the Government, in its submissions to us, has not argued that it is. Petitioners, therefore, are entitled to the privilege of habeas corpus to challenge the legality of their detention.”

¹³³⁷ Sobre ésta sentencia, FARBER, Sonia R. (2010), “Forgotten at Guantánamo: The Boumediene Decision and Its Implications for Refugees at the Base Under the Obama Administration”. *California Law Review*, vol. 98, pp.989-1022. WAXMAN, Matthew C. (2009), “Guantánamo, Habeas Corpus, and Standards of Proof: Viewing the Law Through Multiple Lenses”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp. 245-266. OLSON, Laura M. (2009), “Guantánamo Habeas Review: Are the D.C. District Court’s Decisions Consistent with IHL Internment Standards?”, *CASE W. RES. J. INT’L L.*, Vol. 42:, pp. 197-243, GARCIA, Michael John (2008), “Boumediene v. Bush: Guantanamo Detainees’ Right to Habeas Corpus”. RL34536 CRS Report, VLADECK, Stephen I. (2008), “Military Jurisdiction, the Right Not to be Tried, and the Suspension Clause After Boumediene”, *HRB*, Vol. 16, Issue 1, p. 6 y ss.

La siguiente fase –la cuarta según nuestra cuenta- viene determinada no por un hecho estrictamente jurídico, sino político: la victoria de Barack Obama en las elecciones de 2008. Uno de sus compromisos era “cerrar Guantánamo”. En ésta cuestión parecía tener el apoyo de una amplia mayoría social de estadounidenses, y desde luego el de los gobiernos de los Estados occidentales –al menos de cara al público- y de hecho uno de sus primeros actos como Presidente fue dictar el 22 de enero de 2009 cuatro nuevas órdenes ejecutivas¹³³⁸ aceptando como estándares de actuación la Convención contra la Tortura y el artículo 3 común a los convenios de Ginebra¹³³⁹. Debe

¹³³⁸ Relativas al cierre del centro de detención de Guantánamo, revisión de la política de detenciones, técnicas de interrogatorio y combatientes enemigos.

¹³³⁹ La Orden Ejecutiva relativa a las técnicas de interrogatorio se puede consultar en http://www.usatoday.com/news/washington/2009-01-22-execorder-interrogation_N.htm . 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

destacarse, no obstante que los propósitos en cuanto al cierre de Guantánamo perdieron ímpetu muy pronto, al enfrentarse su implantación con dificultades prácticas. De todas formas lo del “cierre de Guantánamo” es una cuestión más mediática que sustantiva¹³⁴⁰, de poco serviría si no cambia el marco jurídico de trato a los detenidos y simplemente se los trasladase a otro sitio, acaso peor, como la base de Bagram en Afganistán, por poner un ejemplo¹³⁴¹.

Y así llegamos a la quinta y última fase, en la que nos encontramos actualmente, y que se puede describir como de frustración de expectativas a corto plazo. Hay una serie de procedimientos judiciales en curso ante el Tribunal Supremo de EEUU y otros tribunales, incluyendo algunos procedimientos criminales comunes¹³⁴². Es aparentemente notorio que casi

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.

¹³⁴⁰ Es famosa la fotografía del presidente Obama firmando, como una de sus primeros actos de gobierno, la “orden de cerrar Guantánamo”, cuyos efectos ya sabemos. No cabe dudar de las intenciones, aunque un presidente de EEUU posiblemente tenga más limitaciones de las que parece FORSYTHE, David (2011), “U.S. Foreign Policy and Human Rights: Situating Obama”. *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, Nº 3, pp. 767-789.

¹³⁴¹ TRACY, Jonathan (2009), “Detention and Prosecution of Alleged Terrorists and Combatants”, *HRB*, Vol. 16, Issue 3, pp.15 y ss.

¹³⁴² ELSEA, Jennifer K. & GARCIA, Michael John (2011), “Judicial Activity Concerning Enemy Combatant ... cit., recoge un resumen de los principales casos hasta marzo de 2011, en diversos tribunales : Decisiones del Tribunal Supremo: Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004), Rumsfeld v. Padilla, 542 U.S. 426 (2004), Rasul v. Bush, 542 U.S. 466 (2004), Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006), Boumediene v. Bush, 553 U.S. 723 (2008) , Gates v. Bismullah, 128 S.Ct. 2960 (2008) (Mem.) al-Marri v. Spagone, 129 S.Ct. 1545 (2009), y

todos quisieran acabar con el problema, pero lo cierto es que nadie parece saber cómo hacerlo.

d) Posibles defectos del enfoque de los EEUU ante la lucha contra el terrorismo y la detención de terroristas

Las consecuencias del inicial enfoque norteamericano –que no creemos improvisado en cuanto a sus líneas generales- conllevan una serie de efectos que conviene recordar. El primero fue el de dar al ejecutivo, el Presidente, carta blanca para hacer y deshacer en la materia, empezando por la atribución de competencia a la jurisdicción militar –que adoptaría la forma, de “comisiones militares”¹³⁴³- en vez de a la ordinaria –que incluía las *court martials*- para

Kiyemba v. Obama, 130 S.Ct. 1235 (2010). Decisiones del D.C. Circuit Court of Appeals: 1) en relación con la utoridad ejecutiva de detención y normas sobre prueba: Al-Bihani v. Obama, 590 F.3d 866, en banc rehearing denied, 619 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), Al-Adahi v. Obama, 613 F.3d 1102 (D.C. Cir. 2010), cert. denied, 131 S. Ct. 1001, (2011), Awad v. Obama, 608 F.3d 1 (D.C. Cir. 2010), Al Odah v. United States, 611 F.3d 8 (D.C. Cir. 2010), Bensayah v. Obama, 610 F.3d 718 (D.C. Cir. 2010), Salahi v. Obama, 625 F.3d 745 (D.C. Cir. 2010). 2) en relación con la transferencia y puesta en libertad de detenidos, Kiyemba v. Obama, 555 F.3d 1022 (D.C. Cir. 2009) (“Kiyemba I”), vacated, 130 S.Ct. 1235 (2010), reinstated as amended, 605 F.3d 1046 (D.C. Cir. 2010), (“Kiyemba III”), Kiyemba v. Obama, 561 F.3d 509 (D.C. Cir. 2009) (“Kiyemba II”), cert. denied, 130 S.Ct. 1880 (2010), 3) otras decisiones relevantes: Parhat v. Gates, 532 F.3d 834 (D.C. Cir. 2008), Bismullah v. Gates, 551 F.3d 1068 (D.C. Cir. 2009), Rasul v. Myers, 563 F.3d 527 (D.C. Cir. 2009) (per curiam), cert. denied, 130 S.Ct. 1013 (2009), Maqaleh v. Gates, 605 F.3d 84 (D.C. Cir. 2010), 4) Decisiones del Fourth Circuit Court of Appeals: Padilla v. Hanft, 423 F.3d 386 (4th Cir. 2005), al-Marri v. Pucciarelli, 534 F.3d 213 (4th Cir. 2008) (per curiam) 5) Casos criminales: United States v. Lindh, 227 F. Supp. 2d 565 (E.D. Va. 2004), United States v. Ghailani, No. S10 98 Crim. 1023 (S.D.N.Y.).

¹³⁴³ Sec. 4. Authority of the Secretary of Defense Regarding Trials of Individuals Subject to this Order. (a) Any individual subject to this order shall, when tried, be tried by military commission for any and all offenses triable by military commission that such individual is alleged to have committed, and may be punished in accordance with the penalties provided under applicable law, including life imprisonment or death. (b) As a military function and in light of the findings in section 1, including subsection (f) thereof, the Secretary of Defense shall issue such orders and regulations, including orders for the appointment of one or more military commissions, as may be necessary to carry out subsection (a) of this section. (c) Orders and regulations issued under subsection (b) of this section shall include, but not be limited to, rules for the conduct of the proceedings of military commissions, including pretrial, trial, and post-trial procedures, modes of proof, issuance of process, and qualifications of attorneys, which shall at a minimum provide for— (1) military commissions to sit at any time and any place, consistent with such guidance regarding time and place as the Secretary of Defense may provide; (2) a full and fair trial, with the military commission sitting as the triers of both fact and law; (3) admission of such evidence as would, in the opinion of the presiding officer of the military commission (or instead, if any other member of the commission so requests at the time the presiding officer renders that

conocer de los crímenes vinculados al “conflicto armado”¹³⁴⁴. Las órdenes presidenciales, atribuyendo el carácter de “*enemy combatants*” a los presuntos terroristas posibilitaban, y posibilitan, teóricamente, la detención de éstos sin cargos concretos hasta el fin de las hostilidades¹³⁴⁵. El problema es que en el concepto se ha incluido a personas que en absoluto eran combatientes –en el sentido de participación directa en las hostilidades, conforme al artículo 51.3 del Protocolo adicional I y el DIH consuetudinario- sino meros colaboradores no implicados en operaciones de combate, susceptibles de ser detenidos, sí, pero con cargos criminales, en su caso¹³⁴⁶.

El que la lucha contra el terrorismo sea una guerra es evidentemente discutible, ya lo hemos visto, pero de ser así implicaría la aplicación del DIH, pues no se trataría de una operación policial. Sin embargo, no hay que olvidar que no todos los detenidos en Guantánamo fueron capturados en Afganistán durante el periodo de conflicto internacional¹³⁴⁷. En consecuencia, no se puede hablar con carácter general de “*battlefield detainees*”, dejando aparte el hecho

opinion, the opinion of the commission rendered at that time by a majority of the commission), have probative value to a reasonable person; (4) in a manner consistent with the protection of information classified or classifiable under Executive Order 12958 of April 17, 1995, as amended, or any successor Executive Order, protected by statute or rule from unauthorized disclosure, or otherwise protected by law, (A) the handling of, admission into evidence of, and access to materials and information, and (B) the conduct, closure of, and access to proceedings; (5) conduct of the prosecution by one or more attorneys designated by the Secretary of Defense and conduct of the defense by attorneys for the individual subject to this order; (6) conviction only upon the concurrence of two-thirds of the members of the commission present at the time of the vote, a majority being present; (7) sentencing only upon the concurrence of two-thirds of the members of the commission present at the time of the vote, a majority being present; and (8) submission of the record of the trial, including any conviction or sentence, for review and final decision by me or by the Secretary of Defense if so designated by me for that purpose.”

¹³⁴⁴ Ya hemos hecho referencia a algunas opiniones en favor de las comisiones militares. De todas formas el debate ha sido intenso. Entre otros VAGTS, Detlev F. (2003), “Which Courts Should Try Persons Accused of Terrorism?”. *EJIL*, Vol 14, N° 2, pp. 313-326, MÉGRET, Frédéric (2003), “Justice in Times of Violence”... *op.cit.*

¹³⁴⁵ Pero no sólo esto. Sorprende ver la resolución con la que se llevó a cabo la política de interrogatorios rudos, a pesar de las evidencias de tortura y del clamor de la opinión pública dentro y fuera de los EEUU. ROSS, James (2007), “Black letter abuse: the US legal response to torture since 9/11 ...*op.cit.*

¹³⁴⁶ GOODMAN, Ryan (2009), “The Detention of Civilians in Armed Conflict, ... *op.cit.* p. 61-62.

¹³⁴⁷ NEUMAN, Gerald L., (2007), “The Military Commissions Act and the Detainee Debacle: A Response”. *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 48. BORELLI, Silvia (2005), “Casting Light on the Legal Black Hole: International Law and Detentions Abroad in the “War on Terror””. *IRRC*, Vol. 87 N° 857, pp. 39-68.

de que buena parte de las detenciones no se han realizado por fuerzas militares, sino en operaciones de claro corte policial.

La actitud norteamericana, en particular tras el cambio de gobierno en 2008, ya no es de absoluto secretismo¹³⁴⁸. Ahora se sabe cuantos detenidos hay en Guantánamo y quienes son¹³⁴⁹. Periódicamente son visitados por el CICR¹³⁵⁰, y probablemente, aparte de lo extraño de la medida, son, en general¹³⁵¹, bien tratados en lo que se refiere a alimentación, alojamiento, asistencia médica, etc. Hay, además, un ingrediente de antiamericanismo en la ocasional sobrerreacción de determinados medios de comunicación¹³⁵². En todo caso, el aspecto político y mediático de este asunto tiene un enorme peso.

Aún aceptando estas matizaciones, desde el punto de partida parece evidente que la “solución Guantánamo” 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 EEUU y el internacional, sino por el hecho de que el propio ejecutivo norteamericano lo admite actualmente así. El fallo

¹³⁴⁸ Evidentemente no ha sido así durante todo el proceso, de hecho todo, al principio, tenía un aspecto siniestro. GREENBERG, Karen and DRATEL, Joshua, (Eds.) (2005), *The torture papers: the road to Abu Ghraib* ...op.cit., PATEL, Priti (2005), “Ensuring Accountability: International Law and Post 9/11 U.S. Detention Policy”, *HRB*, vol.12, issue 2, pp. 5 y ss., WILSON, Richard J. (2003), “United States Detainees at Guantánamo Bay: The Inter-American Commission on Human Rights Responds to a “Legal Black Hole”, *HRB*, vol 10, issue 3, p. 2 y ss.

¹³⁴⁹ (2012) Persons detained by the US in relation to armed conflict and the fight against terrorism –the role of the ICRC (www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/united-states-detention.htm).

¹³⁵⁰ Ibid. Desde enero de 2002 hasta diciembre de 2011 El Comité Internacional de la Cruz roja ha realizado ochenta y tres visitas a las instalaciones de detención. En esta última fecha había 171 detenidos de 24 nacionalidades.

¹³⁵¹ Con la excepción, claro está de las acusaciones de tortura o “*enhanced interrogation techniques*”, a las que hemos hecho referencia y que parecen haber cesado.

¹³⁵² LEBOWITZ, Michael J. (2010), “The Value of Claiming Torture: An Analysis of Al-Qaeda’s Tactical Lawfare Strategy and Efforts to Fight Back”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 43, pp. 357-392, p. 361. Las fotografías filtradas a la prensa de detenidos en *Camp X-Ray* (una instalación creada para alojar a inmigrantes ilegales haitianos durante la oleada de los años 90 del siglo pasado), en la que aparecían prisioneros en mono de color naranja, y alojados en jaulas, son de los dos primeros meses de funcionamiento de la instalación para sus nuevos propósitos, pero siguen siendo la imagen pública de “Guantánamo”. También FRAKT, David J. R. (2010), “Lawfare and Counterlawfare: the Demonization of the Gitmo Bar and Other Legal Strategies in the War on Terror”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 43, pp. 335-356, SCHARF, Michael P. & VOHRA, Sonia (2009), “After Guantánamo”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp. 1-9, TIEFENBRUN, Susan W. (2010), Semiotic Definition of “Lawfare”, *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 43, pp. 29-60..

principal que buena parte de los tratadistas imputan a la administración del presidente Bush, residiría en la tentativa 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 Orden¹³⁵³ y comprometerse sólo a darles un “trato humano”.

El Tribunal Supremo de los EEUU, como hemos visto, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre aspectos parciales de tales prácticas, aunque hay quien sostiene que tales sentencias no son nada impresionantes¹³⁵⁴. La cuestión en el ámbito doméstico gira en torno a toda la serie de pronunciamientos de dicho Tribunal, el cual ha ido limitando poco a poco la libertad de acción al parecer pretendida por el ejecutivo, pero sin ningún pronunciamiento definitivo sobre el

¹³⁵³ Por ejemplo el Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President, and William J. Haynes II General Counsel of the Department of Defense, de 22 de enero de 2002. <http://www.justice.gov/olc/docs/memo-laws-taliban-detainees.pdf> “For the foregoing reasons, we conclude that neither the federal War Crimes Act nor the Geneva Conventions would apply to the detention conditions of al Qaeda prisoners. We also conclude that the President has the plenary constitutional power to suspend our treaty obligations toward Afghanistan during the period of the conflict. He may exercise that discretion on the basis that Afghanistan was a failed state. Even if he chose not to, he could interpret Geneva III to find that members of the Taliban militia failed to qualify as POWs under the terms of the treaty. We also conclude that customary international law has no binding legal effect on either the President or the military because it is not federal law, as recognized by the Constitution// We should make clear that in reaching a decision to suspend our treaty obligations or to construe Geneva III to conclude that members of the Taliban militia are not POWs, the President need not make any specific finding. Rather, he need only authorize or approve policies that would be consistent with the understanding that al Qaeda and Taliban prisoners are not POWs under Geneva III.”. No obstante hay quien opina que lo único que ha habido ha sido un déficit en la capacidad de comunicar a la sociedad la necesidad y la legalidad de tales medidas, cómo por ejemplo ALTENBURG, John D. (2009), “Just Three Mistakes! ... op.cit.. El autor, general de división del Cuerpo Jurídico Militar de EEUU, estima que quizá el peor error es no haber constituido los tribunales previstos en el artículo 5 de la III Convención de Ginebra en el territorio de Afganistán. Una visión totalmente crítica hacia la política de EEUU en PAUST, Jordan J. (2007), *Beyond the Law: The Bush Administration’s Unlawful Responses in the ‘War’ on Terror*. New York: Cambridge University Press. También CHLOPAK, Erin, (2002), “Dealing with the Detainees at Guantánamo Bay: Humanitarian and Human Rights Obligations under the Geneva Conventions”. *HRB* Vol. 9, Issue 3, pp. 6 y ss.

¹³⁵⁴ En perspectiva, que después de diez años se haya admitido que el artículo 3 común a los convenios de Ginebra es aplicable a los capturados en la guerra contra Al-Qaeda, o que los detenidos pueden acudir al *habeas corpus* no es, en efecto, muy impresionante. BLUM, Stephanie Cooper (2008), “Preventive Detention in the War on Terror: ...op.cit. p. 5. Por otro lado, parece evidente que la actuación de los jueces no puede ser ajena al ambiente político en el que se ha desarrollado el debate. BENSON, Josh (2009), “The Guantánamo Game: A Public Choice Perspective on Judicial Review in Wartime”. *California Law Review*, vol. 97, pp. 1219-1277. También SODER, Kirsten (2009), “The Supreme Court, the Bush Administration and Guantánamo Bay”. *SIPRI Background Paper* January 2009.

conjunto. Lo cierto es que algunos aspectos de la política norteamericana no han sido cuestionados en absoluto por el Tribunal Supremo, al ser cuestiones propias de la competencia del legislativo y el ejecutivo, con el límite de su constitucionalidad. El fundamental de estos aspectos es el estado de guerra en el que EEUU dice encontrarse, y que en definitiva es el que legitima el mantenimiento del centro de detención de Guantánamo. Tampoco ha sido cuestionado el poder del presidente de determinar quienes son *enemy unlawful combatants*. La sentencia del caso *Hamdam v. Rumsfeld*, determinó la promulgación de la MCA de 2006. Durante la administración Obama, fue promulgada una nueva MCA en 2009, luego modificada más veces, aproximando poco a poco el procedimiento ante tales comisiones al de los tribunales civiles¹³⁵⁵. El hecho es, sin embargo, que Guantánamo sigue funcionando en el momento de escribir éste trabajo. Otra cuestión que llama la atención es la casi absoluta ausencia del DIDH en las batallas judiciales¹³⁵⁶.

Entender los razonamientos en torno a los derechos que asisten tales detenidos es una auténtica pesadilla; en ella se mezclan sutilezas jurídicas norteamericanas, en cuanto a la aplicación extraterritorial de determinadas leyes y de otras no. A esto se añade el aparente truco de usar un territorio bajo nominal soberanía cubana¹³⁵⁷, con el fin de eludir la aplicación del derecho común¹³⁵⁸. Desde otro punto de vista, no cabe dudar de la profesionalidad y la

¹³⁵⁵ ELSEA, Jennifer K. & GARCIA, Michael John (2011), "Detainee Provisions in the National Defense Authorization Bills". CRS Report R41920, p. 12.

¹³⁵⁶ HOY, Katherine (2009), "The Extraterritorial Application of Human Rights Norms". *Bulletin, CBA National Section on International Law* p.7.

www.cba.org/cba/newsletters-sections/pdf/11_09_intl-hoy2.pdf

¹³⁵⁷ Pero sobre el que los EEUU ejercen absoluto control y jurisdicción. De hecho, la base de Guantánamo es una pequeña ciudad norteamericana, con sus restaurantes de comida rápida, sus colegios, etc. El uso de la base como centro de internamiento para inmigrantes ilegales – haitianos y cubanos- data de los años 90 del siglo XX y las infraestructuras han servido para otros usos. JOHNS, Fleur (2005), "Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception". *EJIL*, Vol. 16, Nº 4, pp. 613–635.

¹³⁵⁸ BELLINGER, John B. (2007), "Remarks on the Military Commissions Act ... op.cit., NEUMAN, Gerald L., (2007), "The Military Commissions Act and the Detainee Debacle ... op.cit., MARTINEZ, Jenny S. (2007), "The Military Commissions Act and "Torture Lite ... op.cit. En este cruce de artículos contrasta la explicación de Bellinger, entonces Asesor Jurídico del Departamento de Estado, con los argumentos de profesores universitarios. La argumentación de Bellinger es práctica; se obró así porque no había otra alternativa, y mezcla de forma muy hábil el DIH con cuestiones procesales-penales internas, aseverando que las comisiones militares, órganos *ad hoc* son la solución a un problema muy complejo al que no pueden hacer

preparación de los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar norteamericano¹³⁵⁹, pero la argumentación de algún miembro del ejecutivo de EEUU en 2007 suena a hueco; en definitiva -sostenía dicho ejecutivo oficiosamente- los jueces militares son incluso más independientes que los civiles, al no estar sometidos a presiones de tipo político¹³⁶⁰. Conforme a esta interpretación, habríamos de llegar a la conclusión de que el sistema de la *military commissions* es más garantista que el de las *court martials*, o incluso que el de los tribunales ordinarios¹³⁶¹. Pero, al tiempo, la misma fuente reconoce implícitamente que si no se acude a los tribunales ordinarios es, entre otras razones, porque el régimen en materia de prueba aplicable a situaciones de paz no funcionaría en un contexto bélico, en el que no se puede andar con sutilezas¹³⁶².

Por otro lado está la cuestión de las detenciones llevadas a cabo en centros secretos o en terceros Estados más permisivos en cuanto a condiciones de detención e interrogatorio, así como las entregas irregulares o “*extraordinary renditions*”, vulgarmente conocidos como los “vuelos de la CIA”¹³⁶³. Al tratarse de una operación encubierta, sólo conocida de forma parcial, y evidentemente situada fuera de los cauces legales ordinarios de la extradición, o formas alternativas de entrega de detenidos comúnmente

frente ni los tribunales ordinarios ni su rama paralela militar, las *court martial*. La contestación no es, por breve, menos incisiva. Al fin y al cabo, ¿qué hay de nuevo en la situación? Otros Estados han enfrentado ésta reforzando el aspecto policial-judicial.

¹³⁵⁹ Es particularmente estremecedor el artículo del comandante Frakt, que actuó como defensor en algunos de los procedimientos en Guantánamo. FRAKT, David J. R. (2009), “Closing Argument at Guantanamo: The Torture of Mohammed Jawad”. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 22, pp. 1-23. De hecho, buena parte de la resistencia a las medidas adoptadas por la administración Bush (entendiendo por tal el tandem Bush-Cheney- Rumsfeld) ha provenido de los ámbitos militares y jurídico-militares, como hemos visto. Han sido los juristas civiles de las “altas esferas” como Jay Bybee o Alberto Gonzales los que han llevado los límites más allá de lo comprensible para la mayoría, a pesar de la brillantez de sus argumentaciones. BASSIOUNI, Cherif (2005), “The Institutionalization of Torture Under the Bush Administration”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 389-425.

¹³⁶⁰ BELLINGER, John B. (2007), “Remarks on the Military Commissions, ... op. cit.

¹³⁶¹ Cosa difícil de aceptar. Las originales comisiones militares se componían de varios miembros (de tres a siete), de los cuales sólo dos requerían ser miembros del JAG, el fiscal y el defensor WILSON, Richard J. (2005), *Defending the Detainees at Guantanamo Bay*. HRB, Vol 12 Issue 3, pp. 1-4. También MCNEAL, Gregory S. (2009), “Organizational Culture, Professional Ethics and Guantánamo”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp. 125-149.

¹³⁶² BELLINGER, John B. (2007), “Remarks on the Military Commissions, ... op. cit.

¹³⁶³ SADAT, Leila Nadya (2005), “Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition Under International Law”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 309-342.

aceptadas¹³⁶⁴, el análisis jurídico de las mismas es difícil, al realizarse sobre un supuesto fáctico de perfiles inconcretos¹³⁶⁵. Además, el aspecto político de la cuestión se apodera del debate. Algunos Estados occidentales que públicamente critican tales prácticas, de hecho han contribuido a llevarlas a cabo, según todos los indicios.¹³⁶⁶ Debemos remitirnos, por tanto, a partes más generales del trabajo –tortura, *non-refoulement*, respeto de la soberanía de los Estados, prohibición de las desapariciones forzadas, etc.- para concluir que, de ser ciertas las acusaciones de entregas con objeto de hacer desaparecer detenidos o torturarlos, o su simple ocultación al CICR u otros mecanismos de control¹³⁶⁷, tales prácticas son absolutamente ilegales desde la perspectiva del DIH y del DIDH, y que su prohibición tiene su reflejo tanto en el derecho interno de los Estados como en el Estatuto del TPI, como hemos visto.

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”¹³⁶⁸, en el sentido de que las trabas, obstáculos y opacidad que el ejecutivo de un Estado democrático y de derecho,

¹³⁶⁴ PARRY, John T. (2005), “The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees. ... op.cit.

¹³⁶⁵ En septiembre de 2006, el Presidente de los EEUU George Bush declaró que detenidos en relación con actividades terroristas habían sido trasladados desde centros de detención en el extranjero a la Base de Guantánamo. Añadió que con este acto ya no quedaban más detenidos de tal naturaleza, aunque no se excluía recuperar el programa de la CIA si fuera necesario. Era el reconocimiento oficial de una práctica denunciada por el Washington Post en 2005. ELSEA Jennifer K. and KIM Julie (2007), “Undisclosed U.S. Detention Sites Overseas: Background and Legal Issues”. CRS report RL33643, p. 1-2.

¹³⁶⁶ Las fuentes más serias sobre el particular son las investigaciones llevadas a cabo bajo los auspicios del Consejo de Europa (“Parliamentary Assembly. Doc. 10957 12 June 2006. Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states. Report. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Dick Marty, Switzerland, Alliance of Liberals and Democrats for Europe. http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/committeedocs/2006/20060606_ejdoc162006partii-final.htm) y el Parlamento Europeo, referida en su resolución de 2006 (P6_TA(2006)0316 Extraordinary rendition. European Parliament resolution on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners, adopted midway through the work of the Temporary Committee (2006/2027(INI). www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0316+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN).

¹³⁶⁷ PATEL, Priti (2005), “Ensuring Accountability: International Law and Post 9/11 U.S. Detention ... op.cit. p. 5.

¹³⁶⁸ Citado por GLAZIER, D. (2006), “Full and Fair by What Measure?...op.cit, p. 119

como son los EEUU, 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 particular¹³⁶⁹.

¹³⁶⁹ Entre los consultados para éste trabajo están, aparte de GLAZIER, repetidamente citado, 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>, SILLIMAN, Scott L. (2009), "Prosecuting Alleged Terrorists by Military Commission op.cit. (favorable a utilizar las comisiones militares por aspectos prácticos, tales como las reglas sobre prueba, celeridad, seguridad, ya que las comisiones se pueden constituir en cualquier sitio, preferentemente una base militar), MAY, Larry (2009), "Aggression, Humanitarian Intervention, and Terrorism", *CASE W. RES. J. INT'L L.* vol. 41, pp. 321-340 y (2009), "Magna Carta, the Interstices of Procedure, and Guantánamo", *CASE W. RES. J. INT'L L.* vol. 42, pp. 91-113, (contrario al procedimiento seguido, como una inversión de principios expresados desde la promulgación de la Carta Magna en Inglaterra en 1215) PETTY, Keith A. (2009), "Are you There, Geneva? ...op.cit. (favorable a las comisiones militares como perfectamente cumplidoras del III Convenio, así como de que los combatientes ilegítimos no están protegidos por los Convenios, Hamdan por ejemplo, según el artículo 4 de la GIV. Vemos algunas contradicciones salvo que se refiera a la guerra en Afganistán, ya que si la guerra es la GWOT, y dado que el terrorismo no es una parte en los convenios ¿cómo aplicar el concepto de neutral o cobeligerante en algunos casos?), DAVIS, Morris D. (2009), "Historical Perspective on Guantánamo Bay: The Arrival of the High Value Detainees", *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 115-124 (el autor, jefe del equipo acusador contra los detenidos de Guantánamo da una visión negativa del enfoque de la administración Bush en relación con los interrogatorios de la CIA, mientras da una visión positiva de los "clean teams" compuestos por interrogadores del FBI y de agencias policiales del ministerio de defensa a la hora de obtener pruebas válidas ante un tribunal, aunque fuera una comisión militar), MCNEAL, Gregory S. (2009), "Organizational Culture, Professional Ethics and Guantánamo", *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 125-149 (enfoque negativo acerca de los intentos del ejecutivo por influir en las comisiones militares), WAXMAN, Matthew C. (2009), "Guantánamo, Habeas Corpus, and Standards of Proof: Viewing the Law Through Multiple Lenses", *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 245-266 (reflexiona el autor acerca de los distintos estándares de prueba según nos encontremos ante un punto de partida propio del conflicto bélico o del modelo policial-judicial. Inteligencia frente a prueba), FINNIN, Sarah (2006), "Case note: Salim Ahmed Hamdan, petitioner v Donald H. Rumsfeld, ... op.cit. (enfoque negativo de la política de las comisiones militares). Desde otra perspectiva GRASSO, Giovanni (2009), « Expulsions irregulieres et droit de l'homme », pp. 329-334, *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha (Hace referencia al caso de los seis argelinos puestos en libertad por Bosnia y trasladados a Guantánamo), PEREZ GONZALEZ, Manuel y RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Jose Luis (2002), "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario", *REDI*, Vol. 54, Nº 1, pp. 11-40, PIERNAS LOPEZ, Juan Jorge (2009), "La respuesta de la Unión Europea al cierre de

Una de las cuestiones más polémicas es quizá la del propio traslado de los detenidos, si nos circunscribimos a los capturados en Irak y Afganistán. En los casos dudosos, y conforme al artículo 5 del III Convenio de Ginebra y el 45.1 del Protocolo I¹³⁷⁰, hay que atribuir provisionalmente el estatuto de prisionero de guerra a los capturados durante un conflicto armado internacional, cómo el que hubo en Afganistán al principio, hasta que tal estatuto sea definitivamente determinado por un tribunal competente. Según algunos autores, esto excluiría la posibilidad de traslado hasta que dicho estatuto quedara fijado conforme al DIH¹³⁷¹.

En todo caso, 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 las personas protegidas por la Convención fuera de las fronteras del Estado

Guantánamo”, *REDI*, Vol. 60, Nº 1, pp. 300-305. Por otro lado, hay que hacer referencia a la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha permanecido siempre observadora, como demuestra, por ejemplo la Resolución Nº 2/11 Sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo, Estados Unidos, medidas Cautelares 259-02 de la Comisión Interamericana de DH, con datos estadísticos. Análisis en POZO SERRANO, M^a Pilar (2002), “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a Estados Unidos que adopte medidas cautelares en relación con los detenidos de Guantánamo”. *REDI*, vol. 54, Nº1, pp. 1018-1023.

¹³⁷⁰ Aunque este artículo no es aceptado cómo derecho consuetudinario por los EEUU. Consta que durante la administración Reagan alguien calificó este artículo cómo “ley al servicio del terrorismo” ALDRICH, George H. (2002), “The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants ... op.cit. p. 205 n.

¹³⁷¹ ALDRICH, George H. (2002), “The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants ... op.cit. p. 205-206. De hecho el general Altemburg estima que este es uno de los tres únicos errores de la política de detenciones en Afganistán, ALTENBURG, John D. (2009), “Just Three Mistakes!”. ... op.cit. p. 16-17: “The most troubling and obvious error was the decision not to conduct Third Geneva Convention Article 5 tribunals in Afghanistan. It was not necessary to conduct such tribunals for all detainees, but for the administration to conclude that there was “no doubt” as to the status of not only al-Qaeda operatives, but also all Taliban members and others captured was to ignore the purpose and importance of Article 5 tribunals while also failing to appreciate the advantage of conducting such tribunals. The decision not to conduct Article 5 tribunals was made in the face of unanimous opposition from all uniformed attorneys (judge advocates) at every level of command. Judge advocates are inclined to conduct Article 5 tribunals even when not strictly required because they serve as an institutional safeguard for detention operations.”

ocupado¹³⁷². 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, al menos a algunos de ellos se les deba considerar como civiles, en cuyo caso parece que no cabría la posibilidad de trasladar a los detenidos fuera de las fronteras de Afganistán. No obstante, la postura del ejecutivo de EEUU es que aunque se trate de civiles, no están protegidos por la IV Convención al darse las circunstancias de sus artículos 4 ó 5¹³⁷³. Además, los EEUU han eludido –a diferencia de su postura en la segunda guerra de Irak que ya hemos visto- 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 gobierno soberano¹³⁷⁴. Podría argumentarse que queda así abierta la vía del traslado, si no existe oposición de las autoridades locales¹³⁷⁵.

Pero esto se referiría exclusivamente a Afganistán, y tal vez a Irak tras el final de la ocupación¹³⁷⁶. El problema es que, entre las “detenciones” de la GWOT, que se han producido por todo el mundo, figuran algunas francamente detonantes, siendo quizá la más grotesca la de Khaled El-Masri, alemán detenido por las autoridades de Macedonia en 2003, y entregado a agentes de la CIA. Trasladado a Bagdad, y de ahí a un centro de detención secreto en Afganistán, fue sometido a malos tratos y retenido durante 14 meses, todo ello

¹³⁷² LI, Darryl (2010), “A Universal Enemy?: “Foreign Fighters” and Legal Regimes ... op.cit. p. 402-412.

¹³⁷³ En particular, recordemoslo, está la cuestión de los nacionales de Estados neutrales con los que se tengan relaciones diplomáticas.

¹³⁷⁴ GLAZIER, D. (2006), *Full and Fair by What Measure?* ... op.cit. p. 88.

¹³⁷⁵ Como se deduce de la práctica –caso Eichmann- y jurisprudencia del TEDH –caso Öcalam- que examinaremos.

¹³⁷⁶ No es que lo creamos así, ya que la situación es mucho más compleja si tenemos en cuenta que según algunas opiniones la situación de ocupación continúa sobre la base de la resolución 1546 y posteriores del Consejo de Seguridad. De todas formas, aci todos los argumentos esgrimidos parecen haber sido improvisados ad hoc para justificar una práctica decidida a priori circunvalando la ley internacional, aunque sin ignorarla, de ahí lo clandestino de la mayor parte de éstas operaciones. LI, Darryl (2010), “A Universal Enemy?: “Foreign Fighters” and Legal Regimes ... op.cit. p. 401.

sobre la base de un error¹³⁷⁷. Otras detenciones se han llevado a cabo, aparentemente, sin el consentimiento del Estado en el que se llevaban a cabo¹³⁷⁸. Desgraciadamente, no cabe decir que en este asunto, los EEUU hayan sido más opacos que otros Estados en situación real, o percibida sinceramente como tal, de extremo peligro¹³⁷⁹. Más preocupante parece la connivencia o colaboración de algunos Estados en tales actividades. Por otro lado, la legalidad interna de los EEUU 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 EEUU. Tampoco es, ni mucho menos, una práctica exclusivamente estadounidense, como veremos.

e) Situación actual del problema de Guantánamo y perspectivas de futuro

No es objeto de éste trabajo hacer un obsesivo seguimiento de los detenidos en Guantánamo, bastándonos con una referencia general al tema. Por ello, al hablar de “situación actual” nos referimos a los datos recogidos en informes generales y publicados más recientemente por organismos dignos de crédito, que necesariamente habrán cambiado. Con estas prevenciones, la situación actual es que de las aproximadamente 800 personas conducidas a Guantánamo entre 2002 y 2008, la gran mayoría han sido transferidas a terceros Estados para continuación de la medida o puesta en libertad¹³⁸⁰. Los

¹³⁷⁷ Su nombre coincidía con el de un presunto miembro de Al-Qaeda. Lejos de presentar disculpas, los responsables de su detención lo pusieron en libertad en una zona despoblada de Albania. DUFFY, Helen (2008), “Human Rights Litigation and the ‘War on Terror’ ... op.cit. p. 588.

¹³⁷⁸ Se pueden citar más casos cómo el de Hassan Mustafa Osama Nasr (Abu Omar), también secuestrado en Milán y trasladado a Egipto. En ésta ocasión un juez italiano libró varias órdenes de detención (por el procedimiento de la Euroorden) contra varios funcionarios civiles y militares de EEUU, aunque la actitud del gobierno de Silvio Berlusconi resultó ambigua. También Majad Mahmud Abdu Ahmad, Muhammad Bashmila, Maher Arar, etc.etc.

¹³⁷⁹ En España, con menos medios logísticos y sin la colaboración francesa, tenemos un precedente muy parecido, el del secuestro de Segundo Marey.

¹³⁸⁰ Por ejemplo el documento A/HRC/20/22/Add.3 (Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns. Addendum. Follow-up to country recommendations – United States of America) de 30 de marzo de 2012, habla de 172

restantes entran en tres categorías.¹³⁸¹ La primera es la de aquellos para los que la medida trata de evitar que vuelvan a la lucha, y que deberían ser puestos en libertad al fin de las hostilidades. Se trata, por tanto, y aunque no se les denomine así, ni se les atribuya explícitamente tal estatuto, de prisioneros de guerra¹³⁸². A continuación están las personas en espera de ser enjuiciadas, bien ante comisiones militares, bien ante tribunales civiles, por cargos criminales, incluyendo crímenes de guerra¹³⁸³. Por último está la categoría residual de personas que o no han estado involucradas directamente en las hostilidades, o, habiéndolo estado ya no son consideradas una amenaza para la seguridad de EEUU. En este caso la medida se mantiene a la espera de transferirlos a terceros Estados¹³⁸⁴.

Esta última categoría resulta la más difícil de comprender. Al fin y al cabo, podrá haber una guerra o no, pero la aplicación del estatuto de prisionero de guerra –o equivalente- a la primera categoría es congruente con el enfoque norteamericano de que se encuentran en situación de conflicto armado. La segunda categoría también tiene alguna apoyatura en el DIH. Por lo tanto es la tercera la que resulta más chocante. Se trata de una detención administrativa por motivos abstractos de seguridad que no parece encajar, según el marco

detenidos, de los cuales, y conforme a la comisión establecida por la administración Obama, 36 podrían ser sujetos a procedimiento penal ante tribunales militares o civiles. Otros 48 son considerados demasiado peligrosos para ser puestos en libertad, pero no aptos para ser procesados.

¹³⁸¹ GARCIA, Michael John, ELSEA, Jennifer K., MASON, R. Chuck y LIU, Edward C., (2011), "Closing the Guantanamo Detention Center: Legal Issues", *CRS Report, R40139*, p. 1-2.

¹³⁸² Encaja además con la visión del conflicto por parte de la administración Obama; es decir que se trata de un conflicto no-internacional, regido por el artículo 3 común a los convenios de Ginebra: "As a nation at war, we must comply with the laws of war, but detention of enemy belligerents to prevent them from returning to hostilities is a well-recognized feature of the conduct of armed conflict, as the drafters of Common Article 3 and Additional Protocol II recognized and as our own Supreme Court recognized in *Hamdi v. Rumsfeld*." Harold Koh, "*The Obama administration and International Law*", citado. La referencia al Protocolo II hace la cuestión inequívoca.

¹³⁸³ Cfr. A/HRC/20/22/Add.3, punto 41, el departamento de defensa anunció el 31 de mayo de 2011, que la oficina del fiscal de la comisión militar había presentado cargos contra cinco detenidos, presuntamente autores intelectuales de los atentados del 11-S (Khalid Sheikh Mohammed, Walid Muhammad Bin Attash, Ramzi Bin al-Shibh, Ali Abdul-Aziz Ali y Mustafa Ahmed al-Hawsawi). Además (punto 42) en abril del mismo año se presentaron cargos contra el Saudí Abd al Rahim Hussein al-Nashiri, entre otras razones por su implicación en el ataque contra el buque USS Cole en el Yemen en 2000.

¹³⁸⁴ GARCIA, Michael John, ELSEA, Jennifer K., MASON, R. Chuck y LIU, Edward C., (2011), "Closing the Guantanamo Detention Center ... op.cit., p. 1-2.

jurídico de EEUU, o cualquier otro, en ningún sitio más que en la bahía de Guantánamo, Cuba.

Entre otras medidas adoptadas desde enero de 2009, en marzo de 2011, mediante la Orden Ejecutiva del Presidente N° 13567, se estableció un proceso de revisión periódica de las detenciones mediante un *Periodic Review Board* (PRB), compuesto por representantes de varios ministerios¹³⁸⁵. Sin embargo, los aparentemente evidentes deseos de cerrar Guantánamo por parte de la administración Obama¹³⁸⁶, vienen tropezando con una resistencia del legislativo, aparato que ha salido casi indemne de la refriega, seguramente por desconocimiento de su papel en el drama¹³⁸⁷. Lo cierto es que a través de leyes de contenido presupuestario, como la *National Defense Authorization Act* para el año fiscal de 2011, o la *Continuing Appropriations Act* de 2011, el congreso de EEUU ha ido prohibiendo el uso de fondos para el traslado de detenidos al territorio metropolitano¹³⁸⁸. Hay presiones para actualizar y revisar la AUMF con redefinición de los combatientes en la Guerra contra el Terror, lo que se ha hecho parcialmente con la *National Defense Authorization Bill* de 2012¹³⁸⁹.

En cualquier caso, el enfoque norteamericano, que desde el principio - desde el 11 de septiembre de 2001- y, en nuestra opinión desde antes, fue el residenciar la persecución internacional de terroristas básicamente en el ámbito

¹³⁸⁵ GARCIA, Michael John, ELSEA, Jennifer K., MASON, R. Chuck y LIU, Edward C., (2011), "Closing the Guantanamo Detention Center ... op.cit., p. 9 en concreto los departamentos representados son el Secretatio de Estado, el de Defensa, el fiscal General, el Secretario de seguridad interior el Director de Inteligencia y el presidente del Estado Mayor Conjunto. De todas formas, previamente ya existía un Administrative Review Borrada (ARB), constituido en 2006, con la misma finalidad. DEEKS, Ashley S. (2009), "Administrative Detention in Armed Conflict" ... op.cit, p. 430-431.

¹³⁸⁶ BENJAMIN, James J. (2009), "In Pursuit of Justice: Prosecuting Terrorism Cases in the Federal Courts 2009 Update and Recent Developments". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 267-272, hace un repaso de las dificultades técnicas de implantar el modelo de los tribunales ordinarios.

¹³⁸⁷ Siempre ha acudido en auxilio del presidente, mediante la DTA de 2005, la MCA de 2006, etc., como ya hemos ido viendo.

¹³⁸⁸ GARCIA, Michael John (2011), "Guantanamo Detention Center: Legislative Activity in the 111th Congress", CRS Report R40754, GARCIA, Michael John, ELSEA, Jennifer K., MASON, R. Chuck y LIU, Edward C., (2011), "Closing the Guantanamo Detention Center ... op.cit., Summary.

¹³⁸⁹ CRONOGUE Graham (2012), "A New AUMF: Defining Combatants in the War on Terror". *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22, pp. 377-406.

del conflicto armado inconcreto, y no en el policial-judicial -naturalmente con importantes matices¹³⁹⁰- ha ido madurando en el sentido de dar cada vez mayor protagonismo al enfoque policial-judicial, aunque las bases estaban puestas desde la PATRIOT Act¹³⁹¹. La elección inicial¹³⁹² es la que dio, y da, sentido a la postura norteamericana en relación con Guantánamo y la GWOT. Si los EEUU no estuvieran en guerra –entiendase la ironía- es evidente que no habría cabido otra posibilidad que la de acudir a la vía policial-judicial.

¹³⁹⁰ BELLINGER, John B. (2007), “Remarks on the Military Commissions ... op. cit.

¹³⁹¹ MURPHY, Sean D., (2003), “International Law, the United States, and the Non-Military ‘War’ against Terrorism”. *EJIL*, Vol, 14, Nº 2, pp. 347-364. También BJELOPERA, Jerome P. (2011), “The Federal Bureau of Investigation and Terrorism Investigations”. *CRS Report R41780*. Como señala este informe, “The September 11, 2001 (9/11) terrorist attacks have been called a major security, law enforcement, and intelligence failure. Prior to 9/11, the FBI was largely a reactive law enforcement agency—pursuing suspects after they had allegedly committed crimes. Since 9/11, the Bureau has arguably taken a much more proactive posture, particularly regarding counterterrorism. It now views its role as both “predicting and preventing” the threats facing the nation, drawing upon enhanced resources.”

¹³⁹² El término “elección” no es casual. Se eligió el modelo bélico en lugar de confiar en el policial-judicial. Como señala Ryan Goodman “Accepting the existence of an armed conflict for the purpose of this analysis is not meant to express any view on the merits of the war model versus the criminal law model. The existence of an armed conflict would not preclude the Obama administration from confronting the Qaeda threat through the criminal justice system and ordinary administrative measures rather than instruments of war. The administration might also take steps to alter the situation so that it is no longer classifiable as an armed conflict. Indeed, many of the indicia of an armed conflict in the present situation are the result of military and diplomatic actions adopted by the U.S. government after September 11”. GOODMAN, Ryan (2009) “The Detention of Civilians in Armed Conflict ... op.cit. p. 48 n.1.

CAPITULO IV

LA DETENCION OPERATIVA COMO POSIBLE FIGURA AUTONOMA EN OPERACIONES DE PAZ RELACIONADAS CON CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES Y OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA

1. EL CONTEXTO: CONFLICTOS NO INTERNACIONALES Y OTRAS SITUACIONES DE VIOLENCIA

Una de las premisas de este trabajo ha sido, en todo momento, que el marco jurídico del conflicto armado internacional no es en exceso polémico. Se aplicará bien o mal, pero existe un cuerpo legal, constituido en el caso de la detención por los Convenios de Ginebra, y nadie lo discute seriamente. Cuestión distinta es cuando dicho cuerpo legal entra en juego, el umbral al que tan a menudo hacemos referencia. Todo esto ya ha sido objeto de estudio. Nadie discute tampoco que la primera y segunda guerras del Golfo se rigieron por el DIH aplicable a los conflictos internacionales, incluido el régimen de ocupación. Tampoco que el citado marco legal es aplicable, si se alcanza el mencionado umbral, a operaciones de paz, incluso llevadas a cabo por cascos azules¹³⁹³.

Sin embargo, desde una perspectiva práctica, conviene volver parcialmente sobre nuestros pasos y analizar el supuesto de hecho últimamente más frecuente en las intervenciones militares internacionales, es decir aquellas en las que no nos encontramos con un conflicto armado internacional, sino ante uno de carácter interno, o al menos no internacional, e incluso ante situaciones de violencia que, o no alcanzan el umbral del conflicto armado de naturaleza no internacional, o simplemente nada tiene que ver con el marco bélico, como es el caso de las recientes operaciones contra la piratería llevadas a cabo por fuerzas militares.

¹³⁹³ Cómo veremos con más detalle, en 1999 las Naciones Unidas publicaron el Boletín del Secretario General titulado "Respeto del Derecho Internacional Humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas".

Es en este contexto en el que se desenvuelve básicamente la acción exterior de las fuerzas armadas españolas en tiempos recientes¹³⁹⁴. Está claro que los avatares de la política interna de los Estados se rigen por sus propias reglas, no jurídicas en su mayoría, que explican algunas aproximaciones a los conflictos modernos. En España, por parte de los responsables políticos, se ha evitado cuidadosamente referirse a la situación en Afganistán como “conflicto armado”, utilizándose expresiones como “escenario bélico”¹³⁹⁵ para explicar qué es lo que acontece allí, y en que marco se desenvuelven las tropas desplegadas. A cualquiera que conozca el tema no le extrañará saber que en Afganistán las tropas españolas entran en combate con mucha frecuencia, sufriendo a veces bajas y, presumiblemente, causándolas a los oponentes¹³⁹⁶.

Es claro que, al menos *de facto*, en Afganistán se está aplicando el Derecho de los Conflictos Armados en cuestiones como el uso de la fuerza, la inmunidad del combatiente, etc. Obviamente, la falta de contestación a este tipo de operaciones sobre el terreno –al menos en forma de actividad judicial– está relacionada con la existencia de unas reglas de enfrentamiento permisivas que permiten el ataque, entendido en el sentido más convencionalmente bélico, aunque, hay que suponerlo, no en toda ocasión o circunstancia. Además, a todo esto se superpone el marco jurídico *sui generis* derivado del SOFA –ya

¹³⁹⁴ Antes de que a finales del siglo XIX las fuerzas armadas españolas se encerraran en los confines de nuestras fronteras (con las únicas excepciones del envío de una unidad de voluntarios a la Unión Soviética –aunque encuadrada en el ejército alemán y con uniformes y armas alemanes- y una pequeña unidad de sanidad militar a Vietnam en los años 60), España había participado en varias expediciones militares multinacionales a México o Cochinchina. Pero se trataba de operaciones de “prestigio”, en defensa de intereses nacionales, que nada tenían que ver con el sistema de seguridad colectiva hoy en vigor.

¹³⁹⁵ Por ejemplo, en *La Gaceta* de 26 de enero de 2012 se recoge: “El ministro de Defensa, Pedro Morenés, ha zanjado este jueves en el Congreso de los Diputados la polémica por la definición de la operación internacional que se desarrolla en Afganistán asegurando que los militares españoles están “en una misión de paz, pero en un escenario bélico, de guerra” en el que “se combate”. “Morenés ha insistido en que la misión que desarrollan las tropas españolas en el país asiático es “una misión de paz en un escenario en el que se producen combates”. Las declaraciones de la ex-ministra Chacón no eran muy diferentes.

¹³⁹⁶ Sin embargo, la práctica en caso de muertos o heridos propios, es la instrucción de atestados sobre la base de los artículos 115 y 116 de la Ley Orgánica 4/87 de 15 julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en el marco de diligencias iniciadas por un juzgado togado militar de los de Madrid. Normalmente, tras los primeros compases, la jurisdicción militar se inhibe ante la ordinaria, por lo que tales casos acaban siendo instruidos por un Juez de la Audiencia Nacional, al tratarse presuntamente de delitos de terrorismo que, siendo competencia de la jurisdicción española, se cometen en el extranjero.

mencionado, y últimamente cuestionado¹³⁹⁷- que consagra el principio de bandera.

El problema en Afganistán desde un punto de vista jurídico es complejo. Primero: ¿Existe un conflicto armado? Segundo: Si existe ¿es de naturaleza internacional o no internacional? Tercero: En cualquier caso, ¿qué papel juegan las fuerzas internacionales? Es difícil contestar a cualquiera de las tres preguntas¹³⁹⁸. El umbral del conflicto armado de naturaleza no internacional, no lo olvidemos, no por difuso es inexistente, aunque requiere un nivel de violencia generalizada, lo que en el conflicto internacional a veces es irrelevante. Decidir que lo que hay actualmente en algunas zonas de Afganistán es un conflicto armado (interno), y no unos meros desordenes –graves- implica una valoración

¹³⁹⁷ El estatuto de las fuerzas de ISAF aparece recogido en un Anexo al Acuerdo Técnico Militar (MTA), firmado entre el COMISAF y la Administración Interina de Afganistán el 4 de enero de 2002. Debe tenerse en cuenta que dicho documento se refería a la misión original de ISAF, reducida por tanto a Kabul y alrededores, y que no era una operación de la OTAN. Cuando esta Organización se hizo cargo de la dirección de la Operación, mediante un canje de cartas entre el Secretario General de la OTAN y el Ministro de Asuntos Exteriores de Afganistán de 5 de septiembre - 22 de noviembre de 2004, se acordó aplicar el mencionado SOFA *mutatis mutandis* a las fuerzas de la OTAN. Parece ser que, en la actualidad, el gobierno de Afganistán pretende negociar un nuevo estatuto de la fuerza, sin demasiado éxito. Las previsiones relativas a las inmunidades respecto del procedimiento judicial y la detención aparecen en los puntos 3 y 4 del artículo 1 del texto: “ 3. The ISAF and supporting personnel, including associated liaison personnel, will under all circumstances and at all times be subject to the exclusive jurisdiction of their respective national elements in respect of any criminal or disciplinary offences which may be committed by them on the territory of Afghanistan. The Interim Administration will assist the ISAF contributing nations in the exercise of their respective jurisdictions. 4. The ISAF and supporting personnel, including associated liaison personnel, will be immune from personal arrest or detention. ISAF and supporting personnel, including associated liaison personnel, mistakenly arrested or detained will be immediately handed over to ISAF authorities. The Interim Administration agree that ISAF and supporting personnel, including associated liaison personnel, may not be surrendered to, or otherwise transferred to the custody of, an international tribunal or any other entity or State without the express consent of the contributing nation. ISAF Forces will respect the laws and culture of Afghanistan.” (copia de ambos documentos citados en poder del autor). Cuestión distinta es la del estatuto de las fuerzas de “Libertad Duradera”, sobre el que no hay acuerdos formales. Debe tenerse en cuenta que, al principio se trataba de un conflicto armado con el gobierno de facto de Afganistán. POZO SERRANO, Pilar (2011), *La guerra de Af-Pakistán y el uso de la fuerza ...* op.cit., pp. 107-112.

¹³⁹⁸ Esta es una postura personal, a sabiendas de que va en contra de la percepción general. El ICRC, la propia UNAMA, etc. admiten que se trata de un conflicto armado. Sin embargo, parece que habría que distinguir entre un conflicto armado (interno) y unos desordenes mal gestionados, por la inadecuación de los medios empleados, o la incompetencia o corrupción de los responsables. Si nos trasladamos al norte de México, acaso encontremos más peligro y más muertos.

que, parece haberse hecho por parte de organismos como el CICR y la propia UNAMA¹³⁹⁹.

El hecho es que en la actualidad, por poner un ejemplo, no se hacen prisioneros de guerra en Afganistán, al menos por las fuerzas de ISAF. Se podría argumentar que todos los combatientes de las distintas facciones son combatientes ilegítimos y por lo tanto no acreedores al estatuto de prisionero de guerra, pero sería artificioso. Consecuentemente la explicación más adecuada es que se trata de un contexto en el que el prisionero de guerra no tiene cabida, y ese es, entre otros, el del conflicto armado interno. No se diferenciaría mucho de la situación regida por el DIDH, de otras situaciones de violencia que no alcanzan el límite del conflicto armado.

La contestación a la tercera pregunta resultaría aún más difícil si prescindieramos de la larga serie de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que amparan tanto la presencia de las fuerzas internacionales cómo el uso de la fuerza por parte de éstas¹⁴⁰⁰. Como en otras ocasiones, el

¹³⁹⁹ No comparemos el contexto en el que se generó el DIH con el que vivimos actualmente, aunque se lo denomine “guerra asimétrica”. La guerra es otra cosa. En la primera hora (sesenta minutos) de la batalla del Somme murieron varios miles de hombres, y al final de la batalla habían muerto más o menos 900.000. Barrios enteros de Londres o París, sobre todo de clases humildes, quedaron vacíos de hombres en edades comprendidas entre los 19 y los 40 años. El trauma que esto representó para estados como Francia, el Reino Unido o Alemania es difícil de calibrar, pero ayuda a explicar algunas actitudes posteriores. En comparación con las estadísticas de las guerras mundiales, o la guerra Irán-Irak, por poner un ejemplo más próximo en el tiempo, los pocos miles muertos de las fuerzas internacionales en Irak o en Afganistán, en un período de diez años, parecen más próximos a las estadísticas de muertos en las operaciones salida de Semana Santa en el mismo lapso de tiempo

¹⁴⁰⁰ La “International Security Assistance Force” (ISAF) se creó inicialmente por un período de 6 meses mediante la Resolución 1386 (2001), del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, para ayudar a la Autoridad Interina de Afganistán en el mantenimiento de la seguridad en Kabul y áreas próximas. Los Estados participantes en ISAF fueron autorizados a adoptar todas las medidas necesarias para cumplir el mandato. Asimismo, ISAF fue instada a trabajar en coordinación con la Autoridad Interina y el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas, así como –a través de los Estados participantes– a proporcionar asistencia a la misma Autoridad para el establecimiento y adiestramiento de las nuevas fuerzas armadas y de seguridad afganas. El mandato de ISAF ha sido prorrogado mediante una serie de resoluciones, por períodos de 6 ó 12 meses (UNSCR 1413 (2002), UNSCR 1444 (2002), UNSCR 1510 (2003), UNSCR 1563 (2004), UNSCR 1623 (2005), UNSCR 1707 (2006), UNSCR 1776 (2007), UNSCR 1833 (2008), UNSCR 1890 (2009), etc. Además, mediante otras resoluciones se han encomendado a ISAF otras funciones específicas, como proporcionar un marco seguro a la Loya Jirga (Res. 1419 de 2002), apoyo a la Autoridad Transitoria y a su sucesor, el gobierno de la República Islámica de Afganistán para mantener áreas de seguridad fuera de Kabul y alrededores, y a trabajar en coordinación con la coalición “Libertad Duradera”

efecto balsámico de una o varias resoluciones salva en última instancia lo que de otra forma resultaría difícil de explicar. La actuación está dentro de la legalidad, porque la superlegalidad de una resolución así lo dice. Sin embargo esto no resuelve el marco interno de la situación. En el caso de las privaciones de libertad, así como la aplicación *de facto* del DIH resuelve provisionalmente la cuestión del marco jurídico de la operación, no hace otro tanto con los aspectos más fastidiosos de las figuras clásicas del internado o el prisionero de guerra, que no son otras que las derivadas de su gestión: alojamiento, manutención, atención médica, etc. Dejando aparte que las responsabilidades derivadas de la captura de prisioneros no son fácilmente renunciables salvo por la vía de la puesta en libertad¹⁴⁰¹.

Por otro lado no podemos olvidar la existencia de otros contextos en los que la apelación al DIH resulta aún más problemática, como es el caso de la lucha contra la piratería con medios militares. Si desde hace tiempo se ha venido sugiriendo la naturaleza policial de determinadas operaciones de paz, el caso de la lucha contra la piratería no tiene otro enfoque plausible, a nuestro entender, que el policial, independientemente de la naturaleza de las fuerzas que lo lleven a cabo.

2. LA DERIVA DESDE LA RESPUESTA POLICIAL A LA RESPUESTA MILITAR Y VICEVERSA

Uno de los problemas que plantea la asunción acrítica de ciertas doctrinas desarrolladas en otros sistemas jurídicos es que, como tratamos de

(Res. 1510 de 2003). La Resolución 1659 (2006) celebraba la adopción por la OTAN de un nuevo OPLAN, para expandir la presencia de ISAF por todo Afganistán y en mayor coordinación con Libertad Duradera. Las Resoluciones 1746 (2007), 1806 (2008) y 1868 (2009), hacían un llamamiento a ISAF para ayudar al gobierno de Afganistán contra las amenazas representadas por los Talibanes, Al-Qaeda y otros grupos armados, criminales y traficantes de drogas, etc., ISAF ha sido requerida cada vez para trabajar en coordinación con el Gobierno de Afganistán y Libertad Duradera, y a adoptar todas las medidas necesarias para llevar a cabo su mandato.

¹⁴⁰¹ Artículo 12 G III. "Los prisioneros de guerra no pueden ser traspasados por la Potencia en cuyo poder se hallen mas que a otra Potencia que sea parte en el Convenio y siempre que la Potencia en cuyo poder se hallen se haya asegurado de que la Potencia de que se trata desea y está en condiciones de aplicar el Convenio."

exponer, no todos los conceptos con los que tratamos son traducibles¹⁴⁰². Ya hemos visto como en el mundo anglosajón no existe nada entre el ejército y la policía; esto determina que, aparentemente no pueda darse a un problema más que una de ambas soluciones. Una cuestión que nos lleva a referirnos a dos fenómenos que junto con el terrorismo, han socavado los cimientos de nuestros sistemas, y lo que es peor, de nuestros principios más comúnmente aceptados: el crimen organizado, en particular el vinculado con el tráfico de estupefacientes, y la piratería.

2.1. La detención de piratas por fuerzas militares

Al observar la piratería, nos encontramos con una actividad tan antigua como la navegación. Sin entrar a analizar esta perspectiva histórica hay que recordar que hasta la década de los treinta del siglo pasado, el enfoque militar (en el sentido de normas *sui generis* asimilables a las del conflicto armado) del problema estaba generalmente aceptado, y que por lo tanto el ataque a los presuntos piratas, más allá de la legítima defensa, estaba admitido por el Derecho y la práctica internacionales¹⁴⁰³. Según un enfoque muy común hoy en día, el pirata muerto no representa ningún problema grave, si su muerte está justificada ante el Derecho internacional y el interno del Estado actuante. Su detención, por el contrario abre una serie de incógnitas.

¹⁴⁰² Aunque se refiere a otro contexto, vale el razonamiento de LANGER, Máximo (2004), "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure". *HILJ*, Vol. 45, N° 1, pp. 2-64.

¹⁴⁰³ KONTOROVICH, Eugene (2010), "A Guantánamo on the Sea": The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists". *California Law Review*, vol. 98, pp.243-275., p. 257: "Modern international law precludes the classic and most obvious antipiracy measure: killing them. Under the classic law of nations, pirates were simultaneously criminals and military targets. They were *hostis humani generis*—enemies of all mankind—in the military sense, as well as offenders of international law. They had the disabilities of both combatants and criminals, without the privileges or immunities of either class. They could be tried when captured, unlike regular combatants, but if encountered on the high seas, they could be attacked and slain. Moreover, international law recognized that returning pirates to port for trial could be extremely burdensome, and thus it permitted summary shipboard proceedings and executions. In short, pirates had a status much like unlawful combatants: they could be dealt with either militarily or criminally at the enforcing state's convenience."

Nos circunscribiremos a la práctica más reciente, que no es otra que la desarrollada, entre otros actores¹⁴⁰⁴, por la UE en el océano Índico, la llamada “Operación Atalanta”. Se trata, en todos los sentidos, de una operación policial llevada a cabo con medios principalmente militares¹⁴⁰⁵. No obstante las dudas que respecto a esta aseveración pudieran surgir, basta con examinar uno de los objetivos de dicha operación, que no es otro que el de someter a los piratas a procedimientos criminales¹⁴⁰⁶. Pero cabe perfectamente admitir otros

¹⁴⁰⁴ La operación contra la piratería en las proximidades de la costa de Somalia y el golfo de Adén, implica a varios Estados con diferente grado de coordinación. Aquí cabe incluir a EEUU, Rusia, China, India y varios Estados de la UE, en este caso con un operativo más o menos coordinado.

¹⁴⁰⁵ PIERINI, Jean-Paul (2011), “Apprehension, Arrest, Detention and Transfer of Suspected Pirates and Armed Robbers within the Legal Framework of the European Security and Defence Policy (ESDP): The “mantra” of the Existence of a Proper Legal Base”. Online Working Paper 2010/n.29. Centro di documentazione europea - Università di Catania.

URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/29_2011.pdf TREVES, Tullio, (2009), “Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia”. *EJIL*, Vol. 20, N° 2, pp. 399 – 414, p. 412., GUILFOYLE, Douglas (2010), “The Laws of War and the Fight Against Somali Piracy: Combatants or Criminals?”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 11, pp. 1-13, p. 2.

¹⁴⁰⁶ La Resolución 1816 (2008) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas http://www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions08.htm

<http://www.un.org/spanish/docs/sc08/scrl08.htm> Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, 1. Condena y deplora todos los actos de piratería y robo a mano armada contra buques en las aguas territoriales y en alta mar frente a la costa de Somalia; 2. Insta a los Estados cuyos buques de guerra y aeronaves militares operen en alta mar y en el espacio aéreo frente a la costa de Somalia a que permanezcan atentos a los actos de piratería y robo a mano armada y, en este contexto, alienta, en particular, a los Estados interesados en el uso de las rutas comerciales marítimas situadas frente a la costa de Somalia a que aumenten y coordinen sus esfuerzos por desalentar los actos de piratería y robo a mano armada en el mar en cooperación con el GFT; 3. Insta a todos los Estados a que cooperen entre sí, con la OMI y, cuando proceda, con las organizaciones regionales competentes en relación con los actos de piratería y robo a mano armada en las aguas territoriales y en alta mar frente a la costa de Somalia, a que intercambien información sobre dichos actos y a que presten asistencia a los buques amenazados o atacados por piratas o ladrones armados, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho internacional; 4. Insta además a los Estados a que trabajen en cooperación con las organizaciones interesadas, incluida la OMI, para asegurar que los buques autorizados a enarbolar su pabellón reciban orientación y capacitación adecuadas en técnicas de evitación, evasión y defensa y eviten la zona siempre que sea posible; 5. Exhorta a los Estados y a las organizaciones interesadas, incluida la OMI, a que presten asistencia técnica a Somalia y a los Estados ribereños cercanos, cuando la soliciten, para aumentar la capacidad de esos Estados de garantizar la seguridad costera y marítima, incluso combatiendo la piratería y los robos a mano armada frente a la costa de Somalia y los litorales cercanos; (...) 7. Decide que, durante un período de seis meses a partir de la fecha de la presente resolución, los Estados que cooperen con el GFT en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a la costa de Somalia, previo aviso del GFT al Secretario General, podrán: a) Entrar en las aguas territoriales de Somalia con el fin de

enfoques, como el de considerar a los piratas como combatientes, legítimos o no, y por lo tanto aplicarles el DIH. Bastaría la alegación de propósitos, digámos, políticos, como la expulsión de barcos que llevan a cabo actividades dañinas para la riqueza y el medio ambiente de Somalia, sustituyendo a una armada o servicio de guardacostas, hoy inexistentes, en tales menesteres. Ello se vería apoyado por el contexto de conflicto armado -internacional y no internacional- en el que se desenvuelve la vida en Somalia desde hace décadas¹⁴⁰⁷. En todo caso, y aunque sea una posibilidad remota, recordemos que cualquiera puede reclamar el estatuto de prisionero de guerra, conforme al III Convenio de Ginebra¹⁴⁰⁸, a conciencia de que la aplicación del DIH no depende de la voluntad de los implicados, y de que en última instancia la determinación de tal estatuto debe realizarse conforme a lo previsto en dicho Convenio¹⁴⁰⁹. El escenario es, por lo tanto, confuso, puesto que la movilización de medios militares implica siempre la adopción de un plan de operaciones que

reprimir actos de piratería y robo a mano armada en el mar, en forma compatible con las acciones de esa índole permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional; y b) Usar, en las aguas territoriales de Somalia, en forma compatible con las acciones permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional, todos los medios necesarios para reprimir los actos de piratería y robo a mano armada; (...)11. Exhorta a todos los Estados, y en particular a los Estados del pabellón, del puerto y ribereños, a los Estados de nacionalidad de las víctimas y los autores de actos de piratería y robo a mano armada, y a otros Estados que tengan la jurisdicción pertinente en virtud del derecho internacional y la legislación nacional, a que cooperen para determinar la jurisdicción, y en la investigación y el enjuiciamiento de las personas responsables de actos de piratería y robo a mano armada frente a la costa de Somalia, en forma compatible con el derecho internacional aplicable, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y a que brinden asistencia mediante, entre otras cosas, la prestación de asistencia logística y para la entrega de las personas que estén bajo su jurisdicción y control, como las víctimas y los testigos y las personas detenidas como resultado de las operaciones ejecutadas con arreglo a la presente resolución; (...)

¹⁴⁰⁷ A este respecto, el último informe disponible del Secretario General de Naciones Unidas sobre Somalia (mayo 2012, Documento S/2012/283), especialmente apartado D, hace referencia al actual estado de tensión y combates esporádicos entre clanes.

¹⁴⁰⁸ Cfr. al Artículo 5 de GIV y 45.1 del GP I

¹⁴⁰⁹ No obstante esta posibilidad se ha examinado tan solo en un plano teórico. De hecho nadie ha planteado explícitamente que se tratase de un conflicto armado, ni tampoco se sostiene en la doctrina, siendo a veces las posiciones absolutamente rotundas, como la de GUILFOYLE, Douglas (2010), "The Laws of War and the Fight Against Somali Piracy... op.cit.. En el mismo sentido TREVES, Tullio, (2009), "Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: ... op.cit. También analiza tal posibilidad, sin descartarla del todo KONTOROVICH, Eugene (2010), "A Guantánamo on the Sea": ... op.cit. pp. 259-261.

arrastra una serie de términos que confunden a los propios ejecutores. Por ello, para orientarnos, parece que debemos basarnos en los objetivos fijados no sólo por las resoluciones del Consejo de Seguridad, sino por los propios Estados implicados en la operación. En definitiva, una operación dirigida a la detención, puesta a disposición judicial y eventual condena de alguien es por definición una operación policial.

Es importante destacar esta operación porque tiene mucho en común con otros aspectos del trabajo. Sin embargo, no conviene hacerse ilusiones en cuanto a la posibilidad de extraer conclusiones generales. En primer lugar la aparente espectacularidad de la Resolución 1816 queda muy disminuida ante su análisis. La perseguibilidad universal de la piratería está consagrada por los artículos 100 a 107 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982¹⁴¹⁰,

¹⁴¹⁰ “Artículo 100. Deber de cooperar en la represión de la piratería. Todos los Estados cooperarán en toda la medida de lo posible en la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado. Artículo 101. Definición de la piratería. Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente. Artículo 102. Piratería perpetrada por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado. Se asimilarán a los actos cometidos por un buque o aeronave privados los actos de piratería definidos en el artículo 101 perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave. Artículo 103. Definición de buque o aeronave pirata. Se consideran buque o aeronave pirata los destinados por las persona bajo cuyo mando efectivo se encuentran a cometer cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 101. Se consideran también piratas los buques o aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos mientras se encuentren bajo el mando de las personas culpables de esos actos. Artículo 104. Conservación o pérdida de la nacionalidad de un buque o aeronave pirata. Un buque o una aeronave podrá conservar su nacionalidad no obstante haberse convertido en buque o aeronave pirata. La conservación o la pérdida de la nacionalidad se rigen por el derecho interno del Estado que la haya concedido. Artículo 105. Apresamiento de un buque o aeronave pirata. Todo Estado puede apresarse, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

que a su vez no hace sino casi repetir literalmente lo que ya se recogía en la Convención de Ginebra de 1958 en sus artículos 14 a 22. La persecución universal de los piratas como *hostis humani generis* es una norma de Derecho consuetudinario aún más antigua.

No obstante, conforme a las normas citadas, la piratería se refiere a actos muy concretos, producidos en alta mar y que implican, al menos, a dos barcos -o a un barco y a una aeronave- el objeto de la acción de los piratas y el pirata propiamente dicho¹⁴¹¹. Por otro lado otras actividades de apoyo desde tierra o preparatorias no entran en la definición. Las resoluciones del Consejo de Seguridad, adoptadas en el marco del Capítulo VII de la Carta, se refieren no sólo a actos de piratería, sino a una inconcreta figura de “robo a mano armada”, y extienden la persecución a las aguas territoriales de Somalia, aunque cuidan de señalar que tal medida no podrá alegarse en el futuro como derecho consuetudinario, y que se adoptan con el consentimiento de las autoridades provisionales de dicho Estado. Para la consecución de los

Artículo 106. Responsabilidad por apresamiento sin motivo suficiente. Cuando un buque o una aeronave sea apresado por sospechas de piratería sin motivos suficientes, el Estado que lo haya apresado será responsable ante el Estado de la nacionalidad del buque o de la aeronave de todo perjuicio o daño causado por la captura. Artículo 107. Buques y aeronaves autorizados para realizar apresamientos por causa de piratería. Sólo los buques de guerra o las aeronaves militares, u otros buque o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin, podrán llevar a cabo apresamientos por causa de piratería.”

¹⁴¹¹ La toma de control del buque portugués Santa María en 1961 por opositores políticos a Salazar, o el secuestro del italiano Achille Lauro en 1985 por terroristas palestinos, no fueron considerados actos de piratería, puesto que los secuestradores se encontraban a bordo. Sin embargo, el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 10 de marzo de 1988, (en vigor desde el 1 de marzo de 1.992) ya tipifica como delito tal tipo de actos. En concreto comete tal delito “toda persona que ilícita e intencionadamente: a) se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación. b) Realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque” (art. 3). Tales delitos son atribuidos a la jurisdicción estatal de los estados partes, conforme al art. 6: “Cada Estado, tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 3, cuando el delito sea cometido: a) Contra un buque o a bordo de un buque que en el momento en que se cometa el delito enarbole el pabellón de ese Estado ó, cuando concurren los presupuestos contemplados en el apartado segundo del referido precepto, cuyo tenor es el siguiente: Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos, cuando: b) Un nacional de ese estado resulte aprehendido, amenazado, lesionado o muerto durante la comisión del delito, ó, d) Sea cometido en un intento de obligar a ese estado a hacer o no hacer alguna cosa” .

objetivos fijados se autoriza el uso de “todos los medios necesarios”, por lo tanto el uso de la fuerza y obviamente la detención de las personas implicadas en dichas actividades. Así lo repite la Acción Común 2008/851/PESC de 10 de noviembre de 2009¹⁴¹².

Parece que el Consejo de Seguridad quiere dejar claro que no pretende actuar como legislador; las resoluciones dejan a salvo el marco jurídico preexistente en materia de soberanía y navegación, tan sólo instan a los

¹⁴¹² Official Journal of the European Union, L 301/3 de 12 de noviembre de 2008: “Article 1. Mission. 1. The European Union (EU) shall conduct a military operation in support of Resolutions 1814 (2008), 1816 (2008) and 1838 (2008) of the United Nations Security Council (UNSC), in a manner consistent with action permitted with respect to piracy under Article 100 et seq. of the United Nations Convention on the Law of the Sea signed in Montego Bay on 10 December 1982 (...) and by means, in particular, of commitments made with third States, hereinafter called ‘Atalanta’ in order to contribute to: the protection of vessels of the WFP delivering food aid to displaced persons in Somalia, in accordance with the mandate laid down in UNSC Resolution 1814 (2008), the protection of vulnerable vessels cruising off the Somali coast, and the deterrence, prevention and repression of acts of piracy and armed robbery off the Somali coast, (...) 2. The forces deployed to that end shall operate, up to 500 nautical miles off the Somali coast and neighbouring countries, in accordance with the political objective of an EU maritime operation, (...) Article 2. Mandate. Under the conditions set by the relevant international law and by UNSC Resolutions (...), Atalanta shall, as far as available capabilities allow: (...) (d) take the necessary measures, including the use of force, to deter, prevent and intervene in order to bring to an end acts of piracy and armed robbery which may be committed in the areas where it is present; (e) in view of prosecutions potentially being brought by the relevant States under the conditions in Article 12, arrest, detain and transfer persons who have committed, or are suspected of having committed, acts of piracy or armed robbery in the areas where it is present and seize the vessels of the pirates or armed robbers or the vessels caught following an act of piracy or an armed robbery and which are in the hands of the pirates, as well as the goods on board; (f) liaise with organisations and entities, as well as States, working in the region to combat acts of piracy and armed robbery off the Somali coast, in particular the ‘Combined Task Force 150’ maritime force which operates within the framework of ‘Operation Enduring Freedom’. (...) Article 12. Transfer of persons arrested and detained with a view to their prosecution 1. On the basis of Somalia's acceptance of the exercise of jurisdiction by Member States or by third States, on the one hand, and Article 105 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, on the other hand, persons having committed, or suspected of having committed, acts of piracy or armed robbery in Somali territorial waters or on the high seas, who are arrested and detained, with a view to their prosecution, and property used to carry out such acts, shall be transferred: to the competent authorities of the flag Member State or of the third State participating in the operation, of the vessel which took them captive, or if this State cannot, or does not wish to, exercise its jurisdiction, to a Member States or any third State which wishes to exercise its jurisdiction over the aforementioned persons and property. 2. No persons referred to in paragraphs 1 and 2 may be transferred to a third State unless the conditions for the transfer have been agreed with that third State in a manner consistent with relevant international law, notably international law on human rights, in order to guarantee in particular that no one shall be subjected to the death penalty, to torture or to any cruel, inhuman or degrading treatment ...”. Posteriormente fue enmendada mediante la Decisión 2009/907/PESC del Consejo.

Estados a actuar conforme a dicho marco jurídico y, en todo caso, a hacerlo también en las aguas territoriales de Somalia¹⁴¹³.

Sin embargo, esta presentación del asunto obvia una serie de problemas prácticos, de índole en parte doméstica. La persecución penal está sometida a una serie de normas de derecho interno de los Estados, de carácter procedimental, pero que son plasmación de una serie de garantías recogidas en los diversos instrumentos en materia de derechos humanos. Por otro lado, la acción contra la piratería es ejecutada por fuerzas militares aunque en funciones de tipo policial. Además algunos Estados temen que los detenidos reclamen asilo una vez en su territorio¹⁴¹⁴.

¿Cuáles han sido las conclusiones prácticas, incluso parciales del desarrollo de ésta operación hasta la fecha? Los Estados implicados se ven limitados básicamente por su legislación interna, por las posibilidades reales de perseguir la piratería como delito sometido a jurisdicción universal, y por su voluntad de hacerlo, lo que ha dado lugar a algunas situaciones vodevilesas¹⁴¹⁵. Es patente la resistencia de los dichos Estados a practicar

¹⁴¹³ Así se deduce de la propia Resolución 1816: "9. Afirma que la autorización conferida en la presente resolución sólo es aplicable a la situación en Somalia y no afectará a los derechos, obligaciones o responsabilidades que incumban a los Estados Miembros en virtud del Derecho internacional, incluidos cualesquiera derechos u obligaciones en virtud de la Convención, respecto de ninguna otra situación, y subraya en particular que no se considerará precedente del derecho consuetudinario internacional, y afirma además que esta autorización ha sido conferida únicamente tras recibirse la carta de fecha 27 de febrero de 2008 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Representante Permanente de la República Somalí ante las Naciones Unidas, por la que se transmitía el consentimiento del GFT; (...)"

¹⁴¹⁴ DUTTON, Yvonne (2011), "Pirates and Impunity: Is the Threat of Asylum Claims a Reason to Allow Pirates to Escape Justice". *M. Fordham International Law Journal*, Vol. 34, Issue 2, pp. 236-295, p. 241.

¹⁴¹⁵ La primera captura de piratas en el marco de Atalanta se llevó a cabo por un fragata alemana, Estado cuyas fuerzas armadas no están autorizadas a realizar funciones policiales, como hemos visto. Además, sus leyes de procedimiento criminal establecen plazos muy contos (24 horas) para la revisión judicial de la medida. PIERINI, Jean-Paul (2011), "Apprehension, Arrest, Detention and Transfer of Suspected Pirates and Armed Robbers within the Lgal Framework of the European Security and Defence Policy (ESDP): The "mantra" of the Existence of a Proper Legal Base". *Online Working Paper 2010/n.29. Centro di documentazione europea - Università di Catania*. Está también el caso de los presuntos piratas capturados por España en mayo de 2009, finalmente entregados a Kenia tras un rifirrafe judicial-fiscal doméstico. SOBRINO, José Manuel (2009), "La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional". *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 17.

URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/29_2011.pdf , p. 7. Desde 2008 hasta 2010 Dinamarca, Reino Unido, Rusia, etc. han detenido y liberado a continuación en las

detenciones en el contexto examinado, casi siempre por consideraciones de política interna. Los principales Estados europeos involucrados están obligados, tanto por el modelo personal como por el territorial, a aplicar el CEDH a los detenidos en la operación. Hay quien ha dado instrucciones de no practicar tales detenciones¹⁴¹⁶. Por otro lado, es evidente que, si en el código penal de un Estado no estuviera tipificada la piratería –caso de España al inicio de la operación- tal actividad debe dividirse en una serie de acciones que se presentan al mismo tiempo: detención ilegal, robo, lesiones, coacciones, homicidios, asesinatos, violaciones, etc., en un contexto determinado, que es el de las aguas internacionales¹⁴¹⁷. En tal supuesto está claro que las posibilidades reales de persecución penal de tales hechos vienen determinadas por la legislación interna de los Estados implicados y su aplicación extraterritorial. En este sentido, si bien la reacción de diversos Estados ha sido resuelta y contundente cuando se veían afectados sus intereses concretos¹⁴¹⁸, ha sido por el contrario bastante tibia cuando se trataba de aplicar el principio de jurisdicción universal¹⁴¹⁹.

costas de Somalia a grupos armados de piratas. Incluso en mayo de 2010, los EEUU dejaron en libertad a un grupo de diez piratas a los que habían mantenido detenidos durante varias semanas, tras buscar en vano un Estado que quisiera hacerse cargo del procedimiento penal. DUTTON, Yvonne (2011), "Pirates and Impunity: ... op.cit., p. 237.

¹⁴¹⁶ El caso del Reino Unido es el más significativo: según todos los indicios se ha ordenado a sus buques no capturar piratas para evitar que pidan asilo bajo la legislación europea en cuanto estén a bordo, KONTOROVICH, Eugene (2010), "A Guantánamo on the Sea": The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists ... op. cit, p. 244 y 267.

¹⁴¹⁷ Como vemos, la referencia continúa que hace la Resolución 1816 es a los actos de piratería y al robo a mano armada.

¹⁴¹⁸ Por ejemplo, en 2008 fue secuestrado un yate de bandera francesa. Francia envió inmediatamente comandos incluso al territorio terrestre de Somalia para identificar, detener a los piratas, y conducirlos a territorio francés para juicio. Una reacción parecida tuvo Holanda en 2009, y los EEUU han juzgado a varios piratas por ataques contra buques de bandera norteamericana. KONTOROVICH, Eugene (2010), "A Guantánamo on the Sea": The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists ... op.cit. p. 251. España, como sabemos, en el caso del Alakrana, también.

¹⁴¹⁹ Conviene destacar que España reintrodujo en el Código Penal el delito de piratería mediante la Ley Orgánica 5/2010, que hacía una sustancial reforma de dicho texto legal en muchos campos. En lo que se refiere a la piratería, incluye "CAPÍTULO V. Delito de piratería. Centésimo sexagésimo cuarto. Se añade el artículo 616 ter, que queda redactado como sigue: El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años. En todo caso, la pena prevista

La solución aplicada ha sido menos espectacular de lo que cabía esperar; parece reducirse en muchos casos a una presencia disuasoria, y en su caso, a la entrega de detenidos a un Estado que quisiera ejercer jurisdicción, sobre la base del principio de persecución universal, caso de Kenia, o por ocurrir en su territorio, caso de las Seychelles, habida cuenta del desgobierno reinante en el Estado primeramente llamado a intervenir, Somalia, paradigma del Estado fallido¹⁴²⁰. La sensación generalizada, sin embargo, y aunque no sea del todo cierto, es de impunidad.

Dejando aparte los acuerdos bilaterales que algunos Estados tienen a efectos de entrega de detenidos, en el caso de la operación de la UE el marco jurídico de tales entregas ha venido determinado, además de por el propio mandato del Consejo de Seguridad, sobre la base de la Convención de

en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos” Centésimo sexagésimo quinto. Se añade el artículo 616 quáter, que queda redactado como sigue: 1. El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado español y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. 2. Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión. 3. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.”

¹⁴²⁰ En el ya citado informe del SGNU de mayo de 2012, se señala, punto III D recoge los últimos esfuerzos para que Somalia pueda hacer frente a la situación: “49. Desde mi último informe periódico, el número de rehenes y buques retenidos ha permanecido prácticamente constante y, en la actualidad, hay 291 rehenes de 16 buques según la Organización Marítima Internacional. Aunque los ataques exitosos disminuyeron, pasando de 55 en 2010 a 33 en 2011, las tentativas de ataque en la zona de alto riesgo aumentaron de 174 en 2010 a 287 en 2011. La piratería frente a las costas de Somalia sigue siendo una actividad delictiva arraigada, con una creciente zona geográfica de operaciones, una mayor escala de los ataques, una intensificación de la violencia y un aumento de los rescates. Con objeto de aumentar la tasa de enjuiciamiento de estas actividades ilegales, mis dos informes más recientes (...) examinaban las modalidades para establecer tribunales especializados contra la piratería en la región. 50. En febrero, “Somalilandia” promulgó legislación que tipificaba como delito la piratería y permitía el traslado a sus cárceles de los piratas condenados en el extranjero. “Somalilandia” aceptó acoger a 19 piratas somalíes condenados en Seychelles. 51. El 29 de marzo, el Grupo de Contacto sobre la piratería frente a las costas de Somalia celebró su 11ª reunión en Nueva York, bajo la presidencia de los Emiratos Árabes Unidos. Señaló que la piratería solo se puede eliminar combinando la lucha contra la piratería con iniciativas más amplias encaminadas a la estabilización de Somalia, promoviendo la buena gobernanza y el estado de derecho, (...). El día anterior, la Junta del Fondo Fiduciario para Apoyar las Iniciativas de los Estados que Luchan Contra la Piratería frente a las Costas de Somalia aprobó dos nuevos proyectos por valor de 1,37 millones de dólares de los Estados Unidos. Los proyectos sufragarán juicios contra la piratería en Kenya, Mauricio, la República Unida de Tanzania y Seychelles, prestando también asistencia al programa de traslado de presos condenados por piratería.”

Montego Bay, y el mandato de la UE mediante la Acción Común ya mencionada¹⁴²¹, por dos canjes de cartas, con Kenia y Seychelles. Aunque su contenido sustancial, en términos de derechos humanos y *non-refoulement*, es casi idéntico¹⁴²², hay algunas diferencias en cuestiones de asunción de

¹⁴²¹ Conforme al artículo 12 de la Acción Común 2008/851/PESD: “Transfer of persons arrested and detained with a view to their prosecution. 1. On the basis of Somalia's acceptance of the exercise of jurisdiction by Member States or by third States, on the one hand, and Article 105 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, on the other hand, persons having committed, or suspected of having committed, acts of piracy or armed robbery in Somali territorial waters or on the high seas, who are arrested and detained, with a view to their prosecution, and property used to carry out such acts, shall be transferred: to the competent authorities of the flag Member State or of the third State participating in the operation, of the vessel which took them captive, or if this State cannot, or does not wish to, exercise its jurisdiction, to a Member States or any third State which wishes to exercise its jurisdiction over the aforementioned persons and property. 2. No persons referred to in paragraphs 1 and 2 may be transferred to a third State unless the conditions for the transfer have been agreed with that third State in a manner consistent with relevant international law, notably international law on human rights, in order to guarantee in particular that no one shall be subjected to the death penalty, to torture or to any cruel, inhuman or degrading treatment.”

¹⁴²² En el caso del canje de cartas con Kenia, “3. Treatment, prosecution and trial of transferred persons. (a) Any transferred person will be treated humanely and will not be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, will receive adequate accommodation and nourishment, access to medical treatment and will be able to carry out religious observance. (b) Any transferred person will be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power, who will decide without delay on the lawfulness of his detention and will order his release if the detention is not lawful. (c) Any transferred person will be entitled to trial within a reasonable time or to release. (d) In the determination of any criminal charge against him, any transferred person will be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. (e) Any transferred person charged with a criminal offence will be presumed innocent until proved guilty according to law. (f) In the determination of any criminal charge against him, every transferred person will be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (1) to be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him; (2) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choice; (3) to be tried without undue delay; (4) to be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choice; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it; (5) to examine, or have examined, all evidence against him, including affidavits of witnesses who conducted the arrest, and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; (6) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court; (7) not to be compelled to testify against himself or to confess guilt. (g) Any transferred person convicted of a crime will be permitted to have the right to his conviction and sentence reviewed by or appealed to a higher tribunal in accordance with the law of Kenya. (h) Kenya will not transfer any transferred person to any other State for the purposes of investigation or prosecution without prior written consent from EUNAVFOR. 4. Death penalty. No transferred person will be liable to suffer the death

responsabilidades, ya que si Kenia se mostraba en principio dispuesta a aceptar a cualquier detenido relacionado con la piratería en el curso de la operación EUNAVFOR¹⁴²³, Seychelles tan sólo aceptaba aquellos con los que pudiera haber un vínculo más concreto que la jurisdicción universal¹⁴²⁴. Hay también una referencia explícita a la pena de muerte en el caso de Kenia –no así en el de Seychelles, donde tal pena no existe- para excluirla en todo caso. Sin embargo ambos Estados han dado muestras de agotamiento, empezando por Kenia que en 2010 suspendió unilateralmente la aceptación de detenidos aduciendo diversos argumentos¹⁴²⁵.

¿Aporta esto algo a nuestro objeto de estudio? En realidad cabe concluir que muy poco. La operación Atalanta parece pobremente diseñada salvo como ejercicio de policía de seguridad, tal y como hemos analizado antes esta función. En cuanto a las detenciones que se lleven a cabo, básicamente se van a regir, de acuerdo con el mandato del Consejo de Seguridad, por el derecho interno de los Estados que las practiquen, conforme a la Convención sobre el Derecho del Mar, y en última instancia van a verse bendecidas, o no, por los

sentence. Kenya will, in accordance with the applicable laws, take steps to ensure that any death sentence is commuted to a sentence of imprisonment.”

¹⁴²³ “2. General principles. (a) Kenya will accept, upon the request of EUNAVFOR, the transfer of persons detained by EUNAVFOR in connection with piracy and associated seized property by EUNAVFOR and will submit such persons and property to its competent authorities for the purpose of investigation and prosecution.” Diario Oficial de la Unión Europea, versión en inglés, N° 79, de 25 de marzo de 2009, pp. 49 y ss.

¹⁴²⁴ “In view of ongoing negotiations and pending conclusion of a mutually acceptable arrangement between the EU and the Government of the Republic of Seychelles on the transfer of pirates and armed robbers to its territory, the Government of the Republic of Seychelles may authorize the EUNAVFOR to transfer suspected pirates and armed robbers captured in the course of its operations in the exclusive economic zone, territorial sea, archipelagic waters and internal waters of the Republic of Seychelles. This authorization is extended to the protection of Seychelles flagged vessels and Seychellois Citizens on a non-Seychelles flagged vessel beyond the limit aforementioned and in other circumstances on the high seas at the discretion of the Republic of the Seychelles.” Diario oficial de la Unión Europea, N°315, versión en inglés, de 2 de diciembre de 2009, pp. 37 y ss.

¹⁴²⁵ El País.com (02-04-2010): “Kenia rechaza juzgar a más piratas somalíes. La Unión Europea busca ahora que Tanzania, Sudáfrica y Madagascar se hagan cargo de los detenidos por la 'operación Atalanta'”. EP-Internacional, (29-04-2010): “La misión de la UE contra la piratería ha liberado a 400 piratas detenidos en el Índico y sólo ha procesado a 98” (<http://es.globedia.com/mision-pirateria-liberado-400-piratas-detenidos-indico-procesado>).

“Seychelles refuse to take Somali pirates held by Danes”

(<http://www.reuters.com/article/2012/01/17/denmark-somalia-pirates-idUSL6E8CH3XH20120117>). “Kenya ends co-operation in hosting Somali pirate trials” (<http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-11454762>).

tribunales nacionales¹⁴²⁶. En definitiva se van a regir por el marco del DIDH, y su refuerzo de *soft law* en lo que se refiere a los agentes actuantes –Código de conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, etc.- uso de armas de fuego –Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de

¹⁴²⁶ Podemos poner como ejemplo la sentencia Nº 10/2011 de la Audiencia Nacional, de fecha 3 de mayo de ese año, relativa al caso del Alakrana. En su Fundamento de Derecho Primero se entra a fondo en la cuestión de la jurisdicción: “ El segundo tema cuestionado dentro de ese primer epígrafe es el relativo a la falta de jurisdicción española y, por lo tanto, de competencia de este tribunal; cuestión que también ha sido planteada con anterioridad, mereciendo ya varias respuestas negativas. La primera de ellas, ya citada, se corresponde con la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su auto de 2 de noviembre de 2.009 (...). La segunda, lo fue cuando, propuesta como artículo de previo pronunciamiento, fue igualmente desestimada en auto de 9 de diciembre de 2.010 (...) en la que se afirmó que la jurisdicción española sobre los hechos viene determinada por la dicción del párrafo 1º del artículo 23 de la L.O.P.J. que atribuye a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos bien en territorio español o bien a bordo de buques o aeronaves españoles, dejando a salvo lo que dispongan los tratados internacionales de los que España sea parte. Pues bien, son precisamente los tratados en vigor suscritos por España, los que ratifican la jurisdicción española. Así, el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 10 de marzo de 1.988, con entrada en vigor el 1 de marzo de 1.992, tipifica como delito actos como el enjuiciado, (...). Texto que es complementado por el artículo siguiente, referente a la adopción de las medidas oportunas por parte del Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente a la aplicación de su legislación, ya sea para la tramitación del procedimiento penal, ya sea para su extradición. En similares términos, el artículo 105 de la Convención sobre el Derecho del Mar, faculta a todo Estado a perseguir y apresar en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de otro Estado, a un buque pirata o capturado por piratas, así como en el supuesto de captura de la embarcación, atribuyendo la jurisdicción nacional sobre sus posibles autores en caso de ser detenidos. En último término, en el ámbito de la Unión Europea, la Acción Común 2008/851 PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2.008, relativa a la Operación militar para contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y de robo a mano armada frente a las costas de Somalia, adoptada en apoyo y bajo cobertura de las resoluciones 1814, 1816 y 1838 (2008), del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en su artículo 12 establece que las personas detenidas por dichos actos en aguas territoriales de Somalia o en alta mar, serán entregadas para su enjuiciamiento, con carácter prioritario, a las autoridades del Estado miembro del pabellón del buque que hubiere realizado la aprehensión del sospechoso. Aclarada así la jurisdicción española sobre los hechos, la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional está atribuida en el artículo 65 de la referida L.O.P.J. cuyo epígrafe e) menciona a los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los Tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles. El argumento de la defensa sobre la carencia de la jurisdicción y competencia española se circunscribe en la modificación del artículo 23 de la indicada Ley Orgánica que ha suprimido, expresamente, de la relación de delitos enumerados en su anterior apartado 4º, el de piratería; argumento, absolutamente insuficiente a los citados efectos, toda vez que la competencia de este tribunal no resulta afectada por el hecho de haberse suprimido el tipo de “piratería” en la Parte Especial del Código Penal en la época en que ocurrieron los hechos el tipo de delito, sino que, muy al contrario y como se ha mencionado, porque el origen de esa competencia se encuentra en los tratados internacionales vigentes sobre la materia que ya han sido mencionados.”

fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley- y condiciones de detención –Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión- naturalmente con los matices que representa el mandato del Consejo de Seguridad en cuanto a la fórmula de las “medidas necesarias”¹⁴²⁷.

2.2. Uso de medios militares contra el narcotráfico y otros tráfico ilegales.

Aunque se trata de una cuestión residual, al estar por ahora enmarcada básicamente en el ámbito policial-judicial, es notorio que las derivas en las respuestas desde dicho terreno al militar se han producido, como hemos visto, al menos en el caso del terrorismo. El narcotráfico a gran escala – y otros tráfico ilegales, como el de seres humanos o armas- es un caso típico de delincuencia transnacional organizada objeto de atención del Derecho internacional, a través, entre otros instrumentos, del Convenio Único sobre Estupefacientes de 1961, la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982¹⁴²⁸, o la Convención de Viena de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, además de la Convención de 2001 sobre la delincuencia transnacional organizada. Pero además, el narcotráfico, ya lo hemos señalado varias veces, está íntimamente unido a muchas formas de insurgencia en conflictos no internacionales, al ser una considerable fuente de financiación¹⁴²⁹.

¹⁴²⁷ Por cierto que la Resolución 1816 demuestra que apelar al Capítulo VII y hacer referencia a las “medidas necesarias” y a la aplicación del DIH no necesariamente implica la entrada en juego de éste último, y que el Consejo de Seguridad puede, perfectamente, estar refiriéndose a medidas policiales. .

¹⁴²⁸ Es importante recordar el Artículo 108 de la Convención, por la importancia que tiene en los asaltos a buques presuntamente portadores de sustancias prohibidas en alta mar: “Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. 1. Todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por buques en la alta mar en violación de las convenciones internacionales. 2. Todo Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias sicotrópicas podrá solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico.”

¹⁴²⁹ ESPIGARES MIRA, Jesús (2005), “INTERPOL y su intervención en la lucha contra la delincuencia organizada”. *Estudios Jurídicos 2004*, pp. 1465-1488, p. 1484-1486. El Comisario

Aunque, por el momento, el narcotráfico aisladamente considerado aún no se ha extraído del ámbito policial-judicial, la lucha contra algunas de sus manifestaciones implica a las fuerzas armadas de diversos Estados. Sin embargo, analizada esta participación se observa que por lo general es de tipo auxiliar del aparato policial-judicial, y que normalmente viene determinada, bien por la incompetencia o corrupción de los cuerpos policiales –caso de

Espigares, Presidente de INTERPOL en aquella época, resume las relaciones de algunos grupos terroristas o insurgentes con el narcotráfico, refiriéndose a varios grupos: “ GIA. En la base de datos de INTERPOL aparecen varios casos entre ellos: Ejemplo: Junio 1999, la policía italiana detuvo a 23 personas de origen norteafricano en una operación especial contra un grupo criminal implicado en tráfico de drogas y armas, se incautaron 80 Kg de hachís y 2 Kg de cocaína, los beneficios de este tráfico en varias ciudades del norte de Italia se enviaban a Argelia y Marruecos, en apoyo del GIA. Este grupo contaba con fuertes conexiones con París y Bangkok. Ejemplo: Octubre 1995. Detención en Alemania de un miembro del GIA por tráfico de drogas (heroína). IRA. No hay constancia de que reciba beneficios del tráfico de drogas. De todas formas la base de datos de INTERPOL contiene algún supuesto. (Ejemplo: detención de un individuo en EE.UU. por tráfico de drogas, se trataba de un miembro de un grupo terrorista sin identificar –probablemente del IRA– este tenía uno socio que sí era miembro del IRA). KLA (Ejército de Liberación Kosovar). En 1998 el Departamento de Estado estadounidense se refirió al KLA como una organización terrorista que financiaba sus actividades con dinero proveniente del tráfico internacional de heroína y de préstamos de individuos/países islámicos. Ejemplo: los archivos de INTERPOL muestran una investigación de un grupo de yugoslavos implicados en blanqueo de dinero, tráfico de drogas y armas, cuyos beneficios se mandaban a Kosovo apoyando actividades terroristas. Otros casos muestran la relación directa entre los fondos para la compra de armas por el KLA y el tráfico de drogas en Europa. PFLP. (Frente Popular para la liberación de Palestina) y (PLO). INTERPOL tiene numerosa información acerca de un ciudadano español (sirio de nacimiento) quien supuestamente ha prestado importante apoyo financiero a: PFLP y PLO, a través del tráfico de armas y drogas desde los años 80, Parece que también ha prestado apoyo a otras organizaciones terroristas en Europa. PKK. Ejemplo: Investigación de las autoridades italianas llevó a numerosas conexiones con tráfico de drogas y otras actividades delictivas relacionando una gran y compleja organización que se extiende de Europa a EE.UU. LTTE. (Tigres de Tami). Sus operaciones son secretas, pero INTERPOL cuenta con información que sugiera implicación directa e indirecta con el tráfico de drogas. FARC. (Fuerzas Revolucionarias de Colombia). Sus conexiones con el tráfico de drogas están bien documentadas. Ejemplo: se incautaron documentos donde se daban instrucciones a los miembros de las FARC para que recaudaran 20 \$ por cada aterrizaje (60% del terreno donde las FARC están operativas se corresponde con la principal área de cultivo y producción de cocaína en Colombia), también protegen los laboratorios de los traficantes a cambio de dinero. ELN (Ejército de Liberación Colombiano). Ha llevado a cabo numerosos secuestros pidiendo rescate (generalmente empleados extranjeros de importante compañías petroleras). En menor grado que las FARC, tiene conexión con el tráfico de drogas. IMU (Movimiento Islámico de Uzbekistán). Por su estrecha relación con Afganistán, parece seguro afirmar su implicación con el tráfico de opio para obtener armas. Se sabe que preparan acciones terroristas para desviar la atención cuando se llevan a cabo envíos de droga. HIZBALLAH. (Detenciones de sus miembros por tráfico de drogas).”

México¹⁴³⁰- o bien por la insuficiencia de medios materiales de éstos mismos cuerpos para llevar a cabo determinado tipo de operaciones contra delincuentes a veces mejor organizados y pertrechados que ellos¹⁴³¹. Está

¹⁴³⁰ SÁNCHEZ MUNGUÍA, Vicente (2011) “La actual lucha del gobierno mexicano contra la delincuencia en la frontera con Estados Unidos”. *Frontera Norte* Vol. 23 N° 45 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0187-73722011000100004&script=sci_arttext : “Como se menciona frecuentemente por analistas y voceros del gobierno es probable que, dada la infiltración de la delincuencia en las policías de todo el país, el gobierno federal no haya tenido más alternativa que recurrir al despliegue del ejército para enfrentar la fuerza de los cárteles de la droga. Hay que tener presente que el tema de la inseguridad en México ha venido cobrando relevancia pública desde la década de 1980 cuando la incidencia delictiva se empezó a manifestar con mayor fuerza, mientras que los delitos asociados con el narcotráfico adquirieron mayor visibilidad, lo que a su vez condujo al involucramiento de las fuerzas armadas en las operaciones de combate a los delitos ligados con el tráfico de drogas, debido a la debilidad estructural que significa la corrupción de las corporaciones policíacas, las cuales han sido penetradas por la delincuencia organizada a la que brindan protección, indicativo de la vulnerabilidad del Estado mexicano en su capacidad de ejercer el control territorial.” También MEINERS, Stephen y BURTON, Fred (2009), “El rol de las Fuerzas Armadas Mexicanas en la guerra de los cárteles”. *Narcotráfico y Gobernabilidad. BOLETÍN ELECTRÓNICO DEL IDEI*, Año 3 N° 24, “Esta última tendencia ha acaparado muchas de las críticas contra el rol de los militares en la guerra contra el narcotráfico. El gobierno federal ha sido consciente de estas críticas desde el comienzo, y ha tratado de minimizarlas incorporando a la policía federal en las acciones en la medida de lo posible. Pero han sido los militares quienes han llevado el peso principal en ellas, desde la cantidad de hombres desplegados hasta el diseño de las estrategias y la coordinación logística. La policía federal, seriamente infiltrada por la corrupción y un tumultuoso proceso de reforma, no ha podido replicar la relativa eficacia de los militares en esto.”

¹⁴³¹ MEINERS, Stephen y BURTON, Fred (2009), “El rol de las Fuerzas Armadas Mexicanas ... op.cit. : “La primera involucra tareas llevadas a cabo tradicionalmente por las fuerzas armadas mexicanas, como el trabajo de inteligencia y el patrullaje aéreo y marítimo. Éstas les caen perfecto a las FFAA, que poseen el equipo, la experiencia y el entrenamiento necesario para realizarlas. Son, además, parte clave de la lucha mexicana contra el narcotráfico, en tanto México es la principal plataforma de embarque de la droga sudamericana a los EEUU, el mayor mercado del mundo”. “La segunda incluye la aplicación tradicional de la ley civil por parte del poder judicial. Específicamente, esto implica arrestos, batidas y sanciones. Con la excepción de ocasionales sospechosos detenidos por las FFAA para ser entregados a las autoridades civiles, esto está en manos de estas últimas”. “La tercera categoría es la más ambigua. En ella, las tareas de las FFAA y la autoridad civil se superponen, y es aquí donde en los últimos años ha crecido velozmente la participación del ejército. Es el área de acciones que ha causado más controversia, sobre todo porque ha llevado a que las tropas tengan contacto cercano y permanente con la población civil. Entre las tareas más destacadas de esta categoría están: a. Erradicación de cultivos de droga y decomiso de insumos químicos. Además de ser el principal puerto de embarque de droga hacia EEUU, México es también el mayor productor de marihuana y metanfetaminas para el mercado norteamericano. (...) La destrucción de cosechas de marihuana y laboratorios de metanfetaminas es una tarea que, bajo Calderón, ha sido hasta ahora compartida por los militares y la autoridad civil. b. Inspecciones y controles migratorios y aduaneros (...). En muchos casos, las FFAA mexicanas han sido las encargadas de detener y/o inspeccionar la carga sospechosa. c. Batidas y arrestos de altos mandos de cárteles. Más allá de simplemente detener el flujo de drogas y armas desde y hacia México, el

además la cuestión del alta mar y el concepto de buque de guerra conforme al Derecho del mar¹⁴³², que permite atribuir, e incluso lo hace conveniente en algunos casos -y desde siempre se ha hecho así- ciertas competencias de tipo policial a los buques de las distintas armadas, que tienen un trato especial en lo que se refiere, por ejemplo, al derecho de visita¹⁴³³ conforme al artículo 110 de la Convención sobre el Derecho del mar¹⁴³⁴.

gobierno federal ha tratado además de debilitar a las poderosas organizaciones que controlan el tráfico de drogas mediante el arresto de sus miembros más prominentes. Dada la reputación de corrupta que tiene la Policía Federal, operaciones altamente riesgosas como el arresto de altos mandos de cárteles han sido conducidas en mayor medida por los comandos de élite de las fuerzas especiales "GAFE". En la mayoría de los casos, los sospechosos detenidos por la GAFE han sido entregados de inmediato a la autoridad civil, aunque ha habido ocasiones en las que han sido acusados de retenerlos más tiempo del necesario para extraerles información por sí mismos. d. Seguridad pública general y aplicación de la ley. El aumento de crímenes y violencia en México en los últimos años ha causado enorme preocupación tanto en las autoridades como en la población. Una parte crucial del esfuerzo del gobierno federal por capear la violencia ha sido el despliegue de fuerzas militares en muchas zonas, donde las tropas conducen acciones como patrullaje de seguridad o controles de tráfico en peajes y controles de carretera. En algunas ciudades, los militares han asumido por completo las tareas de seguridad ciudadana y aplicación de la ley, neutralizando a la policía local mientras se la investiga por nexos con los cárteles y el crimen organizado. Esto se refleja, por ejemplo, en el nombramiento de militares a cargos tradicionalmente policiales".

¹⁴³² Artículos 29 a 32, que no se refieren sólo a los buques de guerra sino también a a otros buques de Estado destinados a fines no comerciales.

¹⁴³³ Aunque no tiene tal competencia en exclusiva, conforme al Derecho internacional (en concreto el párrafo 5 del artículo 110: "Artículo 110. Derecho de visita. 1. Salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en ejercicio de facultades conferidas por un tratado, un buque de guerra que encuentre en la alta mar un buque extranjero que no goce de completa inmunidad de conformidad con los artículos 95 y 96 no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque: a) Se dedica a la piratería; b) Se dedica a la trata de esclavos; c) Se utiliza para efectuar transmisiones no autorizadas, siempre que el Estado del pabellón del buque de guerra tenga jurisdicción con arreglo al artículo 109; d) No tiene nacionalidad; o e) Tiene en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque enarbore un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón. 2. En los casos previstos en el párrafo 1, el buque de guerra podrá proceder a verificar el derecho del buque a enarbolar su pabellón. Para ello podrá enviar una lancha, al mando de un oficial, al buque sospechoso. Si aún después de examinar los documentos persisten las sospechas, podrá proseguir el examen a bordo del buque, que deberá llevarse a efecto con todas las consideraciones posibles. 3. Si las sospechas no resultan fundadas, y siempre que el buque visitado no haya cometido ningún acto que las justifique, dicho buque será indemnizado por todo perjuicio o daño sufrido. 4. Estas disposiciones se aplicarán, mutatis mutandis, a las aeronaves militares. 5. *Estas disposiciones se aplicarán también a cualesquiera otros buques o aeronaves debidamente autorizados, que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno.*"

¹⁴³⁴ RUIZ DÍEZ DEL CORRAL, Joaquín (2012), "Marco jurídico de la participación de la Armada en la lucha contra los tráficos ilegales". IEEE.es. Documento Marco 10/2012., p. 5-9.

Por ejemplo, existe una práctica bien conocida en España, la de los abordajes de buques sospechosos de estar llevando a cabo dicho tráfico en aguas internacionales, que han implicado fuerzas militares, ante la necesidad de contar con medios que normalmente exceden los de las organizaciones policiales clásicas, con excepciones¹⁴³⁵. En España se ha estructurado la participación de la Armada en éste tipo de actividades mediante la creación en 2004 de la Fuerza de Acción Marítima (FAM), bajo el mando del Almirante de Acción Marítima (ALMART), cuyo cuartel general se ubica en Cartagena¹⁴³⁶.

Es un supuesto de inoperabilidad entre los ejércitos y las fuerzas policiales, pero que en última instancia son, en toda su extensión, operaciones policiales regidas por el marco jurídico de éstas últimas, incluso en lo relativo a la detención de personas, aunque pueda presentar algunas peculiaridades que ha analizado el TEDH, en sentencias como *Rigopoulos v. Spain*, que ya hemos visto, o *Medveyev v. France*¹⁴³⁷.

¹⁴³⁵ Sobre los requisitos para el abordaje, SANZ MARQUÉS, Luís (2005), “Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronterizas. *Estudios Jurídicos 2004*, pp. 1412-1440, p. 1416 y ss. Lo que en otros Estados debe ser llevado a cabo por las fuerzas armadas, en España es ejecutado por las fuerzas policiales (o parapoliciales como el SVA), aunque en ocasiones deban apoyarse en medios de la Armada. En Italia la Guardia de Finanzas dispone de medios aeronavales, tendencia que está siguiendo en España la Guardia Civil.

¹⁴³⁶ Cuenta con un Centro de Operaciones y Vigilancia de Acción Marítima (COVAM), en el que se recopila y analiza toda la información relativa a los espacios marítimos de interés, utilizable también por los civiles que lo soliciten; un Sistema Integrado de Vigilancia y Conocimiento del Entorno Marítimo (SIVICEMAR), y los llamados buques de acción marítima (BAM). RUIZ DÍEZ DEL CORRAL, Joaquín (2012), “Marco jurídico de la participación de la Armada ... op.cit. p. 2-3. Hay que considerar también los condicionamientos que impone la legislación interna: La Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad atribuye a la Guardia Civil competencias en las aguas territoriales españolas (artículo 11.2.b), mientras que el el Real Decreto 246/1991, de 22 de febrero, por el que se regula el Servicio Marítimo de la Guardia Civil, en su artículo primero determina que “Las funciones que la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado atribuye al Cuerpo de la Guardia Civil, se ejercerán en las aguas marítimas españolas hasta el límite exterior del mar territorial.”. Por su parte el Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre Seguridad en las Fuerzas Armadas, establece en su disposición adicional primera que “Los miembros de las dotaciones de los buques de la Armada tendrán el carácter de agentes de la autoridad en el ejercicio de las funciones de vigilancia y seguridad marítima atribuidas legalmente o por convenios internacionales suscritos por España, que se llevarán a cabo sin perjuicio de las que estén atribuidas a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.”

¹⁴³⁷ *Medveyev et Autres v. France* (Requête no 3394/03), 29 de marzo de 2010. Contrasta la actuación francesa con las habituales prácticas españolas, mucho más perfeccionadas. El asalto al carguero Winner produjo un muerto por un “disparo de advertencia”, y en definitiva, el TEDH estimó violación de art. 5.1 del CEDH, aunque no del 5.3. Párrafos 101 y 102: “101. Aux yeux de la Cour, on ne peut que regretter que la lutte internationale contre le trafic de

Es un tema interesante, y su posible evolución también, pero aparentemente aporta poco a nuestro objeto de estudio, ya que se puede residenciar casi al cien por cien en el ámbito policial-judicial. Sin embargo, las excepciones ya mencionadas de Colombia y Afganistán¹⁴³⁸, aunque no sean los únicos casos de simbiosis entre terrorismo y narcotráfico, están sirviendo de argumento para encontrar un vínculo entre el tráfico de estupefacientes y el DIH. La idea es identificar a algunos narcotraficantes como combatientes, aunque sea en el sentido de civiles que pierden su inmunidad al participar en hostilidades. No vamos a pronunciarnos sobre el particular, al apartarse de la línea central; al fin y al cabo no tratamos de establecer una teoría general del conflicto armado moderno y sus manifestaciones, pero sí es preciso subrayar que, al igual que el enfoque de la lucha contra el terrorismo como conflicto armado, el narcotráfico como posible conflicto armado es también un enfoque que se sostiene sobre todo en los EEUU¹⁴³⁹.

stupéfiants en haute mer ne soit pas mieux coordonnée, compte tenu de la de la mondialisation croissante du problème. Cela étant, lorsque l'Etat du pavillon n'est pas partie aux Conventions de Montego Bay ou de Vienne, comme en l'espèce le Cambodge, l'insuffisance de ces textes, à défaut d'initiatives régionales ou bilatérales, n'empêche pas réellement conséquence. De telles initiatives ne sont d'ailleurs pas toujours soutenues par les Etats, et ce malgré la possibilité qu'elles offrent d'agir dans un cadre juridique clairement défini. En tout état de cause, s'agissant des Etats non signataires des conventions de Montego Bay et de Vienne, une réponse adaptée pourrait consister en la mise en place d'accords bilatéraux ou multilatéraux avec d'autres Etats, à l'instar par exemple de l'accord de San José de 2003. Au regard tant de la gravité que de l'ampleur du problème posé par le trafic de stupéfiants, une évolution du droit international public qui consacrerait le principe selon lequel tous les Etats auraient compétence par exception à la règle de l'Etat du pavillon constituerait une avancée significative dans la lutte contre cette activité illicite. Cela permettrait d'aligner le droit international relatif au trafic de stupéfiants sur ce qui existe déjà depuis longtemps pour la piraterie. 102. Compte tenu de ce qui précède et de ce que seule une interprétation étroite cadre avec le but et l'objet de l'article 5 § 1 de la Convention (paragraphe 78 ci-dessus), la Cour arrive dès lors à la conclusion que la privation de liberté subie par les requérants à compter de l'arraisonnement et jusqu'à l'arrivée du navire à Brest n'était pas « régulière », au sens de l'article 5 § 1, faute de base légale ayant les qualités requises pour satisfaire au principe général de sécurité juridique. 103. Partant, il y a eu violation de l'article 5.1 de la Convention.”

¹⁴³⁸ FELBAB-BROWN, Vanda (2009), “Narco-guerrilleros: ¿qué lecciones se pueden extraer de Colombia para Afganistán?” *Real Instituto Elcano, Área: Seguridad y Defensa, Documento de Trabajo 55/2009* (traducido del inglés), 21/12/2009.
www.realinstitutoelcano.org

¹⁴³⁹ A/HRC/14/24/Add.6. (...) Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010, citado, punto 68. “The failure of States to disclose their criteria for DPH is deeply problematic because it gives no transparency or clarity about what conduct could subject a civilian to killing. It also leaves open the likelihood that States will unilaterally expand their concept of direct participation beyond permissible boundaries. Thus, although the US has not made public its definition of DPH (*Direct*

3. RE-DEFINICION DEL OBJETO DE ANALISIS: LOS PERFILES DE LA DETENCION OPERATIVA EN OPERACIONES DE PAZ

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 situaciones que determinarían la licitud del uso de la fuerza, básicamente la legítima defensa. No obstante, el supuesto sobre el que parece preciso reflexionar ahora es aquel en el que, sin que se de una situación de conflicto armado internacional, y 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.

Recordemos que el AAP-6 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, por tanto, 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

Participation in Hostilities), it is clear that it is more expansive than that set out by the ICRC; in Afghanistan, the US has said that drug traffickers on the “battlefield” who have links to the insurgency may be targeted and killed. This is not consistent with the traditionally understood concepts under IHL – drug trafficking is understood as criminal conduct, not an activity that would subject someone to a targeted killing. And generating profits that might be used to fund hostile actions does not constitute DPH”. LINNEWBER, Edward C. (2011), “To Target or not to Target: Why ’tis Nobler to Thwart the Afghan Narcotics Trade with Nonlethal Means”. *Military Law Review*, Vol. 207, pp. 155-202.

de unos límites razonables por la eliminación del obstáculo y la continuación de la misión¹⁴⁴⁰. 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 más generales del trabajo. Si existe posibilidad de una persecución penal lo normal será la transferencia de los posibles detenidos a las autoridades competentes, sean de la nación anfitriona u otras. 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 penal¹⁴⁴¹.

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 Unidas¹⁴⁴². No parece ponerse en duda,

¹⁴⁴⁰ Normalmente, es estos casos habría que residenciar la privación de libertad, reducida el mero “arresto”, en el sentido aquí empleado, en la autorización para el uso de la fuerza mínima indispensable para evitar interferencias con la misión. Por ejemplo en el (2009) RULES OF ENGAGEMENT HANDBOOK del International Institute of Humanitarian Law ... op.cit. se incluyen los siguientes modelos “25. I Use of non-deadly force to detain (SPECIFY persons) in (SPECIFY circumstances) is permitted. 25 J Use of force, up to and including deadly force, to detain (SPECIFY persons) in (SPECIFY circumstances), is permitted.”. Esto aparece claramente separado de la detención en el marco de operaciones de apoyo a las autoridades civiles “GROUP 110-119: ASSISTANCE TO CIVIL AUTHORITIES. Series 110. Use of Force in Assistance to Civil Authorities, Including Law Enforcement (...) Series 111 Search, Detention and Arrest of Persons. Purpose: To regulate search, detention and/or arrest of persons during law enforcement related operations. Note: For search and detention of persons in non-law enforcement operations, refer to series 25 – Search and Detention of Persons. 111. A. Search of (SPECIFY persons) is prohibited. 111. B. Search of (SPECIFY persons) in (SPECIFY circumstances) is permitted. 111. C. Use of non-deadly force to search (SPECIFY persons) in (SPECIFY circumstances) is permitted. 111. D. Detention or arrest of persons is prohibited. 111. E. Detention of persons found committing a serious offense is permitted. 111. F. Detention of persons found committing an offense is permitted. 111. G. Detention of persons found escaping from having committed a serious offense is permitted. 111. H. Arrest of persons found committing a serious offense is permitted. 111. I. Arrest of persons found committing an offense is permitted. 111. J. Arrest of persons reasonably believed to be about to commit a serious offense is permitted. 111. K. Arrest of persons reasonably believed to be about to commit an offense is permitted. 111. L. Arrest of persons reasonably believed to have committed a serious offense is permitted. 111. M. Arrest of persons who are reasonably believed to have committed an offense is permitted.”

¹⁴⁴¹ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security* ...op.cit.. p.125 y ss. Es lo que este autor denomina operational detentions.

¹⁴⁴² En el varias veces mencionado discurso ante la ASIL, en marzo de 2010, Harold Koh, Asesor Jurídico del Departamento de Estado argumentaba: “b. Legal Authority to Detain. Some

por ahora, la posibilidad de llevar a cabo tal tipo de detenciones, y de hecho se llevan a la práctica con relativa frecuencia¹⁴⁴³. Lo que resulta borroso en éste panorama, es no tanto el fundamento último de la detención, 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 a veces necesaria. Naturalmente esto incluye aspectos tales como fundamento y oportunidad de la detención, trato del detenido, transferencia del mismo, revisión de la medida y puesta en libertad¹⁴⁴⁴. En definitiva, el marco jurídico aplicable a las detenciones en operaciones militares es en el contexto del Derecho internacional un tema controvertido aún en estos momentos. Como señala Oswald¹⁴⁴⁵, 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 Regulations¹⁴⁴⁶; 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”.

have asked what legal basis we have for continuing to detain those held on Guantanamo and at Bagram. (...) First, we continue to fight a war of self-defense against an enemy that attacked us (...). Second, in Afghanistan, we work as partners with a consenting host government. And third, the United Nations Security Council has, through a series of successive resolutions, authorized the use of “all necessary measures” by the NATO countries constituting the International Security Assistance Force (ISAF) to fulfill their mandate in Afghanistan. Así lo reconoce también HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security ...* op.cit. p. 138-139.

¹⁴⁴³ Como hemos visto al hablar de Kosovo y Timor, por ejemplo.

¹⁴⁴⁴ 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 Miliaire et de Droit de la Guerre*, nº 41, vol 1-2 p.p. 363-392, p. 376 y ss.

¹⁴⁴⁵ OSWALD, B. (2007), “The Law on Military Occupation: ...op.cit., p. 313.

¹⁴⁴⁶ Se refiere aquí al Anexo a la Convención de la Haya de 1907.

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 detención¹⁴⁴⁷.

4. MARCO JURIDICO GENERAL DE LA DETENCIÓN AHORA EXAMINADA

4.1. Normas de “soft law”

Ya hemos examinado el supuesto del conflicto armado internacional, en el que estas 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 la materia con gran detalle, y en lo que se refiere a los fundamentos legales de la detención no dicen casi nada en absoluto¹⁴⁴⁸. Por lo que respecta al resto de situaciones, en teoría, y 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 Humanos¹⁴⁴⁹, 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.

¹⁴⁴⁷ (2007) “The Handling of Detainees in International Military Operations”, 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*, nº 41, vol 1-2 p.p. 363-392, p. 14.

¹⁴⁴⁸ Para el marco jurídico del conflicto no internacional, la privación de libertad es una situación de hecho sobre la que se trata de establecer limitaciones, básicamente en lo que se refiere al trato de las personas en tal situación, pero no se hace referencia a las causas que permiten tales privaciones de libertad, cómo ocurre por ejemplo en el G IV.

¹⁴⁴⁹ 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: ... op.cit., p.11.etc..

4.2. Derecho convencional

Ahora bien, uno de los problemas que plantean 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, además, 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 mucho 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 jugar cuando se cruza el umbral del conflicto armado y durante el tiempo en el que se permanece en tal situación¹⁴⁵⁰. Dejando aparte escrúpulos

¹⁴⁵⁰ 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 mantenimiento 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 cometido 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

legales, parece notorio a estas alturas del trabajo que hay que enfocar el estudio de nuestro tema desde una perspectiva práctica, a la vista de lo que realmente se está haciendo. Aunque nos repitamos, si ha quedado algo claro en tal práctica es que no cabe descartar de plano la aplicación de las normas del DIH a las situaciones de detención, incluso en contextos que no son en sentido estricto conflictos armados, como hemos tenido ocasión de ver al referirnos a las prácticas de KFOR e INTERFET¹⁴⁵¹. Por lo tanto, repetiremos, hay que incluir aquí las ya varias veces mencionadas convenciones de Ginebra III y IV –principalmente- 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 internacional¹⁴⁵². En lo que se refiere a los

las hostilidades. Sobre la aplicación del DIH a las operaciones de paz, *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*, International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.). CERONE John (2008), “Peace operations and the complementarity of human rights law and international humanitarian law”, pp. 115-125 DAHINDEN, Erwin (2008), “The teaching, dissemination and implementation of international humanitarian law in peace operations. General introduction”, pp. 326-333, FORSTER, Jacques (2008), “Implementation of International Humanitarian Law in Peace Operations. The ICRC perspective”, pp. 334-338, KLAPPE, Ben (2008), “Implementation of International Humanitarian Law in Peace Operations. The United Nations perspective”, pp. 339-342, NAERT, Frederik (2008), “Implementation of International Humanitarian Law in Peace Operations. The European Union perspective”, pp. 348-350, POCAR, Fausto (2008), “Peace operations and the repression of international humanitarian law violations. Introduction”, pp. 250-253, SHRAGA, Daphna (2008), “The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to acceptance”, pp. 90-99, TAFT, William H. (2008), “Preventing and reporting violations of international humanitarian law” pp. 272-276, TELALIAN, Maria (2008), “Violations of international humanitarian law committed during peace operations and individual criminal responsibility”, pp. 284-290, VAN HEGELSOM, Gert-Jan (2008), “International humanitarian law and operations conducted by the European Union”, pp. 107-112, VEUTHEY, Michel (2008), «De l’applicabilité du droit international humanitaire aux opérations de paix : pour des approches juridiques, militaires et éthiques», pp. 59-68, VIDTS, Baldwin de (2008), “Implementation of International Humanitarian Law in Peace Operations. The NATO perspective”, pp. 343-347.

¹⁴⁵¹ 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 éste sentido.

¹⁴⁵² 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, ya hemos visto que mediante declaraciones políticas de alto nivel, la

conflictos armados no internacionales, las referencias son, como sabemos, el también mencionado Artículo 3 Común, y el Segundo Protocolo a los Convenios.

En segundo lugar, pero, como hemos visto, 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 así¹⁴⁵³- no entran mucho en distinciones y crean un régimen jurídico *ad hoc* para las detenciones operativas, 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 DDH¹⁴⁵⁴.

4.3. El enfoque del TEDH: Al-Jedda, segunda parte

Aunque el contexto de ocupación de Irak en 2003 es claramente incluíble en el DIH, y en particular en el régimen de ocupación, hay que volver a recordar la sentencia del caso Al-Jedda, y su claro posicionamiento en cuanto a la aplicabilidad extraterritorial del CEDH. En primer lugar, que sepamos, no existe otra sentencia parecida en el ámbito de los tribunales internacionales, en el sentido de que entra a aplicar directamente el artículo 5 de la Convención a una situación como la que nos encontramos analizando.

administración norteamericana ha admitido que considera partes sustanciales del Protocolo como derecho consuetudinario y vinculante, en particular el artículo 75 de dicho texto.

¹⁴⁵³ OSWALD, B. (2008), "Detention of Civilians on Military Operations: ...op.cit., 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.

¹⁴⁵⁴ Por ejemplo HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security ... op.cit.* p. 125 y ss., o BLUM, Stephanie Cooper (2008), "Preventive Detention in the War on Terror: ...op.cit., *passim*.

De entrada hay que recordar que los hechos examinados por la sentencia, la detención de Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda, tuvieron lugar entre el 10 de octubre de 2004 y el 31 de diciembre de 2007, es decir, después de que el régimen de ocupación cesara en Irak¹⁴⁵⁵. A partir de junio de 2004, las fuerzas británicas, entre otras se encontraban en Irak, a requerimiento del gobierno iraquí, y con autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas¹⁴⁵⁶. Por lo tanto y aunque con bastantes matices, es la situación más parecida que podemos encontrar a una detención administrativa llevada a cabo por fuerzas de paz. De hecho el argumento esgrimido por el gobierno británico no fue directamente la aplicabilidad del DIH, sino el mandato del Consejo de Seguridad. En éste contexto, la postura del Tribunal es inequívoca: aquella situación, incluso aceptando que el Consejo de Seguridad, mediante la Resolución 1546, hubiera prorrogado el marco jurídico de la ocupación cuando ésta ya había cesado –cosa que no está clara¹⁴⁵⁷–, no justifica *per se* un internamiento sin cargos durante más de tres años¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁵ La situación de ocupación en irak finalizó el 28 de junio de 2004. En cuanto a los hechos de Al Jeddah, párrafos 10 y 11 de la sentencia: “10. In September 2004 the applicant and his four eldest children travelled from London to Iraq, via Dubai. He was arrested and questioned in Dubai by United Arab Emirates intelligence officers, who released him after 12 hours, permitting him and his children to continue their journey to Iraq, where they arrived on 28 September 2004. On 10 October 2004 United States soldiers, apparently acting on information provided by the British intelligence services, arrested the applicant at his sister’s house in Baghdad. He was taken to Basrah in a British military aircraft and then to the Sha’aibah Divisional Temporary Detention Facility in Basrah City, a detention centre run by British forces. He was held in internment there until 30 December 2007. 11. The applicant was held on the basis that his internment was necessary for imperative reasons of security in Iraq. He was believed by the British authorities to have been personally responsible for recruiting terrorists outside Iraq with a view to the commission of atrocities there; for facilitating the travel into Iraq of an identified terrorist explosives expert; for conspiring with that explosives expert to conduct attacks with improvised explosive devices against coalition forces in the areas around Fallujah and Baghdad; and for conspiring with the explosives expert and members of an Islamist terrorist cell in the Gulf to smuggle high tech detonation equipment into Iraq for use in attacks against coalition forces. No criminal charges were brought against him.”

¹⁴⁵⁶ Cómo señala el párrafo 19 de la sentencia sobre Al-Skeini “19. On 28 June 2004 full authority was transferred from the Coalition Provisional Authority to the Interim Government and the Coalition Provisional Authority ceased to exist. Subsequently the Multi-National Force, including the British forces forming part of it, remained in Iraq pursuant to requests by the Iraqi Government and authorisations from the United Nations Security Council.”

¹⁴⁵⁷ No obstante hay quien sostiene que la posibilidad de internamiento ha seguido vigente hasta 2008, sobre la base de las Resoluciones 1637 (2005), 1723 (2006) y 1790 (2007). Hay que recordar que estas resoluciones utilizaban la expresión “reaffirms the authorization for the multinational force as set forth in resolution 1546 (2004) and decides to extend the mandate of

Pero además, el análisis del Tribunal se basa en el propio artículo 5 del CEDH. Destaca el hecho de que el internamiento fuera decidido, y revisado por personal militar británico -con aportaciones del gobierno iraquí y del británico a partir de un determinado momento- sobre la base de información clasificada a la que el detenido nunca tuvo acceso. Tampoco hubo nunca una vista o audiencia, aunque Al-Jedda tuvo la posibilidad de dirigirse por escrito a las autoridades que le mantenían bajo detención¹⁴⁵⁹. Repasa las causas que justifican la detención según dicho artículo, para recordar que el Convenio no admite la detención administrativa o el internamiento si no se van a presentar cargos. Tampoco había una derogación sobre la base del artículo 15 del

the multinational force as set forth in that resolution until 31 December 2006”, por ejemplo en la resolución 1546. COLASEIS, Laurent, (2010), “The Role of the International Committee of the Red Cross in Stability ... op.cit. p. 460-461.

¹⁴⁵⁸ Durante ese período de tiempo hubo algunas revisiones, llevadas a cabo por tribunales administrativos ad hoc párrafos 12 y 13 de la sentencia: “12. The applicant’s internment was initially authorised by the senior officer in the detention facility. Reviews were conducted seven days and twenty-eight days later by the Divisional Internment Review Committee (“the DIRC”). This comprised the senior officer in the detention facility and Army legal and military personnel. Owing to the sensitivity of the intelligence material upon which the applicant’s arrest and detention had been based, only two members of the DIRC were permitted to examine it. Their recommendations were passed to the Commander of the Coalition’s Multinational Division (South East) (“the Commander”), who himself examined the intelligence file on the applicant and took the decision to continue the internment. Between January and July 2005 a monthly review was carried out by the Commander, on the basis of the recommendations of the DIRC. Between July 2005 and December 2007 the decision to intern was taken by the DIRC itself, which during this period included as members the Commander together with members of the legal, intelligence and other staffs. There was no procedure for disclosure of evidence nor for an oral hearing, but representations could be made by the internee in writing which were considered by the legal branch and put before the DIRC for consideration. The two Commanders who authorised the applicant’s internment in 2005 and 2006 gave evidence to the domestic courts that there was a substantial weight of intelligence material indicating that there were reasonable grounds for suspecting the applicant of the matters alleged against him. 13. When the applicant had been detained 18 months, the internment fell to be reviewed by the Joint Detention Committee (JDC). This body included senior representatives of the Multi-National Force, the Iraqi Interim Government and the Ambassador for the United Kingdom. It met once and thereafter delegated powers to a Joint Detention Review Committee, which comprised Iraqi representatives and officers from the Multi-National Force.”

¹⁴⁵⁹ Párrafo 98 de la sentencia : “The applicant was detained in a British military facility for over three years, between 10 October 2004 and 30 December 2007. His continuing internment was authorised and reviewed, initially by British senior military personnel and subsequently also by representatives of the Iraqi and United Kingdom Governments and by non-British military personnel, on the basis of intelligence material which was never disclosed to him. He was able to make written submissions to the reviewing authorities but there was no provision for an oral hearing. The internment was authorised “for imperative reasons of security”. At no point during the internment was it intended to bring criminal charges against the applicant”

Convenio¹⁴⁶⁰. En conclusión, el Tribunal estimó que había existido violación del artículo 5.

De entre las reacciones frente a la sentencia, dejando aparte algunas ya examinadas en otro capítulo, destaca por su *auctoritas* la de Jelena Pejic, que lamenta que el TEDH se haya inmiscuído en la interpretación del DIH¹⁴⁶¹. Nos parece una reacción injusta; de hecho la sentencia habla poco del DIH y no lo interpreta en puridad. Parte de la base de que el régimen de ocupación había cesado, como hemos visto. Si acaso, la interpretación gira en torno a la aplicabilidad de dicho régimen por un mandato del Consejo de Seguridad, y no por que se den las circunstancias objetivas –el umbral- de aplicación¹⁴⁶².

¹⁴⁶⁰ Párrafo 100 de la sentencia: “It has long been established that the list of grounds of permissible detention in Article 5 § 1 does not include internment or preventive detention where there is no intention to bring criminal charges within a reasonable time (...). The Government do not contend that the detention was justified under any of the exceptions set out in subparagraphs (a) to (f) of Article 5 § 1, nor did they purport to derogate under Article 15. Instead, they argue that there was no violation of Article 5 § 1 because the United Kingdom’s duties under that provision were displaced by the obligations created by United Nations Security Council Resolution 1546. They contend that, as a result of the operation of Article 103 of the United Nations Charter (...), the obligations under the Security Council Resolution prevailed over those under the Convention.”

¹⁴⁶¹ PEJIC, Jelena (2011), “The European Court of Human Rights’ Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law”. IRRIC Vol. 93 N° 883, pp. 837-851. La autora se centra en el párrafo 107 de la sentencia, que se refiere a las resoluciones del Consejo de Seguridad. P. 851: “What the Court did not do was to accept that IHL constitutes a valid legal basis for detention in international armed conflict, based on its conclusion that the Fourth Geneva Convention does not impose an obligation of internment on parties to such conflicts. In so doing, the Court seems not to have grasped the logic of IHL, and thus, it is submitted, erroneously interpreted the plain language of that treaty. Importantly, the Court’s conclusion about why the Fourth Geneva Convention could not be a basis for civilian internment may be read to apply equally to POW internment (like the Fourth Convention, the Third Convention only authorizes, but does not explicitly ‘oblige’, internment). This may be deemed a potential and serious revision of a legal regime – IHL – agreed to by all states in the world and one generally considered to constitute the applicable *lex specialis* in international armed conflicts. It is thus also submitted that ECHR member states should seriously consider arguing similar cases in the future, where they arise, on the IHL *lex specialis* ground.”

¹⁴⁶² Por otro lado el TEDH siempre ha sido extremadamente cuidadoso a la hora de tratar el DIH, en las múltiples ocasiones en que éste tenía una relevancia para el caso concreto. La Corte Interamericana, sí que se ha referido expresamente a la cuestión en el sentido de declararse incompetente para entender en materia de DIH, como se deduce de los casos Juan Carlos Abella c. Argentina, “La Tablada”, n°11.137 N° 55/97 y de Artemio Pantoja Ordoñez y otros contra Colombia, conocido como “Las Palmeras”, n°11.237, N°10/98. MARTIN, Fanny (2001), “Le droit international humanitaire devant les organes de contrôle des droits de l’homme”. *Droits Fondamentaux*, n° 1, pp. 119-148

Sea cómo fuere, la sentencia implica un importantísimo punto de referencia para el tema de la detención en operaciones de paz. Si en el contexto dudoso en el que se desarrollaron los hechos examinados el Tribunal estimó que el CEDH tenía plena aplicación, *a fortiori* debe entenderse que su doctrina es aplicable a cualquier operación de paz no regida por el DIH, salvo que el Consejo de Seguridad establezca, merced al artículo 103 de la Carta, un régimen alternativo.

5. MARCO JURÍDICO ESPECÍFICO: EL FUNDAMENTO DE LA DETENCION Y CONDICIONES DE LA MISMA EN OPERACIONES DE PAZ

5.1. La práctica en materia de detención (I): fundamento de la misma y procedimientos: La SOP 362 de COMISAF y la Interim SOP de Naciones Unidas

Hay un consenso casi universal en que, en el tipo de operaciones que hemos delimitado como operaciones de paz –o asimiladas- en situaciones distintas al conflicto armado internacional, el principal fundamento tanto para el uso de la fuerza más allá de la legítima defensa, incluyendo la posibilidad de privar de libertad, es el mandato del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, a través de la correspondiente resolución¹⁴⁶³. Cabe identificar otros supuestos. Por ejemplo, es frecuente que las legislaciones internas –por ejemplo la española- admitan que cualquiera pueda detener a quien está cometiendo un acto delictivo o lo va llevar a cabo de forma inminente¹⁴⁶⁴. En tal situación, las tropas internacionales podrían efectuar detenciones cumpliendo los requisitos conforme al Derecho de la nación anfitriona. Pero esto no permitiría llevar a cabo operaciones de detención planeadas con antelación.

En definitiva debemos focalizar la cuestión en el primer supuesto. Y hay que decir que poco más se puede añadir: aceptado que “todos los medios necesarios” incluyen la posibilidad de detener, el fundamento ya parece no sólo

¹⁴⁶³ NAERT, F. (2006), “Detention in Peace Operations: ...op.cit. p. 18-19.

¹⁴⁶⁴ NAERT, F. (2006), “Detention in Peace Operations: ...op.cit. p. 23.

completo, sino irrefutable¹⁴⁶⁵. Hay no obstante otros posibles fundamentos de la detención, como puede ser el consentimiento del Estado anfitrión a través de un SOFA, por ejemplo¹⁴⁶⁶. Recordemos que el DIH no dice nada sobre el fundamento de la detención en conflicto armado no internacional.

Está además la aplicación de la ley de bandera de las tropas implicadas: Es notorio que en las circunstancias de una operación de éste tipo que exijan la adopción de una drástica medida como la detención, los actores van a tomar como referente legal, consciente o inconscientemente, su derecho interno y no el de la nación anfitriona, o en la que se desarrollen las operaciones. Conforme al usual artículo del SOFA respecto de la inmunidad de jurisdicción, serán los tribunales -o autoridades administrativas en algunos casos disciplinarios- del Estado contribuyente con tropas los que depuren posibles responsabilidades de esas tropas en relación con presuntas detenciones ilegales. Si se hace referencia esto es no tanto para encontrar el fundamento de la detención como para explicar determinadas actitudes. De hecho es más que dudoso que se pueda aplicar el derecho nacional de un Estado fuera de sus fronteras más que en los términos del SOFA –es decir, para la persecución penal o disciplinaria de los miembros del contingente- pero no como fundamento legal general¹⁴⁶⁷. Además, Estados como España arrastrarian consigo sus obligaciones

¹⁴⁶⁵ Sin embargo no toda la doctrina está de acuerdo. Así aparece en las conclusiones del “Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict. Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22–23 September 2008. IRRC, Volume 91 Number 876 December 2009, PP. 859-881. p. 868: “The experts agreed that a United Nations Security Council Resolution (hereafter “UNSCR”) under Chapter VII of the Charter could possibly constitute a legal basis for internment when the measure of internment and the permissible grounds for it are explicitly mentioned in the resolution.¹⁵ Some experts argued that the “all necessary measures” phrase commonly used in Chapter VII resolutions can constitute a legal basis for internment by multinational forces taking part in an armed conflict. However, other experts argued that the phrase is too vague to provide a legal basis for internment, i.e. to be interpreted as giving lawful authority. Human rights bodies are also unlikely to accept the latter but have made no pronouncements on the matter thus far. It was concluded that a Chapter VII UNSCR could possibly provide the legal basis for internment in NIAC. There was, however, no agreement on the level of specificity required of the language of such a resolution”. Ya hemos visto la postura oficiosa de la administración de EEUU, a través de las opiniones de Harold KOH y la opinión de otros autores como HAUSSLER. Hay que insistir siempre en que nos referimos a aquellos supuestos en los que no hay una guerra

¹⁴⁶⁶ Conclusiones del “Expert meeting on procedural safeguards ... cit., p. 869. también, entre otros, NAERT, F. (2006), “Detention in Peace Operations: ...op.cit. p 12.

¹⁴⁶⁷ Conclusiones del “Expert meeting on procedural safeguards ... cit.. p. 867.

derivadas del CEDH. ¿Deberían en tal caso derogar tales obligaciones en materia de detención sobre la base del artículo 15 del Convenio?. Parece claro que la participación en una fuerza de pacificación no constituye un “caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”, conforme al punto 1 de dicho artículo.

Nos encontramos, de nuevo con una zona fronteriza entre el DIH y el DIDH. Porque, si no es de aplicación el DIH, o sí lo es, pero en la parte correspondiente a los conflictos de naturaleza no internacional, ¿cuál es entonces el marco jurídico aplicable a la detención llevada a cabo por fuerzas internacionales?. Una cosa es el fundamento de la detención, y otra distinta el marco jurídico interno de esa detención. La resolución del Consejo de Seguridad podrá habilitar para realizar detenciones, pero no suele entrar en detalles. ¿Que enfoque es el que corresponde en éste caso, el del DIH, o el policial-judicial? ¿Existe un marco jurídico específico, o al menos identificable para éste tipo de detenciones? Si empezamos por la segunda pregunta, el examen de la práctica contemporánea no permite contestar del todo afirmativamente. Ya hemos visto algunas prácticas como las de KFOR e INTERFET. Vamos a hacer referencia ahora a dos documentos que describen el enfoque de la OTAN y de la ONU sobre el particular, que a la postre resultan bastante coincidentes.

El primero es la SOP (*Standing Operating Procedure*) 362 de COMISAF, revisada en sucesivas ocasiones¹⁴⁶⁸. La naturaleza jurídica de una SOP es controvertida¹⁴⁶⁹. Puede considerarse una orden, pero en teoría sólo establece procedimientos, cuya legalidad se supone previamente comprobada. Por otro lado, en un contexto multinacional, la legislación nacional de cada Estado contribuyente con tropas es la principal herramienta de interpretación de las

¹⁴⁶⁸ Hay que tener cuidado de no confundir la SOP 362 con el MC 362/1, relativo a las NATO Rules of Engagement; aparentemente la coincidencia en la numeración es pura casualidad.

¹⁴⁶⁹ SOP es el acrónimo de Standing Operating Procedure (a veces Standard Operating Procedure). Según el AAP 6, NATO Glossary of Terms and Definitions, versión de 2012 <http://nsa.nato.int/nsa/zPublic/ap/aap6/AAP-6.pdf>, se trata de “A set of instructions covering those features of operations which lend themselves to a definite or standardized procedure without loss of effectiveness. The procedure is applicable unless ordered otherwise. En francés se denominan “instructions permanentes”, y el mismo texto las define como “Série d’instructions concernant certains aspects d’opérations se prêtant à l’établissement d’une procédure définie et normalisée sans qu’il y ait perte d’efficacité.”

posibles obligaciones contraídas¹⁴⁷⁰. En otras palabras, ningún compromiso de índole política –y las obligaciones *vis-à-vis* organizaciones como la OTAN los son fundamentalmente- puede violentar la legislación de los Estados contribuyentes. Ningún Estado se compromete a hacer algo que entre en conflicto con su legislación nacional –que incluye los tratados internacionales que pasen a formar parte de la misma o el Derecho internacional consuetudinario, por supuesto- pero lo cierto es que las obligaciones se contraen en términos muy amplios, existan o no *caveats*, como hemos visto.

La SOP 362 se refiere a la detención de “*non-ISAF personnel*”, es decir, aquellos que no se incluyen en el SOFA, obviamente regidos por sus respectivas leyes nacionales. El caso de Afganistán es muy 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 en cuanto a si se puede calificar de conflicto, como hemos visto. La Resolución 1386 (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 362 de ISAF, actualizada en sucesivas ocasiones, como decimos, 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 antes¹⁴⁷¹, y las Convenciones de Ginebra, el Protocolo Adicional I, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Es difícil extraer conclusiones acerca de este marco de referencia; si los convenios incluyen el artículo 3 común, lo cierto es que el Protocolo II no se menciona entre las referencias. Esto no nos permite deducir que la OTAN considere la situación en Afganistán como un conflicto internacional ni lo contrario. De hecho, es libre y voluntario por parte de cada Estado parte en los convenios y el Protocolo el aplicarlos en un contexto que exige menos garantías, y lo cierto es que algunos Estados contribuyentes a ISAF no son

¹⁴⁷⁰ Por ejemplo el MC 362/1, en su parte primera parte reconoce que las fuerzas armadas de las distintas naciones participantes no están obligadas a llevar a cabo tareas u operaciones que constituyan una quiebra de su legislación nacional.

¹⁴⁷¹ Allied Joint Publication AJP-2.5(A), sobre Captured Persons, Materiel and Documents,

partes en el Protocolo I¹⁴⁷². La SOP 362 de ISAF define la detención en el contexto de Afganistán como una privación deliberada de la libertad de un individuo si es capturado por, o puesto bajo la custodia de ISAF, y –es decir que parece que deben concurrir las dos condiciones- es o debe ser trasladado del lugar de detención. Las retenciones temporales para facilitar las operaciones o para la seguridad de la fuerza, con la consiguiente liberación posterior, no entrarían aquí¹⁴⁷³.

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, con seguridad establecido por las ROE aprobadas para la Operación. Hay, además, un canje de cartas entre el COMISAF y el Delegado para Afganistán del CICR, firmado en 2006, respecto a las visitas de personal de la Cruz Roja a las personas detenidas por ISAF¹⁴⁷⁴.

No cabe poner casi ninguna objeción a todo este régimen, que trata de regular razonablemente la detención, y lo hace teniendo en cuenta cabalmente todo el marco jurídico de referencia examinado. Incluso se admite la posibilidad de asistencia jurídica si es solicitada y no interfiere con la operación.¹⁴⁷⁵ 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, incluidas las reglas de enfrentamiento, la cosa no se haya estandarizado con un carácter más general y desde luego a un nivel más alto que el meramente operacional o táctico. Por otro lado, la posible doctrina de la OTAN sobre detenciones al final no ha llegado a cuajar, pero desde luego, entre sus asunciones estaba la de la divergencia entre las naciones en relación con la detención¹⁴⁷⁶. 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 el

¹⁴⁷² Al menos los EEUU y Turquía.

¹⁴⁷³ Punto 5, apartado a de la SOP 362 de ISAF.

¹⁴⁷⁴ Copia de ambos documentos en poder del autor.

¹⁴⁷⁵ Anexo C punto 8.

¹⁴⁷⁶ NATO Operational Custody & Detention Compendium.

Estado anfitrión 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 en 2007¹⁴⁷⁷, o el celebrado entre el último de los mencionados y el ministro de defensa de Holanda¹⁴⁷⁸.

Por ello, tiene más interés para esta parte de nuestro trabajo la práctica de las Naciones Unidas. La *Interim Standard Operating Procedures*, relativa a *Detentions in United Nations Peace Operations* tiene un aire de familia con la anterior, y de hecho no cabe descartar que se emitiese siguiendo el ejemplo de la OTAN. No obstante hay algunos elementos muy importantes que las diferencian, en sentido positivo para la iniciativa de Naciones Unidas. La SOP está aprobada por el Jefe del DPKO –como sabemos un *Under-Secretary General*, y se revisa anualmente. El ejemplar que manejamos es de 25 de enero de 2010¹⁴⁷⁹.

La Interim SOP de Naciones Unidas define la detención como

*“the temporary deprivation of liberty of a person by United Nations personnel in a United Nations peace operation. Detention commences when a person is deprived of his/her liberty and ends upon release or handover”*¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁷ Texto del MOU en <http://www.ambottawa.um.dk/NR/rdonlyres/97DB19DB-2A1D-4C6E-92A1-742671501049/0/DKAFGoverdragelesaftale.pdf>.

¹⁴⁷⁸ 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. sus provisiones más destacables son las que se refieren al seguimiento de los detenidos: “Section 4. Representatives of the Afghan Independent Human Rights Commission, representatives of the Royal Netherlands Embassy including members of The Netherlands military forces acting on behalf of the Embassy, and others as determined between the Participants, will have full access to any persons transferred by the Netherlands military forces to Afghan authorities while such persons are in custody. The International Committee of the Red Cross and Red Crescent (ICRC) and relevant human rights institutions within the UN system will be allowed to visit such persons The military forces of the Netherlands will notify the ICRC, as appropriate, and the Afghan Independent Human Rights Commission when a person has been transferred to Afghan authorities.” También se excluye la aplicación de la pena de muerte a los transferidos: “Section 7. No person transferred by the Netherlands military forces to Afghan authorities will be subject to the execution of the death penalty.”

¹⁴⁷⁹ United Nations, Department of Peacekeeping Operations, Department of Field Support, Ref. 2010.6, ejemplar en poder del autor.

¹⁴⁸⁰ Apartado E, punto 102.c.

La de Naciones Unidas no es una SOP para una operación concreta, sino una directriz para cualquier operación de paz de la ONU en la que se autorice la detención. Además es de carácter provisional (*interim*), es decir, sirve como procedimiento de actuación hasta que se determine un régimen específico para la misión en concreto. Se trata, por tanto, de un evidente intento por establecer una regulación general de la detención en operaciones de paz. La SOP, como venimos repitiendo no es exactamente una norma jurídica que autorice nada, sino un procedimiento en el caso de que tal autorización se produzca¹⁴⁸¹. Las referencias del documento no difieren sustancialmente de la SOP 362, pero sí que son más extensas, y desde luego colocan el escenario genérico al que está dirigida más claramente en el marco del DIDH. En cualquier caso, incluyen los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales –en este caso los dos- así como los convenios universales en materia de derechos humanos¹⁴⁸².

¹⁴⁸¹ En su apartado B, la SOP declara “This document sets forth interim standard operating procedures for the handling of persons detained by United Nations personnel in Missions, and shall be applicable until such time as final standard operating procedures are approved. These Interim Standard Operating Procedures do not confer authority on any Mission or person to undertake detention. As such, they shall only apply to Missions for which such authority has been mandated by the Security Council or The General Assembly, as elaborated in Mission-specific military rules of engagement or police directives on the use of force issued by the Department of Peacekeeping Operations. These Interim Standard Operating Procedures apply to United Nations peace operations and are not intended to apply to other operations which, although mandated or authorized by the United Nations, are not subject to the command and control of the United Nations. They are not intended to establish international legal obligations applicable to all situations of armed conflict or international military interventions; rather, they reflect the policy applicable for all United Nations peace operations as defined in this document.”

¹⁴⁸² En su apartado F de referencias, la SOP establece: “103. Normative or superior references. a. International human rights, humanitarian and refugee law, norms and standards. b. Secretary-General’s Bulletin on ‘Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law’, dated 6 August 1999 (reference ST/SGB/1999/13). c. Mission-specific military rules of engagement, police directives on the use of force and related matters, SOFAs, and SOMAs”. En cuanto a las leyes, normas y estándares a los que hace referencia el apartado a, la SOP señala: “As set-forth inter alia in the relevant provisions of the following instruments: Universal Declaration of Human Rights (...); International Covenant on Civil and Political Rights (...); Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (...); Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (...); Body of Principles for the Protection of All Persons Under Any Form of Detention or Imprisonment (...); Code of Conduct for Law Enforcement Officials (...); Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials (...), Convention on the Rights of the Child (...); United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (Resolución 40/33 de la Asamblea General de 29 de noviembre de 1985); Guiding Principles on Internal

En definitiva, se trata de un procedimiento estandarizado para regir la práctica de detenciones en espera de una norma específica de la operación o “misión”. Pero desde luego resulta muy útil para los propósitos de nuestro trabajo; al fin y al cabo, hablamos de Naciones Unidas, y por lo tanto de la principal organización universal, evidentemente privilegiada en dicho contexto por ser depositaria del sistema de seguridad colectiva diseñada por la Carta. Por lo demás la SOP no aporta ninguna sorpresa, es simplemente un compendio de experiencias, y no hace sino corroborar buena parte de las afirmaciones que hemos venido haciendo.

Las condiciones, por así decirlo, físicas o materiales de la detención parecen tener como referencia mínima los instrumentos de *soft law* citados en la *Interim SOP*, y en concreto las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, o el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, entre otros. De hecho, el compendio de DIH consuetudinario del CICR, al referirse a las personas privadas de libertad (reglas 118 a 128) en los conflictos armados no internacionales, hace repetidas referencias a estos estándares – y a otros tratados en materia de derechos humanos- cómo punto de referencia¹⁴⁸³.

Displacement (contained in the annex of document E/CN 4/1998/53/Add 2 dated 11 February 1988); Guidelines for the Effective Implementation of the Code of Conduct for Law Enforcement Officials (Resolución del Consejo Económico y Social 1989/61 de 24 de mayo de 1989); International Code of Conduct for Public Officials (Resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996; Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (recommended by the General Assembly resolution of 4 December 2000).” Además de esto se recogen las Convenciones III y IV de Ginebra y sus dos protocolos adicionales.

¹⁴⁸³ (2005) CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW. VOLUME I. RULES. citado. Por ejemplo pp. 428-429 “Rule 118. Persons deprived of their liberty must be provided with adequate food, water, clothing, shelter and medical attention (...). Non-international armed conflicts. Specific treaty law with respect to the provision of detainees’ basic needs in non-international armed conflicts is contained in Additional Protocol II. In addition, this rule is contained in other instruments pertaining also to noninternational armed conflicts. The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners provides detailed provisions concerning accommodation, hygiene, clothing, bedding and food.” Pp. 433-434 “Rule 120. Children who are deprived of their liberty must be held in quarters separate from those of adults, except where families are accommodated as family units (...) Non-international armed conflicts. The requirement to house child and adult detainees separately is set forth in the International Covenant on Civil and Political Rights and in the Convention on the Rights of the Child, the latter ratified almost universally. In addition, it is provided for in many other instruments pertaining also to non-international armed conflicts.” A este respecto, la SOP de Naciones

En general, el DIH consuetudinario ofrece, en defecto de un marco jurídico específico, una serie de reglas mínimas para las privaciones de libertad en materia de conflictos no internacionales, que en la medida en la que tienen sentido para las detenciones por fuerzas multinacionales tienen su reflejo tanto en la SOP de ISAF como en la Interim SOP de Naciones Unidas. Entre estas reglas hay que citar la separación entre hombres y mujeres¹⁴⁸⁴, alejamiento de los detenidos de las áreas de combate¹⁴⁸⁵, prohibición del pillaje¹⁴⁸⁶, registro de datos de los detenidos¹⁴⁸⁷, papel del CICR¹⁴⁸⁸, derecho a la

Unidas, en sus puntos 52-55 establece una serie de directrices sobre el tratamiento a los niños: “52. The detention of a child shall be used only as a measure of last resort and for the shortest possible period of time. 53. Children shall be separated from other detained persons unless it is considered contrary to their best interests. However, in cases where a child is detained with members of his/her family, the child shall not be separated unless keeping the child with the family member would be against his/her best interest.”

¹⁴⁸⁴ “Rule 119. Women who are deprived of their liberty must be held in quarters separate from those of men, except where families are accommodated as family units, and must be under the immediate supervision of women”. La SOP de Naciones Unidas, recoge en sus puntos 30-32 normas relativas a la privacidad y el alojamiento: “30. Detained persons shall be protected from any exposure to public curiosity. 31. Female detained persons shall be separated from male detained persons”. También están previstos los cacheos. Los puntos 44-46 se refieren a la cuestión de género: “44. United Nations personnel performing a search shall not humiliate or embarrass detained persons being searched. Search procedures shall take into account gender and age, and be sensitive to other factors, such as race, religion, disability and cultural practices. It is prohibited to strip search detained persons. 45. Searches of detained persons shall be conducted by two persons of the same sex as the detained person. 46. Male United Nations personnel may search female detained persons only: a) at the moment detention commences; b) for imperative security reasons such as when there is a reasonable belief that the female is carrying a weapon, and c) when no female United Nations personnel are available to carry out the search”. Siempre ha habido una especial atención a las mujeres y sus circunstancias peculiares en el DIH. En los convenios de Ginebra se detecta todavía por el lenguaje empleado, el viejo concepto de la caballerosidad. ASHDOWN, Julie and JAMES, Mel (2010), “Women in Detention”, *IRRC*, Vol. 92, N° 877 pp. 123-141, LINDSEY, Charlotte (2001), “Women and war: the detention of women in wartime”. *IRRC*, Vol. 83 N° 842, pp. 505-520. Por otro lado el tema del género está presente en todo conflicto armado actual. TURANO, Laura C. (2011), “The Gender Dimension of Transitional Justice Mechanisms”. *International Law and Politics*, vol. 43, pp. 1045-1086.

¹⁴⁸⁵ “Rule 121. Persons deprived of their liberty must be held in premises which are removed from the combat zone and which safeguard their health and hygiene.”

¹⁴⁸⁶ “Rule 122. Pillage of the personal belongings of persons deprived of their liberty is prohibited.”

¹⁴⁸⁷ “Rule 123. The personal details of persons deprived of their liberty must be recorded.”

¹⁴⁸⁸ “Rule 124. (...) B. In non-international armed conflicts, the ICRC may offer its services to the parties to the conflict with a view to visiting all persons deprived of their liberty for reasons related to the conflict in order to verify the conditions of their detention and to restore contacts between those persons and their families.”

correspondencia¹⁴⁸⁹, visitas¹⁴⁹⁰, práctica religiosa¹⁴⁹¹ y puesta en libertad¹⁴⁹². Pero la impronta del régimen del DIDH es abrumadora.

Podemos, hasta ahora, sacar algunas conclusiones de éste escaso régimen; la primera es que cada uno de los documentos examinados se guarda mucho de establecer reglas generales, o de admitir que existan otras aparte de las recogidas en sus propias referencias. Y aunque veamos más tarde que en buena medida los contenidos generales de los documentos no difieren sustancialmente, sí lo hacen si traemos a colación, además, la práctica en Kosovo y Timor Oriental, en cuestiones como la duración de la medida o el establecimiento de mecanismos de revisión o control de la misma.

5.2. La práctica en materia de detención (II): Estatuto del detenido, duración de la medida y vías de revisión

Como venimos diciendo, el DIH –el referido a los conflictos armados internacionales- ofrece una auténtica y verificable panoplia de regímenes jurídicos para los distintos supuestos de privación de libertad asociada al conflicto. Sin embargo no se puede predicar lo mismo de los supuestos de detención en situaciones distintas al conflicto armado internacional, en particular aquellos realizados por fuerzas militares internacionales.

Si nos guiamos por las “leyes, normas y estándares” a los que se refiere la SOP interina de Naciones Unidas, la detención es una situación de hecho regida por una extensa lista de tratados, declaraciones, documentos no normativos, etc, que se aproxima mucho a la situación del detenido en el marco de los derechos internos, básicamente condicionados por el DIDH. Por lo tanto

¹⁴⁸⁹ “Rule 125. Persons deprived of their liberty must be allowed to correspond with their families, subject to reasonable conditions relating to frequency and the need for censorship by the authorities.”

¹⁴⁹⁰ “Rule 126. Civilian internees and persons deprived of their liberty in connection with a non-international armed conflict must be allowed to receive visitors, especially near relatives, to the degree practicable.”

¹⁴⁹¹ “Rule 127. The personal convictions and religious practices of persons deprived of their liberty must be respected.”

¹⁴⁹² “Rule 128. (...) C. Persons deprived of their liberty in relation to a non-international armed conflict must be released as soon as the reasons for the deprivation of their liberty cease to exist. The persons referred to may continue to be deprived of their liberty if penal proceedings are pending against them or if they are serving a sentence lawfully imposed.”

habría que explorar la existencia de un hipotético “estatuto del detenido” por fuerzas militares internacionales. El examen de la práctica y de los escasos documentos que existen sobre el particular, por ejemplo las dos SOP parcialmente examinadas, no invita a pensar que tal estatuto –aunque sea un denominador común de la detención operativa- exista con carácter general, más allá de lo que se puede deducir del conjunto de normas, convencionales, consuetudinarias y de *soft law* a las que nos hemos referido en repetidas ocasiones, incluyendo las de DIH. Lo que existe son personas detenidas por fuerzas militares de Estados que se rigen, básicamente, por su derecho interno, como reconoce explícitamente la SOP 362 de ISAF¹⁴⁹³. También aparece claramente expresado en esta última que dicho estatuto no es el del prisionero de guerra, ni el de personas acusadas de crímenes de guerra por el Tribunal Penal Internacional u otros¹⁴⁹⁴.

Hay en nuestra opinión un escollo adicional para que tal estatuto existiera, que es el de la clasificación de los documentos que contienen los aspectos procedimentales de la detención. Ya hemos visto que la *COMKFOR Directive* y la *INTERFET Detainee Ordinance* son documentos cuyo contenido se ha ido conociendo mediante artículos en revistas especializadas. La SOP de ISAF es *NATO Unclassified*, pero tampoco es de dominio público. Algo parecido ocurre con la Interim SOP de Naciones Unidas, aunque no tiene clasificación de ningún tipo. Se trata de documentos operativos, es decir, dirigidos a las fuerzas militares propias, y no concebidos como un catálogo de derechos de las personas privadas de libertad –lo que constituiría un estatuto- sino de deberes de aquellas, en el mejor de los casos.

La duración de la privación de libertad es cuestión controvertida, pero todos los documentos examinados establecen plazos, bien para la puesta en libertad, bien para la entrega del detenido a autoridades locales o asimiladas. Ya hemos examinado con cierto detenimiento los regímenes seguidos en Kósovo y Timor. En el primer caso, la *COMKFOR Directive 42*, establecía el límite general de 72 horas, aunque era prorrogable sin límite definido, con la posibilidad de revisión con mecanismos creados por la propia KFOR.

¹⁴⁹³ En su Introducción, la SOP (punto 4) así lo reconoce.

¹⁴⁹⁴ Punto 3 de la Introducción.

INTERFET, por su parte estableció el límite de 96 horas, también prorrogable y revisable ante órganos internos de INTERFET –con la vista puesta en la entrega de toda la responsabilidad a las autoridades civiles tan pronto un gobierno interino fuera puesto en funcionamiento- aunque como hemos señalado ni la duración ni la ejecutoria de INTERFET han permitido que se plantearan situaciones demasiado polémicas.

En el caso de ISAF, la detención no puede exceder las 96 horas más que en los casos en que, por razones de índole logística o médica, y siempre con la expresa autorización de COMISAF, no sea posible hacerlo antes¹⁴⁹⁵. No obstante se desaconseja explícitamente el mantenimiento de la medida con fines de interrogatorio u obtención de información¹⁴⁹⁶. Dadas estas limitaciones temporales, parece lógico que no se haya establecido expresamente un procedimiento de revisión de la medida.

La postura de la ONU en su *Interim SOP* es la de limitar la medida a un máximo de 48 horas ampliable en otras 24, en el caso de que los detenidos se encuentren en tránsito y en el proceso para entregarlos a las autoridades nacionales¹⁴⁹⁷. Cabe también la extensión de la detención por más de 72 horas si

“the relevant national authorities make a written request to the Head of Mission asking that the Mission temporarily detain such person on their behalf, b) the Mission has a mandate to assist national law enforcement authorities in the

¹⁴⁹⁵ Punto 5.e) .En realidad, cómo se aclara más adelante, la entrega si se produce debe hacerse “as soon as practicable”. De todas formas, y como muestra de la no obligatoriedad ni de las ROE aprobadas ni, por supuesto de la SOP 362, al menos Canadá, el Reino Unido y EEUU tienen declaradas *caveats* que les permiten prolongar la custodia durante catorce días. “Treatment of Conflict Related Detainees in Afghan Custody”. United Nations Assistance Mission in Afghanistan. UN Office of the High Commissioner for Human Rights October 2011 Kabul, Afganistán, p. 39.

http://unama.unmissions.org/Portals/UNAMA/Documents/October10_%202011_UNAMA_Detention_Full-Report_ENG.pdf ,

¹⁴⁹⁶ Punto 10, *in fine*”, califica la prolongación con el único objeto de practicar interrogatorios tácticos de “inaceptable”.

¹⁴⁹⁷ Puntos 73 a 75 de la Interim SOP de Naciones Unidas, que se refieren a *Length of detention*. En concreto el artículo 73 establece que “A detained person shall not be held by United Nations personnel for more than 48 hours before being a) released; or b) handed over to the national authorities. Persons may be held for an additional 24 hours if they are in transit and in the process of being handed over to the national authorities”.

apprehension and detention of alleged criminal offenders, and c) the Head of Mission considers such temporary detention to be a reasonable and appropriate manner of discharging such mandate in relation to the particular case”¹⁴⁹⁸.

En estos casos la detención por parte de la misión solo puede extenderse por el máximo periodo permitido por la legislación penal nacional, o el determinado por mandato, en su caso¹⁴⁹⁹. Tampoco en éste caso se establecen medidas de revisión de la detención, puesto que aún en los supuestos de prolongación de la medida por más de 72 horas no se trata de una medida indefinida, como vemos, y en cualquier caso se refiere a períodos muy cortos, nada que ver con algunas experiencias en Kosovo o incluso Timor.

Por lo tanto, podemos extraer la conclusión de que la práctica contemporánea en operaciones de paz establece unos límites temporales para la detención operativa que oscilan entre las 48 y las 96 horas, coincidiendo así con la legislación interna de la mayor parte de los Estados occidentales, en materia de detención policial previa a la puesta a disposición judicial.

5.3. Un enfoque doctrinal autorizado en relación con las garantías: La Interim SOP de Naciones Unidas a la luz del criterio de Jelena Pejic

De nuevo nos referimos a Jelena Pejic, esta vez en otro registro. Asesora jurídica del CICR, admite que aunque la detención administrativa de personas es práctica frecuente tanto en conflictos internacionales como en los no internacionales o en “otras situaciones de violencia”, la protección de los derechos de las personas no está suficientemente elaborada¹⁵⁰⁰. Esto se refiere sobre todo a las garantías procedimentales, más que a las condiciones

¹⁴⁹⁸ Id. Punto 74.

¹⁴⁹⁹ Id. Punto 75: “In cases where paragraph 74 applies, the detained person may be detained by the Mission for up to the maximum period permitted under the national criminal law of the Host State or as otherwise specified in the Mission’s mandate. Such detention shall fully comply with applicable international human rights, humanitarian and refugee law, norms and standards.”

¹⁵⁰⁰ PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles and Safeguards for Internment / Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence. *IRRC*, Vol. 87, N° 858, pp. 375-391.

mismas de la detención. En cualquier caso el trabajo aquí analizado es uno de los más citados en relación con el tema que nos ocupa ahora¹⁵⁰¹.

Está claro que se refiere más a los directamente implicados en el conflicto que a las fuerzas multinacionales, pero dado que escenarios como el de Afganistán demuestran que es difícil, a veces, definir cual es la naturaleza del conflicto, o si lo hay, y consecuentemente el rol que juegan las fuerzas multinacionales implicadas, tales opiniones deben ser tenidas en cuenta¹⁵⁰². Por otro lado, si se aplican a los contendientes, deben aplicarse *a fortiori* a otros implicados, como mínimo no derogable. Los fundamentos legales en que basa sus estándares son la IV Convención de Ginebra, el artículo 75 del Protocolo I a los convenios, el artículo 3 común a los mismos, el Protocolo II y el DIH consuetudinario –que ya hemos examinado parcialmente– así como el DIDH¹⁵⁰³. Pejic distingue entre los principios generales de la detención y las garantías procedimentales. En paralelo veremos hasta que punto la *Interim SOP* de Naciones Unidas se ajusta a éstos principios.

¹⁵⁰¹ Aunque el encabezamiento del artículo hace la usual reserva de que “the views expressed in this article reflect the author’s opinions and not necessarily those of the ICRC”, es evidente que se trata de una opinión con un peso especial.

¹⁵⁰² Es lo que las conclusiones del “Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict”, Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22–23 September 2008, *IRRC*, Volume 91 Number 876 pp.859-881. denomina “multinational forces-NIAC (MNF-NIAC) p. 861-862: “While many different scenarios were discussed during the meeting, the focus remained on two types of NIAC in particular: that of a so-called “traditional NIAC” opposing a State and a non-State armed group in the territory of a State, and that of a so-called “multinational-forces-NIAC” (MNF-NIAC), where a State that is confronting a non-State actor in its territory receives the assistance of a third State or of a multinational force whose involvement is such that it becomes a party to the armed conflict (for example the ongoing conflicts in Afghanistan, Iraq or the Democratic Republic of the Congo). The term can be confusing and does not indicate a separate category of NIAC that would be covered by a different set of rules, but serves – if only in an imperfect way – to indicate situations where a traditional NIAC forms the basis of a conflict that takes on an “international dimension” through the intervention of third States. It was acknowledged that the issue of classification is not without controversy, that it merits further reflection and impacts directly on the discussions about internment in NIAC, but it was agreed by participants to focus on the two above-mentioned scenarios.”

¹⁵⁰³ PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles ... op.cit., p 377-379.

5.3.A. Los principios generales de la detención

a) *El internamiento o detención administrativa es una medida excepcional. Sólo razones imperiosas de seguridad lo justifican. No cabe estimar justificada una detención con el único fin de obtener información*¹⁵⁰⁴. Es el único punto en el que existe una implícita referencia a la posibilidad, y en cierto modo a la legalidad de tal medida, pero sólo muy de pasada. El marco jurídico del conflicto armado no internacional no aporta ningún fundamento legal para la detención administrativa, como sabemos¹⁵⁰⁵. La *interim SOP* de Naciones Unidas deja bien claro que no es ningún instrumento habilitador para practicar detenciones, estas vendrán autorizadas o no por el mandato¹⁵⁰⁶.

b) *La detención administrativa no es una alternativa al procedimiento criminal, y por lo tanto no puede ser utilizada como castigo*¹⁵⁰⁷. La *interim SOP* se refiere expresamente a la detención operacional en sentido estricto, según su punto B.4.¹⁵⁰⁸ Este deslizamiento hacia lo punitivo es una práctica detectada en otros ámbitos, cómo por ejemplo los territorios ocupados por Israel. Está claro que el procedimiento criminal es en Israel tan garantista cómo en cualquier Estado occidental. De ahí la tentación que implican los procedimientos simplificados¹⁵⁰⁹. Normalmente unas fuerzas multinacionales en operación de paz no van a ejercer ningún supuesto *ius puniendi* extraterritorial. Otra cosa son las administraciones interinas.

c) *La detención sólo puede ser ordenada sobre la base de la consideración individualizada de cada persona. No caben discriminaciones de ninguna clase. Por supuesto que esto incluye una prohibición de los castigos colectivos*¹⁵¹⁰. Este principio aparece implícito en la *SOP* examinada, que se

¹⁵⁰⁴ PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles ... op.cit., p. 380.

¹⁵⁰⁵ Así aparece también en las conclusiones del "Expert meeting on procedural safeguards ... cit.. p.866.

¹⁵⁰⁶ Apartado B. Scope. Punto 2, que ya hemos visto.

¹⁵⁰⁷ PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles ... op.cit., p. 381.

¹⁵⁰⁸ "These Interim Standard Operating Procedures provide internal operational guidance to United Nations personnel. They do not address issues of criminal procedure, which are governed by the relevant laws of the Host State."

¹⁵⁰⁹ DAVIDSON, Tyler & GIBSON, Kathleen (prep.) (2009), "Experts Meeting on Security Detention ... op.cit. p. 359.

¹⁵¹⁰ PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles ... op.cit., p.381.

refiere a los detenidos casi siempre en singular (*the detained person*). Además refiere los derechos de las personas detenidas a los estándares en materia de DIDH, DIH y marco jurídico de los refugiados y el asilo¹⁵¹¹.

d) *La detención debe cesar tan pronto como desaparezcan las razones que la motivaron*¹⁵¹². Esto aparece expresamente previsto en el apartado 77 de la *Interim SOP*¹⁵¹³.

e) *La detención debe ajustarse al principio de legalidad*. Es decir que sólo podrá acordarse por motivos, y de acuerdo con procedimientos establecidos por la ley, ya sea ésta ley nacional –para los directamente implicados- o internacional¹⁵¹⁴. En definitiva, se trata de evitar las detenciones arbitrarias, a lo que, como hemos visto en el apartado c), se refiere la SOP de Naciones Unidas. Pero además es precisamente ese el objetivo de la SOP en lo que se refiere al aspecto procedimental –recordemos que el fundamento de la detención estará en su caso en el mandato- como se deduce de su apartado A¹⁵¹⁵.

5.3.B. Garantías de procedimiento

a) *Derecho a ser informado de las razones de la detención*¹⁵¹⁶. El problema radica en el conflicto de intereses entre el derecho del detenido y la necesidad militar de mantener ciertas informaciones clasificadas. En cualquier caso, debe facilitarse toda la información que sea posible, y debe hacerse tan

¹⁵¹¹ D. PROCEDURES. General principles (...) 8. “Detained persons are entitled to the rights provided in applicable international human rights, humanitarian and refugee law norms and standards. In particular, the United Nations shall not subject anyone to arbitrary or unlawful detention and shall ensure that all persons deprived of their liberty are treated in a humane manner and with respect for the inherent dignity of the human person.”

¹⁵¹² PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles ... op.cit., p. 382.

¹⁵¹³ “A detained person shall be released as soon as the detention is no longer warranted in accordance with the Misión-specific military rules of engagement or police directives on the use of force and within the time limits set forth in paragraphs 7, 73, 74 and 75 above.”

¹⁵¹⁴ PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles ... op.cit., p. 383.

¹⁵¹⁵ “The purpose of these Interim Standard Operating Procedures is to ensure that persons detained by United Nations peace operations as defined in these Interim Standard Operating Procedures (...) are handled humanely and in a manner that is consistent with applicable international human rights, humanitarian and refugee law, norms and standards.”

¹⁵¹⁶ PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles ... op.cit., p. 384.

pronto cómo sea posible¹⁵¹⁷. En cuanto a quien, parece claro que es el propio detenido, pero nada impide en determinadas circunstancias que sea a su representante legal¹⁵¹⁸. La Interim SOP recoge todo esto de forma expresa en su punto 10¹⁵¹⁹.

b) *Derecho a que la detención y el lugar de la misma sean debidamente registrados, y que el lugar sea una instalación dedicada a tales propósitos con carácter oficial.* Esto incluye la posibilidad de visitas, en particular del CICR¹⁵²⁰. Esta garantía está íntimamente vinculada con la prohibición de las desapariciones forzadas, como medio fundamental para seguir el rastro de una persona¹⁵²¹. La SOP de Naciones Unidas –a diferencia de la SOP 362 de ISAF que lo recoge con mucho detalle- no hace referencia al lugar de la detención, más que al establecer la obligación de comunicar tal lugar a la persona o personas designadas por el detenido a efectos de que su detención sea comunicada¹⁵²². De todas formas no hay que olvidar que se trata de una SOP interina y por lo tanto no referida a una misión concreta. En cuanto al resto de

¹⁵¹⁷ Un problema detectado es el de la “sobrecalificación”, o dicho de otra manera, el poner el sello de reservado, confidencial o secreto a documentos que no lo justifican en absoluto. “Expert meeting on procedural safeguards ... cit., p 873.

¹⁵¹⁸ “Expert meeting on procedural safeguards ... cit. p. 873

¹⁵¹⁹ “At the time detention commences, a detained person shall be notified orally in a language he/she understands of the reason(s) and factual basis for the detention. At the earliest practicable time thereafter, a detained person shall be given in writing the Statement of Detention at Annex A (un formulario estandarizado), the contents of which shall be read to him/her in a language he/she understands, notifying him/her on the following rights. a. To obtain information as to the reason(s) and factual basis for detention. b. To designate a family member and/or other representative to be notified of the detention. c. To make a complaint regarding conditions of detention or treatment. d. To make a claim for compensation in relation to bodily injury or damage to property arising from measures taken during detention; and e. To receive an inventory of items taken from the detained person and have those items returned under certain conditions.”

¹⁵²⁰ PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles ... op.cit., p. 384.

¹⁵²¹ FROUVILLE, Olivier de (2006), « La convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d’une négociation exemplaire. Première partie: les dispositions substantielles ». *Droits Fondamentaux*, n° 6, <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article119> .

¹⁵²² Punto 16. “The Commanding Officer who has custody of the detained person or his/her delegate shall make reasonable efforts to notify as soon as possible the person designated by the detained person of the location of the detained person.”

los registros y la posibilidad de visitas están expresamente recogidos en los puntos 92¹⁵²³, 95¹⁵²⁴ y 96, entre otros, de la SOP.

c) *Derecho a la protección diplomática o consular de los extranjeros*¹⁵²⁵. También aparece expresamente previsto en el punto 56 de la SOP examinada¹⁵²⁶.

d) *Derecho a impugnar en el más breve plazo posible la legalidad de la detención*¹⁵²⁷. En el caso de los conflictos no internacionales o en otras situaciones de violencia, a diferencia de las previsiones del IV Convenio, parece que la revisión debe realizarse ante un órgano judicial. El mecanismo parece ser el *habeas corpus*, o algo parecido. Esto plantea las dudas en lo que se refiere a las detenciones realizadas por fuerzas multinacionales en conflictos no internacionales u otras situaciones que no alcanzan el umbral del conflicto armado¹⁵²⁸. Es evidente que el mecanismo del *habeas corpus* no es fácilmente encajable en el conjunto de la operación. De hecho, cómo hemos visto, KFOR desarrolló su propio sistema de revisión de la medida de detención, pero INTERFET no, dada su corta vida de algo más de tres meses. Tampoco ISAF tiene previsto el mecanismo de revisión, al establecer un límite de 96 horas para entregar o liberar a la persona detenida. Y en el mismo caso se encuentra, como ya hemos señalado, la *Interim SOP* de Naciones Unidas. Se limita a prever un órgano encargado del control de la medida al que denomina “*Detention Focal Point*”¹⁵²⁹. Sí que establece un mecanismo para el trámite de

¹⁵²³ “The Head of Mission or his/her delegate shall ensure that the following registers are maintained and examined as required: a. Detained Persons Register. b. Detained persons Property Register; and c. Detained Persons Complaints Register”.

¹⁵²⁴ “The Human Rights Component of the Mission and the International Committee of the red Cross shall be: a. Promptly informed of all detentions and shall be granted unconditional access to detained persons at all times, including the right to visit detained persons and hold confidential interviews with detained persons and, b. Notified of all detained persons that are released, transferred or handed over to a national authority in accordance with these Interim SOP”

¹⁵²⁵ PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles ... op.cit., p. 385.

¹⁵²⁶ “A foreign detained person shall have the right to communicate with the appropriate embassy, consular official or diplomatic representative without delay. The Mission shall inform the detained person of such right and shall grant embassy consular or diplomatic representatives access to the detained person for the purposes of such communication.”

¹⁵²⁷ PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles ... op.cit., p. 385.

¹⁵²⁸ “Expert meeting on procedural safeguards ... cit., p. 880-881

¹⁵²⁹ Conforme a los puntos 14 y 15 de la SOP, “The Detention Focal Point shall be a senior staff member selected by the Head of the Mission. The Detention Focal Point shall: a) have legal

quejas relativas al tratamiento recibido o las condiciones de la detención en los puntos 70 a 72¹⁵³⁰.

e) *La revisión de la legalidad de la detención debe llevarse a cabo por un órgano independiente e imparcial.* En el caso de los conflictos no internacionales y otras situaciones de violencia debe ser de naturaleza judicial¹⁵³¹. Respecto a la práctica, o las previsiones de la *Interim SOP*, vale el razonamiento del punto d). El caso de KFOR es el supuesto analizado de práctica de detenciones de larga duración en situaciones distintas al conflicto armado, y ya hemos visto que no tenía prevista la intervención judicial así como los problemas que esto acarreó.

f) *El detenido debe tener acceso a asistencia letrada*¹⁵³². Hay que recordar que ni siquiera los convenios en materia de derechos humanos hacen referencia expresa a tal asistencia cómo un derecho en los supuestos de detención administrativa, limitándolo a los supuestos en que existan cargos criminales. Sin embargo, parece razonable dar las mayores facilidades en éste sentido¹⁵³³. La SOP de Naciones Unidas no hace referencia expresa a la cuestión, pero tampoco impide tal posibilidad. La SOP de ISAF si lo prevé como ya hemos dicho.

expertise, and b) not be placed under the authority, command and control of the Head of the Military component or the Head of the Police Component of the Mission, The Detention Focal Point shall report directly to the Head of the Mission. 16 . The Detention Focal Point shall be authorized to inquire as to any matter related to detention by United Nations personnel and to provide advice in connection therewith to the Head of Mission or any other personnel of the Mission. He/she shall have unimpeded access to all records relating to the handling of any detained person.”

¹⁵³⁰ “70. Detained persons have the right to complain orally or in writing in relation to their treatment or the conditions of their detention. All complaints, whatever their source, shall be recorded in the Detained Persons Complaints Register. 71. “All complaints concerning the treatment of a detained person, including those alleging torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, shall be reported immediately to the Detention Focal Point, with a copy to the Chief of the Human Rights Component of the Mission. 72. “The Head of the Mission shall ensure that all complaints are investigated in a timely manner including those involving allegations of misconduct. The Commanding Officer shall be directly responsible for promptly investigating all complaints that do not constitute allegations of misconduct. In all cases, the detained person shall be notified of the status and actions taken in relation to his/her complaint in writing in a language the detained person understands as soon as possible, even after his/her release or handover.”

¹⁵³¹ PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles ... op.cit., p. 386.

¹⁵³² PEJIC, Jelena (2005), “Procedural Principles ... op.cit., p. 388.

¹⁵³³ A la misma conclusión llegan los expertos. “Expert meeting on procedural safeguards ... cit.p. 876.

g) *La detención administrativa debe ser revisada periódicamente.* Esto debe realizarse conforme a la legislación interna, en los casos de conflicto no internacional u otras situaciones de violencia¹⁵³⁴. De nuevo valen aquí los razonamientos de puntos anteriores sobre ausencia de mecanismos de revisión expresamente previstos en la *Interim SOP*.

h) *El detenido o su representante legal deben poder asistir al procedimiento en persona*¹⁵³⁵. Los problemas de índole práctica deben ser minimizados en la medida de lo posible, utilizando medios alternativos, como la videoconferencia¹⁵³⁶. Tampoco esto está, por las mismas razones ya expresadas, expresamente previsto en la SOP de Naciones Unidas.

i) *Debe permitirse al detenido comunicarse, a través del correo y mediante visitas, con los miembros de su familia*¹⁵³⁷. Dada la escasa duración de la detención permitida en la SOP examinada, las visitas no están expresamente mencionadas, aunque si la posibilidad de comunicación, en el punto 16, *in fine*¹⁵³⁸.

j) *El detenido tiene derecho a una atención médica adecuada a su estado*¹⁵³⁹. Esto aparece expresa y detalladamente previsto en los puntos 33 a 40 de la SOP.

k) *El CICR y otras organizaciones de control deben tener acceso a los sujetos a detención administrativa*¹⁵⁴⁰. Esta es una de las garantías más importantes y eficaces en la lucha contra posibles violaciones de los derechos humanos en situaciones que no alcancen el umbral del conflicto armado internacional, incluyendo situaciones de violencia que tampoco alcanzan el del conflicto no internacional. La labor del CICR es bien conocida¹⁵⁴¹, pero no es el

¹⁵³⁴ PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles ... op.cit., p, 388.

¹⁵³⁵ PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles ... op.cit., p. 389.

¹⁵³⁶ "Expert meeting on procedural safeguards ... cit., p. 877.

¹⁵³⁷ PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles ... op.cit., p. 389.

¹⁵³⁸ "The detained person shall be allowed to communicate orally or in writing with designated family members and other representatives"

¹⁵³⁹ PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles ... op.cit., p. 390.

¹⁵⁴⁰ PEJIC, Jelena (2005), "Procedural Principles ... op.cit., p. 391.

¹⁵⁴¹ Normalmente la actuación del CICR es discreta en sus relaciones con Estados y otros actores no estatales. Su sentido de la confidencialidad permite una libertad de acción que queda compensada en la actuación de otras ONG más volcadas en la denuncia como Amnistía Internacional o Human Rights Watch. No obstante la práctica del CICR no excluye la denuncia pública, sólo pone el listón más alto. Para proceder a tales denuncias el CICR pone los

único organismo que realiza tal tipo de visitas¹⁵⁴². Ya hemos visto el amplio margen de actuación permitido al CICR¹⁵⁴³. No se mencionan otros organismos de control¹⁵⁴⁴.

5.3.C. Evaluación de lo expuesto en los epígrafes anteriores

Si hemos tomado la SOP de Naciones Unidas cómo referente es por tratarse del último desarrollo en materia de detención operativa, y además por ser un documento no clasificado. Teniendo esto en cuenta y sin olvidar las peculiaridades de las Misiones de la ONU –con un Jefe de Misión y varios componentes, entre ellos el militar y el policial, lo que como hemos visto tiene su reflejo en la SOP y en la distribución de competencias y responsabilidades– hay que decir que el procedimiento desarrollado es perfectamente compatible con las exigencias del DIDH y el DIH. La no previsión de ciertas cuestiones,

siguientes requisitos: “The ICRC reserves the right to issue a public condemnation of specific violations of international humanitarian law providing the following conditions are met: (1) the violations are major and repeated or likely to be repeated; (2) delegates have witnessed the violations with their own eyes, or the existence and extent of those violations have been established on the basis of reliable and verifiable sources; (3) bilateral confidential representations and, when attempted, humanitarian mobilization efforts have failed to put an end to the violations; (4) such publicity is in the interest of the persons or populations affected or threatened”. (2005) “Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence. *IRRC*, Vol. 87 N° 858, pp. 393-400, p. 397.

¹⁵⁴² DELAPLACE, Edouard, and POLLARD, Matt (2005), “Visits by human rights mechanisms as a means of greater protection for persons deprived of their liberty”. *IRRC*, Vol. 87, N° 857, pp. 69-82.

¹⁵⁴³ El punto 96 de la SOP establece expresamente que “The International Committee of the Red Cross shall be permitted to conduct visits to detained persons in accordance with its usual working modalities.”

¹⁵⁴⁴ Las visitas a detenidos por parte del CICR y otros organismos son una de las más importantes medidas de control sobre la práctica de detenciones, y ello aunque sólo pretendieran evaluar las condiciones de la medida y no sus razones. Sobre esto (2011) “Enhancing Visits to Places of Detention: Promoting Collaboration”. American University Washington, College of Law and the Association for the Prevention of Torture March 18, 2011, *HRB*, vol. 18, issue 4, edición especial. También, aunque dedicado principalmente al tema de la tortura (2009) “Proceedings of the International Conference on the Prevention of Torture and Other Ill-Treatment”. Presented by American University Washington College of Law and The Association for the Prevention of Torture held February 23, 2009. American University Washington College of Law. *HRB* vol. 16 issue 4, monográfico. Un enfoque desde la propia institución en AESCHLIMANN, Alain (2005), “Protection of detainees: ICRC action behind bars”. *IRRC*, vol. 87, N° 857, pp. 83-122.

como pudiera ser la revisión de la medida, está justificada por la escasa duración de las detenciones. Veremos, además otros aspectos de la SOP en epígrafes posteriores, que en definitiva demostrarán lo perfeccionado del mecanismo.

6. LA SITUACIÓN DE DETENCIÓN Y SUS POSIBLES SALIDAS

6.1. Repaso de la práctica más reciente en operaciones militares

Como hemos repetido muchas veces, la detención es una medida de carácter temporal que, según los convenios en materia de derechos humanos, y fuera del contexto del conflicto armado internacional -o del no internacional, con los matices que ya hemos expuesto- con la consiguiente aplicación del DIH, no puede extenderse más allá de unos pocos días. 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 proporcionar¹⁵⁴⁵. 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*,¹⁵⁴⁶ 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,

¹⁵⁴⁵ 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) destacaba en sus puntos 28 a 32 las dificultades que afrontaba el sistema de administración de justicia en el país, a pesar de la implementación de una Estrategia Nacional para el Sector de la Justicia y un Programa Nacional de Justicias (marzo 2008). También destacaba que entre 2007 y 2008 el número total de abogados en todo el Estado se había incrementado de 200 a 600.

¹⁵⁴⁶ "The Handling of Detainees in International Military Operations" (2007), cit., p. 382.

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 aparentemente 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 armado, 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 sería 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 sí, mediante el traslado sin oposición de la nación anfitriona, que examinaremos más adelante. No nos consta, por otro lado que, fuera de las presuntas entregas irregulares a EEUU, en el contexto de la GWOT, tal cosa se haya llevado a cabo de forma generalizada.

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. Como hemos visto, en el caso de KFOR, en Kosovo, se desarrolló un sistema de revisión de las detenciones, paralelo al judicial, que suscitó acerbos críticas¹⁵⁴⁷, ya que en la práctica implicaba la ausencia de recurso judicial contra posibles detenciones arbitrarias, dando la impresión de que los poderes de detención de KFOR eran ilimitados, hecho tanto más grave

¹⁵⁴⁷ 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

dado que KFOR tenía asignados por mandato ciertos poderes policiales. En el caso de Timor, y sobre la base de la Resolución 1264 (1999), la INTERFET, como también hemos examinado con cierto detalle, 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 australianas¹⁵⁴⁸. La solución del *cocktail* de regímenes jurídicos, más simplificada, es también la que se ha aplicado en Afganistán, cómo hemos visto al hablar de la SOP 362 de ISAF.

6.2. La entrega del detenido y el *non-refoulement*

Como hemos comprobado, en la práctica contemporánea, y dejando a un lado las prácticas norteamericanas -inmersas, por otro lado, en la GWOT mientras ésta ha durado en el tiempo- la salida natural a una detención operativa es la entrega a otras autoridades para que puedan en su caso continuar la vía de la persecución penal, en el mejor de los casos, o en el peor, el interrogatorio con métodos persuasivos y ya no sujeto a las incómodas trabas determinadas por los marcos jurídicos occidentales.

Dado que el DIH se convierte aquí en una simple referencia orientativa y no en un marco vinculante, las previsiones de los artículos 12 del III Convenio de Ginebra y 45 del IV, no aparecen como exigencias perentorias. No obstante hay que recordar que el artículo 45 del IV Convenio, prohíbe expresamente la transferencia de personas protegidas “a otro país donde pueda tener persecuciones por razón de sus opiniones políticas o religiosas”¹⁵⁴⁹. Nos desplazamos así, imperceptiblemente al terreno de las entregas policiales irregulares, no en el sentido de ilegales, sino en el de materia no regulada ni mediante tratados de extradición o al menos mediante acuerdos no normativos tipo MOU, y dejada en el seno de la zona gris de las materias no regladas.

En tal situación no reglada, y en cuanto a la acción en general, nada está expresamente prohibido ni es obligatorio. Por lo tanto, la legalidad o

¹⁵⁴⁸ OSWALD, B. (2008), *Detention of Civilians ...* op.cit. p.535.

¹⁵⁴⁹ DROEGE, Cordula (2008), “Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-refoulement and Contemporary Challenges”. *IRRC*, Vol. 90, N° 871, pp. 669-701., p. 682.

ilegalidad de la acción de la entrega, desde un punto de vista de Derecho internacional, vendrá determinada por cuestiones aparentemente secundarias, tales como el *non-refoulement*. En muchos casos, la transferencia de detenidos entre Estados o sus agentes suele estar regulada mediante tratados bilaterales o multilaterales de extradición, en los que se establecen una serie de garantías para la persona detenida y transferida. Sin embargo, la práctica contemporánea de la detención operativa lleva a un escenario simplificado, en el que la potencia detenedora se encuentra en el territorio de otro Estado con un estatuto distinto del ocupante, viéndose habilitada para detener personas sobre la base de toda la serie de fundamentaciones que hemos examinado con mayor o menor detenimiento, incluyendo el mandato del Consejo de Seguridad, el plan de operaciones y las reglas de enfrentamiento.

En este escenario, plantear cuestiones como la extradición, etc. puede parecer, sobre el terreno, un tecnicismo absurdo y perturbador; en la práctica se ha estado funcionando de forma muy libre en la materia de entrega en estas circunstancias, sin someterse más que aun procedimiento rudimentario¹⁵⁵⁰, y de hecho ha resultado la figura del detenido mucho más cómoda que la del prisionero de guerra, de ahí la práctica desaparición de esta última figura, a pesar de las continuas referencias a los III y IV convenios de Ginebra en los documentos operativos examinados hasta ahora.

Es por tanto en el contexto de las operaciones de paz y sus “entregas express” de detenidos a las autoridades locales –o a otros contingentes militares- donde apuntan peligros concretos¹⁵⁵¹. Por ejemplo en Afganistán, informes de UNAMA de 2011 pusieron de manifiesto la posibilidad de que los detenidos por ISAF entregados a las autoridades afganas estuvieran sometidos a tortura, con lo que se entraría en una clara violación del artículo 3

¹⁵⁵⁰ Uno de los problemas, y no el menor, es que en el teatro de operaciones el mando no dispone de los mecanismos con los que cuenta la administración de un Estado para evaluar el riesgo que en definitiva determina el no rechazo. La duda es, pues, quien debe tomar la decisión, sobre la base de qué evidencias documentales, cuales son las posibilidades reales de apelar las decisiones de entrega etc. En definitiva, como casi siempre, el aspecto procedimental. GILLARD, Emanuela-Chiara (2008), “There’s no place like home: states’ obligations in relation to transfers of persons”. *IRRC*, Vol. 90, N° 871, pp. 703-750, p. 729-737.

¹⁵⁵¹ DROEGE, Cordula (2008), “Transfers of Detainees ... op.cit. p 681-691, GILLARD, Emanuela-Chiara (2008), “There’s no place like home: ... op.cit. p. 704-706, COLASEIS, Laurent, (2010), “The Role of the International Committee of the Red Cross ...op.cit. p. 462-468.

de la Convención contra la tortura de 1984¹⁵⁵². Lo cierto es que ha sido tras diversos pronunciamientos judiciales en Canadá y Reino Unido cuando se ha detenido parcialmente la transferencia de detenidos¹⁵⁵³.

La figura del *non refoulement* aparece asociada inicialmente al concepto de refugiado, y ello puede conducir a algún desenfoque¹⁵⁵⁴. En efecto, la formula recogida en el artículo 33 de la Convención de 1951 señala que

“Prohibición de expulsión y de devolución (“*refoulement*”). 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.”

Pero este principio, en el marco del derecho sobre refugiados, admite una excepción basada en principios de seguridad del estado, recogida en el propio artículo 33¹⁵⁵⁵:

“2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

¹⁵⁵² “Treatment of Conflict Related Detainees in Afghan Custody ...cit. En este informe se hace referencia a las muchas alegaciones de torturas hechas en el curso de entrevistas de detenidos con funcionarios de Naciones Unidas, en particular por parte del NDS (servicios de inteligencia) y la Policía, pero también sobre la implicación de fuerzas internacionales (ISAF) en las entregas.pp. 38-40.

¹⁵⁵³ “Treatment of Conflict Related Detainees in Afghan Custody ...cit. p. 39.

¹⁵⁵⁴ GILLARD, Emanuela-Chiara (2008), “There’s no place like home: ... op.cit. p. 707-711.

¹⁵⁵⁵ Non-Refoulement Under Threat. Proceedings of a Seminar Held Jointly By The Redress Trust (REDRESS) And The Immigration Law Practitioners’ Association (ILPA), 16 May 2006, Matrix Chambers, London, Published November 2006,
<http://www.redress.org/downloads/publications/Non-refoulementUnderThreat.pdf>

BARRENECHEA, Luisa (2007), “¿Están recogidas las vinculaciones entre el derecho de asilo y el terrorismo en la estrategia global contra el terrorismo de Naciones Unidas?”, *Revista electrónica de estudios internacionales* nº 14.

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 2132 (XXII), de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1967 o “Declaración sobre el Asilo”, en su artículo 3. No debe extrañar, puesto que la legislación internacional en materia de refugiados tiene una fuerte impronta territorial y de soberanía, cosa que, sin embargo importa menos en materia de tortura¹⁵⁵⁶.

Así como el principio del no rechazo puede eludirse en materia de refugiados, no puede predicarse lo propio en materia de entrega de detenidos aunque aspiren a dicho estatuto, si se dan las condiciones de la Convención contra la Tortura¹⁵⁵⁷, concretamente en su artículo 3,

“1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.”

En este sentido, el *non-refoulement* puede considerarse un componente esencial de la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes incluso en el derecho consuetudinario¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵⁶ Existen otros instrumentos posteriores que recogen el mismo principio, tales como los Principios relativos al trato de refugiados del Comité Jurídico Consultivo Afroasiático de 1966, la Convención de la OUA relativa a aspectos específicos del problema de los refugiados en Africa, de 1969, el artículo 22.8 de Pacto de San José o la Declaración de Cartagena de 1984. LAUTERPACHT, Elihu and BETHLEHEM, Daniel (2001) “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion”. <http://www.unhcr.org/419c75ce4.html>.

¹⁵⁵⁷ FARMER, Alice (2008), “Non-refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-terror Measures that Threaten Refugee Protection”.

http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=alice_farmer&sei-redir=1#search=%22NON%20REFOULEMENT%22 BRUIN, René y WOUTERS, Kees (2003), “Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement”. *International Journal of Refugee Law*. Vol. 15, N° 1, pp. 5-29. Desde la perspectiva puramente del derecho del refugiado STOYANOVA Vladislava (2008-2009), “The Principle of Non-Refoulement and the Right of Asylum-Seekers to Enter State Territory”. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 3, 2008-2009, pp. 1-11.

¹⁵⁵⁸ LAUTERPACHT, Elihu and BETHLEHEM, Daniel (2001) “The Scope and Content ... op.cit.

Consecuentemente, la entrega de detenidos sin precauciones cuando hay motivos fundados para suponer que vayan a ser sometidos a torturas, en el contexto de las actuales operaciones puede, sin lugar a dudas, constituir una violación de la Convención de 1984, del CEDH para los Estados vinculados por el mismo, del PIDCP, conforme a la interpretación que el Comité de Derechos Humanos hace del artículo 7 del mismo¹⁵⁵⁹, y de otros tratados relativos a la extradición, principalmente, en cuanto a nosotros atañe, la Convención europea de 1957 que prohíbe tal práctica en su artículo 3.2.

“Artículo 3. Delitos políticos. 1. No se concederá la extradición si el delito por el cual se solicita es considerado por la Parte requerida como delito político o como hecho conexo con un delito de tal naturaleza. 2. Se aplicará la misma regla si la Parte requerida tuviere razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones”.

La entrega descuidada de detenidos podría incluso constituir un delito conforme tanto al derecho interno de los Estados como al estatuto del Tribunal Penal Internacional¹⁵⁶⁰. En definitiva, caben pocas dudas respecto a que existen nulas posibilidades de escapatoria de la red “prohibición absoluta de la

¹⁵⁵⁹ General Comment Nº 20, 1992.

¹⁵⁶⁰ El artículo 25 del Estatuto del TPI establece que “3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable; b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otra entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen; ...”. En el caso de España, el artículo 176 del Código Penal establece que “Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.”

tortura-*non refoulement*”, salvo por la vía de la más absoluta ilegalidad, aunque esté encubierta por los habituales *loopholes* o triquiñuelas legales¹⁵⁶¹.

Es importante aquí hacerse eco de un enfoque del problema que, sobre el terreno representa una cierta tentación; a sabiendas de las estrictas limitaciones que en los Estados occidentales rodean al interrogatorio, y dado que lo que nos interesa es la información, ¿por qué no entregar a los detenidos a alguien con menos limitaciones o escrúpulos? En la práctica esto puede significar dos cosas: encargar el interrogatorio a alguien contratado al efecto, o bien a las autoridades de un Estado en el que los estándares de actuación no estén tan constreñidos por el DIDH¹⁵⁶². Es evidente que tales prácticas no pueden encontrar ningún amparo en el Derecho internacional. En consecuencia, la entrega de detenidos en cualquiera de los supuestos previstos en los distintos instrumentos examinados es una opción que debe descartarse, y ello incluso mediando algún acuerdo no normativo tipo MOU con las autoridades locales, salvo que este incluya un mecanismo creíble y eficiente de supervisión posterior a la entrega¹⁵⁶³.

¹⁵⁶¹ Como señalan LAUTERPACHT, Elihu and BETHLEHEM, Daniel (2001) “The Scope and Content ...op.cit. p. 93 : “By reference to the 1951 Convention, the Torture Convention and the ICCPR, 169 States, representing the overwhelming majority of the international community, are bound by some or other treaty commitment prohibiting refoulement. This number increases when account is taken of other international instruments, including instruments applicable at a regional level.”

¹⁵⁶² DICKINSON, L. (2007), “Accountability of Private Security Contractors under International and Domestic Law”, <http://www.asil.org/insights071226.cfm>.

DICKINSON, Laura A. (2005), “Torture and Contract”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 27, pp. 267-275. NEWTON, Michael A. (2005), “War by Proxy: Legal and Moral Duties of ‘Other Actors’ Derived from Government Affiliation”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 249-265.

¹⁵⁶³ A este respecto ya hemos visto los MOU sobre transferencia de detenidos en el contexto de la Operación ATALANTA, o el de Holanda con Afganistán. De todas maneras, de un modo u otro, todos los acuerdos normativos o no incluyen medidas de control. Conforme al informe de UNAMA “Treatment of Conflict Related Detainees in Afghan Custody ...cit., “In September 2007, bilateral and multilateral agreements between the Government of Afghanistan and ISAF member states in “Exchange of Letters” permitted ISAF member States access to NDS facilities where they transferred detainees to monitor their treatment. // The US and other ISAF military forces, including Canada and the UK reportedly transferred approximately 2,000 individuals to Afghan custody in 2009 and 2010. Judicial rulings in Canada and the UK resulted in suspension of transfers of detainees by those countries’ military forces to various NDS facilities over different periods of time. In both cases, the courts’ decisions were based on the credibility of information that NDS abused and tortured detainees in selected locations (Kabul and Kandahar). The UK stopped transfers to NDS Kandahar and NDS facilities in Kabul. Canada ceased transfers to all NDS facilities in Kabul, but continued to transfer to Kandahar’s MoJ

Por su parte, la *Interim SOP* de Naciones Unidas se hace eco en su texto de ésta problemática y establece en sus puntos 80 a 88 una serie de directrices que recogen en esencia todas las preocupaciones aquí expuestas, incluyendo la puesta en libertad del detenido si hay riesgo de tortura, malos tratos o incluso la pena de muerte, o si las autoridades locales no aceptan al detenido¹⁵⁶⁴. También prevé la conveniencia de establecer acuerdos con la nación anfitriona, en el mismo sentido de los MOU,s ya mencionados¹⁵⁶⁵.

Sarapoza prison. Canadian and the UK governments also implemented monitoring programmes in detention facilities where they handed over detainees to custody of Afghan authorities. // The US has not yet put in place a monitoring programme to track detainees it hands over to Afghan authorities. A US government official advised UNAMA that the US Embassy finalised plans for a post-transfer detainee monitoring programme and a proposal is with the Afghan government for its consideration. The Embassy stated that it regards the proposed programme as a positive way for the US to continue its work with the Afghan government to ensure its detention system is safe, secure, and humane.// In early July 2011, US military forces stopped transferring detainees to NDS and ANP authorities in Dai Kundi, Kandahar, Uruzgan and Zabul based on reports of a consistent practice of torture and mistreatment of detainees in NDS and ANP detention facilities in these areas.// ISAF advised UNAMA that it asked the Government to investigate these reports and indicates it will not resume transfers until the situation is satisfactorily addressed. In early September 2011, in response to the findings in this report, ISAF stated that it stopped transferring detainees to certain installations as a precautionary measure.// Recent United States military and ISAF policy decisions to suspend transfers of detainees to NDS and ANP also reflect the legal limits imposed on US military assistance under the "Leahy Law." These legal provisions in the US Foreign Appropriations Act and Defence Appropriations Act prohibit the US from providing funding, weapons or training to any unit of the security forces of a foreign country if the Secretary of State has credible evidence that such unit has committed gross human rights violations, unless the Secretary of State determines the concerned government is taking effective remedial measures.¹⁷¹ In the situation of Afghanistan this would presumably require the US to resume transfer of detainees only when the Government of Afghanistan implements appropriate remedial measures that include bringing to justice NDS and ANP officials responsible for torture and ill-treatment.

¹⁵⁶⁴ Los puntos 80-82 se refieren a cuestiones relacionadas con el Non-refoulement: "80. In instances where the detained person is not released, he/she shall be handed over as soon as possible to the national authorities within the time limits (...). However, detained persons shall not be handed over to any authority in situations where there are substantial grounds for believing that there is a real risk the detained person will be tortured or ill-treated, persecuted, subjected to the death penalty or arbitrarily deprived of life. In such cases, detained persons shall be released. The risk shall be made by the Detention Focal Point, in consultation with relevant heads of components. 81. If the national authorities refuse to accept handover, the detained person shall not be handed over , but instead shall be released. The Commanding Officer who has custody of the detained person or his/her delegate shall advise the head of mission or his/her delegate of the refusal."

¹⁵⁶⁵ "82. The United Nations shall seek to include in SOFAs, SOMAs or in arrangements supplemental thereto provisions that require the Host State to ensure that: a. Persons detained by United Nations personnel who are handed over to national authorities shall at all times in the course of any subsequent detention and legal proceedings be treated by the State, its officials

6.3. La puesta en libertad

Como hemos visto, la puesta en libertad del detenido debe producirse tan pronto como exista la evidencia de que no hay ningún motivo que, amparado por el marco de la operación, tantas veces mencionado –es decir, la continuación de un procedimiento penal o la seguridad- justifique la prolongación de la medida.

Este supuesto, aparentemente, no parece problemático. Sin embargo, y en conexión con el apartado anterior, existen otros motivos potenciales de puesta en libertad que sí plantean problemas, fundamentalmente aquellos casos en los que no se puede ejercer la jurisdicción por parte de la potencia detenedora, y, al mismo tiempo, no se puede hacer la entrega a las autoridades locales, o a otros, por concurrir un supuesto de *non refoulement*¹⁵⁶⁶.

En estos casos parece que la única salida es la puesta en libertad del detenido; de otro modo se podría incurrir en una situación de detención ilegal, como cabe deducir de la sentencia en el caso Al-Jedda. Como hemos visto, en algunos Estados existe la posibilidad de la detención por motivos de seguridad (*administrative detention, preventive detention*), sin límites temporales precisos. Pero, como también hemos visto, la detención gubernativa (administrativa), para no ser arbitraria está sujeta a una serie de condiciones, y además tal concepto de la seguridad del Estado es una cuestión interna difícilmente casable con el supuesto de hecho que consideramos, la detención operativa en el contexto de una operación exterior no necesariamente bélica.

and authorities in accordance with the obligations of the State under relevant international treaties and customary international law, including international humanitarian law, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment, and the Convention on the Rights of the Child, as applicable; b. In the event a person detained and handed over by United Nations personnel is subsequently prosecuted, tried and convicted by the courts of the Host State, no sentence of death will be sought or imposed; and c. United Nations personnel and the International Committee of the Red Cross shall continue to have access to persons detained and subsequently handed over to the officials of the Government for the purposes of verifying that the treatment of such persons by the Government, its officials and authorities is in accordance with the obligations of the Government.”

¹⁵⁶⁶ Hay que recordar aquí el supuesto, que hemos examinado, previsto en la ATCSA del Reino Unido en relación con la detención indefinida de presuntos terroristas si no pueden ser deportados a su Estado de origen por correr riesgo de torturas o tratos degradantes.

Por otro lado hay que considerar aquellos supuestos en los que la mera puesta en libertad es un caso de *refoulement*. No cuesta imaginarlo, puesto que el cine, la literatura, e incluso el comic¹⁵⁶⁷, nos ofrecen suficiente imaginaria. Pero de hecho hay precedentes en el curso de alguna operación de paz. Aunque se trata del esquema contrario al que nos planteamos, sirve cómo ejemplo de las múltiples triquiñuelas posibles: en enero de 2002, la Cámara de los Derechos del Hombre para Bosnia y Herzegovina, prevista en el Anexo 6 de los Acuerdos de Dayton, ordenó a dicho Estado poner en libertad a seis personas -bosnios de origen argelino y argelinos, entre ellos, precisamente, Lakhdar Boumediene- que se encontraban en arresto domiciliario, por falta de pruebas. La policía de Bosnia y Herzegovina lo hizo de tal forma que pudieran ser capturados por fuerzas militares de EEUU no transferidas a la cadena de mando de SFOR, que efectivamente así lo hicieron remitiéndolos a Guantánamo donde han sufrido detención de larga duración¹⁵⁶⁸. En realidad puede considerarse una especie de entrega irregular. Este asunto dio lugar a una demanda ante el TEDH, la cual fue inadmitida, al estimar el Tribunal que la República de Bosnia y Herzegovina, había hecho todo lo posible para controlar la suerte de los transferidos¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁷ En "Arde Mississippi", basada en hechos reales, (Mississippi Burning, Metro-Goldwyn-Mayer, 1988), dirigida por Alan Parker y protagonizada por Willem Dafoe, Gene Hackman y Frances McDormand, se describe cómo un detenido es puesto en libertad por el sheriff en clara connivencia con el Ku-Klux-Klan, que lo secuestra a la salida de la comisaría y lo somete a tortura. En el libro El Loto Azul, (*Le Lotus Bleu*, dibujado y escrito por Hergé en 1934-35) se narra cómo la policía internacional de Shanghai –o para ser más exactos, su jefe, el corrupto Dawson- tras detener a Tintín, y en su presencia, llama por teléfono a uno de los jefes de las fuerzas de ocupación japonesas, que han condenado a muerte a Tintín, para informarle del lugar y la hora a la que van a expulsar a éste último de la concesión internacional, donde es en efecto detenido por los japoneses.

¹⁵⁶⁸ LI, Darryl (2010), "A Universal Enemy?: "Foreign Fighters" and Legal Regimes ... op.cit. p. 385-386, DUFFY, Helen (2008), "Human Rights Litigation and the 'War on Terror'... op.cit. p. 590, GRASSO, Giovanni (2009), « Expulsions irregulieres et droit de l'homme ». pp. 329-334, *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009 y HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security ... op.cit. p. 148-149.*

¹⁵⁶⁹ Lakhdar Boumediene, Hadj Boudelaa, Mustafa Ait Idir, Mohamed Nechla, Belkacem Bensayah and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina (Applications nos. 38703/06, 40123/06, 43301/06, 43302/06, 2131/07 and 2141/07). Cuarta Sección. Decisión sobre admisibilidad, 18 de noviembre de 2008, párrafos 63 y ss.: "63. As to the Government's alternative argument, the Court notes that the BH authorities made repeated interventions vis-à-vis the US authorities (...), the first of which was made only one week after the first decision of

A este respecto cabe recordar que la INTERFET *Detainee Ordinance* en Timor Oriental incluía la posibilidad de los “detenidos voluntarios”, es decir, personas que se constituían voluntariamente bajo detención de INTERFET, por temer por su vida o integridad¹⁵⁷⁰. Aunque resulta un poco chocante en principio, puede ser considerada cómo una salida bastante razonable ante algunas situaciones complejas. No debe olvidarse tampoco el artículo 5.4 del Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra, que establece que si “se decide liberar a personas que estén privadas de libertad, quienes lo decidan deberán tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad de tales personas”.

6.4. La *abducción* y la entrega irregular.

El secuestro de personas reclamadas por un Estado en el territorio de otro por agentes, oficiales o no, del primero, se conoce generalmente mediante la expresión *forcible abduction*. Es una de las tres formas principales de eludir

the Human Rights Chamber concerning this matter. They thereby clearly demonstrated their unequivocal commitment to repatriating the applicants, a point that was endorsed by the applicants' representative (...). 64. Moreover, the BH authorities sent an official to visit the applicants at the detention centre at Guantánamo Bay (...). As to the claim that the visit was belated, it is noted that the authorities had to wait until 20 May 2003 to receive preliminary instructions concerning access to Guantánamo Bay detainees and another six months (...) before they obtained an official invitation from the US authorities. Therefore, the responsibility for any delays cannot be attributed to Bosnia and Herzegovina. Neither can Bosnia and Herzegovina be held responsible for not having access to Mr Bensayah and Mr Lahmar or for not being able to focus more on the applicants' situation at the detention centre, as opposed to the applicants' conduct prior to their transfer (...). 65. The BH authorities also removed all internal obstacles to the applicants' returning to Bosnia and Herzegovina on 7 November 2002 and 18 April 2003 (...). 67. Lastly, the Court is aware of the finding of the domestic Human Rights Commission in this matter (...). However, taking into consideration subsequent developments and, in particular, the assurances obtained by the BH authorities that the applicants would not be subjected to the death penalty, torture, violence or other forms of inhuman or degrading treatment or punishment (...), the Court concludes that Bosnia and Herzegovina can be considered to be taking all possible steps to the present date to protect the basic rights of the applicants, as required by the domestic decisions in issue. 68. Accordingly, the applications are manifestly ill-founded. They must therefore be rejected ...”.

¹⁵⁷⁰ KELLY, Michael (2000), INTERFET Detainee Management Unit in East Timor [http://www.jsmp.minihub.org/Resources/2000/INTERFET%20DETAINEE%20MANAGEMENT%20UNIT%20\(e\).pdf](http://www.jsmp.minihub.org/Resources/2000/INTERFET%20DETAINEE%20MANAGEMENT%20UNIT%20(e).pdf) n. 25.

los complejos procedimientos de extradición¹⁵⁷¹, 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 tres¹⁵⁷²; 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.

Reconocemos que el análisis de estas posibilidades en el contexto de operaciones de paz es una vuelta de tuerca que acaso fuerza los límites del trabajo. No obstante el tema es tan sugestivo que no nos resistimos a analizarlo brevemente, puesto que, en teoría es una salida más a la situación de detención operativa. 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, aunque en principio debe ser descartada desde el punto de vista del Derecho internacional, debe ser examinada.

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 normalmente sometida al escrutinio de los órganos judiciales domésticos del Estado que ejecuta tal acción, si ésta tiene éxito. En cuanto a los supuestos en

¹⁵⁷¹ GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A. (2000), *Extradición en derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, Universidad Autónoma de México, México, p. 65.

¹⁵⁷² 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.

los que las autoridades locales dejan hacer, o colaboran en la detención, no hay ilícito internacional, como veremos¹⁵⁷³.

Hay una extensa práctica y jurisprudencia internacional en materia de presuntas detenciones irregulares, que incluye los casos de Ilich Ramírez Sánchez, Johannes Weinrich¹⁵⁷⁴, Luis Roldán¹⁵⁷⁵, o, en el ámbito de la actuación del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia los de Slavko Dokmánovic, Dragan Nikolic, Stevan Todorovic¹⁵⁷⁶, o el propio Milosevic, en los que las alegaciones de detención irregular no han tenido éxito ante los diferentes tribunales internacionales.

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 en el territorio soberano de otro, 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 no fue adoptada ni mucho menos por

¹⁵⁷³ Tal tipo de secuestros han sido históricamente bastante frecuentes. Sin remontarnos más que al siglo XX, se pueden citar algunos casos notables. En 1930, agentes de la OGPU secuestraron en plena calle, en París, al general Kutiepov, jefe de una facción de la oposición política al régimen soviético. El secuestro tuvo solo un éxito relativo, ya que al parecer Kutiepov murió antes de llegar a la URSS, pero produjo un considerable escándalo en Francia, donde se percibió el hecho, con razón, como un intolerable atropello de la soberanía nacional. Francia, por su parte hizo uso de la misma técnica en los años 60 del siglo pasado, al enfrentarse a la OAS.

¹⁵⁷⁴ COSTI, A. (2003), "Problèmes .. op.cit, passim.

¹⁵⁷⁵ La demanda de Luis Roldán, ex director general de la Guardia Civil, ante el TEDH (Nº 30607/96) ni siquiera fue admitida a trámite. Roldán fue detenido en Bangkok en 1995 por agentes del Cuerpo Nacional de Policía, a quienes fue entregado por agentes laosianos, sin un procedimiento de extradición regular. La Comisión estimó que "Pour autant que le requérant se plaint de ce qu'aucune procédure réelle d'extradition n'avait été engagée par l'Espagne, la Comisión rappelle qu'en tout état de cause, la Convention ne contient pas de dispositions spécifiques sur les conditions dans lesquelles une extradition peut être exécutée, ni sur la procédure applicable. La Commission estime dès lors que les faits de la cause, tels qu'ils lui ont été présentés, ne révèlent aucune violation de l'article 5 par. 1 (art. 5-1) de la Convention. Cette partie de la requête doit dès lors être rejetée pour défaut manifeste de fondement, par application de l'article 27 par. 2 (art. 27-2) de la Convention".

¹⁵⁷⁶ 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.

unanimidad¹⁵⁷⁷. Con carácter general nunca se ha regulado que un Estado lleve a cabo funciones policiales en el territorio de otro, más que por la vía de la excepción¹⁵⁷⁸. En el caso del ejercicio de la función de policía judicial, 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 general al principio de soberanía.

La detención en el territorio de otro Estado, como hemos adelantado, puede realizarse con o sin el consentimiento de dicho Estado, lo que es determinante de la legalidad o ilegalidad jurídico-internacional del acto, pero suele tener escasas consecuencias en lo que se refiere al detenido propiamente dicho, como se demuestra en dos casos conocidos: Eichmann y Alvarez Machain.

Quizá el caso más notorio, 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 estado- 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 con la suave condena de Israel por el Consejo de Seguridad mediante la Resolución 138 de 23 de junio de

¹⁵⁷⁷ El caso del Lotus (Sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de 1927), como es sabido, se refiere a la colisión entre el mercante francés Lotus y el turco Boz-Court, en el que éste último quedó partido en dos, con la muerte de varias personas. El hecho ocurrió entre cinco y seis millas náuticas al norte del cabo Sigri, es decir, en alta mar. El primer oficial del Lotus, Teniente Demons fue detenido y juzgado por autoridades turcas, al igual que el capitán del Boz-Court, y ambos fueron condenados. Básicamente lo que sostiene la sentencia (Fundamento de Derecho III, pp. 18 y 19 del *Recueil*) es que "Now, the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that -failing the existence of a permissive rule to the contrary- it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention."

¹⁵⁷⁸ Como hemos visto, con ciertos matices en la Resolución 1816 del Consejo de Seguridad. TREVES, Tullio, (2009), "Piracy, Law of the Sea, and Use of Force ... op.cit. p. 406.

1960¹⁵⁷⁹, y la posterior aceptación por parte de la República Argentina de la satisfacción dada por Israel¹⁵⁸⁰. En última instancia nada de esto influyó en la suerte final de Eichmann, y hasta el Consejo de Seguridad dio a entender que se le estaba dando su merecido.

El caso de Humberto Alvarez Machaín, ciudadano mejicano que en abril de 1990 fue secuestrado en territorio de México y trasladado a territorio de EEUU con el fin de someterlo a juicio, al estar acusado por la justicia norteamericana de participación en la tortura y asesinato de un agente de la DEA, es muy significativo¹⁵⁸¹. El procedimiento natural sería el de haber

¹⁵⁷⁹ “El Consejo de Seguridad, Habiendo examinado la denuncia de la violación de soberanía de la República Argentina resultante del traslado de Adolfo Eichmann al territorio de Israel, Considerando que la violación de la soberanía de un Estado Miembro es incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, Teniendo en cuenta que el respeto recíproco y la mutua salvaguardia de los derechos soberanos de los Estados constituyen una condición indispensable para su convivencia armónica, Advirtiéndole que la reiteración de hechos como el que motiva esta situación implicaría la quiebra de los principios en los que se asienta el orden internacional, creando un clima de inseguridad y desconfianza incompatible con la preservación de la paz, Consciente de que se condena universalmente la persecución de los judíos por los nazis, y de la preocupación de los pueblos de todos los países de que Eichmann sea juzgado por un tribunal apropiado por los crímenes de que se le acusa, Advirtiéndole asimismo que de ninguna manera esta resolución debe ser interpretada como tendiente a excusar los repudiables crímenes por los cuales Eichmann es acusado, 1. Declara que hechos como el considerado, que afectan la soberanía de un estado Miembro y por consiguiente provocan una fricción internacional, pueden, de repetirse, poner en peligro la paz y la seguridad internacionales; 2. Requiere al Gobierno de Israel que proceda a una adecuada reparación de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y las normas del derecho internacional; 3. Expresa la esperanza de que mejorarán las relaciones tradicionalmente amistosas entre la Argentina e Israel.”

¹⁵⁸⁰ 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.

¹⁵⁸¹ GOMEZ- ROBLEDO VERDUZCO, A. (2000), *Extradición ... op.cit.* pp. 29 y ss. En sentencia de 10-08-1990, el Juez de Distrito (US District Court for the Central District of California) Rafeedie, 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

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 internacional¹⁵⁸². 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*¹⁵⁸³, y en consecuencia de desestimar cualquier posibilidad de atacar el procedimiento desde ese flanco, y ello a pesar de que, al final, Alvarez-Machain fue puesto en libertad por una abrumadora falta de pruebas¹⁵⁸⁴. Esto tiene trascendencia para aquellos Estados en los que no existe ninguna instancia por encima de los remedios judiciales nacionales, como es el caso de los EEUU.

La “abducción” en sentido estricto, tal y como la hemos caracterizado, 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 Öcalan en 1999, en Kenia, presenta caracteres diferentes¹⁵⁸⁵. Según todos los indicios, las autoridades de Kenia no solo tenían

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.

¹⁵⁸² SMITH, Derek C. (1995), “Beyond Indeterminacy and Self-Contradiction in Law: Transnational Abductions and Treaty Interpretation in U.S. v. Alvarez-Machain”. *EJIL* vol. 6, 1995, pp. 1-31. Este autor destaca (p. 7) que el debate se mueve en un terreno emocional, al que ya nos hemos referido en otros contextos, que contrapone el Derecho internacional, que evidentemente prohíbe acciones como la descrita, y aquellos argumentos a los que les repugna que, sobre la base de tecnicismos, quede impune un torturador.

¹⁵⁸³ 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 déficit ordinarium*, y *Ex iniuria ius non oritur*.

¹⁵⁸⁴ En diciembre de 1992, el Juez de Distrito Rafeedie, dejó en libertad a Alvarez-Machain por segunda vez sobre la base de la falta de pruebas de la acusación ('based on hunches and the wildest speculation...'). Pero esto se refiere al fondo del asunto y no a la detención propiamente dicha. Por otro lado tampoco ésta ha podido ser atacada por otras vías, ya que el intento de Alvarez-Machain de obtener reparación por la vía de la Alien Tort Claims Act (ACTA), fue rechazada también por el Tribunal Supremo de los EEUU. BALUARTE, David C. (2004), “Sosa v. Alvarez-Machain: Upholding the Alien Tort Claims Act While Affirming American Exceptionalism”. *HRB*, Vol. 12, Issue 1, pp. 11 y ss.

¹⁵⁸⁵ Sobre la detención de Öcalan, desde un punto de vista crítico, BENZIMRA-HAZAN, Jérôme (2001), «L'affaire Öcalan devant la Cour Européenne des Droits de l'homme». *Droits Fondamentaux*, n°1, pp. 191-197.

conocimiento de la actuación de agentes turcos en su territorio, sino que auxiliaron a estos en la detención mediante un engaño¹⁵⁸⁶. En cualquier caso, el TEDH, rechazó la ilegalidad de la detención¹⁵⁸⁷, al estimar que ni habían existido protestas por parte del Gobierno de Kenia, ni existía un tratado de extradición vigente entre ambos Estados¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁶ COSTI, A. (2003), "Problems with Current International ... op.cit. pp. 57-97. Según la propia sentencia del TEDH, después de una serie de vicisitudes desde su expulsión de Siria, pasando por Grecia, Rusia, Italia y de nuevo Grecia –en cada uno de cuyos lugares presentó solicitudes de asilo político, que no fueron atendidas- agentes griegos lo trasladaron a Kenia, acomodándolo en la residencia del embajador griego en dicho estado. Conocedor el gobierno de Kenia de la presencia de Öcalan, protesto ante el embajador griego. A partir de ahí y según los párrafos 17 y ss. de la sentencia, "17. On the final day of his stay in Nairobi, the applicant was informed by the Greek ambassador after the latter had returned from a meeting with the Kenyan Minister for Foreign Affairs that he was free to leave for the destination of his choice and that the Netherlands were prepared to accept him. On 15 February 1999 Kenyan officials went to the Greek embassy to take Mr Öcalan to the airport. The Greek ambassador said that he wished to accompany the applicant to the airport in person and a discussion between the ambassador and the Kenyan officials ensued. In the end, the applicant got into a car driven by a Kenyan official. On the way to the airport, this car left the convoy and, taking a route reserved for security personnel in the international transit area of Nairobi Airport, took him to an aircraft in which Turkish officials were waiting for him. The applicant was then arrested after boarding the aircraft at approximately 8 p.m."

¹⁵⁸⁷ No así otras violaciones del Convenio que sí fueron estimadas "FOR THESE REASONS, THE COURT (...) 2. Holds unanimously that there has been a violation of Article 5 § 4 of the Convention on account of the lack of a remedy by which the applicant could have the lawfulness of his detention in police custody decided; (...) 4. Holds unanimously that there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention on account of the failure to bring the applicant before a judge promptly after his arrest; 5. Holds by eleven votes to six that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in that the applicant was not tried by an independent and impartial tribunal; 6. Holds unanimously that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention, taken in conjunction with Article 6 § 3 (b) and (c), in that the applicant did not have a fair trial; (...) 10. Holds by thirteen votes to four that there has been a violation of Article 3 of the Convention as regards the imposition of the death penalty following an unfair trial;"

¹⁵⁸⁸ Sentencia Öcalan, párrafos 92-99: ". 92. As to whether the arrest complied with Turkish domestic law, the Court notes that the Turkish criminal courts had issued seven warrants for the applicant's arrest while Interpol had put out a Red Notice. In each of these documents, the applicant was accused of criminal offences under the Turkish Criminal Code, namely founding an armed gang with a view to undermining the territorial integrity of the State and instigating a series of terrorist acts that had resulted in the loss of life. Following his arrest and on the expiry of the statutory period for which he could be held in police custody the applicant was brought before a court. Subsequently, he was charged, tried and convicted of offences under Article 125 of the Criminal Code. It follows that his arrest and detention complied with orders that had been issued by the Turkish courts "for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence (...) 93. The Court must decide in the light of the parties' arguments whether the applicant's interception in Kenya immediately before he was handed over to Turkish officials on board the aircraft at Nairobi Airport was the result of acts by Turkish officials that violated Kenyan sovereignty and international law (as the applicant submitted), or of cooperation between the Turkish and

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. Ahora bien, la aplicación de esto al contexto de operaciones de paz debe ser matizado: Teniendo en cuenta que las posibles consecuencias serían fundamentalmente políticas, como hemos visto, podría, por vía de hecho,

Kenyan authorities in the absence of any extradition treaty between Turkey and Kenya laying down a formal procedure (as the Government submitted). 94. The Court will begin by examining the evidence on the actual role played by the Kenyan authorities in the present case. The applicant entered Kenya without declaring his identity to the immigration officers. However, once they had been informed of the applicant's presence at the Greek embassy in Nairobi, the Kenyan authorities invited the Greek ambassador, with whom the applicant was staying in Nairobi, to arrange for the applicant to leave Kenyan territory. Shortly before the applicant was due to leave Kenya, more precisely as he was being transferred from the Greek embassy to the airport, Kenyan officials intervened and separated the applicant from the Greek ambassador. The car in which the applicant was travelling was driven by a Kenyan official, who took him to the aircraft in which Turkish officials were waiting to arrest him. 95. The Kenyan authorities did not perceive the applicant's arrest by the Turkish officials on board an aircraft at Nairobi Airport as being in any way a violation of Kenyan sovereignty. In sum, neither aspect of the applicant's detention – whether his interception by the Kenyan authorities before his transfer to the airport, or his arrest by the Turkish officials in the aircraft – led to an international dispute between Kenya and Turkey or to any deterioration in their diplomatic relations. The Kenyan authorities did not lodge any protest with the Turkish government on these points or claim any redress from Turkey, such as the applicant's return or compensation. 96. The Kenyan authorities did, however, issue a formal protest to the Greek government, accompanied by a demand for the Greek ambassador's immediate recall, on the grounds that the applicant had entered Kenya illegally with the help of Greek officials and was unlawfully staying there. The applicant was not welcome in Kenya and the Kenyan authorities were anxious for him to leave. 97. These aspects of the case lead the Court to accept the Government's version of events: it considers that at the material time the Kenyan authorities had decided either to hand the applicant over to the Turkish authorities or to facilitate such a handover. 98. The applicant has not adduced evidence enabling concordant inferences (...) to be drawn that Turkey failed to respect Kenyan sovereignty or to comply with international law in the present case. The Grand Chamber agrees with the Chamber's finding that: "... The Court is not persuaded by the statement by the Kenyan Minister for Foreign Affairs on 16 February 1999 that, contrary to what the applicant maintained, the Kenyan authorities had had no involvement in the applicant's arrest or transfer ... While it is true that the applicant was not arrested by the Kenyan authorities, the evidence before the Court indicates that Kenyan officials had played a role in separating the applicant from the Greek ambassador and in transporting him to the airport immediately preceding his arrest on board the aircraft." (...). 99. Consequently, the applicant's arrest on 15 February 1999 and his detention were in accordance with "a procedure prescribed by law" for the purposes of Article 5 § 1 of the Convention. There has, therefore, been no violation of that provision."

llevarse a cabo en operaciones del tipo *coalition of the willing*¹⁵⁸⁹, en ausencia de tratados de extradición. Parece más difícil que tuviera cabida en una operación de cascos azules en la que la única personalidad jurídica opuesta al Estado anfitrión es la de Naciones Unidas, o la de la operación en concreto, cómo organo subsidiario. Pero, tratándose de vías de hecho, hasta esto depende de los actores implicados¹⁵⁹⁰.

¹⁵⁸⁹ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security ...* op.cit. p. 149, recoge el caso de Sabahudin Fijuljanin, detenido por fuerzas de SFOR (De la División Multinacional Norte, bajo mando de EEUU) en 2002, y transferido a Guantánamo.

¹⁵⁹⁰ HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security ...* op.cit, p. 133.

CONCLUSIONES

I

La detención de personas es hoy materia de interés para el Derecho internacional, más allá de las cuestiones relativas a los conflictos armados y las detenciones relacionadas con la extradición o las leyes de inmigración. Estos últimos regímenes tienen un componente internacional y existen desde hace mucho tiempo, pero no han sido percibidos como una cuestión polémica desde el punto de vista de la detención, al fin y al cabo regida por los principios de igualdad soberana de los Estados, territorialidad y exclusividad del ejercicio de dichas competencias soberanas. Actualmente la detención puede considerarse *per se* materia de Derecho internacional. Los factores que han determinado esto son, fundamentalmente, desarrollos del sistema de seguridad colectiva diseñado por la Carta de Naciones Unidas, posibilitando la acción extraterritorial de organizaciones internacionales -básicamente la ONU- y Estados mediante conceptos como el de la legítima defensa (art. 51 de la Carta), la autorización para el uso de la fuerza, o las operaciones de paz. Todo eso existía con anterioridad, pero un proceso de acumulación de experiencias en la materia y sedimentación de las mismas, ha convertido a la detención de personas en un elemento clave en toda operación exterior de fuerzas militares o policiales, aunque no revista caracteres de conflicto armado.

II

Las privaciones de libertad deben ser sometidas a las mayores restricciones. El marco del DIDH está en vigor permanentemente, incluso en situaciones de conflicto armado, conforme a las sentencias y opiniones del TIJ en asuntos como el de la legalidad de la amenaza de uso del arma nuclear, el muro israelí o las actividades armadas en el Congo. La interrelación entre los dos sectores del Derecho internacional que han sido objeto principal de estudio en esta tesis -Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos- es una cuestión polémica, pero principios como el de

la prohibición de las detenciones arbitrarias, indefinidas o no explicadas, y en general de cualquier detención prolongada en el tiempo sin presentar acusaciones o sin condenas penales, está asentada ya tanto en el DIH como en el DIDH. La entrada en vigor de los Protocolos adicionales a los convenios de Ginebra, e incluso del Segundo, implicó la irrupción explícita del DIDH en el del conflicto armado. Buena parte del contenido de los protocolos está considerada derecho consuetudinario incluso por los Estados no partes en los mismos, tales cómo Israel y los EEUU, y entre esas normas de derecho consuetudinario se incluye el artículo 75 del Protocolo I, que ofrece una serie de garantías procedimentales en caso de detención.

III

El régimen de la detención en el marco del conflicto armado, al menos en el conflicto armado internacional, está suficientemente regulado, aunque podría requerir puntualmente la concurrencia del DIDH, puesto que no desarrolla al detalle el marco jurídico interno de medidas como la detención de civiles. 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 internacional y en lo que se refiere a prisioneros de guerra. La figura residual de “detenido” vinculado al conflicto armado incluiría conceptos como el acuñado por la práctica reciente de la administración de EEUU, “combatientes enemigos ilegales” (*unlawful enemy combatants*). Independientemente de su calificación, todo detenido tiene derecho a una protección mínima recogida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y, por haber alcanzado la condición de derecho consuetudinario, la de buena parte del Protocolo Primero a los mismos convenios. Pero también opera, en concurrencia, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a pesar de la aparente condición de *lex specialis* del DIH. Que esto resulte o no en polémica depende más de la actitud de ciertos Estados, que niegan la aplicación extraterritorial del DIDH y su concurrencia con en DIH, que de una verdadera dificultad técnica en concretar la complementariedad entre ambos regímenes.

IV

La lucha contra el terrorismo, tal y cómo se ha planteado por algunos Estados –no sólo los EEUU e Israel, sino también el Reino Unido, Rusia, etc.- es sólo uno de los contextos en los que se puede hablar de detención operativa, entendida aquí como alternativa a la detención policial, pero presenta los dilemas más relevantes en torno a la detención misma, y cuestiones relacionadas, como el uso de la fuerza susceptible de causar muerte y el interrogatorio de los detenidos. El fondo de la cuestión es el debate entre el enfoque policial-judicial y el del conflicto armado acerca de varios fenómenos contemporáneos, que incluyen, pero no se limitan, al terrorismo, la piratería o la delincuencia a gran escala. Es sobre todo en lo relativo a dos derechos fundamentales –el derecho a la libertad y el derecho a la vida- donde encontramos una divergencia relevante entre el DIDH y el DIH, al ser éste último bastante más permisivo. No existe duda alguna acerca de la vigencia y aplicabilidad del DIH, y de su régimen en materia de detención, a los supuestos de conflicto armado internacional. El DIH es importante también porque incluso en situaciones que no son conflicto armado internacional en sentido estricto, o que no lo son en absoluto, los convenios de Ginebra III y IV son, en la práctica, tomados como referencia en cuanto afecta a la detención.

V

Normalmente el terrorismo debe ser enfrentado con medios policiales y de cooperación internacional a través de los diversos mecanismos existentes, perfeccionándolos, no inventando otros nuevos. No se puede asegurar que, en general, la lucha contra el terrorismo, por sí misma, tenga caracteres de conflicto armado. Si enfocamos el problema desde el punto de vista policial-judicial, difícilmente se puede llegar a la conclusión de que nos encontramos huérfanos de recursos, incluso en el plano internacional. Existen una serie de estructuras policiales 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 de EUROPOL y Eurojust en el ámbito de la Unión Europea. El marco jurídico internacional se ha desarrollado mucho en la materia, con la entrada en vigor de multitud de convenios internacionales. Es, digámoslo así, una tendencia natural sólo interferida por los intereses políticos de los Estados; pero una tendencia inequívoca, puesto que la divergencia entre lo públicamente manifestado y lo realmente ejecutado puede afectar a casos aislados y no al conjunto. Una orden internacional de busca y captura puede ser ignorada en un Estado, pero no en el mundo entero. No se puede negar que la cooperación policial internacional, aún sin acudir a la cómoda explicación política, resulta complicada de entrada desde el punto de vista de la coordinación, al existir múltiples estructuras y culturas policiales y judiciales. Además, la respuesta policial-judicial no parece suficientemente expeditiva a una parte muy considerable de la opinión pública en muchos Estados. El sistema que nos hemos dado en buena parte de los Estados occidentales tiende a ser más templado, incluso más frío y desapasionado –burocrático- y desde luego juega con plazos amplios. Sin embargo, el verdadero talón de Aquiles del enfoque policial-judicial es el de los límites en cuanto a la adopción de medidas preventivas, que incluyen la detención de personas estimadas peligrosas, sin cargos concretos.

VI

La respuesta bélica al terrorismo encuentra por tanto su campo natural en las medidas preventivas de legítima defensa -la idea de la “*ticking bomb*”- más difíciles de adoptar en marcos de normalidad mediante instrumentos policiales, pero presenta muchos dilemas de difícil solución. La primera es la adscripción de tal presunto conflicto a una categoría concreta –internacional, no internacional- con su correspondiente marco jurídico. Por otro lado es patente que mucho antes del 11-S ya se habían puesto los mimbres para aplicar una solución bélica a determinadas acciones contra vidas, propiedades e intereses norteamericanos que hasta entonces se consideraban generalmente incluidas en el ámbito de la acción policial-judicial, pero cabe estimar que fue por juzgar ésta última vía insuficiente o ineficaz. Además, frente a los ataques terroristas

consumados algunos Estados sostienen la existencia de una “autogestión de la sanción”, en el sentido de que, dado por supuesto el consenso en cuanto a la necesidad de adopción de una medida de respuesta, esta se lleva a cabo libremente por el Estado mas directamente concernido. Aunque la cuestión está suficientemente estudiada y parece clara, en el sentido de que tales medidas de fuerza son ilegales según el Derecho internacional, la situación cambia sustancialmente si media una resolución del Consejo de Seguridad reconociendo el derecho inherente a la legítima defensa. No obstante, sigue habiendo una serie de cuestiones muy difíciles de conciliar con el DIDH, en particular la pérdida de protección por parte de los civiles en los casos de participación directa en las hostilidades, y en consecuencia la licitud de los *targeted killings* de terroristas, como alternativa válida a la detención, los métodos rudos de interrogatorio, aunque no lleguen técnicamente a la definición de tortura y, sobre todo, la propia aplicación del régimen del DIH a los detenidos, y cómo dar continuidad a la acción penal cuando ésta tenga base. Este sería, por tanto, el punto flaco del modelo del conflicto armado. Restan, en el contexto examinado, algunos resquicios interesantes en relación con la tortura, o más bien con los tratos inhumanos o degradantes que no alcanzan el nivel de la tortura, como método de interrogatorio válido en algunas circunstancias. Así como en el ámbito del CEDH no cabe hacer distinciones, dada la jurisprudencia del Tribunal, en el ámbito universal el punto de referencia es, además del PIDCP, la Convención contra la Tortura, que diferencia la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, en lo que se refiere a la obligación de criminalizar los mismos. En lo que se refiere a la práctica de los *targeted killings* en la lucha contra el terrorismo no puede descartarse con carácter general, si se cumplen una serie de requisitos, y en el ámbito del conflicto armado. El análisis de otras acciones fuera del “campo de batalla” o del contexto “real” del conflicto armado, se basa en una serie de asunciones, ya que tal práctica no ha sido reconocida oficialmente por los EEUU fuera del teatro de operaciones en Afganistán-Paquistán, o por Rusia o Israel fuera de su territorio (o territorio ocupado), aunque tiene muy difícil encaje en el DIDH y el modelo policial-judicial.

VII

La experiencia norteamericana en lo que se refiere a detenciones en la GWOT, o para concretar, la situación de los detenidos en Guantánamo, las entregas irregulares (*extraordinary renditions*), etc. no sirve para casi nada desde el punto de vista del Derecho internacional, salvo para constatar la inconsistencia básica de muchos de sus argumentos. El análisis de la jurisprudencia norteamericana en la materia, tan frecuentado en los últimos años por buena parte de la doctrina internacionalista, aunque interesante, no nos proporciona conclusiones relevantes; salvo que, como mínimo, el artículo 3 común a los convenios de Ginebra debe aplicarse a los detenidos en Guantánamo. Todo lo demás no es más que aplicación más o menos cicatera del DIH y del Derecho de los EEUU, en cuestiones cómo el *habeas corpus*. Por otro lado pocos, fuera del propio ejecutivo norteamericano y ni siquiera aquí con rotundidad, defienden la situación, que además se ha convertido en un callejón sin salida debido a cuestiones presupuestarias y de política interna. En última instancia los únicos beneficiados parecen haber sido los terroristas, criminales elevados a la categoría de víctimas por cuestiones esencialmente procedimentales. En lo que se refiere a las *extraordinary renditions*, baste decir que no vale la pena el análisis de una práctica que no sólo es patentemente ilegal, sino que es reconocida implícitamente como tal por los propios ejecutores.

VIII

En las operaciones de paz contemporáneas no incluíbles en el marco del conflicto armado, con mayores limitaciones en cuanto al uso de la fuerza, se impone la idea de que la privación de libertad debe regirse sobre todo por el régimen de los Derechos Humanos, y los estándares policiales-judiciales. Esto puede ser excepcionado durante los cortos períodos de tiempo en los que el DIH alcance su umbral de aplicación, y por lo tanto haya que acudir al régimen de los convenios de Ginebra III y IV o al Protocolo I. En ningún caso puede estimarse admisible una detención indefinida sin mecanismos de revisión

eficaces. Argumentos como la prioridad de las operaciones, el de la libertad de acción de los mandos militares, etc., no son aceptables. Parece difícil sostener que la complejidad de las operaciones justifique la *tabula rasa*; acaso sea la doctrina la que deba ser revisada por inadecuada a las circunstancias o el contexto. Acaso una doctrina de corte más policial sea la adecuada. O acaso el enfoque gendármico. Pero siempre en el marco del enfoque policial-judicial. Cuestión distinta es la de la puesta en marcha de operaciones internacionales de índole estricta o predominantemente policial. En estos casos no se plantea traer a colación el DIH y su régimen en materia de detención y cuestiones asociadas, puesto que la detención policial es, normalmente, parte de un procedimiento penal. Hemos visto como en aquellas operaciones de paz en las que se ha introducido el elemento policial, se ha considerado en todo momento que el marco jurídico de referencia es el del DIDH, y por lo tanto el modelo policial-judicial.

IX

El marco jurídico de la detención en el contexto de operaciones de paz no susceptibles de ser incluidas en el concepto del conflicto armado internacional, o en otras situaciones de violencia que no alcanzan el umbral del conflicto armado, viene determinado, además de por los Derechos internos de los Estados implicados –los contribuyentes a la operación y el Estado anfitrión– por el DIDH. Esto puede estar matizado por el principio de atribución de actos, si las operaciones están bajo algún grado de mando y control de la ONU. Sin embargo, las organizaciones internacionales y los Estados acuden una y otra vez al DIH para cubrir los muchos huecos que presenta el DIDH en materia de procedimientos y garantías concretos en situaciones reales, como es la de las tropas internacionales establecidas en el territorio de un Estado soberano, sobre la base de un mandato y/o de la aceptación por parte de dicho Estado. En el caso de Kosovo y de Timor Oriental, las fuerzas internacionales se han basado en el régimen de la ocupación previsto en el IV convenio de la Haya, la IV convención de Ginebra y el Protocolo Primero. Aunque se acuda al régimen de ocupación como situación intermedia entre la guerra y la paz -lo que la

emparenta con el tipo de operaciones a las que nos referimos- en el fondo, el fundamento de este enfoque es el de la ausencia de un marco específico para la detención de personas y cuestiones relacionadas, como el ejercicio de la acción penal por parte de administraciones interinas.

X

Por lo tanto, en los casos distintos al conflicto armado internacional, el régimen de la detención es disperso y rudimentario. Se compone de una combinación de “soft law”, 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, aunque hay una cada vez más clara adscripción al DIDH. Si bien la práctica más reciente en ISAF, o la *Interim SOP* del DPKO relativa a detenciones, son intentos muy perfeccionados de cristalizar un marco jurídico, este régimen no es satisfactorio del todo, en particular en cuestiones cómo su publicidad, la entrega a autoridades locales de los detenidos y el *non-refoulement*, y parece conveniente adoptar medidas conducentes al desarrollo de un marco específico vinculante relativo a la detención en operaciones de paz, llevada a cabo por fuerzas militares y policiales internacionales.

BIBLIOGRAFIA

1. LIBROS.

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.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka (2009), *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*. Leiden, Brill.

AREND y BECK, eds. (1993), *International Law and the Use of Force. Beyond the UN Charter Paradigm*. Routledge, Londres.

BARBERO SANTOS, Marino (coord.) (1997), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Servicio de publicaciones.

BAYLEY, D. (1985), *Patterns of Policing: An International Comparative Analysis*. Rutgers University Press, New Brunswick.

BERMEJO GARCIA, Romualdo (2007), *La disolución de Yugoslavia*, EUNSA, Pamplona.

BERMEJO GARCÍA, R., y POZO SERRANO, P. (2011), *Una tierra, dos Estados: Análisis jurídico-político del conflicto árabe-israelí*, Ed. Tirant lo Blanch, Eunsa, Astrolabio.

BLAZQUEZ GONZÁLEZ, F. (1998), *La policía judicial*. Tecnos, Madrid.

BORY, F. (1982), *Génesis y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra.

CLIMENT DURAN, C. (1998), *Detenciones ilegales policiales*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel y PARDO DE SANTAYANA Y GÓMEZ DE OLEA, José (2009), *El conflicto de Afganistán*, Colección "Conflictos internacionales contemporáneos" núm. 12, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria" (Universidad Carlos III de Madrid), Escuela de Guerra del Ejército de Tierra y Ministerio de Defensa, Madrid.

DEFLEM, Mathieu (2002), *Policing World Society. Historical Foundations of International Police Cooperation*. Oxford University Press.

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.

DWAN, Renata (Ed.) (2002), *Executive Policing. Enforcing the Law in Peace Operations*. SIPRI Research Report No. 16. OXFORD UNIVERSITY PRESS.

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 SANCHEZ, Pablo Antonio (1998), *Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz*. Vol. I. *Análisis jurídico de las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz*. Vol. II. *La presencia de la ONU en los conflictos armados internacionales e internacionalizados*. CEP Biblioteca Universitaria-Universidad de Huelva.

FINDLAY, Trevor:

(2002), *The Use of Force in UN Peace Operations* SIPRI / OXFORD UNIVERSITY PRESS.

(1995), *Cambodia. The Legacy and Lessons of UNTAC*. SIPRI Research Report No. 9, OXFORD UNIVERSITY PRESS.

FORCADA BARONA, Ignacio (2011), *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*. Cívitas, Aranzadi, Pamplona.

GARCÍA MORILLO, Joaquín (1995), *El derecho a la libertad personal*. Tirant Lo Blanch-Universidad de Valencia.

GIL GIL, Alicia (1999), *Derecho Penal Internacional*, Técnos, Madrid.

GILL, Terry, FLECK, Dieter et al. (2010), *Handbook of the international law of military operations*. Oxford; New York; Oxford University Press.

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.

GRACIA, M., L. (2005), *Bases para una crítica del “Derecho penal del enemigo”*. Tirant lo Blanch, Valencia

GREENBERG, Karen and DRATEL, Joshua, (Eds.) (2005), *The torture papers: the road to Abu Ghraib*. New York, US: Cambridge University Press.

HAUSSLER, U. (2007), *Ensuring and Enforcing Human Security. The Practice of International Peace Missions*. WLP, Nimega.

HENCKAERTS, Jean-Marie y DOSWALD-BECK, Louise (Eds.), (2005) CUSTOMARY INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW VOLUME I. RULES. (Tb. Carolin Alvermann, Knut Dörmann and Baptiste Rolle). VOLUME II. PRACTICE. (Tb. Carolin Alvermann, Angela Cotroneo, Antoine Grand and Baptiste Rolle. International Committee of the Red Cross. Cambridge University Press.

HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M. (2008), *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Tecnos, Madrid, 2008.

JAKOBS, Günther (2003). *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. Cívitas, Madrid.

JAR COUSELO, G. (2000), *Modelos comparados de policía*. Dykinson, Madrid.

JONES, Seth G. (2008), *Counterinsurgency in Afghanistan*. Prepared for the Office of the Secretary of Defense. National Defense Research Institute Rand Counterinsurgency Study, Vol.4.

KORFF, Douwe (2006), *The right to life. A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbooks, No. 8. Directorate General of Human Rights, Council of Europe, Estrasburgo.

LEBRUN, M. (1997), *Interpol*. Presses Universitaires de France, Paris.

LOUBET DEL BAYLE, J.L.: (2006), *Police et politique. Une approche sociologique*, L'Harmattan, París. (1998), *La policía*. Acento Editorial, Madrid 1998.

MACOVEI, Monica (2002), *The right to liberty and security of the person. A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*. Human Rights Handbooks, No. 5. Directorate General of Human Rights. Council of Europe, Estrasburgo.

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.

McBRIDE, Jeremy (1999), *Pre-Trial Detention in the OSCE Area*. OSCE/ODIHR Publications, Background Paper 1999/2.

http://www.osce.org/documents/odhr/1999/09/1504_en.html#p43

McCLEAN, David (2007), *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*. Oxford University Press.

MÉJEAN, Virgile (2007), *Ordre et sécurité au Kosovo 1999-2002. Les missions des forces terrestres*. CDEF.

www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/cahiers_drex/cahier_recherche/securete_kosovo.pdf

MELZER, Nils (2008), *Targeted Killing in International Law*, Oxford University Press, New York.

MORENO CATENA, V. Y CASTILLEJO MANZANARES, R. (1999) *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*. Tirant Lo Blanch, Valencia,

MURDOCH, Jim (2002), *Article 5 of the ECHR. The protection of liberty and security of person*. HR Files N° 12 (revised). Council of Europe Publishing.

PAUST, Jordan J. (2007), *Beyond the Law: The Bush Administration's Unlawful Responses in the 'War' on Terror*. New York: Cambridge University Press.

POZO SERRANO, Pilar (2011), *La guerra de Af-Pakistán y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales*. Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona

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

RAMON CHORNET, Consuelo:

(1995), *¿Violencia necesaria?*. Trotta, Madrid.

(1992), *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

REIDY, Aisling (2002), *The prohibition of torture. A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention on Human Rights*. Human rights handbooks, No. 6. Directorate General of Human Rights. Council of Europe. Estrasburgo.

REMIRO BROTONS, Antonio (1999), *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*. Biblioteca Nueva, Madrid.

RIPLEY, T. (1995), *Fuerzas de seguridad en Irlanda del Norte (1969-92)*, Ediciones del Prado, Madrid.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús (1981), *La detención preventiva en el derecho comparado*. Universidad Autónoma de México, México.

SANDOZ, Y., SWINARSKI, Ch. y ZIMMERMANN, B. (eds) (1987), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Martinus Nijhoff, Ginebra.

STEPANOVA, Ekaterina (2008), *Terrorism in Asymmetrical Conflict. Ideological and Structural Aspects*. SIPRI Research Report No. 23. OXFORD UNIVERSITY PRESS.

V.V.A.A. (2012) *En una sociedad posheróica: la transformación del paradigma militar*. Monografías del CESEDEN, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica.

WALZER, Michael (1977), *Just and Unjust Wars* (uso la edición española de 2001, *Guerras justas e injustas*, Paidós, Barcelona)

2. ARTÍCULOS DE REVISTAS, CAPÍTULOS EN LIBROS COLECTIVOS, SEPARATAS, DOCUMENTOS DE TRABAJO, ETC.

ABRESCH, William (2005), “A Human Rights Law of Internal Armed Conflict: The European Court of Human Rights in Chechnya”. *EJIL*, Vol. 16 N^o. 4, pp. 741–767.

ABRIL, Ruth (2005), “De Guantánamo, a Bagdad. Estatuto jurídico y trato a los “detenidos en la lucha contra el terrorismo”. *Revista electrónica de estudios internacionales* N^o 9.

AESCHLIMANN, Alain (2005), “Protection of detainees: ICRC action behind bars”. *IRRC*, vol. 87, N^o 857, pp. 83-122.

AIRES DE SOUSA, Susana (2009), “The Legal Interest Protected in the Crimes Against Humanity”. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 451- 467.

AIXALÀ, Albert (2007) “La estrategia de la UE ante el terrorismo internacional y la defensa de los derechos y libertades”. *Política exterior y parlamento Europeo: hacia el equilibrio entre eficacia y democracia*. Oficina del Parlamento Europeo en Barcelona, pp. 51-65

ALDRICH, George H. (2002), “The Taliban, al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants”. *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* Heft 4, pp. 202-206.

ALÍA PLANA, Miguel:

(2009), Las reglas de enfrentamiento (ROE)”. *Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Cuaderno práctico* N^o 1, pp. 28-38.

(2003), “La regionalización de las operaciones de paz. Africa y oriente medio”. *Revista electrónica de estudios internacionales* N^o 5.

ALSTON, Philip, MORGAN-FOSTER, Jason and ABRESCH, William (2008), "The Competence of the UN Human Rights Council and its Special Procedures in Relation to Armed Conflicts: Extrajudicial Executions in the 'War on Terror'". *EJIL*, Vol. 19, Nº 1, pp. 183–209.

ALTENBURG, John D. (2009), "Just Three Mistakes!". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 11-19.

ALVAREZ José E. (2005), "Torturing the Law". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 175-223.

ÁLVAREZ COBELAS, Juan Ramón (2007), "La etiqueta como estigmatización: de failed state, a rogue state". *Revista electrónica de estudios internacionales* nº 14.

ANDERSON, Kenneth, (2009), "The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences". *EJIL*, Vol. 20, Nº 2, pp. 331 – 358.

ANGELSON, Meredith (2009), "Beyond the myth of "good faith": Torture Evidence in International Extradition Hearings". *International Law and Politics*, vol. 41, pp. 603-653.

ASHDOWN, Julie and JAMES, Mel (2010), "Women in Detention". *IRRC*, Vol. 92, Nº 877 pp. 123-141.

ATHANASIOU, Emmanouil, (2004), «La dimension humaine de l'OSCE et la lutte contre le terrorisme». *Droits Fondamentaux*, nº 4, pp. 25-45.

AUST, Helmut Philipp (2008), "Between Self-assertion and Deference: European Courts and Their Assessment of UN Security Council Resolutions". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 8, pp. 51-77.

BADIA MARTÍ, Anna (2005), "La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado de 9 de julio de 2004". *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 9.

BALDRATE, Brian C. (2005), "The Supreme Court's Role in Defining the Jurisdiction of Military Tribunals: a Study, Critique, & Proposal for Hamdan v. Rumsfeld". *Military Law Review*, Vol. 186, pp. 1-115.

BALMOND, Louis (2008), «À propos du cadre juridique des opérations de maintien de la paix». *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 77-88.

BALUARTE, David C. (2004), "Sosa v. Alvarez-Machain: Upholding the Alien Tort Claims Act While Affirming American Exceptionalism". *HRB*, Vol. 12, Issue 1, pp. 11 y ss.

BANKS, Michael D. (2009), "Addressing State (Ir-)Responsibility: The Use of Military Force as Self-Defense in International Counter-Terrorism Operations". *Military Law Review*, Vol. 200, pp. 54 –107.

BARBERET, R. (1993), "La policía y la investigación criminológica". *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 9, pp. 115-123.

BARBOUR, Stephanie A. & SALZMAN, Zoe A. (2008), "'The Tangled Web': The Right of Selfdefense Against Non-state Actors in the Armed Activities Case". *International Law and Politics*, vol. 40, pp. 53-106.

BARIFFI Francisco J. (2009), "Jurisdicción universal sobre crímenes de guerra: evolución histórica y su codificación en el derecho de Ginebra". *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 17.

BARNSBY, Robert E. (2009), "Yes, we Can: The Authority to Detain as Customary International Law". *Military Law Review*, Vol. 202, pp. 53-90.

BARRENECHEA, Luisa (2007), "¿Están recogidas las vinculaciones entre el derecho de asilo y el terrorismo en la estrategia global contra el terrorismo de Naciones Unidas?". *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 14.

BASSIOUNI, Cherif (2005), "The Institutionalization of Torture Under the Bush Administration". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 389-425.

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.

BELL, Caitlin A. (2010), "Reassessing Multiple Attribution: The International Law Commission and the Behrami and Saramati Decision". *International Law and Politics*, vol. 42, pp. 501-548.

BELLINGER, John B. (2007), "Remarks on the Military Commissions Act". *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 48.

BELLINGER, John B. y PADMANABHAN, Vijay M. (2011), "Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law". *AJIL*, Vol. 105, Nº 2, pp. 201 y ss.

BENÍTEZ, Rafael A. (2003), "Un nuevo convenio anti-terrorista para Europa". *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 7.

BENJAMIN, James J. (2009), "In Pursuit of Justice: Prosecuting Terrorism Cases in the Federal Courts 2009 Update and Recent Developments". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 267-272.

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 .

BENSON, Josh (2009), "The Guantánamo Game: A Public Choice Perspective on Judicial Review in Wartime". *California Law Review*, vol. 97, pp. 1219-1277.

BENZIMRA-HAZAN, Jérôme (2001), «L'affaire Öcalan devant la Cour Européenne des Droits de l'homme». *Droits Fondamentaux*, n°1, pp. 191-197.

BERMEJO GARCIA, Romualdo:

(2006) "Comentarios en torno a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre el mal denominado "muro" de Israel contra el terrorismo palestino: una opinión muy `opinable"'. *Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*. Tirant lo Blanch, Valencia.

(2004) "Cuestiones en torno al estatuto jurídico de los detenidos en Guantánamo". *Los retos humanitarios del siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 43-65.

(2002), "Los territorios "ocupados" o "administrados" por Israel, la Intifada de Al-Aqsa y el Derecho Internacional Humanitario". *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 49-89.

(2001) "El Derecho Internacional frente al terrorismo: ¿Nuevas perspectivas tras los atentados del 11 de septiembre". *Anuario de Derecho Internacional*, 2001, pp. 5-24.

BERMEJO GARCÍA, Romualdo y GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo:

(2010), "De la opinión consultiva de las Corte Internacional de Justicia, de 22 de julio de 2010, sobre Kosovo". *Documento de Trabajo 35/2010 Real Instituto Elcano*.

(2008), "La independencia de Kosovo a la luz del derecho de libre determinación". *Documento de Trabajo Nº 7/2008 Real Instituto Elcano*.

(2008), "Kosovo de nuevo: apuntes críticos sobre su declaración de independencia, su constitución y otras reflexiones". *Documento de Trabajo Nº 41/2008 Real Instituto Elcano*.

BHUTA, Nehal (2005), "The Antinomies of Transformative Occupation". *EJIL*, Vol. 16, Nº 4, pp. 721-740.

BIA, Maria Teresa (2009), "European Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters and the Crime of Genocide". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 431-450.

BIANCHI, Andrea (2006), "Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion". *EJIL*, Vol. 17 No. 5, pp. 881–919.

BÍLKOVÁ, Veronika (2010), "The Responsibility to Protect – New Beginning or End of the Road for Humanitarian Intervention?". *CYIL* 1, pp.75-86.

BLUM, Gabriella:

(2011), "On a Differential Law of War". *HILJ*, Vol. 52, N° 1, pp. 164-218.

(2011), "Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict: A Rejoinder to Sandesh Sivakumaran". *EJIL*, Vol. 22 N° 1, pp. 273–275.

(2011), "Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict: A Reply to Sandesh Sivakumaran". *EJIL*, Vol. 22 N° 1, pp. 265–271.

BLUM, Stephanie Cooper (2008), "Preventive Detention in the War on Terror: A Comparison of How the United States, Britain, and Israel Detain and Incapacitate Terrorist Suspects". *Homeland Security Affairs*, Vol. IV, N° 3
WWW.HSAJ.ORG

BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, y CONDORELLI, Luigi (2007), "La responsabilità di proteggere: una nuova veste per una nozione già acquisita". *Conflitti armati e situazioni di emergenza: La risposta del Diritto Internazionale* (Irina Papanocolopulo y Tullio Codazzi, Coord). Milán, pp. 5-12.

BOISTER, Neil (2003), "'Transnational Criminal Law'?". *EJIL*, Vol.14, N° 5, pp. 953–976.

BOLLO AROCENA, M^a Dolores:

(2006), "Hamdan v. Rumsfeld. Comentario a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 29 de junio de 2006". *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 12.

(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*, N° 86, pp. 153-195.

BONAFE, Beatrice I. (2007), "Finding a Proper Role for Command Responsibility". *Journal of International Criminal Justice*, 5, pp. 599-618.

BONGARD, Pascal y SOMER, Jonathan (2011), "Monitoring armed non-state actor compliance with humanitarian norms: a look at international mechanisms and the Geneva Call Deed of Commitment". *IRRC*, Vol. 93 N° 883, pp. 673-706.

BOOTHBY, Bill (2010), "'And for such Time as': The Time Dimension to Direct Participation in Hostilities". *International Law and Politics*, Vol. 42, pp.741-768.

BORELLI, Silvia (2005), "Casting Light on the Legal Black Hole: International Law and Detentions Abroad in the 'War on Terror'". *IRRC*, Vol. 87 N° 857, pp. 39-68.

BOTHE, Michael:

(2008), "The responsibility to protect and international humanitarian law". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 224-226.

(2003) "Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force". *EJIL*, Vol. 14, Nº 2, pp. 227-240.

BRANCHE, Raphaëlle, (2007), "Torture of Terrorists?. Use of Torture in a "War Against Terrorism": Justifications, Methods and Effects: The Case of France in Algeria, 1954–1962". *IRRC*, Vol. 89, Nº 867, pp. 543-560.

BRUIN, René y WOUTERS, Kees (2003), "Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement". *International Journal of Refugee Law*. Vol. 15, Nº 1, pp. 5-29.

BUGNION, François (2003), "Jus ad bellum, jus in bello and Non-International Armed Conflicts". Publicado originalmente en el *Yearbook of International Humanitarian Law*, T. M. C. Asser Press, Vol. VI, pp. 167-198. Se encuentra en la website del CICR.

http://www.icrc.otg/eng/assets/files/other/jus_ad_bellum_jus_in_bello_and_Non_International_Armed_Conflicts.pdf

BURGORGUE-LARSEN, Laurence y UBEDA DE TORRES, Amaya (2011), "“War” in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights". *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, Nº 1, pp. 148-174.

CACHO SÁNCHEZ, Yaelle (2007), "Responsabilidad internacional de las Naciones Unidas por la actividad ilícita de sus fuerzas de mantenimiento de la paz". *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 13.

CAMPANELLI, Danio, (2008), "The Law of Military Occupation Put to the Test of Human Rights Law". *IRRC*, Vol. 90, Nº 871, pp. 653-668.

CANCIO MELIÁ, Manuel, (2003). "¿Derecho penal del enemigo?" En *Derecho penal del enemigo*. Civitas, Madrid, p. 61 y ss.

CARIO, Jérôme (2008), Detention in peace operations: a practical approach. *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 234-243.

CARRE, Hélène (2010), «La détention provisoire à travers l'application nationale du droit découlant de la CEDH et de la CIDH». <http://m2bde.u-paris10>

CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús (2007), “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°14.

CARRILLO SANTARELLI, Nicolas (2008), “Non-state Actors’ Human Rights Obligations and Responsibility Under International Law”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 15.

CARTY, Anthony (2006) “The Implosion of the Legal Subject and the Unraveling of the Law on the Use of Force: American Identity and New American Doctrines of Collective Security”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 11.

CASALIN, Deborah (2011), “Taking prisoners: reviewing the international humanitarian law grounds for deprivation of liberty by armed opposition groups”. *IRRC* Vol. 93 N° 883, pp. 743-757.

CASSEL, Douglas:

(2009), “International Human Rights Law and Security Detention”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 40, pp. 383-401.

(1996), “Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, N° 4, pp. 197-230.

CASTILLO DAUDÍ, Mireya (2003), “La ocupación militar de Irak ante el derecho internacional”. *REDI*, Vol. 55, N° 1, pp. 223-245.

CERONE John:

(2008), Peace operations and the complementarity of human rights law and international humanitarian law. *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 115-125.

(2007), “Jurisdiction and Power: The Intersection of Human Rights Law & the Law of Non-international Armed Conflict in an Extraterritorial Context”. *ISR. L. REV.* Vol. 40, N° 2, pp. 72-128.

(2006). “Status of Detainees in Non-International Armed Conflict, and their Protection in the Course of Criminal Proceedings: The Case of *Hamdan v. Rumsfeld*.” *ASIL Insights*, Vol. 10, Issue 17.

<http://www.asil.org/insights060714.cfm>

(2001), “Minding the Gap: Outlining KFOR Accountability in Post-Conflict Kosovo”. *EJIL*, Vol. 12, N° 3, pp. 469-488.

CHAFFEE, Devon (2009), “The Cost of Indefinitely Kicking the Can: Why Continued “Prolonged” Detention is no Solution to Guantánamo”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp.187- 196.

CHARLESWORTH, Hilary (2007), “Think Pieces. Law after War.” *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8.

CHESNEY, Robert M. (2007), "Judicial Review, Combatant Status Determinations, and the Possible Consequences of Boumediene". *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 48.

CHESTERMAN, Simon:

(2008), "We Can't Spy ... If We Can't Buy! ': The Privatization of Intelligence and the Limits of Outsourcing 'Inherently Governmental Functions'". *EJIL*, Vol. 19, Nº 5, pp. 1055 – 1074.

(2005), "Just War or Just Peace After September 11: Axes of Evil and Wars Against Terror in Iraq and Beyond". *International Law and Politics*, vol. 37, pp. 281-301.

(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, (traducción en *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, nº 21, pp. 152-159).

CHEVALIER-WATTS, Juliet (2010), "Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing the Right to Life or an Onerous Burden on a State?" *EJIL*, Vol. 21, Nº. 3, 701–721.

CHIRINOS, Alexandra (2005), "Finding the Balance Between Liberty and Security: the Lords' Decision on Britain's Anti-terrorism Act". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 18, pp. 265-276.

CHLOPAK, Erin, (2002), "Dealing with the Detainees at Guantánamo Bay: Humanitarian and Human Rights Obligations under the Geneva Conventions". *HRB* Vol. 9, Issue 3, pp. 6 y ss.

CITRONI, Gabriella (2007), "La giurisprudenza di due corti regionali dei diritti umani in tema de sfollati interni". *Conflitti armati e situazioni di emergenza: La risposta del Diritto Internazionale*. (Irina Papanocolopulo y Tullio Codazzi, Coord). Milán, pp. 93- 142.

CLAPHAM, Andrew (2010), "The Role of the Individual in International Law". *EJIL*, Vol. 21, Nº 1, pp. 25–30.

CLIFFORD, W. (1972), "The Shared Minimum Rules for the Treatment of Prisoners". *American Journal of International Law*, 1972, p. 232 y ss.

COCHRANE ALEXANDER, Barbara, (2000), "East Timor: Will There Be Justice?" *HRB*, vol. 8, Issue 1, pp. 5 y ss.

COLANGELO, Anthony J. (2007), "Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law". *HILJ*, Vol. 48, Nº 1, pp. 121-201.

COLASEIS, Laurent, (2010), "The Role of the International Committee of the Red Cross in Stability Operations". *US Naval War College International Law Studies*, pp. 457-476.

COLE, David (2009), "Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War". *California Law Review*, Vol. 97, pp. 693-750.

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.

COSTAS TRASCASAS, Milena (2007), "La nueva ley estadounidense de comisiones militares: elementos para un análisis crítico desde la perspectiva del derecho internacional". *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 14.

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.

CRONOGUE Graham (2012), "A New AUMF: Defining Combatants in the War on Terror". *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 22, pp. 377-406.

CRUCIANI, Andrea (2009), "Applicable Law in Peace Support Operations". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 183-201.

CUESTA RICO, F., (2008), "Los parámetros constitucionales de la acción exterior de las Fuerzas Armadas españolas". *El estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el Exterior*, Plaza y Valdés, Madrid, pp. 233-319.

CULLEN, Anthony (2010), "The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law". *Cambridge Studies in International and Comparative Law*. Capítulo 4.

DAHINDEN, Erwin (2008), "The teaching, dissemination and implementation of international humanitarian law in peace operations. General introduction". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 326-333.

DAHL, A.W. (2007), "Military assistance to the police in situations requiring the use of armed force", <http://home.scarlet.be/~ismllw/new/2007>.

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.

DASKAL, Jennifer, (2009), "A New System of Preventive Detention? Let's Take a Deep Breath". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 561-575.

DASTOOR, Neville F. (2009), "The Responsibility to Refine: The Need for a Security Council Committee on the Responsibility to Protect". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 22. pp. 25-62.

DAVIDSON, Tyler & GIBSON, Kathleen (prep.) (2009), "Experts Meeting on Security Detention Report". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 323-381.

DAVIS, Morris D. (2009), "Historical Perspective on Guantánamo Bay: The Arrival of the High Value Detainees". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 115-124.

DECAUX, Emmanuel, (2005), «Legalité et légitimité du recours a la force: de la guerre juste a la responsabilité de protéger». *Droits Fondamentaux*, n° 5, <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article104>.

DEEKS, Ashley S. (2009), "Administrative Detention in Armed Conflict". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 403-436.

DEFLEM, MATHIEU:

(2011), "Policing Afghanistan: Civilian Police Reform and the Resurgence of the Taliban." Pp. 114-124 *The Routledge Handbook of War and Society: Iraq and Afghanistan*, edited by Steven Carlton-Ford & Morten G. Ender. London: Routledge.

(2010) "Police and counter-terrorism. A sociological theory of international cooperation". *Emerging Transnational (In)security Governance. A statist-transnationalist approach*. Ersel Aydinli (Ed.). Routledge, London and New York, pp. 163-172.

(2009), "Interpol", en *The Sage Dictionary of Policing*. Alison Wakefield y Jerrt Fleming (eds.), Sage Publications, Londres, pp. 179-181.

(2007) "International Police Cooperation against Terrorism: Interpol and Europol in Comparison". *Understanding and Responding to Terrorism*, H Durmaz et Al. (Eds.), IOS Press, pp. 17-24.

(2006), "Global Rule of Law or Global Rule of Law Enforcement? International Police Cooperation and Counterterrorism". *The Annals of the American Academy*, AAPSS, 603, January 2006, pp. 240-251.

(2005) International Policing: Role of the US". *The Encyclopaedia of Criminology*. R. Wright y M. Miller (eds.). Routledge, New York, pp. 808-812.

(2004), "The Boundaries of International Cooperation: problems and Prospects of US-Mexican Police Relations". *Police Corruption: Challenges for Developed Countries. Comparative Issues and Comissions of Inquiry*. M. Amir y S. Einstein (eds.), Huntsville. Pp. 93-122.

(2001), "International Police Cooperation in North America: a Review of Practices, strategies and Goals in the United States Mexico and Canada". *International Police Cooperation. A World Perspective*. Daniel J. Koenig y Dilip K. Das, (Eds.) Lexinton Books, New York, Oxford, pp. 71-97.

DEFLEM, Mathieu y McDONOUGH, Shannon (2010), "International Law Enforcement Organizations". *Comparative and International Policing, Justice, and Transnational Crime*. Sessa Kethineni (ed.). Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, pp. 127-148.

DEFLEM, Mathieu, y MAYBIN, Lindsay C. (2005), "Interpol and the policing of International Terrorism: Developments and Dynamics Since September 11". *Terrorism: Research, Readings and Realities*. Lynne L. Snowden y Bradley C. Whitsel (eds.) Pearson, Upper Saddle River, New Jersey, pp. 175-191.

DELAPLACE, Edouard, and POLLARD, Matt (2005), "Visits by human rights mechanisms as a means of greater protection for persons deprived of their liberty". *IRRC*, Vol. 87, N° 857, pp. 69-82.

DENNIS Michael J.:

(2007), "Non-application of Civil and Political Rights Treaties Extraterritorially During Times of International Armed Conflict". *ISR. L. REV.* Vol. 40 No.2, pp. 453-502.

(2005), "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation". *American Journal of international Law*, Vol. 99, N° 1, pp. 119-141.

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.

DE SCHUTTER, O. (2005), "Globalization and Jurisdiction: Lessons From the European Convention on Human Rights". <http://www.chrgj.org>.

DIAZ ALCANTUD, F. (1999), "El observador policial en las operaciones de paz". *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, n° 20, p. 41-54.

DÍAZ BARRADO, Cástor Miguel:

(2010), “La lucha contra delincuencia organizada en el espacio iberoamericano”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 20.

(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, Laura:

(2010), “Military Lawyers, Private Contractors, and the Problem of International Law Compliance”. *International Law and Politics*, vol. 42, pp.355-388.

(2007), “Accountability of Private Security Contractors under International and Domestic Law”, <http://www.asil.org/insights071226.cfm>.

(2005), “Torture and Contract”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 27, pp. 267-275.

DI FILIPPO, Marcello, (2008), “Terrorist Crimes and International Co-operation: Critical Remarks on the Definition and Inclusion of Terrorism in the Category of International Crimes”. *EJIL*, Vol. 19, Nº 3, 533–570.

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.

DÖRMANN, Knut (2003), “The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants””. *IRRC*, Vol. 85, Nº 849, pp. 45-74.

DOSWALD-BECK, Louise (2006), “The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?” *IRRC*, Vol. 88, Nº 864, pp. 881-904.

DREW, Catriona (2001), “The East Timor Story: International Law on Trial”. *EJIL*, Vol. 12, Nº 4, pp. 651-684.

DROEGE, Cordula:

(2008), “Transfers of Detainees: Legal Framework, Non-refoulement and Contemporary Challenges”. *IRRC*, Vol. 90, Nº 871, pp. 669-701.

(2007), “The Interplay Between International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Situations of Armed Conflict”. *ISR. L. REV.* Vol. 40, Nº 2, pp. 310-355.

(2007), ““In Truth the Leitmotiv”: the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-Treatment in International Humanitarian Law”. *IRRC*, Vol. 89, Nº 867, pp. 515-541.

DUDAI, Ron (2011), “Closing the gap: symbolic reparations and armed groups”. *IRRC*, Vol. 93, Nº 883, pp. 783- 808.

DUFFY, Helen (2008), "Human Rights Litigation and the 'War on Terror'". *IRRC*, Vol. 90, Nº 871, pp. 573-597.

DUFFY, Maureen T. & PROVOST, René (2009), "Constitutional Canaries and the Elusive Quest to Legitimize Security Detentions in Canada". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 531-560.

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.

DURÁN PUENTES, Julián Andrés (2010), "Acerca del derecho penal de enemigo como expresión jurídica de una civilidad denegada. Gunther Jakobs y el asalto al derecho penal". *Pap. Polít.* Bogotá (Colombia), Vol. 15, Nº. 2, pp. 513-535.

DUTTON, Yvonne (2011), "Pirates and Impunity: Is the Threat of Asylum Claims a Reason to Allow Pirates to Escape Justice". *M. Fordham International Law Journal*, Vol. 34, Issue 2, pp. 236-295.

DUXBURY, Alison (2007), "Drawing Lines in the Sand — Characterising Conflicts for the Purposes of Teaching International Humanitarian Law". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8.

ECHEVARRIETA JESUS, C. (2002), "Las consecuencias del 11-S para la seguridad mundial". *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 26, pp. 39 a 45.

ELIAS, Stella Burch (2009), "Rethinking 'Preventive Detention' from a Comparative Perspective: Three Frameworks for Detaining Terrorist Suspects". *Columbia Human Rights Law Review* , 41, pp. 99-210.

ENGDAHL, Ola (2008), "The legal status of United Nations and associated personnel in peace operations and the legal regime protecting them". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 126-131.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, José (2009), "Nuevos avances y retos en la lucha contra el terrorismo". *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 17.

ESPIGARES MIRA, Jesús (2005), "INTERPOL y su intervención en la lucha contra la delincuencia organizada". *Estudios Jurídicos 2004*. Centro de Estudios jurídicos, pp.1465-1488.

ESTEVE MOLTÓ, José Elías (2011), "La persecución de las violaciones del derecho internacional humanitario en el contexto de los conflictos armados internos: el caso de Birmania ante la jurisdicción universal en España". *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 22.

EVANS, Gareth (2008), "Protection of civilians in peace operations, or the "operationalisation" of the responsibility to protect". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 219-223.

FAIX, Martin (2010), "Rules of Engagement. Some Basic Questions and Current Issues". *Czech Yearbook of International Law (CYIL)*, Vol. 1 pp. 133-145.

FARBER, Sonia R. (2010), "Forgotten at Guantánamo: The Boumediene Decision and Its Implications for Refugees at the Base Under the Obama Administration". *California Law Review*, Vol. 98, pp. 989-1022.

FARIA CORACINI, Celso Eduardo (2009), "Targeted Killing of Suspected Terrorists During Armed Conflicts: Compatibility with the Rights to Life and to a Due Process?", *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*, Servicio de Publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009 pp.387-402.

FARMER, Alice (2008), "Non-refoulement and Jus Cogens: Limiting Anti-terror Measures that Threaten Refugee Protection."
http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=alice_farm er&sei-redir=1#search=%22NON%20REFOULEMENT%22

FARRELL, Brian, (2008), "Does the Universal Declaration of Human Rights Implicitly Guarantee a Right to Habeas Corpus?" *HRB*, vol. 16, Issue 1.

FARTHING, Sophie and SANKEY, Isabella, eds. (2010), *Terrorism Pre-charge Detention Comparative Law Study*. The National Council for Civil Liberties <http://www.liberty-human-rights.org.uk/policy/reports/comparative-law-study-2010-pre-charge-detention.pdf>

FELBAB-BROWN, Vanda (2009), "Narco-guerrilleros: ¿qué lecciones se pueden extraer de Colombia para Afganistán?" *Real Instituto Elcano, Área: Seguridad y Defensa, Documento de Trabajo 55/2009* (traducido del inglés), 21/12/2009. www.realinstitutoelcano.org

FERNANDEZ GONZALEZ, F. (2008), "Descripción de la amenaza. La insurgencia". *Revista de la DIDOM*, N° 9, pp. 18-25.

FERRARO, Tristan (2008), "The applicability of the law of occupation to peace forces". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 133-156.

FIDLER, D. (2007), "Counterinsurgency, Rule of Law Operations, and International Law", en <http://www.asil.org/insights070919.cfm>.

FINNIN, Sarah (2006), "Case note: Salim Ahmed Hamdan, petitioner v Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense. Has the Bush Administration's Experiment with Military Commissions Come to an End?" *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7.

FITZPATRICK, Regina:

(2007), "Hamdan v. Rumsfeld: Implications for the Geneva Conventions". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 20, pp. 339-347.

(2003), "Speaking Law to Power: The War Against Terrorism and Human Rights". *EJIL*, Vol. 14. N° 2, pp. 241-264.

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 Autònoms. Escola de Policia de Catalunya, pp.129-137.

FORCESE, Craig (2010), "Catch and Release: A Role for Preventive Detention without Charge in Canadian Anti-terrorism Law". *IRPP Study*, No. 7, July 2010.

FORD, Christopher M. (2011), "From Nadir to Zenith: The Power to Detain in War". *Military Law Review*, Vol. 207, pp. 203-252.

FORSTER, Jacques (2008), "Implementation of International Humanitarian Law in Peace Operations. The ICRC perspective." *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 334-338.

FORSYTHE, David:

(2011), "U.S. Foreign Policy and Human Rights: Situating Obama". *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, N° 3, pp. 767-789.

(2006), "US Policy Toward Enemy Detainees in the "War on Terrorism"". *HRQ*, Vol. 28, N° 2.

FOURNIER, Sylvain (2009), "NATO Military Interventions Abroad: How ROE are Adopted and Jurisdictional Rights Negotiated". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares*

internacionales. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 113-122.

FRANCIONI, Francesco (2008), "Private Military Contractors and International Law: An Introduction". *EJIL*, Vol. 19, Nº 5, pp. 961 – 964.

FRAKT, David J. R.:

(2010), "Lawfare and Counterlawfare: the Demonization of the Gitmo Bar and Other Legal Strategies in the War on Terror". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 43, pp. 335-356.

(2009), "Closing Argument at Guantanamo: The Torture of Mohammed Jawad". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 22, pp. 1-23.

FRASER, Malcolm (2008), "Torture Team: Human Rights, Lawyers, Interrogations and the 'War on Terror' — A Response to Philippe Sands". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9.

FREEMAN, Mark (2000), "International Law and Internal Armed Conflicts: Clarifying the Interplay between Human Rights and Humanitarian Protections". <http://sites.tufts.edu/jha/archives/152>

FROUVILLE, Olivier de (2006), « La convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire. Première partie: les dispositions substantielles ». *Droits Fondamentaux*, nº 6, <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article119>.

FUX, Pierre-Yves & ZAMBELLI, Mirko (2002), « Mise en oeuvre de la Quatrième Convention de Genève dans les territoires palestiniens occupés: historique d'un processus multilatéral (1997-2001) ». *IRRC*, Vol. 84, Nº 847, pp. 661-695.

GAETA, Paola:

(2010), "Symposium: The Human Dimension of International Law. Introduction". *EJIL*, Vol. 21, Nº 1, pp. 7–9.

(1998), "Is NATO Authorized or Obligated to Arrest Persons Indicted by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia?" *EJIL*, Vol. 9, pp. 174-181.

GAJA Giorgio, (2010), "The Position of Individuals in International Law: An ILC Perspective". *EJIL*, Vol. 21, Nº 1, pp. 11–14.

GARCÍA FRAILE GASCÓN, A. (1992), "Apuntes sobre política contra la criminalidad". *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, Nº 7, pp. 129-141.

GARCÍA GUINDO, Miguel (2010), "Contrainsurgencia en Afganistán: retos y desafíos de una estrategia común", en *Terrorismo sin fronteras. Actores, escenarios y respuestas en un mundo global*. Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 109-120

GARCÍA PÉREZ, Rafael (2006), “La “responsabilidad de proteger”: Un nuevo papel para Naciones Unidas en la gestión de la seguridad internacional”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 11.

GARCIA SACRISTAN (2007), “Procedimientos de actuación de fuerzas policiales de naturaleza militar en misiones de apoyo a la paz”. *Cuadernos de la Guardia Civil* n° 36, pp. 53-62.

GARCIA SAN PEDRO, J. (2002), “Los nuevos retos jurídicos tras el 11-S”. *Cuadernos de la Guardia Civil*, N° 26, pp. 47-54.

GASSER Hans-Peter, (2002), “Acts of terror, “terrorism” and international humanitarian law”. *IRRC*, Vol. 84, N° 847, pp. 547-570.

GASTON, E. L. (2008), “Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement”. *HILJ*, vol. 49, N° 1, pp. 221-248.

GEIß, Robin:

(2006), “Las estructuras de los conflictos asimétricos”. *IRRC*, N° 864 de la versión original.

http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/irrc_864_geiss.pdf

(2005), “Name, rank, date of birth, serial number and the right to remain silent”. *IRRC*, Vol. 87, N° 860, pp. 721-735.

GILLARD, Emanuela-Chiara (2008), “There’s no place like home: states’ obligations in relation to transfers of persons”. *IRRC*, Vol. 90, N° 871, pp. 703-750.

GIUDICELLI-DELAGE, Genevieve :

(2009), «Fonctions de police judiciaire des forces armées a l’étranger». *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 95-112.

(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, pp. 55-122.

GOLDMAN, Robert K. (2004), “Trivializing Torture: The Office of Legal Counsel’s 2002 Opinion Letter and International Law Against Torture”. *HRB*, Vol.12, Issue 1, pp.1 y ss.

GOLDSTONE, Richard (2005), “Combating Terrorism: Zero Tolerance for Torture”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 343-348.

GOODMAN, Josh (2009), "The Administrative Law of Nations: A New Perspective on Sosa, the Alien Tort Statute, and Customary International Law". *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 49.

GOODMAN, Ryan & JINKS, Derek (2010), "The ICRC Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law: An Introduction to the Forum". *International Law and Politics*, Vol. 42, pp. 637-640.

GOODMAN, Ryan:

(2009) "The Detention of Civilians in Armed Conflict". *AJIL*, Vol. 103, pp. 48-74.

(2009) "Rationales for Detention: Security Threats and Intelligence Value". *The war in Afghanistan: A Legal Analysis*. Schmitt, M. (ed.), pp. 371-383.

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.

GRASSO, Giovanni (2009), «Expulsions irregulieres et droit de l'homme». *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha pp. 329-334.

GREENWOOD, Christopher (1996), "International Humanitarian Law and the *Tadic* Case". 7 *EJIL*, pp. 265-283.

GREGORY, F. (1992), "Cooperación policial e integración en la Comunidad Europea: propuestas problemas y perspectivas". *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*, N° 128, pp. 141-150.

GREGORY, E. John (2010), "Trying Unlawful Combatants at General Courts-Martial: Amending the UCMJ in Light of the Military Commissions Experience". *Military Law Review*, Vol. 203, pp. 150-188.

GREPPI, Edoardo:

(2008), "The responsibility to protect: an introduction". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 197-218.

(2007), "I prigionieri di guerra". *Conflitti armati e situazioni di emergenza: La risposta del Diritto Internazionale*. (Irinì Papanocolopulo y Tullio Codazzi, Coord). Milán, pp. 13-40.

GRIFFITH, Gavan, and HARRIS, Claire (2005), "Recent Developments in the Law of Extradition". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6.

GROSS, A.M., (2007) "Human Proportions: Are Human Rights the Emperor's New Clothes of the International Law of Occupation?" *EJIL*, Vol. 18 N°1, pp.1-35.

GUILFOYLE, Douglas (2010), "The Laws of War and the Fight Against Somali Piracy: Combatants or Criminals?". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 11.

GUIORA, Amos N., and PAGE, Erin M. (2005), "The Unholy Trinity: Intelligence, Interrogation and Torture". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 427-447.

GUIORA, Amos N.:

(2009) "Not "by all Means Necessary": A Comparative Framework for Post-9/11 Approaches to Counterterrorism". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 273-287.

(2004) "Targeted Killing as Active Self-Defence". *Case W. Res. J. Int'l. L.* Vol 36, pp. 319-334.

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (2005), "El"uso de la fuerza" en el informe del Secretario General de Naciones Unidas preparatorio de la cumbre de jefes de estado y de gobierno (septiembre de 2005)". *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 10.

HAKIMI, Monica (2009), "International Standards for Detaining Terrorism Suspects: Moving Beyond the Armed Conflict-Criminal Divide". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 593-650.

HANSEN, Michelle A. (2007), "Preventing the Emasculation of Warfare: Halting the Expansion of Human Rights Law into Armed Conflict". *Military Law Review*, Vol. 194, pp. 1-65.

HAMILTON, Rebecca J. (2006), "The Responsibility to Protect: From Document to Doctrine—but what of Implementation?" *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 19, pp. 289-297.

HAMMARSKJÖLD, Elinor (2008), "Responsibility and compensation for damages caused during peace operations. Introduction". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 278-279.

HART, Gideon M. (2010), "Military Commissions and the Lieber Code: Toward a New Understanding of the Jurisdictional Foundations of Military Commissions". *Military Law Review*, Vol. 203, pp. 1-77.

HAYS PARKS, W. (2010), "Part IX of the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Study: no Mandate, no Expertise, and Legally Incorrect". *International Law and Politics*, Vol. 42, pp. 769-830.

HEYMANN, Phillip B. (2011), "Detention". *Harvard National Security Journal*, Vol. 2.

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.

HOLLAND, Elizabeth (2011), "The Qualification Framework of International Humanitarian Law: Too Rigid to Accommodate Contemporary Conflicts?". *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 34, Book 1.
http://www.law.suffolk.edu/highlights/stuorgs/transnat/documents/Holland_final.pdf

HOOD, Rory T. (2005), "Guantanamo and Citizenship: An Unjust Ticket Home?" *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 555-578.

HOY, Katherine (2009), "The Extraterritorial Application of Human Rights Norms". *Bulletin, CBA National Section on International Law* P.1.
www.cba.org/cba/newsletters-sections/pdf/11_09_intl-hoy2.pdf

HUTSON, John (2005), "Why not the Courts?" *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 365-369.

IGLESIAS-CAVICCHIOLI, Manuel (2010), "La política exterior de los EE.UU., la integración suramericana y el caso de las bases militares en Colombia". *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº19.

IGLESIAS VELASCO, Alfonso (2002), "La respuesta internacional ante los ataques terroristas contra Estados Unidos". *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 4.

INTELISANO, Antonio (2009), "Italian Judicial Experiences on Peace Support Operations (PSO)". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 205-209.

JACKSON, John H. (2003), "Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept". *American Journal of International Law*, Vol. 97, pp. 782-802.

JAKOBS, Günther (2006), “¿Terroristas como personas en Derecho?”, Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez [coord.], *Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión*, Vol. 2. Madrid: EDISOFER S.L. pp. 77-92.

JAR COUSELO, Gonzalo:

(1999), “El modelo inglés de policía”. *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, Nº 21, pp. 36-58.

(1996), “El modelo policial alemán en la actualidad”. *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, Nº 12, 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.

JENKINS, David (2009), «Habeas Corpus and Extraterritorial Jurisdiction after Boumediene: Towards a Doctrine of “Effective Control” in the United States”. *OHRLR*, Vol. 9, Issue 2, pp. 306-328.

JESSBERGER, Florian (2009), “From «Abu Ghraib» to the «Rumsfeld Case»”. *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 423-430.

JINKS, Derek (2004), “The Declining Significance of POW Status”. *HILJ*, Vol. 45, Nº 2, pp. 368-442.

JOHNS, Fleur (2005), “Guantánamo Bay and the Annihilation of the Exception”. *EJIL*, Vol. 16, Nº 4, pp. 613–635.

JOURNÈS, C. (1992), «La police en Grande-Bretagne». *Polices d’Europe*, Editions L’Harmattan, Paris, pp. 209-234.

JOYNER, Daniel H. (2003), “The Kosovo Intervention: Legal Analysis and a More Persuasive Paradigm”. *EJIL*, Vol. 13, Nº 3, pp. 597-619.

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.

KAGELEIRY, Peter (2007), “Psychological Police Interrogation Methods: Pseudoscience in the Interrogation Room Obscures Justice in the Courtroom”. *Military Law Review*, Vol. 193, pp. 1-51.

KAPUR, Amrita (2009), “The Rise of International Criminal Law: Intended and Unintended Consequences: A Reply to Ken Anderson”. *EJIL*, Vol. 20, No. 4, pp.1031–1041.

KEFFNER, Jann K. (2010), “Operational detention and the treatment of detainees”, *Handbook of the international law of military operations*. Oxford; New York; Oxford University Press, pp. 465-479.

KELLY, Michael (2000), "INTERFET Detainee Management Unit in East Timor"
[http://www.jsmp.minihub.org/Resources/2000/INTERFET%20DETAINEE%20MANAGEMENT%20UNIT%20\(e\).pdf](http://www.jsmp.minihub.org/Resources/2000/INTERFET%20DETAINEE%20MANAGEMENT%20UNIT%20(e).pdf)

KELLY, Michael J., MCCORMACK, Timothy L. H., MUGGLETON, Paul, OSWALD, Bruce M. (2001), "Legal aspects of Australia's involvement in the international Force for East Timor". *IRRC*, Nº 841.

KING, Hugh (2009), "The Extraterritorial Human Rights Obligations of States". *OHRLR*, Vol. 9, Issue 4, pp. 521-556.

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.

KINGSBURY, Benedict y WEILER J.H.H. (2008), "Preface: Studying the Armed Activities Decision". *International Law and Politics*, vol. 40, pp. 1-12.

KITTRIE, Orde F. (2010), "Lawfare and U.S. National Security". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 43, pp. 393-421.

KLABBERS, Jan (2003), "Rebel with a Cause?. Terrorists and Humanitarian Law." *EJIL*, Vol. 14, Nº 2, pp. 299-312.

KLAPPE, Ben (2008), "Implementation of International Humanitarian Law in Peace Operations. The United Nations perspective". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 339-342.

KLARE, Michael T. (2004), "Essay: The Bush/Cheney Energy Strategy: Implications for U.S. Foreign and Military Policy". *International Law and Politics*, Vol. 36, pp. 395-423.

KLEIN, Adam, and WITTES, Benjamin (2011), "Preventive Detention in American Theory and Practice". *Harvard National Security Journal*, Vol. 2, pp. 85-191.

KNOWLES, Robert (2007), "Detainee Policy and the Rule of Law: A Response". *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 48, pp. 70-73.

KOLB, Robert (2008), "Occupation in Iraq Since 2003 and the Powers of the UN Security Council". *IRRC*, Vol. 90, Nº 869, pp. 29-50.

KOLLER, David S. (2008), "The Faith of the International Criminal Lawyer". *International Law and Politics*, Vol. 40, pp. 1019-1069.

KONTOROVICH, Eugene (2010), ““A Guantánamo on the Sea”: The Difficulty of Prosecuting Pirates and Terrorists”. *California Law Review*, vol. 98, pp. 243-275.

KRETZMER, David (2005), “Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?” *EJIL*, Vol. 16, Nº 2, pp. 171–212.

KRITSIOTIS, Dino, (2009), “Close Encounters of a Sovereign Kind”. *EJIL*, Vol. 20, Nº 2, pp. 299 – 330.

KU, Julian G. (2005), “Ali v. Rumsfeld: Challenging the President’s Authority to Interpret Customary International Law”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 371-387.

KUHL, Corinna (2008), “The evolution of peace operations, from interposition to integrated missions”. *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 70-76.

LANGER, Máximo (2004), “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”. *HILJ*, Vol. 45, Nº 1, pp. 2-64.

LARSEN, Kjetil Mujezinović (2009), “Attribution of Conduct in Peace Operations: The ‘Ultimate Authority and Control’ Test”. *EJIL*, Vol. 19 Nº 3, pp. 509–531.

LASÉN PAZ , M. (2001), “La policía de proximidad en Europa”. *Cuadernos de la Guardia Civil*, Nº 25, pp. 61-84.

LAUTERPACHT, Elihu and BETHLEHEM, Daniel (2001), “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion”.
<http://www.unhcr.org/419c75ce4.html>

LEBOWITZ, Michael J. (2010), “The Value of Claiming Torture: An Analysis of Al-Qaeda’s Tactical Lawfare Strategy and Efforts to Fight Back”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 43, pp. 357-392.

LECK, Christopher (2009), “International Responsibility in United Nations Peacekeeping Operations: Command and Control Arrangements and the Attribution of Conduct”. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10.

LECLERC-GAGNÉ, Elise & BYERS, Michael (2009), “A Question of Intent: the Crime of Aggression and Unilateral Humanitarian Intervention”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 41, pp. 379-390.

LEHNARDT, Chia (2008), "Individual Liability of Private Military Personnel under International Criminal Law". *EJIL*, Vol. 19, Nº 5, pp.1015 – 1034.

LESH, Michelle (2007), "Case notes: The Public Committee against Torture in Israel v. the Government of Israel. The Israeli High Court of Justice Targeted Killing Decision". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8.

LEVITER, Lee (2010), "The ASEAN Charter: ASEAN Failure or Member Failure?" *International Law and Politics*, Vol. 43, pp. 159- 210.

LI, Darryl (2010), "'A Universal Enemy?: 'Foreign Fighters' and Legal Regimes of Exclusion and Exemption under the 'Global War on Terror'". *Columbia Human Rights Law Review* nº 41, pp. 355-427.

LINDSEY, Charlotte (2001), "Women and war: the detention of women in wartime". *IRRC*, Vol. 83 Nº 842, pp. 505-520.

LINNEWBER, Edward C. (2011), "To Target or not to Target: Why 'tis Nobler to Thwart the Afghan Narcotics Trade with Nonlethal Means". *Military Law Review*, Vol. 207, pp. 155-202.

LONDRAS, Fiona De (2011), "Can Counter-Terrorist Internment ever be Legitimate?" *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, Nº 3, pp. 593-619.

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-JACOISTE DIAZ, Eugenia:

(2010), "Instrumentos internacionales de lucha contra el terrorismo". en *Terrorismo sin fronteras. Actores, escenarios y respuestas en un mundo global*. Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 153-174.

(2004), "Los prisioneros de Abu Ghraib y el Derecho Internacional Humanitario". *REDI*, Vol. 56, Nº 2, pp. 1028-1035.

LOPEZ VALDIVIELSO, S. (1999), "Bases para el establecimiento de un nuevo modelo policial". *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, Nº 21, pp. 9-19.

LORD, Rachel (2003), "The Liability of Non-state Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4.

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.

LUBELL Noam:

(2007), "Parallel Application of International Humanitarian Law and International Human Rights Law: An Examination of the Debate". *Isr. L. Rev.* Vol. 40 Nº 2, pp. 648-660.

(2005), "Challenges in applying human rights law to armed conflict". *IRRC*, Vol. 87, Nº 860, pp. 737-754.

MANACORDA, Stefano (2009), «Entre la guerre et la paix: le droit pénal en quête de sa place». *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 71-82.

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, David y INGLIS, Sheley (2003), "The Disempowerment of Human Rights-Based Justice in the United Nations Mission in Kosovo". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, pp. 95-146.

MARTIN, Fanny (2001), «Le droit international humanitaire devant les organes de contrôle des droits de l'homme». *Droits Fondamentaux*, Nº 1, pp. 119-148.

MARTINEZ, Jenny S. (2007), "The Military Commissions Act and "Torture Lite": Something for a Great Nation to Be Proud Of?" *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 48.

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.

MATAMOROS MARTINEZ, Rafael (2004), "El marco jurídico del bioterrorismo". *Anuario jurídico y económico escurialense*, XXXVII, pp. 17-46.

MAY, Larry:

(2009), "Aggression, Humanitarian Intervention, and Terrorism". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 41, pp. 321-340.

(2009), "Magna Carta, the Interstices of Procedure, and Guantánamo". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 91-113.

MAYERFELD, Jamie (2007), "Playing by Our Own Rules: How U.S. Marginalization of International Human Rights Law Led to Torture". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 20, pp. 89-140.

MCADAM, Jane (2011), "An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 12.

McCORMAK, T. (2007), "David Hicks and the Charade of Guantánamo Bay". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8, pp. 273-291.

MCDONALD, Avril (2002), "Defining the War on Terror and the Status of Detainees: Comments on the Presentation of Judge George Aldrich". *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften* Heft 4, pp. 206-209.

MCGOLDRICK, Dominic (2009), "Security Detention—United Kingdom Practice". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 507-530.

MCLOUGHLIN, John P., NOONE, Gregory P. & NOONE, Diana C. (2009), "Security Detention, Terrorism and the Prevention Imperative". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 463-505.

MCMAHAN, Jeff (2005), "Torture, Morality, and Law". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 241-248.

MCNEAL, Gregory S. (2009), "Organizational Culture, Professional Ethics and Guantánamo". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 125-149.

MÉGRET, Frédéric (2003), "Justice in Times of Violence". *EJIL*, Vol. 14, N°2, pp. 327-345.

MEINERS, Stephen y BURTON, Fred (2009), "El rol de las Fuerzas Armadas Mexicanas en la guerra de los cárteles". *Narcotráfico y Gobernabilidad. Boletín electrónico del IDEI*, Año 3, N° 24.

MELONI, Chantal (2009), "Superior Responsibility for Acts of Torture Committed by Subordinates Under International Criminal Law – The Case of U.S. Abuse Against Iraqi Prisoners". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 575-599.

MELZER, Nils (2010), "Keeping the Balance Between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities". *International Law and Politics*, Vol. 42, pp. 831-916.

MERON, Theodor (2008), "The role of peace forces in searching for persons charged with war crimes". *International Humanitarian Law Human Rights and*

Peace Operations. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 254-262.

MERSEL, Yigal (2005-2006), "Judicial Review of Counter-Terrorism Measures: The Israeli Model for the Role of the Judiciary During the Terror Era". *International Law and Politics*, Vol. 38, pp. 67-120.

MESSINEO, Francesco (2009), "The House of Lords in Al-Jedda and Public International Law: Attribution of Conduct to Un-Authorized Forces and the Power of the Security Council to Displace Human Rights". *Netherlands International Law Review*, Vol. 56, Issue 01, pp. 35-62.

MILANOVIĆ, Marko:

(2011), "Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg".

http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=655207

(2011), "Applicability of the ECHR to British Soldiers in Iraq". *Cambridge Law Journal*, Vol. 70, 2011.

(2010), "Norm Conflicts, International Humanitarian Law and Human Rights Law". Human Rights and International Humanitarian Law, Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. XIX/1, Oxford University Press, 2010.

(2009), "Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?". *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 20, N° 1, Electronic.

(2007), "Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and The Israeli Targeted Killing Case". *IRRC*, Vol 89, N° 866, pp. 373 y ss.

MILANOVIĆ, Marko and PAPIĆ, Tatjana, (2009), "As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights' Behrami and Saramati Decision and General International Law". *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 58, 2009.

MILLER, Andrew (2000), "U.S. Military Support for Plan Colombia: Adding Fuel to the Fire". *HRB*, Vol. 8, Issue 1, p. 8.

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.

MODIRZADEH, Naz K., LEWIS, Dustin A. y BRUDERLEIN, Claude (2011), "Humanitarian engagement under counter-terrorism: a conflict of norms and the emerging policy landscape". *IRRC* Vol. 93 N° 883, pp. 623-647.

MORENO, Luis Alberto (2000), "Plan Colombia and Human Rights". *HRB*, Vol. 8, Issue 1, p. 9.

MRÁZEK, Josef (2010), "Armed Conflicts and the Use of Force". *CYIL* 1, pp. 87-109.

MURILLO Y GARCÍA ATANCE, M. (1994), "La cooperación jurídica internacional", *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". *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Nº 41, Vol. 1-2, pp. 143-161.

MURPHY, Sean D.:

(2009), "Criminalizing Humanitarian Intervention". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 41, pp. 341-377.

(2003), "International Law, the United States, and the Non-Military 'War' against Terrorism". *EJIL*, Vol, 14, Nº 2, pp. 347-364.

NAERT, Frederik:

(2008), "Implementation of International Humanitarian Law in Peace Operations. The European Union perspective". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 348-350.

(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>.

NAQVI, Yasmin (2002), "Doubtful prisoner-of-war status". *IRRC*, Vol. 84, Nº 847, pp. 571-595.

NESIAH, Vasuki (2004), "From Berlin to Bonn to Baghdad: A Space for Infinite Justice". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 17. pp. 75-98.

NEUMAN, Gerald L.:

(2007), "The Military Commissions Act and the Detainee Debacle: A Response". *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 48.

(2004), "Comment, Counter-terrorist Operations and the Rule of Law". *EJIL*, Vol. 15, Nº 5, pp. 1019-1029.

(2003), "Humanitarian Law and Counterterrorist Force". *EJIL*, Vol. 14 Nº 2, pp. 283-298.

NEWTON, Michael A.:

(2009), "Some Observations on the Future of U.S. Military Commissions". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 151-170.

(2005), "War by Proxy: Legal and Moral Duties of 'Other Actors' Derived from Government Affiliation". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 249-265.

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.

NOWAK, Manfred (2006), "What Practices Constitute Torture? US and UN Standards". *HRQ*, Vol. 28, N° 4, pp. 809-841.

OLSON, Laura M.:

(2009), "Guantánamo Habeas Review: Are the D.C. District Court's Decisions Consistent with IHL Internment Standards?". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 197 -243.

(2009), "Practical Challenges of Implementing the Complementarity Between International Humanitarian and Human Rights Law—Demonstrated by the Procedural Regulation of Internment in Non-international Armed Conflict". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 437-461.

NYAMUYA MAOGOTO, Jackson (2003), "War on the Enemy: Self-defence and State-sponsored Terrorism". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4.

OCHOA RUIZ Natalia y SALAMANCA AGUADO, Esther (2006), "El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Un análisis preliminar". *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 12.

O'CONNOR, Vivienne, (2005), "Model Codes for Post Conflict Criminal Justice: Overview". Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice Bangkok, Thailand, 18-25 April 2005.

ODELLO, Marco (2010), "Organizaciones regionales y lucha contra el terrorismo". *Terrorismo sin fronteras. Actores escenarios y respuestas en un mundo global*. Carlos Ochoa Mateo (ed.). Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 175-193.

OEHMICHEN, Anna y SAUX, Soledad (2009), "La guerra y la paz: la situación del terrorismo internacional". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 647-674.

OHLIN, Jens David (2010), "The Torture Lawyers". *Harvard International Law Journal*, Vol. 51 N° 1, pp. 193-256.

O'LEARY, Robert E. (2010), "Improving the Terrorist Finance Sanctions Process". *International Law and Politics*, vol. 42, pp. 549-590.

ORAKHELASHVILI, Alexander (2008), "The Interaction Between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?" *EJIL*, Vol. 19, N° 1, pp.161–182.

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, Bruce:

(2008), "Right to detain during peace operations: some legal and operational issues". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 228-233.

(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.

(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.

(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.

(2000), "The INTERFET Detainee Management Unit in East Timor. Yearbook of International Humanitarian Law". *University of Melbourne Legal Studies Research Paper* N° 166.

OZAKI, Kuniko (2009), "Criminal Law Protection and Accountability of Participants in Peacekeeping Operations". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 85-94.

PALMER, Erin Louise (2006), "Reinterpreting Torture: Presidential Signing Statements and the Circumvention of U.S. and International Law", *HRB*, Vol. 14, Issue 1, pp. 21 y ss.

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.

PARRY, John T.:

(2010), "Do the "Torture Lawyers" Have Guilty Minds?: A Response to Jens Ohlin. Responding to Jens Ohlin, The Torture Lawyers". *Harvard International Law Journal*, Vol. 51, pp 23-34.

(2005), "The Shape of Modern Torture: Extraordinary Rendition and Ghost Detainees". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6.

PASTOR PALOMAR, Antonio (2008), "Blackwater" ante el derecho internacional: el negocio de la inmunidad". *REDI*, Vol. 60, N° 2, pp. 427-455.

PATEL, Priti (2005), "Ensuring Accountability: International Law and Post 9/11 U.S. Detention Policy". *HRB*, Vol.12, issue 2, pp. 5 y ss.

PEARLSTEIN, Deborah (2009), "We're all Experts Now: A Security Case Against Security Detention". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 40, pp. 577-592.

PEJIC, Jelena:

(2011), "The European Court of Human Rights' Al-Jedda judgment: the oversight of international humanitarian law". *IRRC* Vol. 93, N° 883, pp. 837-851.

(2005), "Procedural Principles and Safeguards for Internment / Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence". *IRRC*, Vol. 87, N° 858, pp. 375-391.

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.

PELLOUX, Robert (1969), « Les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans les affaires Wemhoff et Neumeister ». *Annuaire français de droit international*, Vol. 15, pp. 276-289.

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*, N° 133, pp. 83-105.

PEREZ GONZALEZ, Manuel y RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, Jose Luis (2002), "El caso de los detenidos de Guantánamo ante el Derecho Internacional Humanitario". *REDI*, Vol. 54, N° 1, pp. 11-40.

PEREZ SALOM, Roberto (2002), "Derecho internacional, armas biológicas y verificación". *El Derecho Internacional Humanitario ante los nuevos conflictos armados*. Consuelo Ramón (Coord.). Tirant lo Blanch, Valencia.

PERRET, Françoise y BUGNION, François (2011), "Between insurgents and government: the International Committee of the Red Cross's action in the Algerian War (1954–1962)". *IRRC*, Vol. 93, N° 883, pp. 707-742.

PETTY, Keith A. (2009), "Are you There, Geneva? It's me, Guantánamo". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 171-186.

PFLAUM, Patrick D. (2007), "A Matter of Discipline and Security: Prosecuting Serious Criminal Offences Committed in U.S. Detention Facilities Abroad". *Military Law Review*, Vol. 194, pp. 66-131.

PIERINI, Jean-Paul:

(2011), "Apprehension, Arrest, Detention and Transfer of Suspected Pirates and Armed Robbers within the Legal Framework of the European Security and Defence Policy (ESDP): The "mantra" of the Existence of a Proper Legal Base". *Online Working Paper 2010/n.29. Centro di documentazione europea - Università di Catania*.

URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/29_2011.pdf

(2009), "Rules of Engagement, Status of forces agreements and Criminal Law: different approaches as to the legal base of the use of force in military

operations and conflicts of jurisdiction in respect of foreign friendly fire". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 123-162.

PIERNAS LOPEZ, Juan Jorge (2009), "La respuesta de la Unión Europea al cierre de Guantánamo". *REDI*, Vol. 60, N° 1, pp. 300-305.

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*, N° 133, pp. 207-249.

PISCIOTTA, Linda (2007), "La complementariedad tra diritti umani e diritto humanitario nei conflitti armati, tra teoria e prassi". *Conflitti armati e situazioni di emergenza: La risposta del Diritto Internazionale*. (Irina Papanocolopulo y Tullio Codazzi, Coord). Milán, pp. 67-92.

POCAR, Fausto (2008), "Peace operations and the repression of international humanitarian law violations. Introduction". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 250-253.

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.

POSEMBLATT, Adam (2010), "International Forensic Investigations and the Human Rights of the Dead". *HRQ*, Vol. 32, N° 4, pp. 921-950.

POWELL, Catherine (2008), "Tinkering with Torture in the Aftermath of Hamdan: Testing the Relationship Between Internationalism and Constitutionalism". *International Law and Politics*, Vol. 40, pp. 723-802.

POZO SERRANO, M^a Pilar:

(2010) "Los riesgos de utilizar el yihadismo como instrumento de política exterior: el caso de Pakistán", en *Terrorismo sin fronteras. Actores, escenarios y respuestas en un mundo global*. Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 73-90.

(2002), La Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a estados Unidos que adopte medidas cautelares en relación con los detenidos de Guantánamo. *REDI*, Vol. 54, N°1, pp. 1018-1023.

(2002), "El estatuto jurídico de las personas detenidas durante el conflicto armado en Afganistán". *Anuario de Derecho Internacional*, XVIII, pp. 171-204.

QUÉNIVET, Noëlle (2005), "The World After September 11: Has It Really Changed?" *EJIL*, Vol. 16, N° 3, pp. 561-577.

RAMON CHORNET, Consuelo:

(2010) “Sobre las exigencias del respeto a los derechos y libertades en la estrategia antiterrorista de la UE. Hacia un modelo europeo de lucha contra el terrorismo”. *Terrorismo sin fronteras. Actores escenarios y respuestas en un mundo global*. Carlos Ochoa Mateo (ed.). Aranzadi-Thomson Reuters, pp. 195-212.

(2004) “Las prerrogativas de la CIA en la eliminación de presuntos terroristas y en la práctica de torturas”. *REDI*, Vol. 56, Nº1, pp. 542-544.

(2001) “La lucha contra el terrorismo internacional después del 11 de septiembre de 2001”. *REDI*, Vol. 53, Nº 1, pp. 273-288.

(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, pp. 363-383.

RATNER, Steven R.:

(2008), “Administration of territories by the United Nations: is there room for international humanitarian law?” *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 169-174.

(2005), “Foreign Occupation and International Territorial Administration: The Challenges of Convergence”. *EJIL*, Vol. 16 Nº. 4, pp. 695–719.

RAUSCH, Colette (2002), «The assumption of authority in Kosovo and East Timor: legal and practical implications», en *Executive Policing. Enforcing the Law in Peace Operations*. SIPRI Research Report No. 16. OXFORD UNIVERSITY PRESS.

REINER, R. (1993), «Du mythe à la réalité: le modèle britannique». *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, Nº 13, pp. 25-59.

REMIRO BROTONS, Antonio:

(2000), “Un nuevo orden contra el Derecho Internacional: El caso de Kosovo”. *Revista electrónica de estudios internacionales* Nº 1.

(2001), “Terrorismo, mantenimiento de la paz y nuevo orden”. *REDI*, Vol. 53, Nº1, pp. 125-171.

(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.

RIVERA LOAIZA, Julián (2010), “El derecho penal de enemigo y el corpus internacional de los derechos humanos. Análisis comparativo”. *Pap. Polít.* Bogotá (Colombia), Vol. 15, Nº. 2, pp. 487-511.

ROBERTS, Adam:

(2007), "Torture and Incompetence in the 'War on Terror'". *Survival*, Vol. 49, Nº1, pp. 199–212.

(2006), Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights. *AJIL*, Vol. 100, pp. 580-622.

(2002), "Counter-terrorism, Armed Force and the Laws of War". *Survival* (quarterly journal of IISS, London), Vol. 44, Nº 1, pp. 7-32.

ROBERTS, Anthea (2004), "Righting Wrongs or Wronging Rights? The United States and Human Rights Post-September 11". *EJIL*, Vol. 15, Nº 4, pp. 721-749.

RODRIGO PAZ-MAHECHA, Gonzalo (2010), "¿Derecho penal del enemigo o la solución final al problema de la delincuencia?" *Pap. Polít.* Bogotá (Colombia), Vol. 15, Nº. 1, pp. 309-323.

RODRIGUEZ BENOT, Andrés (2002), "La Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros". *REDI*, Vol. 54, Nº 1, pp. 1053-1058.

RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. (2009), "Racionalización de la intervención penal vs. punitivismo. De Livorno a Guantánamo». *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 693-711.

RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luís:

(2009), "Asesinatos selectivos y ejecuciones extrajudiciales en los conflictos armados actuales". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 335-385.

(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.

(2006), Introducción a la obra colectiva *Lucha contra el Terrorismo y Derecho Internacional*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid pp. 11-38.

(1991), "Derechos Humanos y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad". *Revista Cuadernos de la Guardia Civil*, Nº 5, pp. 19-33.

RONDEAU, Sophie (2011), "Participation of armed groups in the development of the law applicable to armed conflicts". *IRRC*, Vol. 93 Nº 883, pp. 649-672.

ROSS, James (2007), "Black letter abuse: the US legal response to torture since 9/11". *IRRC*, Vol. 89, Nº 867, pp. 561-590.

ROWE, Peter:

(2007), "The Rules of Engagement in Occupied Territory: Should They be Published?". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8.

(2002), "Responses to Terror: The New 'War'". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 3.

RUIZ DÍEZ DEL CORRAL, Joaquín (2012), "Marco jurídico de la participación de la Armada en la lucha contra los tráfico ilegales". IEEE.es. Documento Marco 10/2012.

RUYS, Tom:

(2008), "Quo vadit jus ad bellum?: A Legal Analysis of Turkey's Military Operations Against the PKK in Northern Iraq". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9.

(2005) "License to Kill? State-sponsored assassination under international law". *Revista de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra*, nº 44, Vol. 1-2, pp. 15 y ss.

SADAT, Leila Nadya:

(2005), "Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition Under International Law". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 309-342.

(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*, pp. 159-165.

SALZMAN, Zoe (2008), "Private Military Contractors and the Taint of a Mercenary Reputation". *International Law and Politics*, Vol. 40, pp. 853-892.

SÁNCHEZ LEGIDO, Angel:

(2008), "Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura". *REDI*, Vol. 60, Nº 1, pp. 11-38.

(2007), "La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales". *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 14.

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.

SÁNCHEZ MUNGUÍA, Vicente (2011) "La actual lucha del gobierno mexicano contra la delincuencia en la frontera con Estados Unidos". *Frontera Norte* Vol. 23, Nº 45.

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0187-73722011000100004&script=sci_arttext

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel:

(2012), "Piratería marítima, fuerza armada y seguridad privada". *Revista electrónica de estudios internacionales*, Nº 23.

(2007), "La competencia extraterritorial de la jurisdicción española para investigar y enjuiciar crímenes de guerra: el caso "Couso". *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 14.

SANDBERG-ZAKIAN, Eric (2011), "Beyond Guantánamo: Two Constitutional Objections to Non-military Preventive Detention". *Harvard National Security Journal*, Vol. 2, pp. 283-322.

SANDS, Philippe:

(2008), "Torture Team: The Responsibility of Lawyers for Abusive Interrogation". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9.

(2005), "Lawless World: International Law after September 11, 2001 and Iraq". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6.

SANFELICE DI MONTEFORTE, Ferdinando (2008), "Operational command versus organic command: who is in charge?". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 280-283.

SANTOS ALONSO, Jesús (2005), "El fenómeno terrorista: particularidades de la instrucción judicial en relación con los diversos grupos criminales". *Estudios Jurídicos 2004*. Centro de Estudios Jurídicos, pp.1284-1326.

SANTOS VARA, Juan (2008), "El control judicial de la ejecución de las sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea". *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 15.

SANZ MARQUÉS, Luís (2005), Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronterizas. *Estudios Jurídicos 2004*. Centro de Estudios Jurídicos, pp. 1412-1440.

SARI, Aurel:

(2009), "The Al-Jedda Case Before the House of Lords". *Journal of International Peacekeeping*, Vol.13, pp. 181-196.

(2008), "Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases". *Oxford Human Rights Law Review*, Vol. 8, Issue 1, pp. 151-170.

(2008), "Status of Forces and Status of Mission Agreements Under the ESDP: The EU's Evolving Practice". *EJIL*, Vol. 19, N° 1, pp. 67-100.

SARKIN, Jeremy (2007), "The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and Public International Law and their Application from at least the Nineteenth Century". *Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 08-24* Hofstra University Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1304613>

SASSÒLI, Marco:

(2008), “International humanitarian law and peace operations, scope of application *ratione materiae*”. *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 100-106.

(2005), “Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers”. *EJIL*, Vol. 16, N° 4, pp. 661–694.

(2002), “State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law”. *IRRC*, Vol. 84, N° 846, pp. 401-434.

SASSOLI, Marco y OLSON, Laura (2008), “The relationship between international humanitarian law and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts”. *IRRC*, Vol. 90, N° 871, pp. 599-627.

SAURA ESTAPÀ, Jaume (2010), “Las empresas militares y de seguridad privadas ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su actuación en el conflicto iraquí”. *Revista electrónica de estudios internacionales*, N° 19.

SAVINO, Mario (2011), “Global Administrative Law Meets “Soft” Powers: The Uncomfortable Case of Interpol Red Notices”. *International Law and Politics*, Vol. 43, pp. 263-336.

SCHABAS, William A.:

(2007), “Lex Specialis? Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of *ius ad bellum*”. *ISR. L. REV.* Vol. 40, N° 2, pp. 592-613.

(2005), “The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 37, pp. 349-364.

SCHARF, Michael P. and HOOD, Rory T. (2005), “The Elephant in the Room: Foreword: Torture and the War on Terror”. *CASE W. RES. J. INT’L L.*, Vol. 37, pp. 145-173.

SCHARF, Michael P. & PAGANO, Shannon (2010), “Lawfare!”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 43, pp. 1-10.

SCHARF, Michael P. & VOHRA, Sonia (2009), “After Guantánamo”. *CASE W. RES. J. INT’L L.* Vol. 42, pp. 1-9.

SCHMITT Michael N. (2010), “Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements”. *International Law and Politics*, vol. 42, pp. 697-739.

SCHÖNDORF, Roy S. (2004), “Extra-state Armed Conflicts: Is There a Need for a New Legal Regime?”. *International Law and Politics*, vol. 37, pp. 1-78.

SCHÖRLEMER, Sabine von (2003), “Human Rights: Substantive and Institutional Implications of the War against Terrorism”. *EJIL*, Vol.14, N° 2, pp. 265-282.

SCHÜLLER, Andreas (2009), "Can the International Criminal Court Prosecute Military Personnel of United Nations Peace Support Operations?". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 163-182.

SEGURA SERRANO, A. (2008), "La aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario a las tropas de paz de la ONU". *El Estatuto jurídico de las Fuerzas Armadas Españolas en el exterior*, Plaza y Valdés, Madrid, pp. 367-392.

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.

SHARMA, Prakhar (2010), "Local Contours of Security in Afghanistan. 2009/2010". Stimson Center Visiting Fellow May 2010.

SHRAGA, Daphna (2008), "The applicability of international humanitarian law to peace operations, from rejection to acceptance". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 90-99.

SHUE, Henry (2005), "Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 231-239.

SIATITSA, Iliia y TITBERIDZE, Maia (2011), "Human Rights in Armed Conflict from the Perspective of the Contemporary State Practice in the United Nations: Factual Answers to Certain Hypothetical Challenges" www.adh-geneva.ch/RULAC/pdf/HRL-in-AC.pdf

SIEBER, Ulrich (2009), "Blurring the Categories of Criminal Law and the Law of War – Efforts and Effects in the Pursuit of Internal and External Security –". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 35-79.

SILLIMAN, Scott L. (2009), "Prosecuting Alleged Terrorists by Military Commission: a Prudent Option". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 289-297.

SIMPSON, Gerry:

(2007), "The Death of Baha Mousa". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8.

(2005), "The War in Iraq and International Law". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6.

SIVAKUMARAN, Sandesh (2011), "Re-envisaging the International Law of Internal Armed Conflict". *EJIL*, Vol. 22, N° 1, pp. 219–264.

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: Decision on Defence Motion on Illegal Capture". *Leiden Journal of International Law*, 16, pp. 541-552.

SMITH, Derek C. (1995), "Beyond Indeterminacy and Self-Contradiction in Law: Transnational Abductions and Treaty Interpretation in U.S. v. Alvarez-Machain". *EJIL*, Vol. 6, pp. 1-31.

SMITH, Joshua G., HOLT, Victoria K. and DURCH William J. (2010), "Enhancing United Nations Capacity to Support Post-conflict Policing and Rule of Law". William J. Durch & Madeline L. England, (eds). Original report (november 2007). Project on rule of law in post-conflict settings, future of peace operations program. Stimson Center report N°. 63 rev. 1, august 2010. www.stimson.org.

SOBRINO, José Manuel (2009), "La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional". *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 17.

SODER, Kirsten (2009), "The Supreme Court, the Bush Administration and Guantánamo Bay". *SIPRI Background Paper* January 2009.

SOFAER, Abraham (2003), "On the Necessity of Pre-emption". *EJIL*, Vol.14, N° 2, pp. 209-226.

SOREL, Jean-Marc (2003), "Some Questions About the Definition of Terrorism and the Fight Against Its Financing". *EJIL*, Vol. 14, N° 2, pp. 365-378.

SPEROTTO, Federico, (2010), "The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams". *EJIL*, Vol. 20, N° 4, pp. 1043–1048.

SPRICIGO, Biancamaria (2009), "Democracies Dealing with Suspected Terrorists". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 675-691.

STAHN, C. (2005), "Accountability And Legitimacy In Practice; Lawmaking By Transitional Administrations", http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/stahn_604.pdf.

STEPANOVA, Ekaterina (2003), "Anti-terrorism and Peace-building during and after Conflict". *SIPRI* Stockholm International Peace Research Institute, Stockholm, June 2003.

STEPHENS, Dale and LEWIS, Michael W. (2005), "The Law of Armed Conflict — a Contemporary Critique". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6.

STEWART, James G. (2003), "Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict". *IRRC*, Vol. 85 N° 850, pp. 313-350.

STIBBE, Matthew (2006), "The Internment of Civilians by Belligerent States during the First World War and the Response of the International Committee of the Red Cross". *Journal of Contemporary History*, Vol. 41 (1), pp. 5-19.

STRASSFELD, Robert N. (2005), "American Innocence". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 277-308.

SULEMAN, Arsalan M. (2007), "Military Commissions Act of 2006". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 20, pp. 325-337.

SUSSMAN, David, (2005), "Defining Torture". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 225-230.

TAFT, William H. (2008), "Preventing and reporting violations of international humanitarian law". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 272-276.

TAMS, Christian J.:

(2010), "The Use of Force against Terrorists: A Rejoinder to Federico Sperotto and Kimberley N. Trapp". *EJIL*, Vol. 20, N° 4, pp. 1057–1062.

(2009) "The Use of Force against Terrorists". *EJIL*, Vol. 20, N° 2, pp. 359 – 397.

TANCA, Antonio (1990), "Human Rights, Terrorism and Police Custody: The Brogan Case". *EJIL* Vol.7, pp. 269-277.

TAVERNIER, Paul (2010), "Consequences of the Application of International Humanitarian Law in the Struggle against Terrorism". *CYIL* 1, pp. 65-72.

TELALIAN, Maria (2008), "Violations of international humanitarian law committed during peace operations and individual criminal responsibility". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 284-290.

THIENEL, Tobias (2006), "The Admissibility of Evidence Obtained by Torture Under International Law". *EJIL*, Vol. 17, N° 2, pp. 349–367.

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*, N° 45, Vol. 1-2, pp. 137-147.

TIEFENBRUN, Susan W. (2010), "Semiotic Definition of "Lawfare"". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 43, pp. 29-60.

TOBIN, John (2007), "Seeking Clarity in Relation to the Principle of Complementarity: Reflections on the Recent Contributions of some International Bodies". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8.

TOLBERT, David & SOLOMON, Andrew, (2006), "United Nations Reform and Supporting the Rule of Law in Post-Conflict Societies". *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 19, pp. 29-62.

TOMUSCHAT, Christian:

(2010), "Human Rights and International Humanitarian Law". *EJIL*, Vol. 21, N° 1, pp. 15–23.

(2008), "Case note: R (on the application of Al-Jedda) v Secretary of State for Defence. Human Rights in a multi-level system of governance and the internment of suspected terrorists". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 9.

TONDINI, Matteo:

(2007), "Beyond the Law of the Enemy. Recovering from the Failures of the Global War on Terrorism through Law". *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, III, 1

(2006), "Exporting the Rule of Law: Human Rights Abroad During Conflicts and Peace Operations". *Pace diritti umani* n.1, gennaio-aprile 2006, pp. 83-107.

TONKIN, Hannah (2005), "Defensive Force Under the Rome Statute".i *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6.

TRACY, Jonathan (2009), "Detention and Prosecution of Alleged Terrorists and Combatants". *HRB*, Vol. 16, Issue 3, pp.15 y ss.

TRAPP, Kimberley N. (2009), "The Use of Force against Terrorists: A Reply to Christian J. Tams". *EJIL*, Vol. 20, N° 4, pp. 1049–1055.

TREVES, Tullio, (2009), "Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coast of Somalia". *EJIL*, Vol. 20, N° 2, pp. 399 – 414.

TUCK, David (2011), "Detention by armed groups: overcoming challenges to humanitarian action". *IRRC*, Vol. 93 N° 883 pp. 759-782.

TURANO, Laura C. (2011), "The Gender Dimension of Transitional Justice Mechanisms". *International Law and Politics*, Vol. 43, pp. 1045-1086.

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.

URREA CORRES, Mariola (2001), "La Orden europea de detención, captura y entrega". *REDI*, Vol. 53, Nº 1, pp. 707-711.

VAGTS, Detlev F. (2003), "Which Courts Should Try Persons Accused of Terrorism?" *EJIL*, Vol 14, Nº 2, pp. 313-326.

VALKI, L. (2002), "The Kosovo War and the Norms of International Law". *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, Nº 41, pp. 195-214.

VALLEIX, C. (1984), «INTERPOL». *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. LXXXVIII, pp. 621-652.

VALLES CAVIA, José Antonio (1999), "El Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas". *REDI*, Vol. 51, Nº 1, pp. 269-276.

VAN BERGEN Jennifer, and VALENTINE Douglas (2005), "The Dangerous World of Indefinite Detentions: Vietnam to Abu Ghraib". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, pp. 449-508.

VAN HEGELSOM, Gert-Jan (2008), "International humanitarian law and operations conducted by the European Union". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 107-112.

VAN OTRIVE, 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.

VARELA CASTEJÓN, Xerman y RAMÍREZ ORTIZ, José Luis, (2010), "Doce tesis en materia de detención policial preprocesal". *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Mayo 2010, pp. 207-230.

VÄRK, René (2005), "The Status and Protection of Unlawful Combatants". *Juridica International X*, pp. 191-198.

<http://www.juridicainternational.eu/the-status-and-protection-of-unlawful-combatants>

VEUTHEY, Michel (2008), «De l'applicabilité du droit international humanitaire aux opérations de paix : pour des approches juridiques, militaires et éthiques». *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 59-68.

VIDTS, Baldwin de (2008), "Implementation of International Humanitarian Law in Peace Operations". The NATO perspective. *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 343-347.

VILLAGÓMEZ CEBRIAN, A., (1995), "La policía de seguridad, un estudio de Derecho público comparado". Revista *Cuadernos de la Guardia Civil*, N° 14, pp. 11 y ss.

VILLÁN DURÁN, Carlos (2006), "Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas". *Revista electrónica de estudios internacionales* N° 12.

VIÑAL CASAS, A., (1977), "El estatuto Jurídico -Internacional de los mercenarios". *REDI*, Vol. XXX, N° 2-3, pp. 289-313.

VÍQUEZ, Karolina (2007), "Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?". *Polít. Crim.* n° 3, A2, p. 1-18. [<http://www.politicacriminal.cl>]

VITÉ, Sylvain (2009), "Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations". *IRRC*, Vol. 91 N° 873, pp. 69-94.

VLADECK, Stephen I. (2008), "Military Jurisdiction, the Right Not to be Tried, and the Suspension Clause After Boumediene". *HRB*, Vol. 16, Issue 1, pp. 6-10.

VORKINK, Mark W. & SCHEICK Erin M. (2006), "The "War on Terror" and the Erosion of the Rule of Law: The U.S. Hearings of the ICJ Eminent Jurist Panel". *HRB*, Vol. 14, Issue 1, pp. 2 y ss.

WATERS, Melissa A. (2010), "'Lawfare" in the War on Terrorism: A Reclamation Project". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 43, pp. 327-334.

WARBRICK, Colin, (2004), "The European Response to Terrorism in an Age of Human Rights". *EJIL*, Vol. 15, N° 5, pp. 989-1018.

WATKIN, Kenneth (2010), "Opportunity Lost: Organized Armed Groups and the ICRC "Direct Participation in Hostilities" Interpretive Guidance". *International Law and Politics*, vol. 42, pp. 641-695.

WAXMAN, Matthew C. (2009), "Guantánamo, Habeas Corpus, and Standards of Proof: Viewing the Law Through Multiple Lenses". *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 42, pp. 245-266.

WEILL, Sharon (2007), "The Judicial Arm of the Occupation: The Israeli Military Courts in the Occupied Territories". *IRRC*, Vol. 89, N° 866, pp. 395-419.

WET, Erika de (2004), "The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law". *EJIL*, vol. 15, Nº 1, pp. 97-121.

WILDE, Ralph (2008), "Understanding the international territorial administration accountability deficit: Trusteeship and the legitimacy of international organizations". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 175-194.

WILLIAMS, Frank J. (2009), "Third George S. Prugh Lecture in Military Legal History1: Abraham Lincoln in Law and Lore: The Lincoln Conspirators' Trial by Military Commission". *Military Law Review*, Vol. 202, pp. 258-282.

WILLMOTT, Deidre (2004), "Removing the Distinction Between International and Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court". *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5.

WILSON, Richard J.:

(2005), "Defending the Detainees at Guantanamo Bay". *HRB*, Vol. 12 Issue 3, pp. 1-4.

(2003), "United States Detainees at Guantánamo Bay: The Inter-American Commission on Human Rights Responds to a "Legal Black Hole"". *HRB*, Vol. 10, issue 3, p. 2 y ss.

WINKLER, Thomas (2008), "The Copenhagen Process on the handling of detainees in international military operations". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 244-248.

WOUTERS, Jan & BASU, Sudeshna (2009), "The Creation of a Global Criminal Justice System: the European Union and the International Criminal Court". Working Paper No. 26, June 2009, University of Leuven.

YOUNG, Reuven (2006), "Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as a Legal Concept in International Law and Its Influence on Definitions in Domestic Legislation". *Boston College International and Comparative Law Review* Vol. 29, Issue 1 Article 3. <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol29/iss1/3>

ZAGARIS, Bruce (2011) "International Enforcement Law Trends for 2010 and Beyond: Can the Cops keep up with the Criminals? *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 34, Book 1.

ZAPICO BARBEITO, Mónica (2009), "El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional". *El Derecho Penal entre la guerra y la paz: justicia y cooperación penal en las intervenciones militares internacionales*. Servicio de publicaciones Universidad de Castilla-La Mancha 2009, pp. 623-644.

ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto, (2005), "Nuevos instrumentos de cooperación judicial: la orden europea de detención". *Estudios Jurídicos 2004*. Centro de Estudios Jurídicos, pp. 1441-1464.

ZWANENBURG, Marten:

(2008), "Substantial relevance of the law of occupation for peace operations". *International Humanitarian Law Human Rights and Peace Operations*. International Institute of Humanitarian Law. 31st Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law. Sanremo, 4-6 September 2008. BERUTO Gian Luca (Ed.), pp. 157-167.

(2004), "Existentialism in Iraq: Security Council Resolution 1483 and the Law of Occupation". *IRRC*, Vol. 86, N° 856, pp. 745-769.

ZAYAS, Alfred de, (2005), "Human rights and indefinite detention". *IRRC*, Vol. 87 N° 857, pp. 15-38.

3. DOCUMENTOS DE DIVERSOS ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

Consejo de Europa

Resolución 690 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 8 de mayo de 1979. "Declaración sobre la Policía"

Recomendación Rec(2001)10, adoptada por el Comité de Ministros de dicha institución, el 19 de septiembre de 2001. Código europeo de ética policial.

The European Code of Police Ethics. Council of Europe, marzo 2002

Parliamentary Assembly. Doc. 10957 12 June 2006. Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states. Report. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Dick Marty, Switzerland, Alliance of Liberals and Democrats for Europe.

http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/committeedocs/2006/20060606_ejdoc162006partii-final.htm

ICRC

Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law Adopted by the Assembly of the International

Committee of the Red Cross on 26 February 2009. IRRC; Vol. 90 Nº 872 Diciembre 2008, pp.991-1047.

Expert Meeting on Multinational Peace Operations. Applicability of International Humanitarian Law and International Human Rights Law to UN Mandated Forces. Geneva, 11-12 December 2003. Organized by the International Committee of the Red Cross in cooperation with the University Centre for International Humanitarian Law (UCIHL). Report. Editors Alexandre FAITE and Jérémie LABBÉ GRENIER *Legal Division of the ICRC*. International Committee of the Red Cross. October 2004

Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflict. Meeting Summary. Chatham House & ICRC, London, 22-23 September 2008.
<http://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/International%20Law/il220908summary.pdf>

OEA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución Nº 2/11 Sobre la situación de los detenidos de la bahía de Guantánamo, Estados Unidos. Medidas Cautelares 259-02.

Resolución Nº 2/06. Sobre las Medidas Cautelares sobre los detenidos en Guantánamo.

Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/II.102 Doc. 9 rev. 1, 26 febrero 1999

Informe Anual 2011 de la CIDH
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>

OIPC-INTERPOL (Resoluciones)

AG-2009-RES-15. Subject: Draft Arrangement on Co-operation between the International Criminal Police Organization-INTERPOL and the United Nations in relation to the United Nations Security Council Sanctions Committees supplementary arrangement to the Co-operation Agreement between the International Criminal Police Organization- INTERPOL and the United Nations.

AG-2008-RES-06. Subject: Increasing the sharing of information in terrorist-related matters, using the available INTERPOL tools and the Fusion Contact Officers network.

AG-2006-RES-09. Subject: Home-grown terrorists – al-Qaeda linked / al-Qaeda inspired terrorism.

AG-2005-RES-10. Subject: Addressing Internet activities supporting terrorism.

AG-2001-RES-05. Subject: Terrorist attack of 11 September 2001.

AGN/68/RES/2 (1999). The Financing of Terrorism.

AGN/67/RES/12 (1998). Cairo declaration against terrorism.

AGN/55/RES/3 (1986). Co-operation in terrorist cases; Guide for NCBs and specialized services.

AGN/54/RES/1 (1985). International Terrorism and Unlawful interference with civil Aviation.

AGN/64/RES/8 (1985). Monitoring of resolutions.

AGN/53/RES/6 (1984). Violent Crime Commonly Referred to as Terrorism.

AGN/53/RES/7 (1984). Application of Article 3 of the Constitution.

AGN/52/RES/9 (1983). Terrorism.

AGN/50/RES/2 (1981). Tagging of Explosives. AGN/48/RES/8 (1979). Acts of Violence Committed by Organised Groups.

AGN/41/RES/7 (1972). Hostages and Blackmail.

AGN/20/RES/11(1951) Request for international inquiries.

ONU

Resoluciones de la Asamblea General

60/158 de 2009, sobre “Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo” Documento A/RES/60/158.

169/XXXIV de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 17 de Diciembre de 1979, sobre el “Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”

43/173, de 1988, “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”,

45/111 de 1990, “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos”,

45/113, “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad”,

45/110 “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad”,

3452 (XXX), “Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes”,

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”,

55/89 “Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”,

56/261, relativa a los “Planes de acción para la aplicación de la declaración de Viena –Resolución 55/59- sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI”,

Resoluciones del Consejo Económico y Social

1989/65 “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”,

1989/61, “Directrices para la aplicación efectiva del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”.

Otros documentos relativos a actividades policiales-penales

“Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” que como veremos se ha convertido en punto de referencia en cuanto al uso de la fuerza, fuera del paradigma del conflicto armado. 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.

Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal.
http://www.unodc.org/pdf/compendium/compendium_2006_es.pdf

Documentos relativos a OMP

Detention in United Nations Peace Operations. UN DPKO, Department of Field Support, Ref. 2010.6. Interim Standard Operating Procedures. Approved 25 Jan 2010.

UN MD/FGS/0220.0001(2000). Reglas de enfrentamiento.

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/>

Informe del Secretario General, Doc. S/1995/1031 sobre IPTF.

UNMIK Regulation 2000/47, Estatuto de las Fuerzas.
http://www.unmikonline.org/regulations/2000/re2000_47.htm

UNMIK/REG/2001/18, de 25 de agosto de 2001, relativa al establecimiento de una comisión de revisión de detenciones gubernativas (no judiciales).
<http://www.unmikonline.org/regulations/2001/reg18-01.pdf>

UNMIK/REG/2001/28, de 11 de octubre de 2001 sobre procedimiento criminal.
<http://www.unmikonline.org/regulations/2001/reg28-01.pdf>

UNTAET/REG/1999/1, de 27 de noviembre),
<http://www.eastimorlawjournal.org/UNTAETLaw/Regulations/Reg1999-01.pdf>

Reglamento (*Regulation*) 2000/11 de 6 de marzo de 2000, sobre organización judicial.
<http://www.eastimorlawjournal.org/UNTAETLaw/Regulations/Reg1999-11.pdf>

Reglamento 2000/30 de 25 de septiembre sobre reglas transitorias de procedimiento criminal.
<http://www.eastimorlawjournal.org/UNTAETLaw/Regulations/Reg2000-30.pdf>

Reglamento 2001/25 de 14 de septiembre de 2001.
<http://www.eastimorlawjournal.org/UNTAETLaw/Regulations/Reg2001-25.pdf>

UNTAET. Reglamento 2001/22 de 10 de agosto. Servicio de Policía de Timor Este.
<http://www.eastimorlawjournal.org/UNTAETLaw/Regulations/Reg2001-22.pdf>

“Treatment of Conflict Related Detainees in Afghan Custody”. United Nations Assistance Mission in Afghanistan. UN Office of the High Commissioner for Human Rights October 2011

http://unama.unmissions.org/Portals/UNAMA/Documents/October10_%202011_UNAMA_Detention_Full-Report_ENG.pdf .

Derechos humanos

E/ST/CSDHA/12 (1991). Manual Sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas.

A/54/660, 10-12-1999, "Situation of Human rights in East Timor".

A/HRC/19/21/Add.3. Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Adición Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia. 31 de enero de 2012.

A/HRC/20/22/Add.3. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns. Addendum. Follow-up to country recommendations – United States of America. 30 de marzo de 2012.

A/HRC/20/22/Add.2 Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns. Addendum. Follow-up country recommendations: Colombia. 15 de mayo de 2012.

A/HRC/14/24/Add.6. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum. Study on targeted killings. 28 de mayo de 2010.

Comité de Derechos Humanos.

General Comment N° 29 del Comité de Derechos Humanos de 24 de julio de 2001 CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

General Comment N° 31, de 26 de mayo de 2004. Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

Arhuaco v. Colombia (Comunicación N° 612/1995, de 27 de julio de 1997, CCPR/C/60/D/612/1995).

Bautista v. Colombia (Comunicación N° 563/1993, de 27 de octubre de 1995, CCPR/C/55/D/563/1993).

Arévalo v. Colombia (Comunicación N° 181/1984, de 3 de noviembre de 1989),

Herrera v. Colombia (Comunicación N° 161/1983 de 2 de noviembre de 1987),

Guerrero v. Colombia (Comunicación N° R.11/45 de 31 de marzo de 1982),

Borda et al. v. Colombia (Comunicación N° R.11/46, de 27 de julio de 1982).

López Burgos v. Uruguay, CCPR/C/13/D/52/1979 29 de Julio de 1981.

Celiberti de Casariego V. Uruguay CCPR/C/13/D/56/1979 29 de Julio de 1981.

Informe A/53/40 de 1998, (sobre Israel).

Israel. Informe periódico al Comité de 4 de diciembre de 2001. CCPR/C/ISR/2001/2.

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Colombia de 5 de mayo de 1997. CCPR/C/79/Add.76.

OSCE

Guide to criminal procedure. Vienna, 2007. OSCE 2007. Organization for Security and Co-operation in Europe. Office of the Secretary General. Strategic Police Matters. Website: <http://www.osce.org/policing> Website: <http://polis.osce.org>

Report on Guantanamo by Mrs Anne-Marie Lizin, Vice-President of the OSCE Parliamentary Assembly, Special Representative of the President of the OSCE Parliamentary Assembly, Mr Göran Lennmarker, 29 June 2008.

Report on Guantanamo Bay by Mrs Anne-Marie LIZIN, Special Representative of the President of the OSCE Parliamentary Assembly, Mr Göran Lennmarker. 8 July 2007.

Report on Guantanamo Bay by Mrs Anne-Marie LIZIN, Special Representative of the President of the OSCE Parliamentary Assembly, Mr. Alcee HASTINGS. 30 June 2006.

Report on Guantanamo by Mrs Anne-Marie LIZIN, Rapporteur of the committee Human Dimension of the OSCE PA to the President of the OSCE Parliamentary Assembly, Mr Alcee HASTINGS (2005).REPORTS AND DOCUMENTS

OTAN

AAP-06(2012) NATO GLOSSARY OF TERMS AND DEFINITIONS (ENGLISH AND FRENCH)

NATO APP-12, NATO Military Police Doctrine.

<http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/2226Eed01.pdf> (stanag)
<http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/APP-12.pdf>

AJP 3.2.3.3, Allied Military Police Doctrine.

http://www.mpcoe.wp.mil.pl/plik/file/MP_COE_Concept_version_1_july_2011_ang.pdf

STANAG 2085

<http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/2085Eed04.pdf>

NATO LEGAL DESKBOOK. Second Edition (2010).

https://transnet.act.nato.int/WISE/Library/Legal/LEGALDESKB/file/_WFS/LEGAL%20DESKBOOK%FINAL%20version%20-2%2002%20SEPT%202010.pdf

AJP-2.5(A), sobre Captured Persons Materiel and Documents. Entre otros documentos en,

http://www.marina.difesa.it/documentazione/traffico_mercantile/Documents/anti_pirateria_dottrina_NATO.pdf

AJP-01(C) Allied Joint Doctrine.

[http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/AJP-01\(C\).pdf](http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/AJP-01(C).pdf).

AJP- 3(a) Allied Doctrine for Joint Operations.

[http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/AJP-3\(A\).pdf](http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/AJP-3(A).pdf)

.AJP-3.4.4. ALLIED JOINT DOCTRINE FOR COUNTERINSURGENCY (COIN).

<http://info.publicintelligence.net/NATO-Counterinsurgency.pdf>

AJP-3.4.2 “Allied Joint Doctrine for Non-Combatant Evacuation Operations”

<http://www.tradoc.mil.al/Standartizimi/Downloads/AJP-3.4.2.pdf>.

MC 477, Concepto de la OTAN en materia de Fuerza de Respuesta (NRF),

MC 362/1, NATO Rules of Engagement.

Acuerdo Técnico Militar (MTA), firmado entre el COMISAF y la Administración Interina de Afganistán el 4 de enero de 2002.

SOP 362 de COMISAF sobre detención de “*non-ISAF personnel*”.

Unión Europea

COUNCIL JOINT ACTION 2008/851/CFSP of 10 November 2008 on a European Union military operation to contribute to the deterrence, prevention and repression of acts of piracy and armed robbery off the Somali coast 12.11.2008 EN Official Journal of the European Union L 301/33.

ESDP/PESD COSDP 342. Reglas de Enfrentamiento.

P6_TA(2006)0316. Extraordinary rendition. European Parliament resolution on the alleged use of European countries by the CIA for the transportation and illegal detention of prisoners, adopted midway through the work of the Temporary Committee (2006/2027(INI)).

www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0316+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN

EEUU

OPERATIONAL LAW HANDBOOK (2011). International and Operational Law Department The Judge Advocate General's Legal Center and School Charlottesville, Virginia 22903

Army Regulation 190–8. OPNAVINST 3461.6. AFJI 31-304. MCO 3461.1. Military Police Enemy Prisoners of War, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees. Headquarters Departments of the Army, the Navy, the Air Force, and the Marine Corps Washington, DC, 1 October 1997.

www.au.af.mil/au/awc/awcgate/law/ar190-8.pdf

Enemy Prisoners of War and Civilian Internees. U.S. Marine Corps. MCRP 4-11.8C PCN 144 000047 00 DEPARTMENT OF THE NAVY Headquarters United States Marine Corps Washington, D.C. 20380-1775 29 April 1998.

www.hqm.usmc.mil/pp&o/ps/psl/corrections/Policies/mcr4118c.pdf

U.S. Government Counterinsurgency Guide (2009). Bureau of Political-Military Affairs. 2009. Available at: www.state.gov/t/pm/ppa/pmppt.

The Obama Administration and International Law. Speech by Harold Hongju Koh, Legal Adviser, U.S. Department of State. Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, DC, March 25, 2010, <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm>.

Army Field Manual 34-52 (FM 34-52) www.fas.org/irp/doddir/army/fm34-52.pdf.

Joint Publication 3-68 (2007). Operaciones NEO.
<http://www.fas.org/irp/doddir/dod/jp3-68.pdf>

BYBEE, Jay S. Assistant Attorney General, (2002) Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President. Re: Standards of conduct for Interrogation under 18 U.S.C. paras. 2340-2340A".
<http://fl1.findlaw.com/news.findlaw.com/wp/docs/doj/bybee80102mem.pdf>

BYBEE, Jay S. Assistant Attorney General (2002) Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President, and William J. Haynes II General Counsel of the Department of Defense, de 22 de enero de 2002. Re: Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees.
<http://www.justice.gov/olc/docs/memo-laws-taliban-detainees.pdf>

PDD 39. Presidential Decision Directive 39: U.S. Policy on Counterterrorism (June 21, 1995).
<http://www.fas.org/irp/offdocs/pdd39.htm>

Congressional Research Service reports

ARCHICK, Kristin (2012) "U.S.-EU Cooperation Against Terrorism". CRS Report RS22030.

BJELOPERA, Jerome P. (2011), "The Federal Bureau of Investigation and Terrorism Investigations". CRS Report R41780.

ELSEA, Jennifer K.:

(2012), "Detention of U.S. Persons as Enemy Belligerents". CRS Report R42337.

(2010), "Private Security Contractors in Iraq and Afghanistan: Legal Issues". CRS Report R40991

(2007), "The Military Commissions Act of 2006: Analysis of Procedural Rules and Comparison with Previous DOD Rules and the Uniform Code of Military Justice". CRS Report RL33688

(2006), "Hamdan v. Rumsfeld: Military Commissions in the "Global War on Terrorism". CRS Report RS22466

(2005) "Detainees at Guantanamo Bay". CRS Report RS22173.

(2005), "Detention of American Citizens as Enemy Combatants". CRS Report RL31724.

(2005), "U.S. Treatment of Prisoners in Iraq: Selected Legal Issues". CRS Report for Congress.

(2001), "Terrorism and the Law of War: Trying Terrorists as War Criminals before Military Commissions. CRS Report RL31191.

ELSEA Jennifer K. and KIM Julie (2007), "Undisclosed U.S. Detention Sites Overseas: Background and Legal Issues". CRS report RL33643

ELSEA, Jennifer K. & GARCIA, Michael John:
(2011), "Detainee Provisions in the National Defense Authorization Bills".
CRS Report R41920.

(2011), "Judicial Activity Concerning Enemy Combatant Detainees: Major
Court Rulings". CRS Report R41156

GARCIA, Michael John, ELSEA, Jennifer K., MASON, R. Chuck y LIU, Edward
C., (2011), "Closing the Guantanamo Detention Center: Legal Issues". CRS
Report R40139.

GARCIA, Michael John (2011), "Guantanamo Detention Center: Legislative
Activity in the 111th Congress" CRS Report R40754.

GARCIA, Michael John (2008), "*Boumediene v. Bush*: Guantanamo Detainees'
Right to *Habeas Corpus*". CRS Report RL34536.

GRIMMETT, Richard F. (2012), "War Powers Resolution: Presidential
Compliance". CRS Report RL33532.

HENNING, Anna C. (2009), Analysis of Selected Legislative Proposals
Adressing Guantanamo Detainees. CRS Report, R40419.

MASON, R. Chuck (2012), "Status of Forces Agreement (SOFA): What Is It,
and How Has It Been Utilized?". CRS Report RL34531.

REESE, Shawn (2012), "The U.S. Secret Service: An Examination and Analysis
of Its Evolving Missions". CRS Report RL34603.

Otros Estados

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 Miilaire et de Droit de la Guerre*, nº 41, vol 1-2
p.p. 363-392.

Reino Unido. Joint Warfare Publication 1-10, *Prisoners of War Handling*. 2001.

Reino Unido. Joint Doctrine Publication 1-10, sobre *Captured Persons
(CPERS)*. de 2011.

[http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/B6918094-3138-4350-8B81-
27495848A4BB/0/20111129jdp110_Ed2_cpers.pdf](http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/B6918094-3138-4350-8B81-27495848A4BB/0/20111129jdp110_Ed2_cpers.pdf)

Reino Unido. Joint Warfare Publication 3-51. Operaciones NEO.

http://www.mod.uk/NR/rdonlyres/95CD1C65-5C59-4F25-A37B-615ED5A43AD0/0/jwp3_51.pdf

4. DOCUMENTOS DE INSTITUTOS PRIVADOS, REVISTAS Y ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES.

Human Rights Brief

Enhancing Visits to Places of Detention: Promoting Collaboration. American University Washington, College of Law and the Association for the Prevention of Torture March 18, 2011. HRB, vol. 18, issue 4 spring 2011, special edition.

Proceedings of the International Conference on the Prevention of Torture and Other Ill-Treatment. Presented by American University Washington College of Law and The Association for the Prevention of Torture held February 23, 2009. American University Washington College of Law. HRB vol. 16 issue 4 spring 2009, special edition.

Instituto Internacional de Derecho Humanitario (San Remo)

The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary. Drafting Committee, Professor Michael N. Schmitt, George C. Marshall European Center for Security Studies, Professor Charles H.B. Garraway Royal Institute of International Affairs (Chatham House), Professor Yoram Dinstein Tel Aviv University. International Institute of Humanitarian Law, Sanremo, 2006.

(2009) *RULES OF ENGAGEMENT HANDBOOK*. International Institute of Humanitarian Law. Drafting Team Commander Alan Cole, United Kingdom Royal Navy, Major Phillip Drew, Canadian Forces, Captain Rob McLaughlin, Royal Australian Navy, Professor Dennis Mandsager, Captain, JAGC, U.S. Navy (Retired), U.S. Naval War College. Sanremo, November 2009. <http://www.usnwc.edu/getattachment/7b0d0f70-bb07-48f2-af0a-7474e92d0bb0/San-Remo-ROE-Handbook>

International Review of the Red Cross

Expert meeting on procedural safeguards for security detention in non-international armed conflict. Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22–23 September 2008. *IRRC*, Vol. 91 N° 876, diciembre 2009, pp. 859-881.

International humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts. Document prepared by the International Committee of the Red Cross for the 30th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Geneva, Switzerland, 26–30 November 2007. *IRRC*, Vol. 89 N° 867, septiembre 2007, pp. 719-757.

Action by the International Committee of the Red Cross in the event of violations of international humanitarian law or of other fundamental rules protecting persons in situations of violence. *IRRC*, Vol. 87 N° 858, junio 2005, pp. 393-400.

Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces. Report on the Expert meeting on multinational peace operations. *IRRC* Vol. 86 N° 853, marzo 2004, pp. 207-212

Otros

Appendix: The White House Torture Memoranda. *CASE W. RES. J. INT'L L.* Vol. 37, 2005, pp. 615-618.

Non-Refoulement Under Threat. Proceedings of a Seminar Held Jointly By The Redress Trust (REDRESS) And The Immigration Law Practitioners' Association (ILPA), 16 May 2006, Matrix Chambers, London, Published November 2006. <http://www.redress.org/downloads/publications/Non-refoulementUnderThreat.pdf>

Immigration Detention and the Law: U.S. Policy and Legal Framework. A Global Detention Project Working Paper August 2010. Programme for the Study of Global Migration. The Graduate Institute, Geneva. http://www.globaldetentionproject.org/fileadmin/docs/US_Legal_Profile.pdf

Targeting Operations with Drone Technology: Humanitarian Law Implications. Background Note for the American Society of International Law Annual Meeting Human Rights Institute, Columbia Law School, March 25, 2011 Human Rights Institute, Columbia Law School.

5. RESOLUCIONES DE ORGANOS JUDICIALES NACIONALES E INTERNACIONALES

Tribunal Permanente de Justicia Internacional

Asunto del S.S. "Lotus". Sentencia de 7 de septiembre de 1927.

Tribunal Internacional de Justicia

Sentencia sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. 27 de junio de 1986.

Legalidad de la amenaza del uso del arma nuclear. Opinión consultiva de 8 de julio de 1996.

Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro defensivo en los territorios palestinos ocupados. Opinión consultiva de 9 de julio de 2004

Sentencia sobre el caso de las actividades armadas en el territorio del Congo. 19 de diciembre de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Al-Jedda v. the United Kingdom. Application N° 27021/08. Sentencia de fecha 7 de julio de 2011.

Al-Skeini and Others v. the United Kingdom. Application N° 55721/07. Sentencia de 7 de julio de 2011.

Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States Application N° 52207/99. Decisión sobre admisibilidad. 12 de diciembre de 2001.

Agim Behrami and Bekir Behrami against France (Application N° 71412/01) and by Ruzhdi Saramati against France, Germany and Norway (Application N° 78166/01). Decisión sobre admisibilidad. 2 de mayo de 2007.

Lakhdar Boumediene, Hadj Boudelaa, Mustafa Ait Idir, Mohamed Nechla, Belkacem Bensayah and Saber Lahmar against Bosnia and Herzegovina (Applications nos. 38703/06, 40123/06, 43301/06, 43302/06, 2131/07 and 2141/07). Cuarta Sección. Decisión sobre admisibilidad, 18 de noviembre de 2008.

Brogan and Others v. the United Kingdom (Application N° 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Sentencia. 29 de noviembre de 1998.

Engel and Others v. the Netherlands (Application N° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72). Sentencia. 8 de junio de 1976.

Ireland v. United Kingdom (Application no. 5310/71). Sentencia de 18 de enero de 1978.

Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia (Applications N° 57947/00, 57948/00 and 57949/00). Sentencia de 6 de julio de 2005.

Mahmut Kaya v. Turkey (Application N° 22535/93). Sentencia de 28 de marzo de 2000.

Kelly and Others v. United Kingdom (Application N° 300054/96). Sentencia de 4 de mayo de 2001.

Kilic v. Turkey, (Application N° 22492/93). Sentencia de 28 de marzo de 2000.

McCann and Others v. the United Kingdom, (Application N° 18984/91). Sentencia de 27 de septiembre de 1995.

Medveyev et Autres v. France (Requête N° 3394/03). Sentencia. 29 de marzo de 2010.

Öcalan v. Turkey, (Application N° 46221/99). Sentencia de 12 de mayo de 2005.

Rigopoulos v. Spain (Application N°. 37388/97). Decisión sobre admisibilidad. 12 de enero de 1999.

Luis Roldan Ibañez contre l'Espagne (Requête no 26009/03). Cuarta Sección. Decisión sobre admisibilidad, 18 de octubre de 2005.

Corte y Comisión Interamericanas de Derechos Humanos

Caso 11.137, Juan Carlos Abella contra Argentina. Ocupación del cuartel de "la Tablada". Informe N° 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 1997.

Caso de Las Palmeras vs. Colombia. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2001.

Caso de la "masacre de Mapiripán" vs. Colombia, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 septiembre de 2005.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

IT-94-1. Prosecutor v. DUSKO TADIC a/k/a "DULE", decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction. Decisión de 2 de octubre de 1995.

España

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 21/97 de 10 de febrero. Aplicación extraterritorial del CEDH.

Sentencia N° 10/2011, Audiencia Nacional, de 3 de mayo. Caso del Alakrana.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, N° 1044, recurso N° 379/96, de 12 de septiembre de 1998, sobre atribuciones de la Dirección General de la Policía en materia de cooperación policial internacional.

Tribunal Supremo de Israel

Sentencia HCJ 769/02 de 14 de diciembre de 2006, Public Committee Against Torture in Israel, Palestinian Society for the Protection of Human Rights and Environment v. State of Israel.

http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/A34/02007690.A34.HTM

Sentencia 1999 -HCJ 5100/94 (1999), Public Committee Against Torture in Israel v. State of Israel, 53(4) P.D. 817.

<http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/frameset Srch.html>