

Los derechos humanos en el derecho penal militar y en la guerra

(texto no definitivo/draft version)

Prof. Dr. Adán Nieto Martín

Instituto de derecho penal europeo e internacional

UCLM

Introducción

Dividiré mi exposición en dos grandes bloques. En el primero de ellos abordaré las decisiones del TEDH que se han ocupado de garantizar que el sistema penal militar este provisto de un nivel de garantías prácticamente idéntico al derecho penal civil. Este cuerpo jurisprudencial está hoy suficientemente asentado. Por ello las posibles colisiones que el derecho penal militar, al menos en tiempos de paz, pueda presentar con el Convenio no son substancialmente diferentes ni tienen por qué ser más graves de las que se presentan en el marco del derecho penal civil. El concepto de materia penal a los efectos del CEDH formulado por el tribunal, a partir sobre todo de la sentencia Engel, ha uniformado también los problemas del derecho disciplinario militar y las sanciones administrativas. Dada que esta situación es, relativamente pacífica y más que suficientemente estudiada por la doctrina, seré muy breve en el desarrollo de este primer conjunto temático.

El segundo bloque es mucho más peliagudo, pues se trata, en definitiva de ver la aplicación del convenio y los derechos humanos no ya solo al derecho militar, sino a la actividad militar que se desarrolla en tiempos de conflicto bélico. Aunque las relaciones entre derechos humanos y derecho humanitario o de la guerra constituye ya todo un clásico, y casi nadie discute que los derechos humanos son de aplicación también en la guerra, aun faltan por aclarar muchos puntos que afectan tanto a esta compleja relación, e igualmente son aún demasiados los aspectos oscuros (aplicación extraterritorial de la

Convenión, sujeción de organizamos internacionales de las tropas de países miembros del Convenio.

I. EL TEDH y el Derecho militar europeo.

Los derechos humanos han conquistado dos enclaves diferentes dentro del derecho militar. El primero de ellos consiste en dar plena entrada a los derechos fundamentales en la vida militar. Tribunales Constitucionales y el TEDH han conseguido que el personal militar pueda gozar con cierta plenitud del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad ideológica, de asociación o de expresión dentro del ámbito castrense. Las restricciones que el TEDH ha admitido a derechos como el de asociación o expresión han tenido que pasar el test de proporcionalidad construidos¹. La batalla se ha desarrollado en el derecho militar de países con tanta cultura democrática como el Reino Unido donde a finales de los años noventa los soldados homosexuales eran expulsados del ejercito porque al parecer su presencia, tal como se esforzaba en demostrar el gobierno británico, minaba la disciplina y la moral militar². El lema a tenor del cual los militares no son sino ciudadanos con uniforme, condensa muy bien el espíritu que mueve el avance de los derechos fundamentales en este primer frente y en el siguiente. De lo que se trata es, de un lado, de garantizar la aplicación del Convenio a los militares, dando entrada, de otro, a las especificidades de la vida militar, en el ejercicio de ponderación que lleva consigo la delimitación del contenido del derecho fundamental.

¹ Al respecto de la libertad de expresión vid por ejemplo Rekvényi (1999) donde no se considera contrario al Convenio el art. 40 B de la Constitución Húngara que prohíbe a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de los servicios civiles de seguridad nacional que sean miembros de partidos políticos o ejerzan una actividad política. La medida no se considera desproporcionada habida cuenta de la historia reciente de Hungría y la posibilidad de realizar ciertas actividades políticas. Sobre las restricciones admisibles en diversos países a la UE, vid los diversos reports nacionales en Nolte (ed) *European Military Law Systems*, Be Gruyter, Berlin, 2003, para un análisis de conjunto Nolte/Krieger, *Comparison of European Military Law System*, p. 74 ss. Un análisis detenido de la jurisprudencia del TEDH en materia militar, en Peñarrubia Iza, *Las principales decisiones del Tribunal Europeo de derechos humanos sobre el personal militar*, *Revista española de derecho militar*, XXX, p. 29 ss. Más detalles sobre la libertad ideológica y religiosa, en Herbón Costas, *Libertad ideológica y religiosa en las fuerzas armadas*, *Revista española de derecho militar*, XXX, p. 235 ss.

² Sobre la incompatibilidad del Convenio con la expulsión de los homosexuales de las fuerzas armadas vid. los asuntos *Lusting Prean* (1999), *Smith y Grady* (1999), *Grady Beck y otros* (2002)

El segundo terreno a conquistar, que aquí interesa mucho más, ha sido el del derecho penal militar en sentido amplio, esto es derecho disciplinario y derecho penal material y procesal militar. La batalla del derecho disciplinario da comienzo con el *leader case* en toda esta materia: Engel (1976). Al día de hoy quizás el aspecto más sobresaliente de esta sentencia es que con ella el Tribunal comenzó a construir el concepto de sanción penal a los efectos del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no condicionando la aplicación de las garantías del Convenio al *nomen iuris* que cada Estado miembro eligiera. Ello supone que en el ámbito del derecho disciplinario militar, sobre todo en aquellos casos en que las sanciones penales revisten una cierta gravedad, como es el caso de los arrestos, resultan de aplicación las garantías consagradas en los art. 6 y 7 del Convenio para el derecho penal. Dicho esto como ha puesto de manifiesto el importante estudio de derecho comparado llevado a cabo por George Nolte existen aún numerosos puntos negros en el derecho disciplinario militar³.

En parte relacionada con el derecho disciplinario ha estado la jurisprudencia del TEDH relativa a la conformación de la jurisdicción militar. Su actividad se ha dirigido a garantizar principalmente la independencia de la jurisdicción militar. Se trataba con ello de despojarla de uno de sus rasgos tradicionales más característicos, la unión entre jerarquía y función judicial, en virtud de la los propios superiores jerárquicos o personas designadas por ellos, y por tanto subordinadas, realizaban funciones jurisdiccionales. Dicho de otro modo, se trataba de recorrer la larga distancia existente entre la dependencia jerárquica y la independencia que constituye la esencia de la función judicial y de civilizar un derecho penal que se parecía mucho a un derecho disciplinario, dotando además de las garantías básicas del convenio a éste último⁴.

³ Mas detalles en Nolte/Krieger, *Comparison of European Military Law System*, p. 141 ss, donde se constata como algunos derechos disciplinarios como el danés, siguen permitiendo la imposición de sanciones disciplinarias sin la existencia de procedimiento contradictorio (“punishment without trial”); Francia y España tienen formuladas sendas reservas a los art. 5 y 6 del Convenio en relación a las medidas disciplinarias que se adoptan en el seno de las fuerzas armadas, si bien en el derecho español los problemas de derechos fundamentales que plantea el derecho disciplinario militar (*bis in idem*, principio de legalidad), son similares al civil; igualmente Italia plantea problemas de acceso a los tribunales ordinarios y de tutela judicial efectiva en relación al derecho disciplinario

⁴ Para España vid. las monografías de Gil García, *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Barcelona, 1999; Doig Díaz, *Jurisdicción militar y Estado de Derecho. Garantías constitucionales y organización judicial*. Publicaciones Universidad de Alicante, 2003. Ambos comparten los perfiles críticos que aún presenta la jurisdicción militar en nuestro país, pese al indudable esfuerzo realizado para ajustarla a los parámetros

En este trascendental punto las sentencias del TEDH se han concentrado en dos tipos de problemas.

El primero de ellos se planteaba a la hora de garantizar el derecho al habeas corpus a que se refiere el art. 5.3 del CEDH en virtud del cual toda persona detenida preventivamente o internada tiene derecho a ser conducida sin dilaciones en presencia del juez o de una autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales. Los casos más importantes Duinhof y Dujif (1984), Jong (1984) y Hood (1986) se plantearon en el marco del proceso penal militar holandés, donde los detenidos, en manos de los superiores jerárquicos, no eran puestos en presencia de autoridad judicial alguna, pues en primer término de la detención se informaba al jefe de unidad, que sin ver al detenido autorizaba la detención, y si esta se prorrogaba el autoridad competente era el auditor militar que realizaba la instrucción. Aunque el TEDH aunque realiza una interpretación funcional del término juez, en el sentido de que lo importante es no tanto el nombre de esta autoridad como las características y circunstancias en la que desempeña su cargo, siendo esencial la independencia, la necesidad de oír personalmente al individuo, la capacidad de examinar el conjunto de circunstancias que concurren tanto en contra como a favor de la detención y la posibilidad de pronunciarse en derecho acerca de la existencia de las razones que la justifican y, en caso contrario, ordenar la libertad. Similares problemas tuvo en este punto en Hood (1996) y Jordan (2000) el derecho penal militar inglés, en donde la persona encargada de convalidar la detención, desempeñaba después un papel determinante en el procedimiento.

En lo que concierne a la independencia judicial en la fase del juicio oral el TEDH la ha asentado con rasgos enteramente similares a las del proceso civil. Sus decisiones en este punto han de situarse en dos tramos diferentes. En primer y elemental tramo sus decisiones se enfrentaron con tribunales militares que estaban muy lejos de cumplir con las garantías de un juez imparcial. El prototipo de este grupo de sentencias es el asunto Findlay (1997) en el que el Tribunal se enfrenta con la *marcial courts* del RU, órgano con una enorme impronta jerárquica, en la cual el instructor del proceso – el oficial

constitucionales. Un análisis de Suiza, con amplias referencias a la jurisprudencia del TEDH puede verse en Arnold, *Military Criminal Procedures and Judicial Guarantees. The example of Switzerland*, *Journal of International Criminal Justice* 2 (2005), p. 749 ss.

convocante – designaba a los miembros del tribunal o tenía una relación jerárquica con los mismos, lo que además ocurría también con el fiscal y el abogado defensor. Las cortes marciales británicas no solo carecían de imparcialidad sino que además sus decisiones no podían ejecutarse directamente, lo cual, como bien señala el TEDH impide entender que sean un auténtico tribunal, pues “el poder de dictar resoluciones obligatorias no susceptibles de modificación por una autoridad no judicial es inherente a la función misma de Tribunal”⁵.

En el segundo tramo de decisiones, compuesto por Castillo Algar (1998) y Garrido Guerrero (2000), el TEDH se ocupa de problemas de imparcialidad más “civiles”, en el sentido de que no tienen que ver con la unión entre jerarquía y jurisdicción. En ambos procedimientos, por diversos avatares organizativos, miembros del tribunal sentenciador toman parte en otros tramos del proceso penal. El TEDH señala en este punto que el simple hecho de que un juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede justificarse por sí solo los temores en cuanto a la imparcialidad, a menos que estas decisiones muestren un grado de compromiso peligroso con el fallo final, que de algún modo lo prejuzgue. Dentro de este nivel de normalidad el TEDH en relación al proceso penal militar se ha ocupado de otras garantías fundamentales, como el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas – Jordan (2002) -.

II La aplicación de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado.

1. Primer problema: Las relaciones entre DIH y derechos humanos. Posibles colisiones

Tal como antes advertía el segundo bloque de este trabajo analiza la aplicación de los derechos humanos a situaciones de conflicto bélico y dentro de este apartado, la primera cuestión a abordar es la relación entre derechos humanos y derecho internacional humanitario. El problema no es exclusivamente europeo, pues en general tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión de derechos del hombre, en el

⁵ Vid. Peñarrubia Iza, Las principales decisiones, p. 40 ss. y Rowe, Military Law in the United Kingdom, en Nolte (ed), European Military Law, op. cit, p. 873 ss con indicaciones acerca de la nueva situación legal tras Findlay y Hood

marco de Naciones Unidas, se plantean por los límites de la aplicación de los derechos humanos en el marco de conflictos internacionales, nacionales y misiones de paz.

Según la tesis tradicional derechos humanos y derecho internacional humanitario constituyen cuerpos normativos excluyentes. Los derechos humanos tendrían vigencia en tiempos de paz, y una vez declarada una situación de conflicto cederían su paso al DIH. De hecho dos textos tan próximos en el tiempo como los Convenios de Ginebra (1949) y la Declaración de derechos del hombre de Naciones Unidas (1948) se ignoran mutuamente, lo cual probablemente sea comprensible tanto atendiendo a razones históricas, como al papel *contra bellum* que pretendía jugar UN⁶. A parte de precedentes más o menos cercanos, el punto de inflexión a partir del cual la conexión entre ambos cuerpos normativos se encuentra en la *Advisory Opinion* del Tribunal Internacional de Justicia sobre las armas nucleares, y posteriormente, en su opinión acerca del muro que Israel pretende construir en la frontera Palestina. Recogiendo lo que constituía ya una opinión bastante generalizada en la doctrina, y en muchos informes, el TIJ indica que ambos cuerpos legales no se excluyen mutuamente, los derechos humanos resultan de aplicación en situaciones de conflicto bélico. En este marco, continúa diciendo, son de aplicación ambos cuerpos normativos, si bien el DIH tiene carácter de *lex specialis*. Dejando de lado esta afirmación, que ha levantado una gran polémica doctrinal, lo cierto es que la unión entre ambos cuerpos normativos tiene notables ventajas⁷.

En primer lugar sirve para evitar algo bochornoso que las masacres, torturas, desapariciones y violaciones que se producen en situaciones de conflicto armado y que son absolutamente contrarias al DIH no se consideren a su vez violaciones graves de los derechos humanos. En este sentido la violación de las reglas de derecho internacional

⁶ Más detalles en Kolb, *The relationship between international humanitarian law and human rights law: a brief history of the 1948 Universal Declaration of Human Rights and the 1949 Geneva Conventions*, IRRC, n° 324, p. 409 ss.

⁷ *Legality of the Treaty of Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 1996, y *Legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory*, 2004 ambas pueden encontrarse en <http://www.icj-cij.org>. Sobre lo que sigue vid. por ejemplo Heintze, *On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law*, IRRC, 2004, Vol 86, p 790 ss; Lubell, *Challenges in applying human rights law to armed conflict*, IRRC, 87, 2005, p. 737 ss; O'Donnell, *Trends in the application of international humanitarian law by United Nations human rights mechanisms*, IRRC, 1998, p. 481 ss.

humanitario aportan una especial carga simbólica de las violaciones de derechos humanos, en cuanto que resaltan su especial gravedad.

En segundo término, entrelazar ambos sistemas sirve para rellenar las posibles lagunas que existen en ambos sectores.

En lo que concierne a las declaraciones de derechos humanos pueden detectarse dos grandes espacios vacíos. El primero de ellos afecta a la compatibilidad con los derechos humanos de determinados métodos de guerra como las armas nucleares o las minas antipersona. A través de una interpretación sistemática de ambos cuerpos puede llegar a considerarse, por ejemplo, que la fabricación de minas antipersona es contraria al derecho a la vida, a la salud o incluso la prohibición de tortura que se contiene en las declaraciones de derechos humanos. De aquí resultaría, por ejemplo, que sería contrario al Convenio la legislación de un Estado que permitiera la fabricación de este tipo de armas, o que – aun prohibiéndolas formalmente- no hiciera nada en la práctica con el fin de acabar con su fabricación clandestina. El segundo espacio vacío es el que tiene que ver con las violaciones de derechos humanos ocasionadas por grupos guerrilleros, terroristas, paramilitares o actores no gubernamentales. Mientras que estos actores se encuentran dentro del DIH, sus comportamientos caen fuera de la esfera de los derechos humanos. La razón es sencilla, estos están pensados como derechos frente al Estado y no contra el aparato de poder no estatales. Como señalan por ejemplo los Informes de Naciones Unidas que se han informado sobre la situación en el Salvador, las ejecuciones extrajudiciales realizadas por la guerrilla constituyen no solo violaciones de DIH, sino también de derechos humanos, en cuanto los grupos guerrilleros tienen el control efectivo parte del territorio y ejercen en ella de hecho funciones similares a las estatales.

El DIH puede servir al Convenio de derechos humanos para concretar el contenido de algunos derechos. Derecho humanitario y derechos humanos se necesitan mutuamente en relación a aquellos derechos humanos absolutos en el sentido de que no pueden ser en modo alguno derogados en caso de guerra. Lo que en el CEDH (art. 15.2) comprende el derecho a la vida – salvo las muertes legales conformes al derecho de la guerra – la prohibición de malos tratos y tortura, la no sumisión a esclavitud y el principio de legalidad penal. En lo que se refiere al derecho a la vida existe una remisión expresa al DIH por parte del Convenio europeo, pero igualmente conductas contrarias al DIH

como los atentados a la libertad sexual, podrían considerarse en virtud de esta “interpretación armónica” como contrarios a la prohibición de malos tratos. En este mismo marco, el de la suspensión de los derechos humanos, el DIH puede actuar también como freno de emergencia, pues las declaraciones de suspensión del Convenio no pueden contradecir las obligaciones de internacionales de los Estados, como por ejemplo las Convenciones relativas a los prisioneros de guerra⁸.

Más también el DIH se beneficia de su conexión con los Derechos humanos. Ello ocurre sobre todo en el área gris de los conflictos no internacionales, a los que se refiere el art. 3 común a todos estos Convenios, donde, por ejemplo, se prohíben las ejecuciones extrajudiciales y se requiere que los procesos se desarrollen con las garantías reconocidas como indispensables por las naciones civilizadas. En estos casos donde las reglas del derecho internacional humanitario no son tan concretas o simplemente no resulta clara su aplicación, la conjunción con los derechos humanos puede resultar beneficiosa. La conjunción es especialmente útil por ejemplo en la aplicación garantías judiciales en los casos de detención de prisioneros de guerra.

A favor de la conjunción de ambos sectores se alega igualmente el que ello permitiría aprovechar los mecanismos mutuos de *law enforcement*. Lo cual es de interés en el caso del derecho internacional humanitarios cuyos mecanismos de ejecución son más deficitarios que los existentes en los derechos humanos, donde existe un mayor desarrollo institucional, las autoridades internacionales tienen atribuidas ciertas funciones de policía, a través de sus informes y *rappports*, pero sobre todo existen tribunales internacionales especializados en garantizar su respeto a los que pueden acceder los particulares.

Pese a cuanto se acaba de señalar no hay que ocultar que no todo el camino está allanado para una interpretación armónica de ambos textos. Con carácter general podría decirse que aunque lo expuesto anteriormente parece sugerir una pacífica convivencia existen dos zonas claras de conflicto. La primera atañe a lo hemos denominado aprovechamiento de los respectivos mecanismos de *law enforcement*. Y es que los tribunales regionales de derechos humanos en principio no resultan competentes para

⁸ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Beck, 2005, § 2, marg. 11.

aplicar el DIH. La polémica se ha sentido notablemente en la Corte Iberoamericana de derechos humanos donde si bien en un principio la Comisión se mostró competente utilizar y aplicar el Derecho internacional humanitario, declarando expresamente la existencia de una violación, después la Corte ha rehusado declararse competente para declarar la existencia de una violación a las Convenciones de Ginebra, si bien de su práctica se desprende que considera posible utilizar el DIH a fin de interpretar la Convención interamericana⁹. En Europa el TEDH se ha mostrado muy reservado a la hora de aplicar el DIH y eso aunque en numerosos casos ha tenido oportunidad de hacerlo e incluso ha utilizado la terminología jurídica procedente de este derecho. En contra de lo que anteriormente se exponía a favor de la tesis de la complementariedad, da la impresión que el TEDH considera que el CEDH es suficiente para enfrentarse con las situaciones de conflicto y decidir si en ellas existen violaciones de derechos humanos.

Mas quizás las reservas - y esto es solo una hipótesis – del TEDH a la hora de aplicar el DIH como guía para declarar la existencia de violaciones a los derechos humanos se deba a que pueda considerarlo peligroso, en el sentido de propiciar fallos que rebajarían el estandar de protección ofrecido por los Derechos humanos. *Noam Lubell* evidencia muy bien este riesgo a partir del caso *Isayeva* (2005) donde se dilucidaba si el gobierno Ruso había violado el derecho a la vida, como consecuencia del ataque aéreo da un convoy de vehículos donde diversos civiles resultaron muertos y heridos¹⁰. Como señala esta autor, el TEDH analiza el caso con la lógica propia de los derechos humanos, es decir, de la proporcionalidad en el uso de la fuerza, por lo que exige que en estos casos las autoridades planeen y controlen la operación con el fin de lograr que el uso de la fuerza letal se evite al máximo posible. Si se aplica la lógica del derecho internacional humanitario, una vez que existe un objetivo militar es legítimo utilizar contra él cualquier tipo de fuerza, sin atenerse al principio de proporcionalidad, si bien dentro de este marco debe intentarse minimizar los daños colaterales para civiles inocentes. Otro ejemplo de colisión, que se expone con frecuencia, es el relativo a como actuar por ejemplo ante los miembros de una guerrilla, en una situación en la que no existe combate. Mientras que según la lógica del DIH sería legítimo utilizar medios

⁹ Martin, *Application du droit international humanitaire par la Court interaméricaine des droits de 'homme*, IRRC, 2001, Vol. 83, p. 1037 ss.

¹⁰ Lubell, *Challenges*, op. cit, p. 743 ss.

violentos y abrir fuero, la lógica de los derechos humanos exige primero intentar por todos los medios la detención de estos sujetos, de modo tal que solo si existe peligro para la vida, la integridad de las personas cabría utilizar la fuerza siempre además de forma proporcionada¹¹. La noción de proporcionalidad, vital en ambos casos, funciona en definitiva sobre dos objetivos diferentes. En el DIH la proporcionalidad tiene que ver con la consecución de objetivos militares legítimos, en el mundo de los derechos humanos con la vida y la integridad física de concretas personas.

A la hora de resolver este problema la declaración CIJ considerando al DIH como *lex specialis* ciertamente no ayuda mucho con el fin de evitar los temores de que el DIH rebaje los estándares de protección de los derechos humanos. Aunque la solución puede ser muy aventurada desde el punto de vista del derecho internacional público, desde una lógica interna las relaciones entre derechos humanos y DIH tendrían que ver más con una relación de jerarquía que de especialidad, de modo tal que hubiera la necesidad de, al igual que ocurre con la Constitución y las leyes ordinarias, realizar una interpretación conforme a los derechos humanos del resto del derecho internacional humanitario. Con lo cual, en los ejemplos antes expuestos, la lógica de los derechos humanos debería imponerse sobre los razonamientos provenientes del DIH. La consideración de *lex specialis* sitúa en cambio a ambos cuerpos normativos en un mismo nivel.

2. Segundo Problema: las cláusulas de suspensión del art. 15 del CEDH.

Un segundo aspecto de la aplicación de los derechos humanos en situaciones de conflicto bélico radica en la extensión de las cláusulas presentes en todos ellos que permiten, bajo ciertas condiciones, dejar en suspenso sus disposiciones. El art. 15 del CEDH señala que “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 medida estricta en lo que exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional”, si bien no es posible derogar ni el

¹¹ vid. Loise Doswald Beck

art. 2 (derecho a la vida), ni la prohibición de infringir tratos inhumanos o degradantes, someter a esclavitud, ni el principio de legalidad penal del art. 7 del Convenio.

La experiencia aplicativa del CEDH en relación a este punto en situaciones de guerra es muy escasa. Los estados miembros que han intervenido en misiones militares en el exterior no se han preocupado de pedir la derogación del conflicto, quizás pensando que el Convenio con carácter general – tal como a continuación va a comprobarse – no tiene aplicación extraterritorial¹². De este modo, los casos más importantes han sido aquellos que tienen que ver con el terrorismo en relación concretamente al IRA, en relación a las garantías del art. 5 y Turquía por la situación vivida en sudeste del país.

La opinión del TEDH confirma sin duda alguna la vigencia de los derechos humanos en tiempos de guerra. Tal como se puso ya de manifiesto en Lawless (1961), la derogación del Convenio solo puede hacerse en “una situación de crisis o de peligro excepcional e inminente que afecte al conjunto de la población y constituya una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado”. Más allá de esta declaración general, y aunque el Tribunal reconoce un margen de discrecionalidad a los Estados, lo destacable de su interpretación relativa a las declaraciones de derogación es el control de la proporcionalidad en concreto (“en la medida que la situación lo exija”), examinando minuciosamente si la derogación del derecho humano en cuestión resulta necesaria¹³.

Aunque ciertamente el control sobre las declaraciones de suspensión del Convenio por parte del TEDH es ex post, lo importante es que a través de este tipo de preceptos puede avanzarse en la judicialización del derecho a la guerra, permitiendo en cada caso controlar la proporcionalidad de las medidas de derogación. Ello no sólo es de vital

¹² En Bankovic, 62, el Tribunal considera que hasta ahora los países que intervienen en conflictos bélicos en el extranjero no han adoptado la práctica de utilizar el art. 15 del Convenio para pedir su suspensión. El Tribunal utiliza este argumento para reforzar su tesis de la que nos vamos a ocupar a continuación según la cual el CEDH no puede aplicarse extraterritorialmente. Si, tal como aquí va a proponerse, se apuesta por construir mecanismo que permitan la aplicación extraterritorial del Convenio ello exigiría que también tuviera que notificarse su situación en casos de intervenciones militares en países terceros, con lo que aumentaría substancialmente el control al que nos estamos refiriendo.

¹³ Vid. por ejemplo Branningan et McBridde (1993) o declarando contraria al Convenio la derogación del control judicial sobre la detención, Askoy (1996). En la doctrina, Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, § 2, marg. 8 ss..

importancia en relación, por ejemplo, a las garantías que rodean la detención, el derecho a la intimidad, la libertad de expresión, el proceso justo, incluso cabría pensar en cierto control sobre las condiciones del uso de la fuerza en cuanto que estas afectan al derecho a la vida o la integridad física.

3. Tercer Problema: la aplicación extraterritorial del Convenio

Tal como se ha encargado de subrayar el TEDH en el asunto Bankovic (2201) la Convención europea tiene vocación de aplicarse conforme al principio de territorialidad¹⁴, posición que es la más acorde con el derecho internacional, pues este principio es el que mejor garantiza la soberanía de Estados y el ámbito de competencia de las diversas organizaciones internacionales. Si esto fuera así la relevancia práctica de plantearse las relaciones entre derechos humanos y DIH, al menos en Europa, sería relativa y afortunadamente limitada. El Convenio sería inaplicable cuando los países miembros intervienen en conflictos bélicos u operaciones de paz que se desarrollan fuera de su marco territorial.

Aunque como seguidamente va a comprobarse, el principio de territorialidad tiene abiertas varias brechas que permiten aplicar extraterritorialmente la Convenio, no deja de resultar extraño que, de un lado de acuerdo con la mayoría de los SOFA impere la regla de que “el soldado lleva su propio ordenamiento en la mochila”, y, de otro, de en atención con la no aplicación extraterritorial de los Convenios se permita al mismo soldado que pueda dejarse en casa una parte tan importante de su sistema jurídico, como son las Convenciones internacionales de derechos humanos que haya podido firmar su país. Tampoco deja de ser llamativa la ausencia de sintonía entre el DIH, cuyas normas los Estados se comprometen a acatar “en todas las circunstancias”, con la dimensión local de los derechos humanos. No obstante, y a fin de calibrar exactamente la importancia de este debate debe en cualquier caso señalarse, que sea cual sea el tamaño de la brecha que se consiga abrir al principio de territorialidad, lo que si es cierto es que lo que si lleva el soldado en su mochila son el conjunto de derechos fundamentales de su ordenamiento. Cualquier intervención en un conflicto bélico por parte de un Estado

¹⁴ Vid. Bankovic, 59 s: “el Tribunal Considera que el art. 1 del Convenio debe reflejar esta concepción ordinaria y esencialmente territorial de la jurisdicción de los Estados”.

de Derecho implica por ello el respeto a los derechos fundamentales. El interés de aplicar las Convenciones internacionales proviene de la necesidad de crear criterios comunes para situaciones en la que cada vez más, como consecuencia de los modelos de intervención militar, se caracterizan por la presencia de unidades militares internacionales donde se integran soldados de diversos países. La existencia de una doctrina común en materia de derechos humanos supondría de este modo una cierta armonización, un *ius commune* de las intervenciones militares que facilitaría enormemente las cosas. Piensen, por ejemplo, que un soldado no debe generalmente acatar una orden contraria a los derechos fundamentales de su ordenamiento y que el contenido de un derecho fundamental puede variar de sistema a sistema en aspectos no desdeñables. Igualmente, y pensando ahora en la garantía de las víctimas de las violaciones, los tribunales internacionales tienen más visos de imparcialidad en esta materia, que los internos.

Hechas estas consideraciones, veamos cuál es exactamente la doctrina del TEDH que dista todavía de estar cerrada y que presenta importantes vaivenes¹⁵.

El CEDH en su art. 1 al definir cuál es su ámbito de aplicación no emplea el término territorio, sino el de jurisdicción. La génesis de este concepto muestra, no obstante, que el término jurisdicción no se elige con el fin de propiciar la extraterritorialidad del Convenio, sino por considerar demasiado restrictivo el binomio existente entre territorio y residencia. Lo que se perseguía era aplicar el Convenio – fuera o no residente – a cualquier persona que se encontrar en el territorio de los Estados miembros¹⁶. Pese a este sentido original, probablemente la lógica expansiva que el propio concepto de derechos humanos¹⁷ entraña, unida a la ambigüedad que aporta el término jurisdicción ha permitido cierta relajación en el principio de territorialidad.

¹⁵ Más detalles en Matscher, *Bemerkungen zur extraterritoriales oder indirekten Wirkung der EMRK*, FS Trechsel, 2002, p. 25 ss; Krieger *ZaöRV* 62 (2002). 669 ss.

¹⁶ Vid. Bankovic, marg. 19 y 63.

¹⁷ Lo pone de relieve la Comisión interamericana en el caso *Coard* (1999, vid. Banjovic, 23) donde declaró aplicable el Convenio a los prisioneros que las tropas norteamericanas habían realizado con motivo de la invasión de Granada.

La primera mella al principio de territorialidad viene de la mano de la interpretación laxa del propio concepto de territorio que propicia el asunto Loizidou (1995)¹⁸. El control Turco sobre el norte de la Isla de Chipre proporciona al Tribunal el argumento necesario para declarar que las tropas turcas deben respetar el Convenio aunque se encuentren fuera de su territorio (“la noción de jurisdicción no se circunscribe en el sentido de esta disposición (sic. Art. 1 del CEDH), al territorio nacional”). Para comprender en su totalidad la doctrina Loizidou hace falta no obstante subrayar algún que otro aspecto más. Esta doctrina no se ve desvirtuada ni por el carácter legítimo o ilegítimo de la ocupación, ni tampoco por la existencia de un gobierno local. Otra solución haría fácilmente eludible el Convenio, bastaría poner una administración tapadera, como por ejemplo, en la experiencia histórica europeo el régimen de Saló en Italia o el de Vichy en Francia durante la IIGM o en este caso la denominada República Turca del Norte de Chipre. Igualmente es también de sumo interés la posición del Tribunal en lo relativo al modo de control. Lo importante no es demostrar el control último, el dominio, sobre la situación concreta que ha dado lugar a la violación de un derecho del Convenio, sino el control global¹⁹. Esta doctrina a la par que ahorra numerosos problemas de prueba, sirve también para exigir del Estado ocupante no solo la omisión de cualquier acto que suponga una violación del Convenio, sino también la necesidad de emprender comportamientos tendentes a evitar cualquier tipo de violación e investigar con eficacia los posibles atentados contra los Derechos humanos. Así, por ejemplo, el Estado ocupante debe poner fin a ejecuciones extrajudiciales, a torturas o buscar las personas desaparecidas, por mucho que los actos se imputen por ejemplo a grupos paramilitares o rebeldes²⁰. Una sentencia más reciente, Issa (2004) señala

¹⁸ Los hechos del caso son sucintamente los siguientes: La Sr. Loizidou participó en una manifestación en el norte de Chipre por lo que fue detenida y encarcelada por los soldados turcos, prohibiéndole posteriormente el acceso a sus bienes y a su domicilio, lo que constituía una violación art. 1 del Protocolo 1 y del derecho al domicilio, art. 8.

¹⁹ Como después se señala en Bankovic (70), refiriéndose a Loizidou, “El Tribunal considera que no es necesario determinar si Turquía ejercía en realidad en el caso un control sobre la política y las actividades de las autoridades de la “república turca del norte de Chipre. El número de soldados desplegados por la isla basta para probar por sí solo que el ejército turco ejercía en la práctica un control global sobre la parte de la Isla.

²⁰ Vid. ya en un caso anterior Chipre v. Turquía: “dado que Turquía ejercía en la práctica un control global sobre el territorio su responsabilidad no se circunscribía a los actos cometidos por sus propios agentes sobre el territorio, sino que también se extendía a los actos de la administración local que sobrevivía gracias a su apoyo...dicho Estado (sic. Turquía) debe asegurar en la parte norte de Chipre el respeto a la Totalidad de los derechos materiales consagrados por la Convención”.

igualmente otra característica del control. El Tribunal señala que éste aunque efectivo no tiene por qué ser duradero.

En *Bankovic*, donde se acusa a diversos países europeos que participaron en el bombardeo de la radio televisión serbia, se discuten otras características de la noción de control que ayudan a perfilar este concepto y que tienen que ver sobre todo con el grado de intensidad. En efecto, en este caso los recurrentes alegan que aunque no se tuviera el control terrestre sobre Kosovo, si que había un control sobre el espacio aéreo. Bastaría este control para entender aplicable el Convenio²¹. El Tribunal rechaza este argumento²² con el argumento de que si se permite atomizar la noción de control en realidad toda persona que sufra un comportamiento imputable a un Estado miembro atraería de facto la aplicación del Convenio, cualquiera que sea el lugar donde se hubiera cometido o donde se haya sentido sus consecuencias. Si entiendo bien las algo confusas palabras del tribunal la única vía para aplicar con fundamento en la territorialidad el Convenio es la existencia de un control territorial efectivo tener el poder suficiente para hacer respetar los derechos y libertades. A diferencia de lo que mantenían los recurrentes en *Bankovic* no cabe una aplicación progresiva o parcial del Convenio dependiendo del grado de control²³.

Otro frente que deja abierto *Loizidou* y que se encarga de cerrar *Bankovic* es el siguiente. En *Loizidou* aunque, el Tribunal en este momento no hizo demasiadas consideraciones al respeto, no existió una aplicación extraterritorial *strictu sensu*, en cuanto que Chipre forma parte del Convenio; más que de extraterritorialidad de lo que se trataba es de aplicación territorial con un cambio de “jurisdicción” en una parte del mismo²⁴. Solo pues en *Bankovic* se discute una verdadera aplicación extraterritorial del Convenio que la corte por cierto niega.

Para atajar esta restricción de forma muy inteligente los recurrentes de *Bankovic* utilizan lo que denominaré la lógica *Soering* (1989). Como es sabido, en este caso en donde se discutía la extradición de un ciudadano alemán, residente en Alemania, a los

²¹ *Bankovic*, 46.

²² *Bankovic*, 75

²³ Cfr. Gollwitzer, *Menschenrechte im Strafverfahren*, De Gruyter, 2005, Art marg. 11^a y 17 sobre la responsabilidad omisiva.

²⁴ *Loizidou*, 80 y *Bankovic*, 42.

Estados Unidos donde se le acusaba de un homicidio, en un Estado en el que cabía esperar la imposición de la pena de muerte, el Tribunal señaló que cuando un comportamiento de los Estados realizado dentro del territorio del Convenio, pone en peligro o contribuye a que otro Estado no parte lesione un derecho reconocido por el Convenio su obligación es abstenerse de realizar la extradición o la entrega, pues lo contrario supone una violación. Esta lógica se emplea del siguiente modo en Bankovic: el planeamiento de las operaciones militares, en ese caso el bombardeo de la TV serbia realizado en el territorio del Convenio constituye ya una violación del art. 2, por mucho que la lesión efectiva del derecho a la vida o la integridad física tenga lugar extraterritorialmente. El argumento cobra fuerza si se repara que en el principio de territorialidad que determina la jurisdicción en materia penal, un derivado del que se maneja en el derecho internacional público, se considera que una jurisdicción es competente por el simple hecho que parte de la conducta delictiva tenga lugar en el Estado, sin necesidad en cualquier caso de que en el territorio se produzca el resultado. A los efectos que aquí interesan, esto es propiciar la aplicación del CEDH y el control del Tribunal en las intervenciones militares realizadas en el extranjero, la aceptación de este argumento hubiera sido decisiva, pues partes importantísimas de la intervención militar se diseñan, deciden y discuten dentro del territorio del Convenio. El Tribunal rechaza este argumento incluyendo una restricción en la doctrina Soering, que no estaba presente en el original. En Soering, la víctima, la persona que iba a ser extraditada, estaba en el territorio del Convenio²⁵.

En conclusión, las posibilidades de aplicar el convenio a intervenciones militares realizadas en países terceros son escasas si aplicamos la noción de territorialidad impuesta por Bankovic, ahora bien como muestran otros asuntos posteriores, y muy especialmente el caso Issa, resulta difícil afirmar si estamos ante una jurisprudencia definitiva. En Issa se trataba de analizar la posible violación del convenio por parte de Turquía por el hecho de que durante su invasión del norte de Iraq acaecida en 1995, varias personas habían sido detenidas, torturadas y asesinadas por militares turcos. Pues bien, el Tribunal, de nuevo ante un caso de extraterritorialidad strictu sensu, podía haberse escudado invocando la doctrina Bankovic señalando que en modo alguno, existiese o no control efectivo sobre el norte de Iraq podía aplicarse el Convenio. Sin

²⁵ Bankovic, 68

embargo, todo en su argumentación da a entender que de haber existido un efectivo control hubiese aplicado la Convención.

Al lado de la territorialidad, existen otros dos caminos complementarios a través de los cuales resulta más fácil que el Convenio trascienda de sus fronteras territoriales. El Convenio también puede aplicarse *ratione personae* cuando agentes de un Estado miembro con independencia del lugar en el que se encuentren realizan un acto en el ejercicio de sus funciones. El caso más claro de esta aplicación es por supuesto el de agentes diplomáticos o consulares²⁶. El asunto más citado dentro de esta línea suele ser Drozd Janousk donde se analizó la posible violación al Convenio por parte de España y Francia debido a que en la justicia andorrana los tribunales los componen jueces de ambos países. Dentro de nuestro marco de interés, en el Reino Unido este argumento se ha empleado en el caso Al-Saeki por la Divisional Court²⁷. Se trataba de apreciar si existía violación de la Human Right Act, con iguales presupuestos de aplicación del Convenio, por parte del gobierno inglés como consecuencia de los abusos cometidos por las tropas británicas contra prisiones detenidos en sus bases militares en Irak.

El segundo camino, aun más amplio que el anterior, es el criterio del control sobre las potenciales víctimas, que se ha aplicado en casos de detenciones de personas fuera del territorio del Estado miembro. El caso más antiguo de esta línea jurisprudencial es el de Chacal - el terrorista Carlos – que fue arrestado de forma irregular por las autoridades francesas en Khartoum y llevado después en un avión militar a Francia²⁸, contornos similares plantea un asunto mucho más reciente y citado Öcalan, el demandante turco fue arrestado en la zona internacional del aeropuerto de Nairobi por agentes turcos: *“it is comon ground that, directly alter being handede over to hte Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was under effective Turkish authority and therefore within the jurisdiction of the state for the purposes of article 1 of the Conveniton”* . Si se

²⁶Bankovic, 20, vid. por ejemplo X v. Ferderal Republic of Germany, 1965; M v. Denmark (1992) y R(B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affaire (2005).

²⁷ “a British military prison, operating in Iraq with the consent of the Iraqui sovereign authorities...falls within even a narrowly limited exception exemplified by embassies, consultes, vessels and aircraft”. Tal como expone después uno de los Lords (83) en este caso no se podía aplicar en ningún caso Loizodou en cuanto que – con intendencia de las restricciones de Bankovic – las tropas británicas tenían grandes dificultades para entender la existencia de un control efectivo como consecuencia del terrorismo.

²⁸ Sanchez Ramirez v. Francia, 1996

lee la totalidad del pasaje la Corte parece imponer dos requisitos más para apreciar en este caso la “jurisdicción”, el primero que la jurisdicción se ejerza con el consentimiento del Estado territorial y segundo que siga existiendo un fuerte enlace territorial, en este caso el inmediato retorno a Turquía.

Aunque estos tres criterios (control global, control sobre la víctima y *ratione personae*) pueden fundamentar la aplicación del Convenio existe alguna diferencia en escoger uno u otro camino. En efecto, la afirmación del control global abre el paso a dos posibles tipos de violaciones las activas y las omisivas, esto es, la derivada de no prevenir infracciones o no investigarlas con la suficiente diligencia. Este tipo de infracción no puede darse en el caso de control sobre la víctima y *ratione persone*. Igualmente y de acuerdo con la restricción que en *Bankovic* se hace de Soering, tampoco la crear un peligro de infracción resulta de aplicación cuando el individuo está fuera del territorio²⁹.

4. Cuarto problema: las violaciones cometidas en operaciones militares bajo el mando de organizaciones internacionales.

Pero en el marco de las misiones de paz o en el de conflictos bélicos en los que intervienen tropas nacionales bajo el mando de organismos internacionales el principal problema que plantean los criterios de *ratione personae* y de control. El tribunal niega que el Convenio pueda aplicarse cuando funcionarios, agentes públicos o militares de un Estado miembro están bajo la dirección o el control de una organización internacional.

El precedente más significativo de este grupo de casos es *Ilse Hess* (1975). La mujer del jerarca nazi encarcelado de por vida en la cárcel de Spandau en 1975 acude al TEDH alegando que la cadena perpetua en las terribles condiciones que la sufría su marido – aislamiento extremo, con 80 años de edad en estas fechas, y sin posibilidad de liberación – violaba el Convenio. Obsérvese que territorialmente era un caso muy sencillo RU y Alemania pertenecen ambos al Convenio. Sin embargo la Corte rechaza

²⁹ Esta apreciación sería por ejemplo de interés en el caso de que tropas de un Estado miembro en el extranjero, en el marco de una operación de paz, detuvieran a alguien buscado para ser juzgado por un delito castigado con pena de muerte. Imaginen por ejemplo en el caso de *Sadam Hussein* que este hubiera sido apresado por tropas españolas o inglesas y que las autoridades iraquíes solicitaran su entrega.

que se de el elemento jurisdicción. La prisión militar de Spandau fue establecida por la Comandancia de los Aliados, como consecuencia de los acuerdos que entre Francia, Reino Unido, Rusia y Gran Bretaña se celebraron en 1945, acuerdos que siguen en vigor para las partes, de este modo la toma de cualquier decisión, como la libertad de Hess – dependía de la aquiescencia unánime de las cuatro partes. En concreto, el Tribunal niega de este modo la jurisdicción del RU: “Administration and supervisión is at all times quadripartite, including the day to day “civil administration...The Comisión is of the opinión that the joint authority cannot be divided into four separate jurisdictions and that therefore the United Kingdom`s participation in the exercice of the joint authority and consequently in the administration and supervision of Spandau Prison is not a matter “within the jurisdiction” of the United Kingdom”.

En el terreno de las operaciones militares, el Tribunal no se ha encontrado con un problema similar hasta los asuntos Behrami y Saramati (2007)³⁰, donde ha considerado inaplicable el Convenio a soldados franceses, noruegos y alemanes por entender, dicho de forma breve, que la responsabilidad y en el última instancia el control – criterio del control último (133 ss) - de las operaciones que se realizan en Kosovo pertenecen a Naciones Unidas, o más exactamente, a organismos creados a partir de su carta. Y ello por mucho que posteriormente estos organismos deleguen después funciones en los componentes nacionales, y por mucho que además estos sigan, por ejemplo, conservando en reafición a sus soldados amplias facultades, entre ellas las penales y disciplinarias y, en último extremo, la de ordenar, en el marco de lo previsto generalmente por las autoridades supranacionales las condiciones en que ha de realizarse una detención. El Tribunal considera que los Estados no ejercen en estos casos jurisdicción en el sentido del art. 1 y que por tanto el Convenio no resulta

³⁰ Los hechos son los siguientes: En Behrami se trataba de analizar la responsabilidad por omisión del Estado francés ya que no había procedido a limpiar de minas antiguos campos de batalla, consecuencia de lo cual un niño había muerto al jugar en un campo infectado de minar. En Sarami, se trataba de analizar si era conforme al art. 5.3 la detención de este ciudadano primero por soldados alemanes y después por noruegos, con el fin de juzgarlo, pero sin que nada les obligase a someter esa detención a una autoridad judicial o órgano independiente. Esto es Sarami es ni más ni menos si los soldados de tropas de países pertenecientes al Convenio pueden participar en Guantánamo. Las detenciones realizadas por fuerzas en misiones de naciones unidas se mueven en una suerte de limbo o espacio libre de derecho, sometidas a múltiples interrogantes. Un comentario a ambas sentencias puede verse en Pierini, La Corte europea dei diritti dell'uomo dichiara imputabile alle Nazione Unite la detenzione amministrativa di individui ad opera Della missione militare in Kosovo. Luce Verde per le allegre Guantánamo europeee?.

aplicable. Para la Corte (139) estos poderes en manos de los Estados no llegan al extremo de que estos puedan dar órdenes concretas, independientes de las que provienen del organismo de naciones unidas y de la OTAN que tiene en sus manos el control operacional a través del COMKFOR.

El criterio del control último se completa con otro no de menos importancia que proviene del caso *Bosphorus*³¹, donde el Tribunal tenía que analizar la compatibilidad con el Convenio de una sanción de confiscación adoptada por Irlanda en aplicación de un Reglamento de la UE en materia de terrorismo que a su vez transponía una resolución de Naciones Unidas en la materia. El Tribunal utiliza en este caso el criterio de la equivalencia general.³²: “una medida del Estado ejecutando semejantes obligaciones jurídicas ha de reputarse justificada si es constante que la organización en cuestión acorde a los derechos fundamentales una protección, al menos equivalente, a la asegurada por la convención”. “Si existe una protección constante equivalente debe presumirse que el Estado respeta las exigencias de la Convención”. El examen en el caso particular solo se producirá dice cuando exista una “insuficiencia manifiesta”. Si no estamos ante este supuesto basta pues con una equivalencia global.

La lógica del CEDH – por lo demás muy parecida a la de las Constituciones nacionales – es que los Estados pueden transferir poderes a organismos internacionales con el fin de cooperar en determinadas actividades. Ahora bien, con el fin de que las obligaciones del Convenio no sean burladas de este modo, pero también con el fin de propiciar la cooperación internacional, cuando se traspasan poderes soberanos a una organización internacional ha de cuidarse que ésta otorgue una protección a los derechos fundamentales equivalente a la asegurada por la Convención (145) –el criterio de la equivalencia se encuentra ya en *M & Co. C RFA*, decisión de febrero de 1990 y *Kart Eckart Heinz c. Etats contractants également Parties à la Convention sur le brevet*, decisión de 10 de enero de 1994; también *Waite et Kennedy c. Allemagne*, 1999). El argumento no solo es similar sino que tiene la misma raíz que el que muchas veces se

³¹ El caso sucintamente es el siguiente: Irlanda confisca dos aviones a una compañía turca – *Bosphorus*– que los pensaba poner a disposición de las aerolíneas yugoslavas. Las sanciones que aplica Irlanda las impone a partir de un Reglamento de la CE (990/93), que transpone al derecho europeo la resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. La empresa alega que la confiscación viola los derechos del convenio, concretamente el derecho de propiedad.

³² *Bosphorus*, 155 s.

utiliza en el ámbito de la cooperación internacional. La presunción de respeto puede además variar en relación a un caso concreto. Si los derechos no son respetados, el Tribunal – y esto es de extraordinaria importancia: “el papel de la Convención en tanto que instrumento constitucional de orden público europeo en el terreno de los derechos del hombre prevalecería sobre el interés de la cooperación internacional”. Dicho de otro modo, esta doctrina implica que si se transfieren competencias a una organización internacional y bien de carácter general o bien en un caso concreto el Standard de protección no se corresponde con los presupuestos del orden público europeo la Convención resulta tal cual aplicable y el Tribunal competente en virtud de una competencia *ratione personae*. Lógicamente la Corte en el caso concreto no puede señalar otra cosa que con carácter general Naciones Unidas garantiza los derechos humanos de forma cuanto menos similar (147). De ahí que la Corte se declara incompetente para controlar las acciones u omisiones de las Partes a las que se refieren las resoluciones del Consejo de seguridad y realizadas en el cumplimiento de estas misiones. Pues ello podría interpretarse como una ingerencia en las actividades de UN, aplicar el Convenio en estos casos supondría imponer a las misiones de Naciones Unidas condiciones que ellos no han acordado.

Los resultados a la vista de los casos de que se ocupaba el Tribunal, sobre todo en Saramati, son ciertamente preocupantes, en cuanto que permiten la detención de personas con garantías muy inferiores a las del convenio, como ha señalado algún autor, se trata de la permisión de Guantánamos.

La Corte además no tiene en cuenta que en el ámbito concreto de la forma en que han de realizarse las detenciones los Estados, aunque actuaban ejecutando una misión de UN, tenían atribuida una amplia capacidad de organización que les permitía establecer un régimen con mayores garantías. La institución de la delegación basamento de los argumento de la Corte tiene como finalidad determinar qué características debe tener la delegación de una competencia para producir también una delegación de la responsabilidad. Lo relevante es quien tenía en última instancia la capacidad para organizar el ámbito en el que se ha producido la irregularidad, el comportamiento delictivo. En el caso concreto: a la hora de fijar las condiciones en que había de realizarse una detención, era la Resolución de Naciones Unidas y sus organismos quien fijaba el marco jurídico concreto en que esta había de realizarse o son los Estados que

aportan contingentes. A este respecto lo único que en la resolución de naciones unidas se indica es que: debe establecerse y mantenerse – por parte de KFOR – un ambiente de seguridad en la región, incluida la seguridad pública y el orden” Al menos esta cuestión podía haberla dejado clara el Tribunal, porque solo una vez visto esto podría dar el siguiente paso: ¿se ha preocupado naciones unidas de establecer una reglamentación que las detenciones se realicen conforme a los derechos humanos?, si ésta era su competencia, como parece dar a entender, si se desarrollan de forma lógica los argumentos de la Corte, ¿ha dispuesto un grado de salvaguarda de los derechos humanos equivalente al previsto en el Convenio?-.

Esta jurisprudencia, y esto es particularmente importante en el marco de las misiones de paz, creo que obliga seriamente tal como ha puesto de relieve recientemente Kolb a buscar soluciones para que organizaciones internacionales, UE, ONU o OTAN sean parte integrantes y estén sujetas a las Convenciones internacionales de derechos humanos. Los problemas como pone de manifiesto este autor, y la discusión que nos es más conocida la relativa a la UE y el CEDH, es más de índole psicológico, que jurídico³³.

III. A modo de conclusión

A lo largo de las anteriores páginas se ha analizado la eficacia del CEDH en dos ámbitos bien distintos, el derecho penal militar y, por así decirlo, el derecho de la guerra o las situaciones de conflicto bélico. Mientras que en el primer ámbito puede decirse que, al día de hoy, los aspectos más criticables de la justicia penal y del sistema penal militar han sido ya abordados con éxito por el TEDH, el camino por recorrer aun es muy largo en lo que respecta al segundo terreno de juego. Sin una jurisprudencia más generosa por parte del TEDH o/y la firma de un protocolo especial que admita la aplicación del Convenio en misiones militares en el exterior, y la adhesión de las organizaciones internacionales al mismo, los mecanismos de protección de los derechos humanos están ausentes en el law of war, que continua siendo una zona a colonizar.

³³ Kolb/Prorroto/Vité, L’application du droit international humanitaire et des droits de l’homme aux organisations internationales, Bruylant, 2005, p. 237 ss.

