

GESTIÓN DE CRISIS DEL TERRORISMO INTERNACIONAL POR LAS LEYES DE LA GUERRA

Victoriano Perruca Albadalejo

Asesor Jurídico

Trabajo de campo, realizado a primeros de enero del 2011, con una muestra de adultos civiles de 18 años y más, no juristas, con una cobertura demográfica muy limitada en el sentido antes expuesto, y del que concluimos que sociológicamente pudiera haber indicios para afirmar que no creemos que por la sociedad civil se viera mal la propuesta de una jurisdicción militar competente en esta materia de lucha antiterrorista por creer, en definitiva, que para ellos estamos más en una «guerra» que en una forma de «delincuencia».

Dejamos una pregunta abierta: ¿cuáles, sin embargo, serían las respuestas hechas con las nacionalidades aludidas efectivas y a la inversa?

Introducción

El punto de partida: un acuerdo cuasi universal

La militarización provisional de controladores aéreos el fin del pasado año ha puesto otra vez sobre el tapete social el viejo debate (1) constitucional relativo a la jurisdicción

(1) En un contertulio con algún personal especializado sobre el respecto, abierto con motivo de un Curso de Gestión de Crisis en Madrid que tuvo lugar los días 7 de febrero de 2011-4 de marzo de 2011, se llegaron por todos los que allí estuvimos presentes a las conclusiones de: 1. Que una cosa es la movilización y otra la militarización, acarreado esta última un cambio de estatuto a efectos incluso penales desde ese momento: Código Penal Militar; por otro lado, no es lo mismo la consideración y la equiparación, entre otras fórmulas históricamente posibles (Renfe, Correos, etc.), en cuanto que, además, puede haber problemas de dudas sobre la distinta graduación militar que debiera ser previamente establecida a la ejecución de la medida. 2. Que el efecto psicológico de la palabra «militarización» ayudó a la reincorporación de puestos de trabajo, pero es una medida que implica desgaste y debe ser utilizada con mesura. 3. Que la Ley de la Carrera Militar es la aplicable a estos efectos y no la Ley Preconstitucional de Movilización del 1969 (en todo caso degradada a reglamento, lo que no quiere decir aun así que fuera inconstitucional). 4. Que el de los controladores, igual que el de los pilotos, es un sector estratégico cuya fuente del problema arranca del convenio laboral del año 1992. 5. Que no es sólo un conflicto laboral, se trató de una cuestión de Estado (se cerró el espacio aéreo nacional). 6. Que la fórmula del derecho de excepción más adecuada jurídicamente hubiera sido, antes que un estado de alarma, un estado de excepción. 7. Que debiera haber sido preceptivo un Informe del Consejo de estado por ser una cuestión de Estado. 8. Que es un precedente no insólito (Reagan en los años ochenta con la huelga de los pilotos) a nivel internacional. Nuestra aportación a ese debate, aparte de nuestra bibliografía al efecto y otros pensamientos, es el haber planteado que, así como hubo por los viajeros la interposición de reclamaciones, incentivadas por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), no sabemos hasta qué punto (dado que pudiera tratarse de una colectiva «toma de rehenes»), pudiera haber prosperado ante un juez –como solución alternativa, jurídica y rápida al conflicto– un *habeas corpus* teniendo en cuenta que en algún caso (viaje urgente por enfermedad) la libertad afectada no sólo hubiera sido la de libre circulación por un determinado tipo de transporte imprescindible para ello, sino también la de la seguridad y libertad ambulatoria personal. Por otro lado, si es verdad que se han centralizado a un solo juzgado todas las reclamaciones habría que

militar. Pero, ¿hay en sí mismo algo malo en ella? (2), ¿se nos ha caído el mundo adoptando aquella medida?... En fin, partamos de la siguiente hipótesis: imaginemos que el mismo o parecido supuesto lo hubieran protagonizado ya unos terroristas, pero no cualesquiera, sino unos terroristas internacionales: ¿cómo hubiéramos enfocado aquel debate? Esta es la pregunta que aquí intentaremos de alguna manera resolver con las armas del Estado de Derecho.

La mayoría de Estados en las discusiones de los *Protocolos del año 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949* llegaron al acuerdo de que:

«Las leyes humanitarias de la guerra no pueden ser contravenidas en la situación de un conflicto armado por una cuestión política.»

De forma que la legitimación de la causa, en su caso, no implica que también se legitime el uso de cualquier forma de violencia. Desde luego, tampoco la «toma de rehenes». Es decir: el Derecho de la Guerra también forma parte del Estado de Derecho e, incluso, por razones consuetudinarias producto de la práctica estatal internacional obliga a los que formalmente no lo son.

El problema de los guerrilleros y la extradición

La extensión del alcance de las reglas ginebrinas de la guerra a los Movimientos de Liberación Nacional (MLN) implica que los guerrilleros, «con el fin de disfrutar de los derechos

estudiar cómo se ha hecho porque el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley pudiera verse afectado, y por último, que a diferencia de los Pactos del Majestic nuestro pronóstico es que el servicio militar tendrá que ser reconsiderado como instituto de nuevo aprovechable, y además consonante, con el concepto hoy exigido de la seguridad, aunque parezca lo contrario. Al menos, se ganará en solidaridad, etc.

(2) Según la sección de actualidad de *Noticias Jurídicas* del día 11 de febrero de 2011 sabemos que: «El Tribunal Supremo ha desestimado el recurso contencioso-administrativo presentado por la Unión Sindical de Controladores Aéreos (USCA) contra el Real Decreto por el que se impuso el estado de alarma el pasado 4 de diciembre, según el auto dictado el pasado 10 de febrero. La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Supremo desestima el recurso al considerar que carece de jurisdicción para tramitarlo, ya que la decisión del Gobierno de decretar el estado de alarma estaba avalada por el artículo quinto de la Constitución Española (CE) y fue ratificada por el pleno del Congreso de los Diputados *la impugnación va dirigida contra un acto cuyo contenido ha sido asumido en su integridad por el Congreso de los Diputados desde el momento que autorizó la prórroga del estado de alarma en los mismos términos que fue inicialmente declarado*», explica el auto. El Supremo resuelve así el primero de los dos recursos presentados por el sindicato, que agrupa al 97% de los casi 2.400 controladores que AENA tiene en plantilla, en respuesta a las medidas adoptadas por el Gobierno contra el caos aéreo provocado por el colectivo los pasados 3 y 4 de diciembre por el abandono de los puestos de trabajo. Además, el auto añade que el Gobierno «dio cuenta» de su decisión al Congreso de los Diputados y, «de esta manera, se ofreció a éste la posibilidad de ejercer todos los medios de control que el ordenamiento jurídico le permite». Un control que el Congreso de los Diputados asumió y ejerció posteriormente al autorizar, el 16 de diciembre, la prórroga del estado de alarma solicitada por el Gobierno a un mes adicional, explica el auto: «La conclusión final tiene que ser, pues, que esa decisión asumida por la Cámara no es una actuación administrativa que pueda ser controlada por este orden contencioso-administrativo» del Tribunal Supremo, según el auto. El segundo recurso de USCA, *pendiente de resolver*, se dirige contra el Real Decreto 1611/2010, que ordenó la militarización de los servicios de tránsito aéreo civiles y permitió la presencia de militares en las torres de control. El pasado 9 de diciembre, USCA presentó sendos recursos contra el estado de alarma y la militarización de las torres de control alegando presuntas irregularidades tanto del procedimiento seguido por el Gobierno para aprobar los dos Decretos como en los cuerpos legales en los que se apoyaban para dictarlos.

de los combatientes», han de respetar de igual modo todas las limitaciones impuestas a los soldados por las leyes humanitarias de la guerra: llevar las armas abiertamente antes de atacar.

Su incumplimiento es, por las propias leyes bélicas, base jurídica suficiente como para solicitar y conceder una extradición, de forma que podría interpretarse que el artículo 12 (3) de la Convención de 1979 «Toma de rehenes» puede suponer hasta el reconocimiento de que el acto de la toma de rehén, «si se cometió en el desarrollo de un conflicto armado», caso de los militares utilizados como «escudos humanos» o, mejor, el de la captura de los que no tienen por ello consideración de «prisioneros de guerra», así un civil que tome parte en las hostilidades de forma bélicamente desajustada o impropia, atendiendo a las reglas ginebrinas, «por ellas» y no tanto por la Convención de 1979, también se justifica en cuanto al autor de tal atrocidad la obligación de proceder a detenerlo o perseguirlo para ponerlo a disposición judicial, o extraditarlo.

El problema es que, «como es una interpretación», un Estado que no la comparta puede rechazar la solicitud de extradición en ese caso ya que, por ejemplo, quiera celebrar juicio por su sola ley interna a través de la Convención de la toma de rehenes, es decir, por no reconocer que se está en un conflicto armado; o, caso de reconocerlo, por entender, en cualquier caso, que también existe la legítima asunción de que muchos de los actos terroristas cometidos «en tiempos de paz» son, en realidad, unos actos prolongados de hostilidad militar a los que, por analogía, debe de serles aplicables las leyes de la guerra pero por la autoridad judicial del Estado al que se pide tal extradición, pudiendo ser en realidad así un Estado refugio por no aplicarlas debidamente y ocultando la connivencia de ese Estado con tal acto enjuiciable.

La problemática generada a resultas de la extradición

La aplicación analógica de la Ley de la Guerra al Terrorismo

Esta última consideración, que tiene su origen doctrinal jurídico en THARP (4), y en un informe-propuesta del Comité sobre Terrorismo Internacional de la Asociación de Derecho

(3) Adoptada por la Asamblea de Naciones Unidas en su resolución 34/146 el 17 de diciembre de 1979 y abierta a la firma, ratificación y adhesión el 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de junio de 1983 de conformidad con el artículo octavo. Artículo 12: «Siempre que los Convenios de Ginebra del año 1949 relativos a la protección de las víctimas de la guerra o los Protocolos Adicionales a esos Convenios sean aplicables a un acto determinado de toma de rehenes y que los Estados-Partes en la presente Convención estén obligados en virtud de esos Convenios a procesar o entregar al autor de la toma de rehenes, la presente Convención no se aplicará a un acto de toma de rehenes cometido durante conflictos armados tal como están definidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y en sus Protocolos, en particular los conflictos armados mencionados en el párrafo cuarto del artículo primero del Protocolo Adicional I del año 1977, en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, consagrado en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas.»

(4) THARP PAUL, A.: «The Laws of War as a Potential Legal Regime for the Control of Terrorist Activities», *Journal of International Affairs*, volumen 32, pp. 91-100, 1978. También en PAUST, Jordan J.: «Terrorism and the International Law of War», *Military Law Review*, volumen 64, pp. 1-36, 1974.

Internacional (ILA) en la Conferencia de Montreal de 1982, bajo la dirección de Rubin (5), tiene posiblemente las siguientes implicaciones:

1. Que un Estado podría ser, de hecho, «internacionalmente responsable» por no prestar la adecuada protección contra el terrorismo internacional. Luego aquí, esperemos que en un futuro no muy lejano, cuando tenga ya competencia expresa para juzgar el terrorismo, se prevé que la Corte Penal Internacional pudiera tener algo que decir.
2. Que también a los terroristas, al igual que a los gobiernos, les sería posible atribuir responsabilidad por el incumplimiento de «sus» obligaciones en el adiestramiento de armas y en sus objetivos tácticos.
3. Que les sería posible aceptar la naturaleza política de su acto, «bloqueándose su responsabilidad», hasta encontrar la de otras personas e instituciones últimas que las leyes de la guerra se esfuerzan en proteger (así en su caso los MLN).

El posible papel ya abierto a la jurisdicción militar

E indirectamente, añadimos nosotros, a los efectos de este trabajo, la crucial relevancia que esto tendría para las Fuerzas Armadas por la atribución lógica de una competencia objetiva ya a la jurisdicción militar:

El artículo 14 de la Ley Orgánica de nuestra Defensa Nacional (LODN), al tratar de su naturaleza y funciones, en desarrollo de lo dispuesto en los artículos 117.5 de la CE y 3.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), dispone que:

«Los órganos de la jurisdicción militar, integrante del poder judicial del Estado, basan su organización y funcionamiento en el principio de unidad jurisdiccional y administran justicia en el ámbito estrictamente castrense y, en su caso, en las materias que establezca la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la CE y lo dispuesto en las leyes penales, procesales y disciplinarias militares.»

El argumento *a fortiori* que más adelante desarrollaremos ampliaría así el alcance estricto, tal y como hoy es hoy entendido, de su «ámbito estrictamente castrense»: el de su conocimiento por razón de hechos aplicables en la paz y en mérito de las leyes de guerra, lo que a su vez nos lleva de paso a la problemática de la jurisdicción militar y a sus críticas como una jurisdicción sólo «doméstica», críticas que con la aplicación del citado argumento, y sin obviar su carácter especial, el que ya sí es propio de esta jurisdicción, quedarían orilladas.

Si atendemos al Derecho Comparado la posibilidad de suprimir a la jurisdicción militar en tiempo de paz fue ya contemplada por la Constitución alemana de Weimar, criterio recogido en la actualidad por el modelo anglosajón. En Francia, la judicatura castrense limita su existencia al tiempo de guerra. El principal cambio introducido en dicho país lo da la Ley de 1982, como consecuencia de los constantes abusos cometidos por las resoluciones que emitían estos tribunales. En Alemania hasta los asuntos disciplinarios corresponden a tribunales federales, no admitiéndose la existencia de tribunales militares en tiempo de paz.

(5) RUBIN, Alfred P.: «Terrorism and Social Control: An International Law Perspective», *Ohio Northern University Law Review*, volumen 6 pp. 60-69 (62 et seq.), 1979.

Por otra parte, hay quien pese a creer que la disciplina es un valor esencial de la institución militar también entiende que esto choca con la necesaria imparcialidad de los jueces para administrar justicia, así como que la subordinación jerárquica y el sentimiento de pertenencia a un cuerpo armado puede mediatizar sus decisiones por encima del interés y derecho del justiciable afectando al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y por tanto provocando a la indefensión del sometido a dicha jurisdicción.

No es descabellado pensar que la jurisdicción militar atenta contra el principio de unidad jurisdiccional, poniendo en peligro, a su vez, los de igualdad de todos ante la ley o uniformidad en la interpretación y aplicación de ésta, y el pensar que supone una justicia «doméstica» corporativa que se presta a encubrir privilegios justificados, lo que plantea mayores dificultades para lograr una efectiva independencia de los jueces y magistrados militares, dada su habitual sujeción de vinculación a la jerarquía castrense.

En este sentido, los miembros de los órganos judiciales militares no pertenecen al cuerpo único de jueces y magistrados de carrera, titulares de los juzgados y militares ordinarios, cuya constitución, funcionamiento y gobierno se determina por la LOPJ según las previsiones del artículo 122.1 de la CE. A la falta de exclusividad generada por la no pertenencia de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar al cuerpo único que señala el artículo 122.1 de la CE, se suma el hecho de que no todos los miembros de los tribunales militares son juristas ya que parte de la Sala lo forman, como vocales, militares del Cuerpo General de las Armas, aunque sea en minoría, sin cualificación jurídica opositada alguna.

Lo que se impone constitucionalmente y se garantiza por el principio de unidad de la jurisdicción es que, de conformidad con exigencia que establece el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en la interpretación dada por el tribunal europeo, se respete a todas las personas el derecho que tienen a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial.

Reputados juristas del Estado consideran que la jurisdicción militar es jurisdicción especial. En este sentido, Gimeno Sendra señaló en la sentencia del Tribunal Constitucional 13/95 que la jurisdicción militar no entra dentro del concepto de «ordinaria», porque los jueces militares no poseen el mismo grado de independencia judicial que sus colegas del poder judicial, los cuales gozan de un nuevo grado de independencia judicial, instaurado precisamente por la vigente CE de 1978: la independencia colectiva de la Magistratura o sistema de «autogobierno» del poder judicial, que la preserva frente a posibles injerencias de otros poderes del Estado, y de modo especial, del poder ejecutivo. La ausencia de este rasgo de la «moderna independencia», salvo en el caso de la Sala V, le permite afirmar que la violación de derechos fundamentales contra un militar... sólo debiera ser conocida por un tribunal ordinario y ello por una razón elemental, cual es la de que, tratándose de una vulneración cometida por la Administración Militar o poder ejecutivo, no puede encomendarse su defensa a jueces que son nombrados por «libre» designación, promovidos o sancionados por dicho poder ejecutivo, con prebendas (6) estructurales a veces de abuso endogámico, como el las de las cuotas de género y «estudios de impacto» previos a la entrada de la normativa en vigor, pero, en fin, por dicho poder ejecutivo al

(6) Por ejemplo el llamado «observatorio de la mujer» no es en sí el «el de la vida militar» (legalmente sí previsto).

fin y al cabo, sino por los únicos tribunales, individual y colectivamente independientes: los tribunales ordinarios, integrados material y formalmente en el poder judicial.

La postura de considerar a la jurisdicción militar como «especial», también la mantiene el magistrado Vives Antón, en voto particular a esta misma sentencia: la jurisdicción militar se configura como una excepción al principio de unidad jurisdiccional y, en consecuencia, sus miembros no acceden a ella en las condiciones genéricas establecidas en la LOPJ. Todos, incluso los jueces togados, han de ser militares en activo (...) Esta peculiaridad (...) la configura como una jurisdicción especial, pues una de las características definitorias de las jurisdicciones especiales consiste, precisamente, en que sus jueces procedan de un determinado estamento o profesión, dentro del cual se supone cierta homogeneidad de creencias y actitudes del común de los ciudadanos.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declara en su jurisprudencia la violación del artículo 6.1 por Estados que de un modo muy semejante al del Estado español garantizaban la independencia de sus magistrados militares mediante declaraciones legales. Tal es el caso de los asuntos Sürek contra Turquía, Baskaya y Okucoglu contra Turquía, Cirakar contra Turquía, Incal contra Turquía o Karatas contra Turquía. En estos casos, el TEDH ha señalado, siempre sobre las bases de las Sentencias en los casos Inkal y Ciraklar, que:

«(...) algunas características del régimen jurídico de estos jueces ponían su independencia y su imparcialidad en tela de juicio como el hecho de que se trate de militares que siguen perteneciendo al Ejército, que depende a su vez del poder ejecutivo, el hecho de que sigan sujetos a la disciplina militar y el hecho de que su designación y nombramiento requieran en gran parte la intervención de la Administración y del Ejército (caso Sürek, F.J., número 74).»

Por ello, el TEDH, concluyó en el sentido de comprender que el interesado temiera comparecer ante jueces entre los cuales hubiera un oficial de carrera, perteneciente a la Magistratura militar y entendiendo la aprensión del demandante en cuanto al defecto de independencia de este tribunal puede considerarse como objetivamente justificada.

Pues bien: volviendo a nuestra temática principal piénsese que un mismo acto (colocar una bomba, por ejemplo) por la misma persona, si es en tiempo de paz le conlleva cárcel seguro, no si no lo es (porque además de poder quedar impune en todo caso sólo puede ser perseguido o extraditado) habida cuenta que pueda considerarse que es un legítimo acto de guerra en el que, si es a favor del triunfador, no será juzgado.

Por tanto, lo que el Comité de la ILA ya en su día sugirió es que las leyes de la guerra también deban de aplicarse para actos realizados «fuera de la clasificación de los conflictos armados y cometidos por personas que no sean combatientes», de forma que las consecuencias de tal postura son:

1. Que se puede hablar del «enemigo» hasta en la paz.
2. También en el Derecho habitual a aplicar (ya se habla hoy del «Derecho Penal del enemigo»).
3. Lo que es más importante para evitar la impunidad: que por el hecho de que un acto terrorista sea así un acto de guerra, no cabrá negarse a una extradición alegando el «móvil político» de ese acto (bélico antes que sólo delictivo), de forma que ese autor,

cooperador necesario o cómplice del acto cometido recibiría el mismo trato que pueda recibir, según el mismo tipo de intervención que en él haya tenido, un soldado comprometido en un conflicto armado internacional: por leyes de la guerra que son aplicables también en tiempo de paz estaría sujeto, al menos, a juicio o a extradición: es el principio latino *aut dedere aut punire* que nos retrotrae a Grocio... un clásico del Derecho de Gentes.

Antes y después del 11 de septiembre de 2001 (11-S)

Aplicación práctica del argumento a fortiori

Este argumento, llamado *a fortiori*, por «forzar» la aplicación de la Ley de la Guerra en la Paz, está siendo de hecho actualmente aplicado por Estados Unidos tras el 11-S con Al Qaeda, pero en este foro al menos, aquel donde prima la libertad de cátedra y de expresión, debe tenerse en cuenta que por ello «no hay que rasgarse las vestiduras» a no ser que se tenga un donaire intelectual, en este caso antinorteamericano, que desde un burdo estudio sociológico ya se concluye que también a veces es interesado (a nivel de consumo interno en la política nacional –la electoral y populista–), toda vez que en Europa, por ejemplo, ya tuvo –y en España, creemos, de alguna manera también hoy tiene– en su día su aplicación. No seamos hipócritas.

En Francia, por ejemplo, con ocasión de una decisión de la Corte de Apelación de París del 17 de octubre de 1979 (7) y relativa a la extradición de un miembro de las Brigadas Rojas acusado del asesinato de Aldo Moro: se trató de un acto político en tiempo de paz.

Y en España, creemos que tácitamente incluso en la actualidad, y aunque formalmente se niegue expresamente que haya una «guerra contra el terrorismo» y sin necesidad de que el terror se trate de un «acto político», cuando «sobre la base de aplicación de las leyes de la guerra», por ejemplo, nuestra Sala V del Tribunal Supremo ha condenado en ocasiones (8) la mala praxis de ejercicios de prisioneros «de guerra» cuando son realizados, sin embargo, en tiempos de paz.

Por ello no son calificados como «crimen de guerra» sino como «delitos de abuso de autoridad» de nuestro Código Penal Militar; es decir, pese a que se trate de actos rea-

(7) Se basó en que la idea (de que el carácter político de un crimen cometido en tiempo de paz no descartaría la extradición si el mismo acto constituyese un crimen de guerra en un conflicto armado internacional que pudiera estar tipificado bajo la Ley francesa de Extradición del 10 de marzo de 1927) ya había sido una sugerencia del Instituto de Derecho Internacional nada más y nada menos que en 1885 en un Informe, número 1.343-79, y donde el «parágrafo segundo del artículo 5 de Loi du 10 mars du 1927», relativa a la extradición de extranjeros, según se puede leer en *Dalloz Recueil Periodique et Critique Mensuel 1927, cuarta parte*, 265, dice: «Lorsque le crime ou delit a un caractere politique u lorsqu'il resulte ds circonstances que l'extradition est demandee dans un but politique. En ce qui concerne les actes commis au cours d'une insurrection ou d'une guerre civile, par l'un ou l'autre des partis engagees dans la lutte et dans l'interet de sa cause, ils ne pourront donner lieu a l'extradition que s'ils constituent des actes de barbarie odieuse et de vandalisme defenbus suivant les lois de la guerre, et seulement lorsque la guerre civile a pris fin.»

(8) Véase nuestro comentario, por ejemplo, en el portal noticias *jurídicas.com* artículos doctrinales. Sección Derecho Militar, a *sentencia del Tribunal Supremo, Sala V, de lo Militar, de 3 de noviembre de 2008* y su voto particular: «Derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario (II y III): régimen de los prisioneros, la retención y la detención.» Abril de 2009.

lizados dentro del contexto de simulacros «de una guerra», sólo simulada y, por tanto, en tiempo de paz, esto es, y es lo que nos llama la atención, sin ir en su fundamentación jurídica, prioritariamente, a la normativa de los derechos humanos y sí a la de la guerra; «guerra» que, además, es para esos casos (prisioneros de guerra) sólo «la de carácter internacional», es decir, la que en la realidad no está..., al menos en España, sólo declarada como tal. Por tanto: *¿están cambiando las reglas?, ¿las estamos mezclando? o ¿es que las estamos aplicando mal?*

Preguntas que nos hacemos porque, por la misma razón de fundamentación jurídica que se hace en ese ejemplo citado del Tribunal Supremo con «soldados» tradicionalmente así calificados, y aunque no se haga, en vía de principio, ya con civiles, habida cuenta los nuevos tiempos y siguiendo el mismo razonamiento que ya ha hecho por sí misma, no es descabellado pensar que la jurisdicción militar sí podría conocer de la causa de un terrorista *acudiendo incluso al Código Penal Común*, vía además en la práctica no descartable y jurídicamente viable cuando el juez militar atiende a la comparación de penas (9) en el caso de «concurso de delitos, o leyes» por razón de los tipificados en uno y otro Códigos (traición, sedición, rebelión, etc.), así como al distinto tipo de coautorías de un mismo acto terrorista (cometido por civiles y militares a la vez) por la vía de «la participación del extraneus», lo que nos obligará a ir para tipificar la conducta, a veces, en función de la pena, sobre todo al Código común –Código que sí está expresamente previsto para tiempo de paz– por no olvidar que en caso de la duda en el autor de su –quizás– condición civil (*artículo 50.1 Protocolo I Adicional*), en cuyo caso se le considerará «como» tal, más si cabe cuando nuestro «enemigo» tradicional está dando paso a otro o, mejor dicho, y seamos claros, está cambiando si no lo ha hecho ya; hoy sabemos que un solo terrorista puede producir más daño a la sociedad que todo un cuerpo de ejércitos según la consideración de la defensa de épocas anteriores. Así el 11-S, 11 de marzo de 2004 y 7 de julio de 2005.

Conclusiones prácticas

«Del nuevo enemigo» a la vista

1. La importancia del principio de reciprocidad en materia de aceptación de las leyes de la guerra, a efectos de la extradición:

- Luego en el caso de una solicitud a España por otro Estado de una extradición de un terrorista internacional «con arreglo a su infracción de las leyes de la guerra» entendemos que debiera otorgarla, pero sólo (10) si, en tal sentido, existiera la debida reciprocidad entre Estados; principio de reciprocidad que, aunque por vía de los derechos humanos no sería para ese mismo caso ya objetable, de cara a la eficacia de lucha antiterrorista, sí se torna más fiable.

2. Las distintas situaciones observadas a tales efectos y sus peligros:

- De esta forma, y por ejemplo, un etarra en Norteamérica cuya solicitud de extradición se hiciera por España a Estados Unidos en base al argumento *a fortiori* sólo

(9) Artículos 35 a 41 del Código Penal Militar puesto en relación con los artículos 73 a 79 del Código Penal Común.

(10) La práctica avala este criterio: así Estados Unidos con respecto a los *procesos de My Lai* (guerra del Vietnam).

esta potencia debiera otorgarla para el caso de que España reconociera también su «guerra contra el terrorismo», pero alienándose así sólo «formal y no materialmente» con dicha potencia, entendiéndose debidamente, puesto que en línea de principio lo mismo debiera (11) de pasar si el etarra estuviera, por ejemplo, en Afganistán.

3. El problema: las distintas concepciones de lucha antiterrorista.

- Si no hubiere esa reciprocidad entre Estados, que es lo que suele ocurrir (no sólo, como ahora apuntaremos, con los «Estados fallidos»), el referido argumento no tendría sentido ni aplicación práctica en la lucha contra el terrorismo en la medida en que ésta es vista además de distinta forma por distintos países, «lo que no deja de ser una manifestación de su gran debilidad», la falta de una definición común de terrorismo: así lo demuestra el hecho de que, además, ese argumento *a fortiori* no le sería teóricamente aplicable ni a los Estados neutrales ni a los Estados no beligerantes, a los cuales sólo se les podría invocar –y ya sin garantía de éxito– el pretexto de los derechos humanos como el motivo de petición de la extradición: pensemos el caso del mismo etarra anterior, pero ya localizado en la actual Venezuela... o en China.

4. Una solución alternativa: potenciar la idea de que el Derecho de la Guerra ya establece una jurisdicción universal sobre criminales de guerra y extenderla para los terroristas siguiendo el argumento *a fortiori*. El «pacifismo» como rémora de esa lucha:

- Por tanto, salvo que –como ciertos autores– (12) se considere que las Convenciones de Guerra obliguen a neutrales en el sentido de que tal clase de Estados se deban también de abstener de interpretaciones que otorguen un refugio a criminales de guerra (y, por tanto, que el Derecho Internacional de los Conflictos Armados contenga así ya una obligación de establecer jurisdicción universal sobre los criminales de guerra), según este argumento *a fortiori* y a que aquella jurisdicción universal del Derecho de la Guerra es de hecho aún hoy algo «borrosa», podría decirse que «el pacifismo» o «la alianza de civilizaciones» como aspiración utópica en su caso no son más que una rémora en la lucha contra el terrorismo, y que, no en vano, es allí, en esos países de tal cosmovisión en las relaciones internacionales, donde (por lógica) también pueden anidar la mayoría de manifestaciones de impunidad terrorista y «de guante blanco» (por parte sobre todo «de los más acaudalados» que además se puedan permitir estar allí): por ejemplo, no sólo por la falta estrictamente local de su persecución personal sino a través del depósito más fiable y a mano de sus cuentas (y dicho sea esto pese a que, irónicamente, algunos de ellos, así el caso de Suiza, sea la cuna del humanitarismo bélico).

5. La resolución al problema de la distinta tipificación nacional:

- Por último, en cuanto al problema de su tipificación, siempre que hubiera un elemento internacional, la solicitud de la extradición o castigo se haría con arreglo a

(11) Y aquí, quizá, con más razón, para evitarle aplicar la Ley Islámica (*sharía*) en su caso.

(12) OPPENHEIM, L. and LAUTERPACHT, H.: *International Law*, volumen segundo, séptima edición, Londres *et al.* 1952, 588, nota cuarta. Para ellos el hecho de que sólo algunos específicos artículos, tales como el del artículo cuarto de la I Convención, se refiera a las obligaciones de Estados «neutrales» no implica que los principios generales sobre la represión de infracciones de la Convención no se puedan aplicar a Estados neutrales.

las infracciones graves (13) de los Convenios y Protocolos, destacando entre ellos «la toma de rehenes» (y escudos humanos, por ejemplo) y los «actos de terrorismo» ya propiamente dichos incluso en tales instrumentos normativos por ellos mismos, entre los que se incluirían los actos o amenazas de violencia cuya primera finalidad sea provocar el terror entre la población civil (14), ya fueran cometidos tanto por «terroristas ejecutores» como por los que lo fueran en otra calidad más sibilina y menos perceptible, de tal suerte que en este punto nos podríamos preguntar, tal como hace algún autor (15):

«¿Por qué podría castigarse al guerrillero?, ¿por inducir a error al distinguir entre el jefe de una zona de una fuerza paramilitar y la autoridad civil de quienes aquel recibe órdenes?, ¿por qué el ministro del Interior cómodamente sentado en el sillón de su oficina estaría inmune legalmente, mientras que no así la desgraciada sección que le estuviera sacando las castañas del fuego? ¿sería eso juego limpio? ¿y por qué distinguir entre el general, que dirige las hostilidades del comandante de una aeronave de helicóptero, y el mismo hombre recortando flores (rosas) en el jardín de su pueblo?».

Lo dicho: soltemos amarras...

Trabajo de campo y su conclusión

En un mini experimento de tipo sociológico de cuyo lugar no importa recordar, habida cuenta la falta de medios y de oportunidades de tiempo y otras mayores, así el no poder-nos costear por nuestros propios recursos viajes de estudio al extranjero, hicimos por

(13) Artículo 147 de la IV Convención y sus concordantes de los Protocolos Adicionales. Es decir: «La matanza deliberada, la tortura, el trato inhumano de civiles, *la toma de rehenes*, la indiscriminada destrucción o apropiación de propiedades no justificadas por las necesidades militares y llevadas a cabo allanando moradas sin ningún miramiento: a) hacer de la población civil o de personas civiles objetivos de ataque, b) el lanzamiento indiscriminado de ataques que pueda afectar a la población civil u objetos civiles en el bien entendido de que tales ataques causaran excesivas pérdidas, lesiones a civiles o daños a objetos civiles, tal como se definen (en el artículo 57, parágrafo segundo a) (iii) del I Protocolo), c) el lanzamiento de ataques contra trabajos o instalaciones conteniendo fuerzas peligrosas en el bien entendido de que tales ataques causaran excesivas pérdidas de vidas, lesiones de civiles o daños a objetos civiles, tal como vienen definidos (en el artículo 57, parágrafo segundo a) (iii) del I Protocolo), d) hacer de localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas el objetivo de ataque, e) hacer de una persona el objetivo de ataque en el bien entendido de que está fuera de combate, f) realizar perfidia, en violación del artículo 37 del I Protocolo, utilizando distintivo o emblema de la Cruz, Luna, Sol o León Rojos, o de otros signos de protección reconocidos por las Convenciones o Protocolos: a) la violencia contra la vida, la salud o el bienestar físico o mental de las personas, en particular el asesinato así como el trato cruel tales como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de pena corporal, b) las penalizaciones colectivas, c) la toma de rehenes, d) los actos de terrorismo, e) atrocidades atentatorias contra la dignidad de las personas, en particular los tratos humillantes y degradantes, la violación sexual, la prostitución forzada y otras formas de agresiones obscenas, f) la esclavitud y la trata de personas en todas sus formas, g) el pillaje y h) la amenaza de cometer cualquiera de los actos anteriores».

(14) Es decir, teniendo también como referentes el *artículo 13 del II Protocolo* y, por aplicación del *artículo tercero común de los cuatro Convenios de Ginebra*, las reglas de La Haya sobre la protección de no combatientes. Y, por último, el *Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional*.

(15) FARER, Tom J.: «Las leyes de la guerra 25 años después de Nüremberg», *International Conciliation*, número 583, p. 4, mayo de 1971.

vía autodidacta una encuesta a personal civil donde haciéndoles saber su anonimato y voluntariedad a la colaboración sugerida se les preguntó:

1. Si estaba de acuerdo con la acción militar para poder solucionar el terrorismo pudiendo contestar suponiendo en su imaginación bien que fuera español, norteamericano, chino o africano.
2. De la misma forma, qué aspectos de cualquier guerra, y en qué orden, le preocupaban más, y, por último, para no cansar, pero otra vez imaginando en su respuesta las distintas nacionalidades que tuviera.
3. Si creía si el terrorismo era una forma de delincuencia o de una guerra.

Resultó lo siguiente:

1. A la primera pregunta la mayoría dijo que «sí», debiéndose concluir que «por ser un occidental», si bien lo fundamentaban de distinta forma: la mayoría, ya fuera español o norteamericano, por ser una cuestión de seguridad nacional que afecta también a las Fuerzas Armadas, y cuya misión es garantizarla; otros más minoritarios porque, pese a ser el terrorismo una lacra, la acción militar se hacía necesaria, bien lo fuera por motivos de venganza (norteamericanos), bien por patriotismo (norteamericanos), bien (ya como español) por recuperar los valores cristianos y acabar con los radicales islamistas. En cualquier caso, la minoría «no» era partidaria a la acción militar para luchar con el terrorismo porque con ello se pudiera correr el peligro de retroalimentarlo.

Por otra parte, llama la atención de que «suponiéndose» chinos la contestación se fracciona en dos mitades por igual, de forma que los que contestan con un «sí» lo argumentan bien porque simplemente se trata de un mal también para ellos, bien por su necesidad de mantener el orden «interno», bien porque a todos nos resta libertad; mientras que los que contestan con un «no» lo justifican bien porque no les afecta, por su mentalidad oriental, porque aparecen como muy imperialistas o porque no sea uno de los países que más afectado se haya visto por el terrorismo y «les pilla lejos».

Por último, en relación a esta pregunta, también llama la atención que «suponiéndose» africanos la contestación también se fracciona en dos mitades por igual, justificando su respuesta con un «sí» bien porque África es el continente del «desorden» y se haga necesario allí una intervención militar extranjera, porque allí el terrorismo también les resta libertad, o porque así ayudarían más en el caso de los musulmanes; de forma que los que contestan con un «no» lo hacen porque en muchos casos afectaría a que no aceptasen la presencia de tropas extranjeras, porque no es allí lo más importante, o porque hay allí otros problemas más urgentes.

2. A la segunda pregunta, y en más apretada síntesis, si fuera español temería primero las armas químicas, después las bombas en lugares públicos, en tercer lugar las nucleares, después las bombas desde el aire y el secuestro y choque entre aviones, de forma que al final, de todas las opciones expuestas, figuraría en el último supuesto el del trato social y cotidiano generado por el terrorismo. Si fueran norteamericanos figuran por ese orden sucesivo las armas nucleares, el secuestro y choque de aviones, las armas químicas y biológicas, las bombas en lugares públicos, el trato social generado y, por último, el bombardeo desde el aire; si fuera chino: temería primero las armas químicas y biológicas, las nucleares, los bombardeos indiscriminados desde

el aire, los de lugares públicos, el secuestro y choque de aviones y el trato social cotidiano generado; si fuera africano: en primer lugar las armas químicas y biológicas, en segundo lugar los bombardeos indiscriminados desde el aire, en tercer lugar las armas nucleares, en cuarto el trato social y cotidiano generado, el quinto los bombardeos en lugares públicos y sexto y último el secuestro y choque de aviones.

3. La última pregunta, la más interesante a nuestros efectos, vemos que suponiéndose un occidental, ya español, ya norteamericano, la respuesta es unánime: el terrorismo, dicen, es una forma de guerra. En cambio, si es chino se duda por igual, obteniéndose resultados de una y otra opción a la par, mientras que en cuanto al supuesto de ser un africano, no siendo la respuesta unánime, la mayoría responde que para ellos se trata también de una guerra.