

**CRIMINAL LAW BETWEEN WAR AND
PEACE EL DERECHO PENAL ENTRE LA
GUERRA Y LA PAZ LE DROIT PÉNAL
ENTRE LA GUERRE ET LA PAIX**

EL DERECHO PENAL ENTRE LA GUERRA Y LA PAZ

JUSTICIA Y COOPERACIÓN PENAL EN LAS INTERVENCIONES MILITARES

Resumen y conclusiones del XV Congreso Internacional de
la Asociación Internacional de Defensa Social¹

I

Pese al viejo brocado «*inter arma, silent leges*», derecho y guerra no son realidades excluyentes. El proceso de acercamiento entre ambos mundos comenzó a fraguarse conceptual y jurídicamente con la Ilustración, con la distinción entre *ius in bello* y *ius ad bellum*, y se desarrolló en Europa a base de dolorosos casos prácticos durante los belicosos siglos XIX y XX. El final de las dos grandes guerras europeas marcó un importante punto de inflexión que se concretó en los procesos de Nüremberg y Tokio y en la firma de las Cuatro Convenciones de Ginebra. Estos acontecimientos alumbraron la primera generación de normas del derecho penal de la guerra que responden a una clara dicotomía: sancionar las conductas más intolerables que se producen durante la guerra y los ataques contra la paz. Estas Convenciones unidas a la Convención Convención Universal de los Derechos del hombre, flanqueada por las diferentes convenciones

¹ El presente trabajo constituye la relación de síntesis del XV Congreso Internacional de Defensa social que, con el mismo nombre, se celebró en Toledo durante los días 20 a 22 de Septiembre de 2007 (el programa puede verse en: www.defensasocial.org, en esta Web puede encontrarse también los audios de las distintas intervenciones del Congreso).

Han participado en la confección de esta relación de síntesis: Emmanuela Fronza (Italia), Alicia Gil (España), Carmen López Peregrín (España), Masako Nakahira (España), Paula-Andrea Ramirez (Colombia), Cristina Rodriguez (España), Pablo Galain (Alemania-Uruguay), Claire Saas (Francia). La redacción final ha sido realizada por Adán Nieto (España).

Las conclusiones enunciadas en el apartado VII han sido discutidas y elaboradas por un grupo de trabajo integrado por: Luis Arroyo, Luigi Foffani, Stefano Manacorda, Manuel Maroto, Adán Nieto, Daniel Schuenemann y Joachim Vogel.

regionales, representan los cimientos esenciales de la ética de la globalización, de la que nos habló *Delmas Marty*. Tras el cese de la Guerra Fría, se han reforzado con la aprobación del Estatuto de Roma y la puesta en marcha de la Corte penal internacional.

La solidez y consistencia de estos cimientos debe permitirnos afrontar y desarrollar el temario de nuevas cuestiones expuestas por *Stefano Manacorda* en su relación introductoria, y que responde en buena medida a la ruptura de la lógica binaria que conforma los ordenamientos jurídicos. Entre la paz y la guerra, entre enemigos combatientes y civiles inocentes han surgido realidades mucho más complejas. De un lado, las operaciones de mantenimiento de la paz responden a una sutil graduación, que va desde el mantenimiento de la paz a su imposición, lo que las aproxima a veces a fuerzas de mantenimiento del orden y otras a fuerzas armadas lanzadas a la conquista de un territorio o incluso a fuerzas de ocupación. La estructura internacional de estas fuerzas provoca además que su regulación jurídica sea un ejemplo de interlegalidad. Derechos nacionales, Convenciones mundiales, como las de derecho internacional humanitario, o regionales de derechos humanos, unidas al derecho propio de organismos internacionales como la OTAN, Naciones Unidas o la UE conforman un intrincado laberinto jurídico. De otro lado, en los conflictos bélicos han irrumpido nuevos actores: terroristas, mercenarios y corporaciones que buscan oportunidades de negocio en un ámbito que tradicionalmente monopolizado por el Estado.

II

Los problemas jurídicos que plantean las misiones de paz se centran en determinar las normas que deben regir su actuación. Ello implica establecer los límites bajo los cuales es admisible el empleo de la fuerza, lo cual se efectúa mediante las reglas de enfrentamiento (ROE), y las normas jurídicas que deben respetarse en el ejercicio de actividades, tan importantes en muchas misiones de paz, como son las policiales y de mantenimiento del orden público. Igualmente resulta imprescindible fijar su régimen de responsabilidad penal y la jurisdicción a la que quedan sujetas

sus actuaciones, tarea esta que se realiza en buena medida a través de las SOFA (*Status of Forces Agreements*).

El régimen de responsabilidad de los integrantes de una misión militar en el exterior, tal como expuso *Kuniko Ozaki*, depende de si forman parte del *staff* de una organización internacional, como singularmente ocurre en el caso de Naciones Unidas con su personal propio y los observadores civiles o militares, o si en cambio son tropas militares nacionales cuyo estatuto jurídico se fija en sus correspondientes SOFA, aunque formen parte de la misión internacional dirigida por la organización internacional.

El caso de los abusos sexuales realizados por miembros de la misión de paz de Naciones Unidas en la República del Congo ha evidenciado las dificultades existentes en la actualidad para establecer la responsabilidad penal de los miembros de Naciones Unidas. Dado que estos casos quedan fuera del régimen general de inmunidad del personal de Naciones Unidas, establecido en la Convención de 1946 sobre privilegios e inmunidades y que se circunscribe a aquellos delitos cometidos en el ejercicio de las funciones y que no atienden a la búsqueda de un beneficio personal, en principio, la República Democrática del Congo hubiese sido competente para enjuiciar los hechos de acuerdo con su ordenamiento. Las dificultades aparecen cuando se constata que el sistema penal del *host state* o bien no es capaz de llevar a cabo la investigación y el proceso penal o bien se duda de que muchas de sus normas o prácticas sean compatibles con los derechos humanos. Ante la frecuencia de este tipo de situaciones, y con el fin de establecer un marco jurídico penal apropiado para asegurar la responsabilidad penal del personal de Naciones Unidas, el grupo de expertos encargado de elaborar un informe *ad hoc* sobre este supuesto, elaboró un proyecto de Tratado destinado a establecer la responsabilidad penal de los miembros de Naciones Unidas (*International Convention on the Criminal Accountability of UN officials and experts on mission*). El Proyecto se restringe únicamente a las modalidades más graves (dolosas) de los delitos contra la vida, integridad física y libertad sexual, con la finalidad de que, al menos cada Estado parte, adopte las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de su jurisdicción bien cuando los hechos han sido cometidos en su territorio, bien cuando han sido cometidos por uno de sus nacionales. El Proyecto invita

además a los Estados firmantes a ampliar su jurisdicción a partir del principio de personalidad pasiva y en aquellos casos en que el autor reside habitualmente en su territorio. El art.7 del Proyecto prescribe además la obligación de extraditar o juzgar. En Abril de 2007 el Comité de expertos decidió posponer la tramitación del Proyecto, con el fin de estudiar más en profundidad el tipo de delitos a los que podía extenderse la responsabilidad, en cuanto que resultaba injustificado, por ejemplo, excluir infracciones contra el patrimonio, mejorar el sistema de reparación a las víctimas y el régimen de responsabilidad civil de Naciones Unidas.

La ponencia de *Jean Paul Pierini* se centró en los distintos modelos de SOFA mediante los que se establece el régimen jurídico aplicable, y por ende la responsabilidad penal, de los miembros de los contingentes nacionales. El primer modelo de SOFA es aquel que regula el estatuto de las fuerzas de un Estado en el territorio de otro que pertenece a una misma organización internacional, como es el caso de la OTAN. En este primero modelo, en lo que concierne a la responsabilidad penal, el Estado de acogida resulta competente para enjuiciar aquellas infracciones que únicamente resultan delictivas en atención a su ordenamiento; cuando existe una doble incriminación, el conflicto de jurisdicciones se resuelve a favor del Estado que envía las tropas si la conducta guarda relación con las funciones realizadas, en el resto de casos opera atribuyendo la competencia al Estado que tiene un mayor interés en la sanción.

Más complejos son los supuestos en los que se trata de regular el estatuto de las fuerzas en un país tercero. La base jurídica aquí es mucho más confusa y el problema jurídico general se mezcla en ocasiones con la incapacidad del sistema judicial del Estado de acogida para enjuiciar determinados delitos. Igualmente delicados son aquellos supuestos en que algún soldado o nacional del Estado de acogida resulta muerto o lesionado por «fuego amigo», pues existe la sospecha de que el procedimiento en el Estado del país que envía las tropas tiene como finalidad garantizar la inmunidad, mediante una decisión que cierre el paso a un segundo procesamiento. *Kuniko Ozaki*, siguiendo alguna de las recomendación del grupo de expertos de Naciones Unidas sobre las agresiones sexuales del Chad, propuso como posible solución la creación de cortes marciales mixtas ad hoc, que juzguen los hechos en el Estado de

acogida que es en el que se encuentran la mayoría de las pruebas, los testigos y, por supuesto, las víctimas.

Descendiendo de los problemas jurídico penales más generales, a los más particulares que suscitan las intervenciones militares en el extranjero, deben exponerse ahora las reflexiones vertidas acerca de las reglas de enfrentamiento. Además de *Jean Paul Pierini*, que abordó el marco teórico general, los generales *José Antonio Fernández Tresguerres*, *José Elito Carvalho Siquiera* y *Silvain Fournier* ejemplificaron la importancia y los problemas jurídicos de las reglas de enfrentamiento en experiencias operativas concretas.

Como es conocido, la finalidad principal de las ROE radica en asegurar el control político sobre el uso de fuerza, por esta razón funcional y por el modo en que son adoptadas, que no se corresponde con los requisitos derivados del principio de legalidad penal, resulta complejo su integración e invocación con el fin de completar el sistema de causas de justificación del derecho penal nacional, fijando la extensión de figuras como la legítima defensa. El problema resulta singularmente intrincado en el caso de misiones comandadas por organizaciones internacionales (ONU, OTAN, UE), donde no puede utilizarse un solo marco nacional como exclusiva referencia, y donde además es frecuente que tropas de un país actúen bajo el mando de otro distinto con reglas de enfrentamiento que quizás han sido confeccionadas de acuerdo con parámetros legales diferentes.

Silvain Fournier ejemplificó en su intervención la forma en que la OTAN elabora sus reglas de enfrentamiento en esta marco de interlegalidad. Cada Estado interviene en su elaboración en situación de igualdad, sin que en ningún caso las reglas de enfrentamiento puedan limitar el derecho de legítima defensa tal como esté establecido en el ordenamiento nacional, permitiendo además que los Estados en determinados aspectos puedan no utilizarlas o restringir su utilización. Este *self restraint* se aprecia también en la ROE aprobadas por la Unión Europea, donde expresamente se indica que las reglas de enfrentamiento no tienen efecto alguno en la interpretación de las normas jurídicas que regulan el uso de la fuerza.

Con el fin de resolver estos interrogantes, *Pierini* plantea dos posibles modelos de concebir las ROE. De acuerdo con el primero su función sería

regular el uso de la fuerza, a partir de las disposiciones de derecho internacional humanitario, como algo inherente a las intervenciones militares; en el segundo su cometido consiste en justificar el uso de la fuerza, dando por sentado de que éste es potencialmente delictivo y necesita ser justificado caso por caso (*criminal law centric*). En este modelo las ROE tendrían como función completar el sistema de causas de justificación o *defenses* de cada ordenamiento, por lo que su referente normativo sería el derecho penal interno.

Pensar en las ROE de acuerdo con este último modelo está condenado al fracaso, pues no tienen capacidad para derogar, concretar o exceptuar la normativa interna, representando a lo sumo causas de justificación putativas que pueden ser hechas valer como casos de error. Si las ROE se conciben, en cambio, como parte del derecho internacional, y no como una concreción de las reglas jurídicas de un determinado ordenamiento, su valoración varía substancialmente. La legitimidad de las ROE proveniría de ser concreciones de normas de derecho internacional, a las que los ordenamientos jurídicos otorgan un rango jerárquicamente superior, concreciones que legitimarían la restricción de derechos fundamentales en casos de conflicto, sin tener que ampararse para ello en el argumento de que estas restricciones representan supuestos de legítima defensa.

Concebir las reglas de enfrentamiento como especificaciones de la legítima defensa supone además desconocer los distintos marcos en que operan. La legítima defensa presupone una excepción al monopolio estatal sobre la violencia, las reglas de enfrentamiento sirven para regular situaciones que se caracterizan, precisamente, por la inexistencia de este monopolio, e igualmente el resto de los elementos de la legítima defensa, como la actualidad del ataque, el carácter injusto de la agresión o su restricción a determinados bienes, provocan demasiadas zonas de fricción cuando se pretende legitimar las reglas de enfrentamiento sobre esta base, articulándolas como una causa de justificación.

Giudicelli-Delage abordó el análisis de los problemas jurídicos existentes en el desempeño de las funciones de policía judicial por parte de las Fuerzas Armadas en el extranjero, que se caracterizan por su diversidad institucional (Estados, organizaciones internacionales), normativa (Derecho internacional humanitario, Convenciones de derechos huma-

nos, normas procedentes de la organización internacional responsable de la misión, derecho local, derecho del Estado del país al que pertenecen las tropas, derechos del Estado que dirige la misión...) y funcional, en cuanto que las funciones de policía judicial tienen que enfrentarse con diferentes tipos de criminalidad, desde crímenes internacionales, competencia de la Corte penal internacional, a criminalidad común, delitos militares, terrorismo o criminalidad organizada. El general *Rodriguez Tresguerres* expuso, en este sentido, los complejos problemas que desde el punto de vista interno del ordenamiento español, supuso la actuación de soldados españoles como fuerzas de orden público en la antigua ex Yugoslavia. Las tropas españolas tenían que desempeñar una función que tienen constitucionalmente vedada en su ordenamiento de referencia, consistente en disolver por ejemplo a la población civil que se oponía sin armas a la misión militar o cerrar emisoras de radio en Bosnia que incitaban a la «limpieza étnica». *Kuniko Ozaki*, abundando en la importancia del problema, subrayó que el ejercicio las funciones policiales no resultan en absoluto marginal en los países inmersos en un conflicto. La destrucción de los controles sociales genera escenarios propicios para la aparición de muy diversas formas de criminalidad, incluidos comportamientos tan graves como la criminalidad organizada, la corrupción, el tráfico de seres humanos etc.

Con el fin de abordar la complejidad normativa e institucional, la solución apuntada por *Giudicelli-Delage*, con el fin de incrementar la eficiencia, la seguridad jurídica, el control judicial y las garantías, pasa por intentar en la medida de lo posible, que su función consista en reforzar y asesorar la actuación de las autoridades policiales del Estado de acogida, corregidas en su caso por las Convenciones internacionales de derechos humanos. Esta orientación posee indudables ventajas: simplifica la complejidad normativa, restablece las fuerzas policiales internas, entrenándolas en el ejercicio de prácticas policiales conformes con el Estado de derecho, y representa además un aporte fundamental para la construcción de la paz, en una zona deteriorada por un conflicto. La actuación de las fuerzas de Naciones Unidas en Haití, tal como relato el Comandante de la Misión de Estabilización *Carvalho Siquiera* se guió por el principio de integración de abajo hacia arriba, colaborando con las autoridades policiales locales.

No obstante, en muchas ocasiones a corto o medio plazo, no resulta posible ocupar un segundo plano, debido a la debilidad de las policías nacionales. En estos casos, los soldados que ejercen estas funciones deberían contar con normativas sectoriales que regulasen las actividades más importantes de la actividad policial (detenciones, interrogatorios, registros etc.). La unificación a través de un Código procesal y penal tipo resulta hoy por hoy, sino imposible, si una tarea tremendamente compleja.

III

Si las misiones de paz representan la primera de las zonas de complejidad para los ordenamientos jurídicos actuales, el segundo de los grandes retos es la entrada en escena de nuevos actores, singularmente terroristas y empresas privadas.

Las implicaciones entre el derecho de la guerra y el terrorismo fue el aspecto central de la intervención de *Ulrich Sieber*, quien diagnosticó que la transformación que en la actualidad experimentan la mayor parte de los ordenamientos jurídicos suponen la aparición de un nuevo Derecho de la seguridad integrado por el derecho penal, pero también por otros sectores como el derecho de extranjería, el de policía, el relativo a los servicios secretos, el derecho fiscal, de telecomunicaciones etc. En lo que concierne al derecho material y procesal penal ello ha supuesto la consagración de un modelo preventivo de criminalización en el ámbito previo, cuyo ejemplo podrían ser los nuevos delitos de organización, que permiten en materia de terrorismo la criminalización de los terroristas durmientes. En el derecho procesal penal el nuevo modelo plasma, una lógica similar a la del principio de precaución. Las nuevas medidas procesales tienen como objetivo la vigilancia de personas que responden a un perfil genérico de sospechoso, pero sobre las que no existe una sospecha concreta en la participación de un hecho delictivo. Todo ello ha conducido a una deconstrucción de garantías tradicionales como las relativas a la duración del periodo de detención policial. Más allá del ámbito penal, forma parte también de este nuevo derecho penal de la seguridad, la creación de *task forces* compuestas por policías, servicios secretos, autoridades de inmi-

gración o de aduanas, que cuando trascienden del plano estatal y se conforman como formas de cooperación internacional resultan especialmente opacas y sin sujeción al poder judicial.

La manifestación más radical de este nuevo derecho de la seguridad deriva de la extensión del derecho de la guerra a la «guerra contra el terrorismo». Sus desarrollos más espectaculares han tenido lugar en Estados Unidos, donde la aplicación del derecho de la guerra ha permitido justificar la capacidad legislativa del ejecutivo a través de la *Presidencial Order*; la práctica detenciones indeterminadas de los combatientes-terroristas; la tortura como método de investigación; del secuestro de personas como mecanismo alternativo a la extradición, sustrayendo además a estas personas del sistema judicial y penitenciario.

Aunque esta estrategia no ha alcanzado límites similares en Europa u otros países culturalmente próximos, no debe olvidarse por ejemplo el Proyecto de Ley que en Alemania justificaba el derribo de aviones capturados por terroristas, con un lógica propia del derecho de la guerra. En países como Israel se ha planteado la posibilidad de realizar legalmente asesinatos selectivos. Incluso, y tal como señaló *Delmas Marty*, las propias Naciones Unidas han contribuido a difuminar los límites entre el derecho penal y la guerra a través de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU de 12 y 28 de septiembre de 2001, que admitían que un Estado víctima de un atentado terrorista invoque la legítima defensa para decidir soberanamente la respuesta.

William Laufer, Ryan Burg y Mark Pieth se ocuparon de analizar algunos de los problemas más relevantes que plantea la intervención de empresas privadas en un ámbito antes reservado al monopolio absoluto del Estado como es el de la guerra. La guerra es un negocio atractivo. La opacidad que rodean muchas de las contrataciones de armamentos, la ausencia de controles judiciales y administrativos eficientes, la complejidad jurídica y la realización de negocios fuera del territorio nacional hacen que los negocios en la escena bélica sean rentables y propicien la aparición del fraude y la corrupción, como formas de maximizar beneficios. En este sentido la ponencia de *Mark Pieth* evidenció la importancia de la corrupción en situaciones de conflicto como consecuencia de la debilidad de los controles tanto del país sumido en la crisis, de los países

que envían tropas y de las propias organizaciones internacionales que carecen de capacidad y competencias para realizar investigaciones. *Burg* y *Laufer* expusieron numerosos ejemplos de fraudes en la contratación por parte de empresas que habían obtenido la concesión de importantes contratos públicos, ya sea en la reconstrucción, ya sea en el suministro de material militar.

Las soluciones propuestas con el fin de controlar las actividades empresariales en la guerra pasan por el incremento de la auditoría y la intervención del Estado con el fin de controlar la actividad y gestión financiera de las empresas, el cumplimiento de los términos contractuales y la calidad de los trabajos realizados. El fomento de la autorregulación empresarial resulta también aconsejable en este terreno. Finalmente deben tipificarse correctamente los fraudes empresariales en la guerra, estableciendo la responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas. Estas regulaciones deben ser de aplicación extraterritorial durante y después de la guerra. Una propuesta de estas características se está debatiendo en la actualidad en el Senado norteamericano.

IV

Ante una realidad tan compleja y novedosa como la que acaba de describirse resulta imprescindible preguntarse, primero, por las transformaciones que todo ello debe implicar en el derecho penal militar y en el derecho penal internacional, sectores del ordenamiento jurídico más afectados por las situaciones descritas, y segundo por el papel de los derechos humanos y del control judicial.

En lo que concierne al derecho penal militar, la pregunta clave es si hoy resulta legítimo o necesario o si constituye un residuo atávico del pasado, que convendría suprimir. *Jiménez Villarejo* y *Giovanni Fiandaca* se ocuparon de dar respuesta a esta pregunta. Para el primero, desde la óptica del derecho positivo español, la razón de ser de la jurisdicción militar descansa en tres consideraciones: la indiscutible especialidad del derecho penal militar, cuando éste se reduce a evitar conductas incompatibles con el buen desempeño de las misiones que constitucionalmente

se atribuyen a las Fuerzas Armadas; la necesidad controlar el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de las autoridades y mandos militares; y en tercer lugar, el mantenimiento de la jurisdicción militar como parte del Ministerio de Defensa, lo que impide que el gobierno de jueces civiles y militares se encomiende al mismo órgano.

No obstante, y tal como mostró *Jiménez Villarejo*, la justicia militar se acerca cada vez más no sólo a los grandes principios, sino también a las disposiciones más concretas de la justicia civil, tanto penal como administrativa, en lo que concierne a las sanciones disciplinarias. Incluso la vinculación orgánica de los jueces militares con el Ministerio de Defensa se ha atenuado, dotando a los jueces militares de un status de independencia substancialmente similar a los civiles. De este modo, lo peculiar de la justicia y del derecho penal militar sería sobre todo la protección de las funciones constitucionales de las fuerzas armadas, lo que legitimaría una mayor extensión del derecho penal militar allí donde estas se muestran con toda su plenitud, es decir, en tiempo de guerra y en las intervenciones militares en el extranjero. En cualquier caso ni aun en tiempo de guerra el derecho penal militar puede apartarse de los principios fundamentales del derecho penal común, y deteriorar por ejemplo el principio de legalidad, para convertirse en un derecho penal del ejecutivo, tal como ocurre en el modelo de derecho penal de la guerra conformado por la administración *Busch*.

Esta última consideración es probablemente una de las lecciones principales que se extrae de la rica exposición de *Giovanni Fiandaca*. El derecho penal militar no puede estar destinado a la protección de los valores propios derivados de las particularidades sociológicas o políticas, que pudo encarnar el ejército en tiempos pasados: coraje, honor, espíritu de sacrificio, desprecio al peligro, disciplina, eficiencia burocrática etc. Este antiguo derecho penal militar, dotado de una fuerte impronta subjetiva, alejado de la protección de bienes jurídicos, y en el que el derecho penal y el disciplinario se entremezclaban hasta confundirse, no concuerda con el modelo de fuerzas armadas actuales, mucho más tecnocrático y profesionalizado que heróico. En este nuevo modelo de ejército, si hay que buscarle una razón de ser al derecho penal militar sobre todo en tiempos de conflicto, lo que aunaría el derecho de guerra con el marco

penal de las misiones de paz, ésta debe radicar no en buscar la «eficiencia» para ganar la guerra, sino en procurar el respeto de las reglas y usos de la guerra tendentes a humanizarla y hacerla menos violenta y lesiva. Desde este punto de vista pueden ser susceptibles de sanción penal conductas que infringen reglas técnicas que persiguen la adecuación y de eficiencia de la organización militar, e incluso, salvados los problemas derivados del principio de legalidad, la violación de las reglas de enfrentamiento, al igual que otro tipo de normas relativas a la seguridad personal en las operaciones que acercarían el derecho penal militar, en determinados aspectos, al derecho penal del trabajo.

Antonio Intelisano puso igualmente de relieve la complejidad de aplicar dos códigos penales militares distintos para tiempos de paz y de guerra en situaciones como la actual, en las que las misiones de paz resultan un *tertium genus* difícil de clasificar, y donde gobiernos y parlamentos evitan a toda costa, por razones políticas, el utilizar la palabra guerra para designar un conflicto bélico. En Italia una decisión política ha impedido la aplicación del Código penal militar de tiempos de guerra a los delitos cometidos en misiones de paz, tal como era tradicional, lo que comporta importantes consecuencias prácticas.

Finalmente en la evolución del derecho penal militar, y tal como pusieron de relieve las ponencias de *Carlos Lascano* y *Nieto Martín*, han jugado un papel decisivo la jurisprudencia de las dos cortes regionales de derechos humanos. El TEDH desde la célebre sentencia *Engel* (1976) ha igualado, en términos razonables, el ejercicio de los derechos fundamentales dentro y fuera de los cuarteles, dotado de garantías al derecho disciplinario y al derecho penal militar. Ambos derechos se consideran manifestaciones del *ius puniendi* estatal materia penal, por lo que resultan de aplicación las garantías que se derivan del art.6 y 7 del Convenio. No menos rica es la jurisprudencia del TEDH dirigida a garantizar la imparcialidad e independencia de los jueces militares. La Corte Interamericana ha subrayado el carácter restrictivo de la jurisdicción militar, con el fin de impedir que esta jurisdicción se ocupe de la represión política, tal como ha sido frecuente en muchas dictaduras militares.

Esta jurisprudencia sirve para conjurar los antiguos peligros, señalados por *Raul Zaffaroni*, de la jurisdicción militar: las restricciones absurdas

y peligrosas a las libertades y a las garantías de los militares sujetos a proceso, al confundirse el derecho disciplinario y el penal, o la actuación de jueces administrativos sujetos a una fuerte cadena de mando y por tanto carentes de imparcialidad. E igualmente sirve de suelo común y armonizan dos modelos de justicia militar, que como expuso *Noon* en su intervención resultaban muy ditintantes, el modelo disciplinario de los países del *common law* y el modelo continental, más cercano al derecho panal.

V

Las reflexiones relativas al derecho internacional y las situaciones de conflicto bélico conducen inevitablemente a preguntarse por la tipificación del delito de agresión, pues más allá de los problemas jurídicos que pueda plantear, su existencia constituye un presupuesto de legitimidad del derecho penal internacional. Difícilmente puede justificarse el castigo de comportamientos concretos, si el hecho detonante de un conflicto armado escapa a cualquier tipo de consideración jurídico penal. *Gehard Werle* expuso los ejes sobre los que gira el debate actual en torno al delito de agresión, que como se sabido, se encuentra en una situación de *stand by*. Previsto en el Estatuto de Roma, no ha sido aun definido. De la experiencia de *Nüremberg* y *Tokio*, *Werle* extrae que no cualquier utilización ilegítima de la fuerza por parte de un país constituye un crimen de agresión, sino solo aquella que posea tres elementos: una cierta intensidad, la utilización intensiva de la fuerza militar a gran escala; la presencia de una clara intención de anexión o control de otro Estado; el tercero, un liderazgo en relación al sujeto activo. Con estas características, por ejemplo, la invasión de Irak no constituye un crimen de agresión. Esta visión estricta predomina también en los derechos nacionales que se han decidido a tipificar el crimen de agresión, donde o bien se exige un atentado a la independencia o soberanía de un Estado, o bien se efectúa una definición similar a la que resulta de *Nüremberg*.

Ciertamente Naciones Unidas podría establecer una definición más amplia de este delito, como ya propuso en 1973, y que puede desprenderse ya del propio tenor literal art.5 del Estatuto de Roma. Ante esta nueva

tarea, *Werle*, coincide con la opinión expresada por *Rodríguez Villasante*, en el sentido de que la futura tipificación no debería hacer depender la existencia del delito de agresión de la opinión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ya sea como elemento del tipo, ya sea como condición objetiva de procedibilidad. Esta conformación politizaría en exceso esta figura.

Delmas Marty apuntó otra perspectiva que necesariamente debe tenerse en cuenta para en una posible reforma o, al menos, reelaboración conceptual de los crímenes de guerra. Si la interdicción de las conductas que allí se señalan constituyen fundamentos de la ética universal, estos delitos deberían independizarse de las situaciones de conflicto armado, con el fin de ser aplicables también a las violaciones de las Convenciones de Ginebra o de la Haya que se producen en misiones de paz o en la lucha contra el terrorismo. Una modificación de este tipo puede servir de contrapeso al nuevo paradigma de la guerra contra el terrorismo.

El principio de justicia universal resulta generalmente de aplicación a los delitos que conforman los crímenes contra la humanidad. No obstante, en los últimos tiempos tanto legislativamente como doctrinalmente se asiste a un cierto replanteamiento de esta cuestión. Así, por ejemplo, *Werle* en relación al crimen de agresión manifestó sus dudas acerca de extender el principio de justicia universal a este delito. *Florian Jasseberger* comentó igualmente las restricciones que el § 153 f de la Ordenanza Procesal Penal Alemana ha introducido al principio de jurisdicción universal con el fin de reducir a términos razonables la aplicación de este principio, evitar el riesgo de *forum shopping* y la sobrecarga de la jurisdicción alemana. De acuerdo con esta disposición, que regula la discrecionalidad del Ministerio público a la hora de ejercer la acusación conforme con el principio de oportunidad, el Fiscal solo está obligado a acusar cuando existe un vínculo con Alemania, que la ley describe de manera estricta. En el resto de los casos el Fiscal puede utilizar el principio de oportunidad para no perseguir los hechos.

Este tipo de restricciones del principio de justicia universal no resulta incompatible con el mantenimiento de la vigencia del principio de complementariedad como eje vertebrador de las relaciones entre la Corte penal internacional y las jurisdicciones nacionales. Tal como señaló *Delmas*

Marty, la complementariedad no sólo tiene la ventaja política de preservar la soberanía nacional, sino que también es más operativa y tiene la ventaja ética, si se acompaña de medidas de armonización, de favorecer la emergencia de una comunidad judicial transcultural.

Tras estas cuestiones generales, *Gonzalo Jar* abordó un asunto más concreto, pero tampoco resuelto satisfactoriamente por el derecho internacional humanitario o penal, como es la protección de los periodistas que realizan su labor en situaciones de conflicto armado. Las cifras evidencian la importancia de esta cuestión: durante 2006 murieron más de 100 periodistas en conflictos armados la mayoría de ellos en Irak, muchos de ellos corresponsales nativos, cuyas muertes no gozan de resonancia alguna en la prensa occidental. El problema en esencia es el siguiente: la visión que el Derecho internacional humanitario tiene del corresponsal de guerra se asociaba a la de un miembro más del contingente armado, cuya misión era la propaganda, por ello los Convenios de Ginebra de 1949 le asimilan a cualquier otro prisionero de guerra. Con la aparición del periodismo de guerra independiente, tras la guerra de Vietnam, aparece una nueva figura el «periodista en misión peligrosa» que en el Protocolo adicional primero a los Convenios de Ginebra de 1977 se asimila a la población civil, ello convierte en un crimen de guerra los ataques contra los periodistas infringiendo las disposiciones del derecho internacional humanitario.

VI

Un tema transversal presente a lo largo de las distintas intervenciones del congreso fue el valor de los derechos humanos a la hora de establecer los límites de las viejas y nuevas formas de conflicto bélico.

El primer aspecto a analizar en este sentido es el de las relaciones entre el derecho humanitario, o el derecho de la guerra y los derechos humanos. El Tribunal internacional de justicia en su decisión relativa a la construcción del muro con el fin de separar los territorios palestinos ha confirmado la tesis de que los derechos humanos consagrados en las Convenciones internacionales y regionales rigen también en los conflic-

tos bélicos. Aunque la doctrina, tal como mostraron *Rodríguez Villasante*, considera que ambos cuerpos normativos resultan complementarios, lo cierto es que la jurisprudencia del TEDH relativa a conflictos bélicos fundamenta sus decisiones en exclusiva a partir de los derechos humanos reconocidos en el Convenio europeo, quizás por estimar que el Derecho internacional humanitario puede rebajar el grado de protección de algunos derechos humanos. La Corte interamericana, por su parte, ha señalado expresamente que carece de competencias para la interpretación del derecho internacional humanitario.

La efectividad de los derechos humanos en situaciones de conflicto bélico está además seriamente mermada por dos razones. La primera de ellas, que se evidencia con gran claridad en el caso *Bankovic* (2001) del TEDH, relativo al bombardeo de la radio televisión serbia por tropas militares de la OTAN, pertenecientes a países que forman parte del Convenio, es que el principio básico para determinar el ámbito de aplicación del Convenio y por tanto la competencia del TEDH es el territorial, circunstancia ésta que deja fuera de juego al Convenio en todas las misiones militares que se producen en países terceros. No menos limitadora de la eficacia del Convenio es la jurisprudencia *Saramati y Behrami* (2007). En las intervenciones dirigidas por organizaciones internacionales, como Naciones Unidas o la OTAN, no es posible la aplicación del Convenio por no formar e parte del mismo. Esta doctrina, tal como expuso *Nieto Martín*, debe ser revisada, en línea con la línea con las decisiones más innovadoras como *Loizidou* (1995), *Issa* (2004) o la decisión de la Cámara de los Loos en el caso *Ali-Saeki*. Resulta extraño que el soldado «lleve todo el ordenamiento jurídico en su mochila» salvo las convenciones más activas en la protección de los derechos humanos. Como señaló *Manacorda* estas restricciones obstaculizan además la función armonizadora del derecho penal militar y de la guerra que desempeñan los derechos fundamentales recogidos en las grandes Carta.

La intervención de *Giovanni Grasso* evidenció igualmente la importancia de los derechos humanos en la cooperación penal que tiene lugar en el marco de los conflictos bélicos. La joven Cámara de derechos del hombre de Bosnia Herzegovina que es competente para señalar las violaciones al CEDH en este territorio, ha plantado cara a los aspectos más

cuestionables de la legislación terrorista norteamericana. La mencionada Corté señaló que la entrega irregular de ciudadanos bosnios sospechosos de terrorismo a las tropas norteamericanas suponía una violación de la Convención. A partir de una de las líneas jurisprudenciales más progresivas e innovadoras de la CEDH, la sentada en el caso *Soering* (1989), señaló que la cooperación con un ordenamiento jurídico en casos en los que existía riesgo de imposición de la pena de muerte constituye una violación del art.3 de la CEDH, donde se prohíben los tratos inhumanos y degradantes, y de su protocolo adicional que prohíbe la pena de muerte. De consolidarse y extenderse esta jurisprudencia, tal como pretendía el art.19.2 del Proyecto de Constitución Europea, sería contrario a los Convenios internacionales de derechos humanos cualquier acto de cooperación judicial con el procedimiento de otro Estado donde exista el riesgo de que se produzca una violación de los derechos humanos del detenido.

Las jurisprudencias nacionales han conseguido abortar también a partir de los derechos humanos algunos de los aspectos más intolerables de la legislación antiterrorista de los Estados Unidos o Israel. En el primer caso, tal como relató *Douglas Cassel*, el argumento de la necesidad militar ha conducido a eludir tras el 11 de septiembre tanto la aplicación del Derecho internacional humanitario, como los derechos fundamentales a los denominados como combatientes enemigos. La denominación de guerra a la lucha contra el terrorismo ha restringido la aplicación de los derechos humanos. Complementariamente, con el argumento de que el derecho internacional humanitario no resulta de aplicación a la guerra contra el terrorismo, por no tratarse ni de un conflicto interno ni de una guerra internacional entres Estados, se ha eludido también la aplicación de este conjunto normativo. Estos dos argumentos han situado los sospechosos de pertenecer a *Al Qaeda* en un limbo jurídico en el que no les es de aplicación, ni los derechos humanos, ni el derecho internacional humanitario, ni tan siquiera el derecho de los Estados Unidos al permanecer fuera de su territorio. El Tribunal Supremo, como es conocido, ha rechazado estas argumentaciones.

Rodríguez Villasante evidencio igualmente que el activismo judicial en pro de los derechos humanos ha sido igualmente decisivo en un contexto tan complejo como es el de Israel. La Corte Suprema de este país, me-

dante su decisión de 13 de diciembre de 2006, en relación a los asesinatos selectivos ha considerado, fundamentando su decisión en el derecho internacional humanitario, que el uso de la fuerza y, la posible privación del derecho a la vida, debe ser proporcional al riesgo por el afectado, lo que conduce a la ilegitimidad de este tipo de práctica.

En Italia tal como relató el Fiscal de Milán, *Armando Spataro* resulta de especial importancia la posición del Tribunal Constitucional, en relación a las *extraordinary renditions* en el caso *Abu Omar*. Frente a las alegaciones del gobierno italiano, señalando que la investigación del fiscal había violado secretos de estado, la Corte objetó que no es posible utilizar esta figura cuando los derechos fundamentales están en juego. Prueba igualmente de la «movilización» judicial en relación este caso, es la eficaz cooperación que ha existido entre jueces alemanes, suizos y españoles sabedores de que una omisión en este punto bien pudiera constituir una violación al Convenio Europeo de Derechos humanos que exige obligaciones positivas de investigación cuando están en juego violaciones graves a los derechos humanos.

VII

A partir de cuanto acaba de exponerse las distintas ponencias, debates e intervenciones permiten enunciar diez conclusiones en las que la Sociedad Internacional de Defensa Social invita a seguir trabajando y profundizando:

PRIMERA

Los derechos humanos deben ser respetados en cualquier situación de conflicto armado. Para ello debe asegurarse su aplicación efectiva. Ello implica asegurar su aplicación extraterritorial en las intervenciones realizadas en terceros países, mediante un control efectivo por parte de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos.

La vigencia efectiva de los Derechos humanos requiere también su aplicación en aquellas misiones dirigidas por organizaciones

internacionales. Ello puede lograrse bien mediante la adhesión expresa de las organizaciones a los Convenios internacionales, bien responsabilizando a los componentes nacionales del respeto a los derechos humanos en los conflictos armados en los que inter vengan.

SEGUNDA

La colaboración penal o policial con un sistema penal que no garantice el respeto de los derechos humanos debe considerarse una violación de los derechos humanos previsiblemente afectados. En ningún caso debe colaborar con procedimientos en los que pueda resultar impuesta la pena de muerte.

TERCERA

El crimen de agresión debe tener una definición más amplia que la que resulta del derecho consuetudinario procedente de Nuremberg y Tokio, sin convertir este delito en una norma penal dependiente de las decisiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

CUARTA

Los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado deben extenderse a las conductas similares realizadas en misiones de paz y la guerra contra el terrorismo.

QUINTA

Resulta urgente la elaboración de una convención internacional que establezca la responsabilidad penal de los miembros de Naciones Unidas por los delitos cometidos en misiones de mantenimiento de la paz, con una extensión similar a la de los miembros de los contingentes nacionales.

SEXTA

Debe garantizarse la eficacia del derecho penal con el fin de castigar el fraude y la corrupción realizada por empresas que obtienen

contratos para el suministro de armas o tendentes a la ejecución de obras públicas en zonas de conflictos. La intervención del derecho penal debe ir acompañada de la mejora de la transparencia de este tipo de contratos y del establecimiento deberes rigurosos de auditoria.

SÉPTIMA

La especificidad del derecho penal militar radica en la protección de las funciones que las constituciones democráticas asignan a las fuerzas armadas y, en especial, en procurar el respeto de los principios y normas tendentes a humanizar y hacer menos violentos los conflictos bélicos. La jurisdicción militar debe gozar de un grado de independencia idéntico a la jurisdicción civil y el proceso penal militar debe acomodarse a los principios del proceso justo.

Los ordenamientos que restrinjan el derecho penal militar a los tiempos de guerra o que dispongan de un Código penal específico para tiempos de guerra deben aplicarlo también a los delitos cometidos durante las misiones de mantenimiento de la paz.

OCTAVA

La colaboración entre instituciones representa el modelo ideal para resolver los problemas de interlegalidad derivados de la presencia de tropas de un país en otro. De este modo los delitos cometidos por militares o civiles integrantes de una misión de paz en el estado de acogida deberían juzgarse por tribunales mixtos compuestos por jueces del Estado de acogida y que envía las tropas. Igualmente, y allí donde resulte posible, la colaboración con las autoridades nacionales resulta el sistema de organización más adecuado para realizar las funciones policiales de mantenimiento de orden público y de investigación de hechos delictivos.

NOVENA:

Los tribunales penales nacionales suelen dar eficacia normativa inmediata a las reglas de enfrentamiento (ROE), ya sea como con-

creaciones de causas de justificación (legítima defensa, ejercicio de un derecho etc), ya sea como parte integrantes de aquellos tipos penales que remiten a elementos normativos ajenos a la ley penal. Esta eficacia de las ROE, que tiene normalmente como efecto limitar la responsabilidad penal de las fuerzas de combate, contrasta con la escasa legitimidad y transparencia de su proceso de elaboración, dominado por los Estados Mayores. La integración de las reglas de enfrentamiento, nacionales o internacionales, por el ordenamiento jurídico penal, debiera subordinarse ex ante a la existencia de un control parlamentario, a través por ejemplo de una comisión especial, y ex post a un control judicial efectivo, relativo a la compatibilidad de estas disposiciones no sólo con el derecho interno de cada país, sino con el derecho internacional humanitario.

DÉCIMA

Para incrementar la eficacia de la ley y los derechos humanos en las situaciones de conflicto debe fomentarse la autorregulación de los sujetos, públicos y privados implicados, implicados. De este modo sería conveniente la elaboración de un código de conducta tipo que estableciese las normas de conducta a que deben someterse los soldados de un país cuando realizan funciones de policía. Igualmente, las empresas y ONG que participen en misiones de mantenimiento de la paz deben confeccionar sistemas de autorregulación específicos (*compliance programs*) a fin de respetar los derechos humanos, laborales y prevenir el fraude y la corrupción.

